

A. I. N.º - 269140.0503/06-1
AUTUADO - LUIS CARLOS BASTOS DOS SANTOS
AUTUANTE - LUIS CARLOS BRITO REIS NABUCO, CLÁUDIA LINS MENEZES LIMA e JOILSON SANTOS DA FONSECA.
ORIGEM - IFEP- DAT/NORTE
INTERNET - 05/02/2007

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0017-05/07

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo), que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar o seu pagamento quando da sua entrada no território deste Estado. Infração caracterizada. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Infração subsistente. Rejeitadas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/06, exige ICMS, no valor de R\$52.678,23, acrescido da multa de 60% e 70%, em razão de:

I - Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias, álcool e aguardente, provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88, nos meses de maio a agosto de 2004 – R\$50.677,53, com multa de 60% e;

II – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, referente ao mês de julho de 2003, apurando-se imposto de R\$2.000,70, mais multa de 70%. Refere-se à omissão de registro da nota fiscal de nº 11223 (fls 21), nos livros fiscais da empresa (na época, asseguram, que o autuado estava cadastrado na condição de Normal).

Consignaram os autuantes que as notas fiscais arroladas neste PAF foram obtidas através de circularização nos fornecedores da empresa, mediante ação fiscal levada em conjunto com os fiscos dos Estados de Sergipe, Minas Gerais e Espírito Santo.

Às fls 6/10 os autuantes anexaram Termos de Prorrogação para a auditoria ora em exame. Às fls 11, juntaram ao PAF intimação, datada de 29/12/2004, exigindo a apresentação de livros e documentos fiscais ali relacionados. Às fls 12, acostaram demonstrativo com o cálculo do imposto apurado, constando nesse cálculo MVA para as mercadorias autuadas, à exceção do produto aguardente. A situação cadastral da empresa, que era Microempresa, faixa 2 de

faturamento, de outubro de 2003 a maio de 2004, foi informada às fls 13/14. A relação de pagamentos do imposto feita pela empresa constou das fls 15/16. Os autuantes trouxeram aos autos a movimentação econômica da empresa no ano de 2003, declarada a essa SEFAZ (fls 17/18). Cópias das notas fiscais que fundamentaram a acusação foram anexadas às fls 19/31, assim como cópias do livro de Registro de Entradas do contribuinte (fls 32/86), referente ao período fiscalizado.

O autuado apresentou impugnação às fls. 91 a 100, inicialmente, aduzindo que o auto de infração em análise foi lavrado dentro da Repartição Fiscal da IFEP NORTE, afirmando que os autuantes não se deram ao trabalho de fiscalizar a empresa, em seu estabelecimento. Disse que como o RICMS é omissa nessa questão, os autuantes deveriam ter se valido, por analogia, com arrimo no art. 108, I, do CTN, do que preceitua o Decreto Federal nº 70.235, o qual obriga a lavratura do Auto de Infração no local da verificação da falta, ou seja, no estabelecimento do autuado. Sustentou que a doutrina é taxativa quanto à obrigatoriedade da lavratura do auto de infração no local do estabelecimento fiscalizado, buscando assim evitar a lavratura de autos por correspondência, sem qualquer tipo de fiscalização que o embase.

Salientou que o auto de infração em comento não possuía motivação idônea e pertinente, porque é sabido por todos que atuam no comércio de combustíveis, inclusive nesse o do álcool carburante, da existência de comércio clandestino, feito com notas “frias” (notas faturadas com inscrição de empresas idôneas e desviadas para outros estabelecimentos).

Frisou que a gráfica das notas fiscais emitidas pelas empresas DASA S.A. e DISA S.A., ambas emitentes de notas fiscais autuadas, é a mesma, embora a primeira esteja localizada em Minas Gerais e a segunda em Espírito Santo. Estranhou semelhante coincidência. Chamou também a atenção para o fato da transportadora ser a mesma em quase todas as notas fiscais autuadas, à exceção das de nº 4429 (fls 107) e 3317(fl 110). Disse que as assinaturas de recebimento das mercadorias autuadas não coincidem com as de seus representantes ou prepostos. Entendeu a multa como confiscatória, salientando que essa é desproporcional a movimentação da empresa.

Sustentou que não há provas quanto à materialidade da 2ª infração, mas apenas presunção da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, uma vez que não restou provado que as mercadorias a ele destinavam. Observou que nessa houve de fato um arbitramento.

Reclamou que a empresa não foi intimada para esclarecer os fatos a ele imputados, apesar da fiscalização ter durado aproximadamente dois anos. Requeru a realização de diligência, a fim de se provar a ocorrência do suposto fato gerador que embasou a autuação, a juntada de provas obtidas em contraditório, e por fim, a improcedência da autuação. Solicitou o endereçamento de correspondência ao local indicado por ele em sua defesa.

Na informação fiscal (fls. 114 a 117), dois dos autuantes, salientaram que o art. 38, § 1º do RPAF, possibilita a lavratura do auto de infração na repartição fazendária. Contraditaram o suposto cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, informando que todas as notas fiscais e demonstrativos foram entregues no prazo, não havendo por conseguinte prejuízo algum nesse sentido. Afirmaram que a contabilidade da empresa recebeu os demonstrativos pertinentes à autuação um mês antes da lavratura do auto de infração em análise, mais essa não se manifestou acerca dos mesmos. Disseram também que os entregaram ao autuado após a lavratura do auto de infração sob análise.

Esclareceram que as notas fiscais foram capturadas junto a fornecedores usuais do autuado, localizados nos Estados de Minas Gerais, Espírito Santo e Sergipe, em operação conjunta da Diretoria de Planejamento da Fiscalização dessa SEFAZ e o fisco desses Estados. Ressaltaram que na 2ª infração não houve arbitramento algum, mas sim a consubstanciação de uma presunção legal, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o contribuinte do pagamento dessa. Alegaram que a transportadora JL ALVES DITRIBUIDORA E TRANSPORTADORA

LTDA, referida pelo contribuinte em sua defesa, e posta em suspeita pelo mesmo, por ter realizado quase todo o transporte das mercadorias, era utilizada pelo autuado para transportar as mercadorias autuadas, como provam as fls 66 e 72 desse PAF, com o lançamento de notas fiscais listadas no referido demonstrativo fiscal. Observaram que o CONSEF tem entendido que as notas fiscais são contratos simplificados de compra e venda, e que cabe ao destinatário comprovar o não recebimento das mercadorias, principalmente em se tratando de fornecedores contumazes da empresa.

Concluíram pela procedência da autuação.

Os autos foram baixados em diligência (fls.121) com a recomendação para quê os autuantes anexassem ao PAF comprovação de que o autuado recebeu cópias das referidas notas fiscais e dos demonstrativos fls (19/31 e 12/13), e em não havendo essa comprovação, intimar o contribuinte para receber as mesmas, repassando-as mediante recibo, reabrindo o prazo de defesa (30 dias). Solicitou-se também que fosse acostado aos autos cópia da diligência ou pedido de verificação realizado em conjunto com o fisco dos Estados relacionados pela acusação, e que culminaram na obtenção das notas fiscais arroladas neste processo, disponibilizando também essa ao contribuinte. Esta mesma diligência foi reiterada à fl.124.

Às fls 126/134 anexou-se cópias dos pedidos de verificação e diligência efetuadas nos Estados ou Empresas que subsidiaram a lavratura do Auto de Infração em questão.

Uma das autuantes às fls 136 deu por finda a diligência requerida. Intimação encaminhada ao contribuinte disponibilizou notas fiscais e dos demonstrativos (fls 19/31 e 12/13), reabrindo o prazo de defesa.

O contribuinte em nova manifestação (fls 141/150) repetiu todo o aduzido em sua defesa inicial, transcrevendo lição de Bernardo Ribeiro de Moraes sobre a obrigatoriedade da lavratura do Auto de Infração no estabelecimento, o quê, salientou, não ocorreu no lançamento em questão.

Sustentou que não recebeu intimações para esclarecimentos, descumprindo-se assim ao princípio do contraditório, e que a multa aplicada era confiscatória.

Frisou que não foi provada a destinação das notas fiscais arroladas na intimação ao estabelecimento autuado, concluindo que o imposto ora exigido era fruto de um mero arbitramento.

Salientou que não houve motivação idônea e pertinente para a lavratura do presente lançamento de ofício, esclarecendo que as notas emitidas pela DASA S.A. e DISA S.A., apesar de situadas em Estados distintos, foram emitidas pela mesma gráfica em Santa Rita do Sapucaí - MG. Observou também que as transportadoras ALBESA S. A e J.Alves Distribuidora e Transportadora Ltda possuíam o mesmo endereço. Requereu a produção de prova pericial a fim de positivar a inocorrência de fato gerador do ICMS, concluindo pela improcedência da autuação em exame.

Os autuantes ratificaram o informado anteriormente (fls 153).

VOTO

Inicialmente, observo que com a reabertura do prazo de defesa e a entrega nesse momento de todos os demonstrativos que compõe o auto de infração em análise, bem como, pela juntada de cópias dos pedidos de verificação e diligência efetuadas nos Estados ou Empresas que subsidiaram a lavratura do Auto de Infração em combate, afastou-se eventual arguição de violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte.

Tenho que ao se anexar as referidas cópias dos pedidos de verificação e diligência evidenciou-se que as provas foram obtidas de forma legítima, no exercício da função fiscalizadora, não havendo portanto prejuízo a defesa quanto a forma em que essas foram obtidas. Os autuantes

explicaram que as notas fiscais foram capturadas junto a fornecedores usuais do autuado, localizados nos Estados de Minas Gerais, Espírito Santo e Sergipe. A defesa não apresentou nenhuma contraprova a esta acusação, nem mesmo uma simples declaração dos citados fornecedores com o fim de subsidiar o alegado, procedimento este de fácil obtenção, uma vez que os mesmos são fornecedores habituais do autuado. O mesmo vale para a transportadora JL ALVES DITRIBUIDORA E TRANSPORTADORA LTDA. O contribuinte mostra assim que não agiu com a necessária diligência. Ressalto que no próprio corpo do pedido de diligência, a autoridade fiscal salientou que tais provas poderiam ser também empregadas para apurar a ocorrência de ilícito criminal perpetrado por prepostos fiscais, o que demonstra a importância dessas.

A existência de Intimação (fl.11) demonstra que era de conhecimento do contribuinte de que o estabelecimento autuado estava sob fiscalização. A lavratura do Auto de Infração em questão não foi assim um procedimento repentino como quer fazer crer a defesa.

Quanto ao alegado desconhecimento por parte do defendente dos sucessivos Termos de Prorrogação dos procedimentos de fiscalização (fls. 6/10), esclareço que o mesmo não leva a nulidade do procedimento, mas apenas possibilita o pagamento do imposto, antes da lavratura deste Auto de Infração, sem as multas cominadas. Afasto portanto mais essa alegação.

Quanto ao aduzido pela defesa sobre o Auto de Infração ter sido lavrado fora do estabelecimento, chamo a atenção para o fato de que o art. 39, em seu parágrafo 1º, do RPAF/99, dispõe que essa lavratura será no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração. Desse modo, descabe a alegação defensiva.

O autuado manifesta desconforto com a autuação, tachando as multas aplicadas como confiscatória. Assinalo que carece a esta Junta competência para apreciar a suposta ilegalidade ou inconstitucionalidade de medida prevista em lei estadual. Mesmo assim, ressalto que as multa indicadas no Auto de Infração, no percentual de 60% e 70%, estão corretas, não possuindo o alegado caráter de confisco, sendo previstas na Lei nº 7.014/96, para as irregularidades que foram imputadas ao defendente. Não aceito o argumento defensivo pelas razões acima expostas.

Quanto ao mérito, esclareço que acusação para a infração 1, consubstanciada por documentos fiscais obtidos junto aos emitentes desses é que as mercadorias ali arroladas foram entregues ao estabelecimento autuado, e de que o imposto referente à antecipação não fora pago. Esclareço que até a edição da Alteração nº. 57 ao RICMS-BA/97, 28-07-2004, ao Álcool Hidratado Para Outros Fins era dado tratamento tributário de mercadoria comum – alíquotas de 17% nas operações internas e 12% nas interestaduais. A partir desta data, as mercadorias passaram à tributação antecipada.

Observo também que a indagação se a mercadoria autuada tem ou não utilidade como combustível é apurado em face da destinação do mesmo. Entendo que todo o conjunto probatório trazido aos autos prova que as mesmas foram comercializadas ao autuado e sua destinação era para emprego como combustível, à exceção de uma das notas fiscais autuadas, que acobertava a mercadoria Aguardente. Nessa situação, o RICMS-BA/97 preconiza que seja aplicada a alíquota interna – 25%, com adição do percentual de 2%, do fundo de pobreza, a partir de 01/02/2002. A tributação é dada pelos Convênios ICMS 03/99 (Anexo I) e 37/00 (Anexo I). Correta assim a tributação a 25% para o álcool carburante e de 17% para o Aguardente.

Para a infração 2, exigiu-se imposto por presunção de saídas anteriores. A empresa estava enquadrada na condição de Normal, assertiva não denegada pela defesa. A mercadoria não estava acondicionada como utilizada na venda a varejo, como reza a legislação aplicável, daí a opção por tributar fora da antecipação tributária. O argumento da defesa é de que se trata de um arbitramento. Não o é, mas sim uma presunção com amparo na lei. Esta é uma das raras hipóteses em que há inversão do ônus da prova, cabendo ao autuado apresentar provas que a afastem, conforme disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96.

Em sendo assim, como não se elidiu a pretensão fiscal, mantenho as infrações em seus valores originais. Rejeito a diligência requerida por entender que os fatos constantes no processo são suficientes para a decisão da lide.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, para exigir imposto no montante de R\$52.678,23.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269140.0503/06-8**, lavrado contra **LUIS CARLOS BASTOS DOS SANTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$52.678,23**, acrescido das multas de 60% sobre R\$50.677,53, e 70% sobre R\$2.000,70, previstas nos art. 42, incisos II, "d", e III, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2007.

MÔNICA MARIA ROTERS- PRESIDENTE

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR