

A. I. N° - 206987.0241/06-9
AUTUADO - COMERCIAL DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO SS LTDA.
AUTUANTE - BOAVENTURA MASCARENHAS LIMA
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET - 02.05.2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0116-01/07

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (FARINHA DE TRIGO). FALTA DE PAGAMENTO 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, e sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Autuado não elide a acusação fiscal. Infração confirmada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2006, exige ICMS no valor de R\$204.219,97, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA, nos meses de maio a julho e setembro de 2005 e janeiro a junho de 2006. O imposto se refere à aquisição de 15.650 sacos de farinha de trigo, junto à empresa Correcta Ind. e Com. Ltda., CNPJ nº 02.957.104/0001-14, localizada em São Paulo, Estado não signatário do Protocolo ICMS 46/00, combinado com o art. 1º, itens 1.1; 2.1 e 5, da Instrução Normativa 23/05.

Consta da “Descrição dos Fatos” que o faturamento foi efetuado para a empresa Distribuidora de Alimentos Rosa Mística Ltda., estabelecida no município de Tobias Barreto - SE, contudo, a citada quantidade de sacos de farinha de trigo foi recebida e comercializada pelo autuado, conforme apurado em inquérito policial anexo ao PAF. Tudo conforme demonstrativo e notas fiscais em anexo.

O autuado, às fls. 191/194, através advogado legalmente constituído, apresentou impugnação, alegando não saber de onde, nem como, o fisco conseguiu elementos para chegar a tal conclusão, haja vista não ter encontrado nenhuma unidade de sacos de farinha de trigo a que se refere, no estabelecimento do impugnante. Nenhuma nota fiscal foi encontrada nos seus registros fiscais ou sob o seu poder que tenha indicação de fazer parte da referida “suposta aquisição” de “25.650” sacos de farinha originados da empresa Correcta e destinados à Distribuidora de Alimentos Rosa Mística, cuja comercialização tenha sido feita pela Comercial de Material de Construção SS Ltda.

Argumentou que nada que possa comprovar o ilícito alegado foi apresentado para consubstanciar o Auto de Infração, que se baseou em meras ilações. O Auto de Infração não se baseou em nenhum dos fatos previstos na norma legal, para presumir a existência de alguma irregularidade.

E, ainda assim, fossem apresentados aqueles indícios de irregularidades, caberia em contrário a prova de improcedência da presunção, por se tratar de presunção relativa, estabelecida por lei.

Protestou dizendo que o autuante se baseou em mero indício, ou numa presunção do tipo comum, e esta não se antepõe às presunções jurídicas ou legais, que sempre tem sobre ela prevalência. O autuante ao buscar junto à empresa Correcta as notas fiscais emitidas com destino à Distribuidora de Alimentos Rosa Mística, transportadas pelos veículos do autuado, não procurou comunicar-se com a empresa Rosa Mística para confirmação da existência e da titularidade dos pedidos que deram origem àqueles documentos fiscais, precipitando-se ao lavrar o Auto de Infração.

Argumentou que para provar a inexistência do ilícito tributário, solicitou da real adquirente das mercadorias uma declaração atestando expressamente o recebimento das mesmas (fl. 202) e dos documentos comprovantes da entrada das mercadorias em seu estabelecimento e que lhe foram enviadas cópias de folhas do livro de Entradas, que anexou aos autos, às fls. 208 a 230, onde estão relacionadas as entradas de todas as notas fiscais que dão cobertura às mercadorias.

Asseverou que o nascimento da obrigação tributária está condicionado à ocorrência do fato gerador previsto na hipótese de incidência do tributo, sendo assim, entendeu ser improcedente o Auto de Infração.

Requeru que o Egrégio Conselho de Fazenda Estadual julgue improcedente o presente processo, dando subsistência ao pedido de impugnação.

O autuante, às fls. 232/233, informou que o autuado não levou em conta os depoimentos dos senhores: Análio Boaventura de Almeida, Manoel Freitas da Silva, Márcio Carvalho, Expedito Inácio de Souza, Antonio Lima de Souza (fls. 108/115), sobretudo o depoimento do senhor Marcelo Alves de Souza (fls. 116/117) que atestou “que, de fato, a nota fiscal não se encontra em nome da Cimentex, mas sim de uma outra empresa, Distribuidora de Alimentos Rosa Mística Ltda., situada na Rua Praça Niceu Dantas, 56 – Tobias Barreto- SE, pertencente a um senhor chamado José da Guia, e inscrita sob o CNPJ nº. 03.189.208/0001-99; que apenas compra a farinha de trigo por meio desta outra empresa, situada no Estado de Sergipe, porque naquele estado os impostos estaduais são menores, sobretudo se comparados aos impostos cobrados aqui no Estado da Bahia.” (parte dos depoimentos extraídos do Inquérito Policial, apensado ao PAF).

Esclareceu o autuante, que a imposição fiscal recaiu somente sobre as aquisições efetuadas através das notas fiscais cujo transporte foi efetuado através de caminhões do autuado e seus sócios, o que nada mais é, senão prova material, corroborada pelos depoimentos no inquérito policial.

Informou que a ação fiscal teve início em decorrência do BO - Boletim de Ocorrência nº. 078435, da Polícia Rodoviária Federal (fls. 119/122), e Auto de Exibição e Apreensão da Polícia Civil (fl. 107), que apreendeu o veículo de placas JLU-6730, saindo de uma fazenda de propriedade do Sr. Carlos Alberto Mascarenhas Sampaio, sócio gerente da Comercial de Material de Construção SS Ltda., nome fantasia “Cimentex”, às 03:00 horas da manhã, carregando 320 sacos de farinha de trigo, marca Bianca e Colinas, pronta para ser entregue na cidade de Capim Grosso e região, utilizando-se de documentos extra-fiscais (fls. 123/130).

Argumentou, ainda, que a fragilidade da “prova” apresentada pelo autuado, “cópia do livro de registro de entradas de mercadorias da Distribuidora de Alimentos Rosa Mística Ltda.” onde ficou evidenciado que o referido livro foi construído apenas para fazer prova, posto que somente foram escrituradas as notas fiscais objeto da autuação, ficando sem escriturar 180 notas fiscais que ora anexou ao processo às fls. 234 a 413, não tendo sido apresentadas as cópias dos Passes Fiscais emitidos pela SEFAZ-BA quando da entrada das mercadorias em referência no território

baiano, bem como das respectivas baixas quando da entrada no estado de Sergipe, acompanhados das cópias autenticadas das primeiras vias das notas fiscais com o carimbo aposto pela fiscalização dos estados da Bahia e de Sergipe.

Opinou pela manutenção da autuação.

Consta, à fl. 414, intimação para o autuado comparecer à Inspeção para tomar ciência da Informação Fiscal, no prazo de 10 dias a contar do recebimento da intimação. À fl. 415 consta o recebimento pelo autuado da cópia da referida informação fiscal.

Considerando que a Repartição Fazendária ao entregar ao autuado a cópia do resultado da informação fiscal, além de deixar de informá-lo do prazo de 10 dias, para, querendo, se manifestar nos autos, haja vista que a intimação expedida e recebida pelo autuado, documento às fls. 414/415, manda que o autuado compareça à Inspeção, para tomar ciência da Informação Fiscal, no prazo de 10 (dias) a contar do recebimento da citada intimação, não consta dos autos que tivessem sido entregues as cópias dos documentos juntados às fls. 234 a 413.

Esta 1ª JF, em pauta suplementar (fl. 419), deliberou que o processo fosse encaminhado a INFAZ ITABERABA, para que o órgão competente intimasse o autuado, entregando-lhe, cópia dos documentos anexados pelo autuante, fls. 07 a 188 e 234 a 413, comunicando-lhe do prazo de 10 (dias) a partir do recebimento da intimação e dos documentos citados, para, querendo, se manifestar. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante.

Em atendimento à diligência requerida, a referida documentação foi entregue ao autuado, via AR - Aviso de Recebimento (fls. 421/422), tendo o mesmo se manifestado às fls. 424/425, arguindo que a informação fiscal nada acrescentava para provar a materialidade da suposta infração fiscal, baseando-se tão somente em depoimentos colhidos pela polícia, não se sabe como, de “chapas”, que são ajudantes de carga e descarga, amedrontados pela ação policial, dispostos a falar de tudo e de todos, para se livrarem da pressão policial.

Asseverou que a demonstração da infração deve ser feita de forma inequívoca, não bastando um depoimento em inquérito policial para lhe dar sustentação. Afirmou que não se constitui em hipótese de incidência tributária, o fato de um contribuinte realizar serviços de transporte de mercadorias para um outro que deixa de cumprir suas obrigações acessórias, no caso o registro das notas fiscais em seus livros fiscais, conforme alegou o autuante, não devendo recair sobre o impugnante a sanção a ser aplicada.

Argumentou que não havendo prova de falsidade do documento apresentado, então ele atesta o referido lançamento, estando todas as notas fiscais das mercadorias transportadas pelo autuado registradas nos livros fiscais da Distribuidora de Alimentos Rosa Mística.

Manifestou o entendimento de que não há como manter a autuação, por estar baseada em mera presunção da existência de ilícito tributário, sem se fazer acompanhar de prova material. Pediu a nulidade do Auto de Infração, considerando que o mesmo é improcedente.

VOTO

O presente lançamento trata da falta de recolhimento do ICMS, tendo em vista os resultados de investigação fiscal que apontaram que o sujeito passivo vinha utilizando-se do expediente de adquirir e transportar produtos enquadrados na substituição tributária (farinha de trigo), oriundos de estado não signatário do Protocolo ICMS nº. 46/00, que determina que nesses casos, o imposto deve ser recolhido na entrada deste Estado. Conforme atesta a farta documentação acostada aos autos, concluo que através dos dados cadastrais de estabelecimento situado no vizinho estado de Sergipe, foi transportada grande quantidade da referida mercadoria para o estabelecimento do

impugnante, situado no município de Itaberaba, neste Estado, de onde tais produtos eram distribuídos para diversos pontos de venda localizados no interior da Bahia.

Observo que o lançamento está respaldado nos demonstrativos de débitos para determinação do *quantum* devido referente à infração, com identificação dos respectivos documentos de origem, correspondentes aos períodos de ocorrência dos fatos geradores que foram objeto deste lançamento. Além do que, o sujeito passivo recebeu cópias dos referidos demonstrativos e, inclusive, através de diligência fiscal, determinada por esta 1ª JF, dos documentos fiscais acostados à informação fiscal pelo autuante, tendo exercido o seu direito de defesa, apresentando impugnação, evidenciando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração. Acrescento que o procedimento fiscal não violou as regras contidas no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, haja vista que a infração foi descrita de forma clara, tendo determinado, com segurança, a infração e o infrator, restando afastada, desta forma, a arguição de nulidade do lançamento.

Com base nas diversas evidências que relacionarei em seguida, estou convencido de que a estrutura montada pelo impugnante tinha como objetivo exclusivo sonegar o pagamento do ICMS devido ao erário estadual, através do recebimento e distribuição das mercadorias objeto da autuação sem que tais operações estivessem acobertadas pelos documentos fiscais pertinentes.

A ação fiscal teve por base inicial a documentação fornecida, a pedido do Inspetor Fazendário de Itaberaba, pelo DEPIN – Departamento de Polícia do Interior - 12ª COORPIN Coordenadoria Geral de Polícia - Delegacia Regional de Itaberaba, concernente ao Inquérito Policial instaurado contra o Sr. CARLOS ALBERTO MASCARENHAS SAMPAIO, sócio da COMERCIAL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO SS LTDA, nome fantasia CIMENTEX, empresa que opera no ramo de distribuição de farinha de trigo, além de outras pessoas, envolvendo a apuração de crimes de sonegação fiscal definidos na Lei nº. 8.137/90, face às sucessivas compras de farinha de trigo, diretamente da empresa CORRECTA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA - SP, sem o devido recolhimento do ICMS. Para tanto era utilizada a inscrição do contribuinte DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS ROSA MÍSTICA LTDA, localizado na cidade de Tobias Barreto - SE.

A documentação em referência apresenta as seguintes evidências:

- 1) Os policiais rodoviários federais responsáveis pela ação policial, enfatizaram que às 01:15 horas do dia 22/06/2006, o caminhão de placas JLU-6730/BA fora flagrado saindo de uma estrada vicinal no sentido da Rodovia BR-242, carregado com 16.000 kg de farinha de trigo, sem nenhuma documentação fiscal, o que motivou a condução do caminhão e de seus ocupantes para a Delegacia Circunscricional de Itaberaba;
- 2) O Sr. Análio Boaventura de Almeida, motorista da empresa CIMENTEX, afirmou que durante a noite se deslocara para uma propriedade rural, com quatro carregadores, no caminhão de placas JLU-6730, de propriedade da mencionada firma, para apanhar uma carga de 320 sacos de farinha de trigo, vindo a ser abordados às 01:10 horas ao retornar à BR-242, quando foi constatada a inexistência da nota fiscal da mercadoria; aquela era a terceira vez que realizava esse tipo de transporte para a empresa, sendo a farinha originária do estado de São Paulo; a carga seria conduzida para Capim Grosso e localidades vizinhas, para distribuição a comerciantes e donos de padarias que já tivessem seus pedidos previamente acertados com o Sr. Carlos Alberto;
- 3) Os Srs. Manoel Freitas da Silva, Márcio Carvalho, Expedito Inácio de Souza e Antonio Lima de Souza, funcionários da CIMENTEX como carregadores, confirmaram as informações anteriores, acrescentando que o sítio onde mudaram a carga de uma carreta para o caminhão, pertencia ao Sr. Carlos Alberto, acrescentando que cerca de duas vezes por semana realizavam a tarefa de carregar o mesmo caminhão e distribuir as cargas em localidades vizinhas; que

costumavam sair naquele horário devido à ausência de notas fiscais das mercadorias; que foi o próprio Sr. Carlos Alberto quem lhes contratou e determinou a realização dos serviços, recebendo salários pelos serviços realizados;

4) O Sr. Marcelo Alves de Souza, gerente na CIMENTEX, ao comparecer à Delegacia de Polícia, apresentou a Nota Fiscal nº. 062.650, correspondente a 15.000 kg de farinha de trigo “Bianca”, que seria da carga apreendida, porém tendo como destinatária a empresa DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS ROSA MÍSTICA LTDA, situada em Sergipe, que disse pertencer ao Sr. José da Guia, acrescentando que quando os clientes solicitam um tipo de farinha diferente daquele produzido na Bahia, utilizam-se da razão social dessa outra empresa para poderem manter os preços mais competitivos, porque naquele estado os impostos são menores que os cobrados na Bahia, sendo as mercadorias transportadas de São Paulo nos caminhões de propriedade do dono da CIMENTEX, para, então serem distribuídas na região; que a carga saiu sem nota fiscal justamente porque a nota fiscal correspondente está em nome da empresa situada no Estado de Sergipe;

5) O Sr. Carlos Alberto Mascarenhas Sampaio, proprietário da CIMENTEX, declarou que a carga apreendida se referia ao repasse de 300 sacos de trigo efetuado pela empresa ROSA MÍSTICA, que por sua vez adquirira da empresa CORRECTA, de São Paulo, alegando que se existia algum erro, esse deveria ser atribuído à empresa ROSA MÍSTICA, por não ter emitido a nota fiscal para a sua empresa;

6) Os documentos extra-fiscais que se encontravam de posse do motorista do caminhão, acostados às 123 a 130, corroboram o fato de que os procedimentos envolviam a entrega das mercadorias sem as competentes notas fiscais;

7) As mercadorias acobertadas pelas notas fiscais que embasaram a exigência tributária foram transportadas por caminhões de propriedade do autuado, fato que basta para enquadrá-lo como responsável solidário pelo pagamento do ICMS exigido;

8) Apesar do gerente do estabelecimento autuado afirmar que os contatos nas transações com a farinha de trigo eram feitos com o Sr. “José da Guia”, no contrato social da empresa sergipana não consta que esse cidadão pertença ao seu quadro societário;

9) Das cópias reprográficas do livro Registro de Entrada da empresa DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS ROSA MÍSTICA LTDA, juntadas pela defesa, constam quase que exclusivamente os lançamentos correspondentes às notas fiscais apontadas na autuação, não tendo sido acostadas as cópias das primeiras vias dessas notas fiscais, para fins de atestar o trânsito das mercadorias até o seu estabelecimento, o que comprova que as mercadorias efetivamente ficaram em território baiano. Não estão ali lançadas, além disso, as notas fiscais que lhe foram destinadas, cujo trânsito se fizera acompanhar de passes fiscais emitidos pela fiscalização deste Estado, tendo sido anexadas ao PAF pelo autuante em momento posterior à apresentação da peça defensiva, apesar do impugnante ter recebido as cópias das referidas notas fiscais;

10) Nas notas fiscais acima citadas (180 documentos), juntadas como prova de inconsistência do referido livro fiscal, se verifica que em nenhuma delas o veículo transportador está incluído dentre aqueles que transportaram os produtos para o autuado e que são de sua propriedade.

Por todo o acima exposto, concluo que as circunstâncias relatadas serviram para comprovar que os fatos apresentados não se referiram a simples indícios, constituindo-se, pelo contrário, em efetivas evidências da prática de sonegação fiscal pelo impugnante, pelo que considero a autuação totalmente pertinente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **206987.0241/06-9**, lavrado contra **COMERCIAL DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO SS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$204.219,97**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR