

A. I. Nº - 206844.0006/08-2
AUTUADO - LIQUIGÁS DISTRIBUIDORA S.A.
AUTUANTES - JOAO LAURENTINO DE MAGALHÃES FILHO e ANDRÉS MIGUEL ESTEVEZ MOREIRA
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 26. 11. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0385-01/09

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Fato demonstrado nos autos. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epigrafe, lavrado em 17/12/2008, imputa ao autuado o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro, junho e julho de 2003, sendo imposta multa de 1% do valor comercial das mercadorias no valor de R\$ 426,66.

O autuado apresentou defesa às fls. 14 a 22, esclarecendo, inicialmente, que é uma distribuidora de Gás Liquefeito de Petróleo – GLP subsidiária da Petrobrás Distribuidora S.A, razão pela qual é contribuinte do ICMS.

Diz que para a consecução de suas atividades, possui centros operativos devidamente autorizados pelos órgãos competentes, espalhados pelo Brasil, inclusive no Estado da Bahia, nos quais são engarrafados e armazenados GLP em botijões e estes, por sua vez, são repassados diretamente aos consumidores e/ou Postos Revendedores próprios ou terceirizados, com a finalidade de revenda do gás.

Assevera que em atendimento à legislação tributária estadual, emite rigorosamente notas fiscais de entrada e saída quando exigidas e que recolhe o tributo quando devido, cumprindo assim as obrigações acessórias e todas as demais imposições legais.

Registra a sua surpresa com a lavratura do Auto de Infração, em razão da não escrituração das Notas Fiscais nº 02182, 27433 e 000001, contudo, sustenta que a autuação não pode prosperar, pois não ocorreu o descumprimento da obrigação acessória apontada na autuação.

Afirma que não escriturou as notas fiscais acima mencionadas, pelo simples fato de as mercadorias nelas discriminadas nunca terem ingressado no seu estabelecimento.

Ressalta que as notas fiscais não foram obtidas mediante fiscalização em seu estabelecimento, mas, conforme os autuantes, mediante retenção nos postos fiscais, por ocasião do efetivo trânsito das mercadorias.

Alega que a simples obtenção das segundas vias das notas fiscais em postos fiscais, e a verificação de que essas notas não foram escrituradas, não é suficiente para lavratura de um Auto de Infração, por não ser possível vislumbrar a certeza da ocorrência do fato, no sentido de que as mercadorias realmente ingressaram no estabelecimento.

Ressalta que não consta recibo de entrega das mercadorias acobertada pela Nota Fiscal nº 02182, emitida pela empresa Amazonas Gás, além de constar no site da Agência Nacional do Petróleo – ANP, que a empresa Amazonas Comércio de Derivados de Petróleo Ltda., é distribuidora da

empresa Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda., e não sua distribuidora, conforme doc. 10, à fl. 40.

Relativamente às Notas Fiscais ns. 27433 e 000001, emitidas, respectivamente, pelas empresas Shell Gás (LPG) Brasil S/A e Distribuidora de Gás Brumado Ambrosina Lima Dias, afirma que constam no canhoto de recebimento, assinatura de pessoas não identificadas, não sendo de qualquer colaborador da empresa, responsável pelo recebimento de mercadorias.

Assevera que diante dos fatos alegados e da simples obtenção das notas fiscais pelo Fisco em postos fiscais, não restou comprovada a infração, para realizar e fundamentar a lavratura do Auto de Infração.

Aduz que o ônus da prova de demonstrar a ocorrência do ilícito no presente caso é da Administração Pública, cabendo ao Fisco diligenciar juntos aos emitentes das notas fiscais, no intuito de confirmar se as mercadorias realmente ingressaram no seu estabelecimento.

Invoca ensinamento de Hugo de Brito Machado segundo o qual, “o ônus de provar os fatos constitutivo do direito da Fazenda, direito este exercido através do ato de impugnado, é da administração tributária, e não do impugnante, o qual ver-se-ia muitas vezes obrigado a produzir uma impossível “prova negativa”. Na verdade, o que ao impugnante cabe provar são os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito da Fazenda Pública.”

Reitera que a simples obtenção das notas fiscais em postos fiscais não é o suficiente para comprovar o ingresso das mercadorias e requer que o Auto de Infração seja considerando insubsistente, com base no art. 18, IV, a, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99- aprovado pelo Decreto n. 7.629/99 c/c o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Evoca o princípio da verdade material, reproduzindo lição de Hugo de Brito Machado, para argüir a nulidade do Auto de Infração em razão de inexistência de prova, portanto, lavrado com amparo em meras presunções, com fulcro no art. 18, IV, a, do RPAF/99.

Diz que fundamentada no princípio da busca da verdade material, a Administração Pública deverá declarar a nulidade do Auto de Infração ou, antes de se pronunciar sobre a presente questão, diligenciar junto aos emitentes das notas fiscais, a fim de verificar qual foi a empresa que recebeu as mercadorias nelas relacionadas.

Assevera que a referida diligência se faz necessária pelo fato da Administração Pública não ter comprovado o fato constitutivo de seu direito, bem como pelo fato de as notas fiscais apresentadas pelo Fisco terem sido obtidas em postos fiscais quando no trânsito das mercadorias, o que, por sua vez, não comprova de fato o ingresso das mercadorias no estabelecimento.

Reitera o pedido de realização de diligência junto às empresas emitentes das notas fiscais, com fulcro no art. 145 do RPAF/99, a fim de comprovar quais empresas e as pessoas que, de fato, receberam as mercadorias nelas relacionadas.

Aduz que não há razões para que as diligências sejam indeferidas, porquanto as notas fiscais não estão em sua posse, sendo certo que restará comprovado terem sido provavelmente canceladas ou estornadas, uma vez que as mercadorias nelas relacionadas foram recebidas por outras empresas e não por seu estabelecimento.

Conclui requerendo que sejam acolhidas as razões de mérito, a fim de determinar o arquivamento do Auto de Infração ou, caso não seja reconhecida de plano a ilegalidade da autuação, seja realizada diligência no sentido de serem constatadas junto às empresas emitentes, as situações das notas fiscais objeto da acusação fiscal.

Os autuantes encaminharam o processo em diligência a INFAZ BRUMADO e INFAZ ALAGOINHAS (fl. 42), a fim de que fosse apurado junto aos emitentes das notas fiscais a efetiva entrega das mercadorias (botijões vazios) junto a empresa Liquigás Distribuidora S/A, atual denominação de Agip do Brasil S.A. e Sophia do Brasil S.A, e após o processo retornasse a COPEC, a fim de que prestasse a informação fiscal.

A empresa emitente da Nota Fiscal n. 0001, no caso, Ambrosina Lima Dias, apresentou declaração (fl. 46), na qual afirma que a remessa de vasilhames descrita na referida nota fiscal foi realizada, e que as vendas da Agip do Brasil para Ambrosina Lima Dias fazem referência à nota fiscal de remessa do vasilhame. Esclarece a declarante que em virtude do prazo decadencial não há guarda do livro Registro de Saídas.

A INFAZ/Brumado, esclareceu à fl. 47, que em atendimento ao pedido de informação, realizou diligência junto a empresa Ambrosina Lima Dias (IE 55.820703, tendo constatado o seguinte:

1. A empresa Ambrosina Lima Dias está atualmente ativa no CAD/ICMS, em funcionamento comercial e com contabilidade localizada;
2. Na ocasião da emissão da Nota Fiscal nº 000001 datada de 24/07/2003 (fls. 10 e 38) a empresa estava em atividade e a referida Nota Fiscal foi impressa com autorização da SEFAZ/BA. Embora haja histórico de inatividade da empresa em período posterior à data de emissão da analisada nota fiscal (fl. 45);
3. A empresa reafirmou a operação descrita na Nota Fiscal em questão e anexou declaração sobre tal fato (fl. 45).
4. Atente-se que na declaração feita a empresa Ambrosina Lima Dias ressalta que a confirmação da remessa dos botijões vazios pode ser feita. Isto, pelo fato de constar na Nota Fiscal de venda do gás – emitida posteriormente pela vendedora Agip do Brasil S.A. – a referência à Nota Fiscal de remessa dos vasilhames pela compradora.

A documentação da empresa Ambrosina Lima Dias do exercício de 2003 já está além do prazo legal de guarda dos documentos fiscais exigido pelo RICMS/BA. E, portanto, não foi analisada.

Consta à fl. 48, declaração da Empresa Amazonas Comércio Derivado de Petróleo no sentido que a Nota Fiscal nº 2182, não foi encontrada e que em razão do prazo decadencial de mais de cinco anos não guarda as Notas Fiscais.

A INFAZ/Alagoinhas esclareceu à fl. 49, que após diligência junto à empresa Amazonas Comércio de Derivados de Petróleo Ltda., constatou que esta se encontra ativa no CAD/ICMS, em funcionamento comercial e contabilidade localizada, e registra a declaração do emitente.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 50 a 52, na qual esclarecem que solicitaram diligência junto às Inspetorias Fazendárias de Brumado e Alagoinhas, a fim de que fosse apurado junto às empresas emitentes das Notas Fiscais n.s 0001 e 2812, respectivamente, Ambrosina Lima Dias e Amazonas Comércio de Derivados de Petróleo Ltda., a efetiva entrega das mercadorias (botijões vazios) ao autuado.

Dizem que do resultado das diligências, o contribuinte Ambrosina Lima Dias, declara (documento de fls. 46) que a remessa de vasilhame acobertada pela Nota Fiscal n. 0001 foi realizada e que nas vendas da AGIP fazem referência à Nota Fiscal de remessa de vasilhame. Informa que em razão do prazo decadencial não há mais guarda do livro registro de saídas.

O contribuinte Amazonas Comércio de Derivados de Petróleo Ltda., (fl. 48) declara que a Nota Fiscal 2182 não foi encontrada.

Sustentam que de fato houve o trânsito dos vasilhames, cujas notas fiscais foram retidas pelos postos fiscais.

Finalizam mantendo a autuação.

VOTO

Cuida o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, decorrente de falta de registro de entrada de mercadorias não tributáveis na escrita fiscal. Trata-se de imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 426,66, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias – botijões de gás vazios-acobertadas pelas Notas Fiscais n.s 0001, 27433 e 2181, emitidas, respectivamente, por Ambrosina Lima Dias, Shell Gás (LPG) Brasil S.A. e Amazonas Gás.

A princípio, no que concerne à nulidade argüida pelo impugnante, por inexistência de prova do cometimento da infração, observo que esta não pode prosperar, haja vista que os autuantes acostaram aos autos as vias das notas fiscais objeto da autuação que se apresentam como elemento caracterizador da infração. Ademais, observo que o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, especialmente o seu artigo 39, inexistindo vício que o inquene de nulidade. Não acolho, portanto, a nulidade argüida. No mérito, verifico que as notas fiscais objeto da autuação foram coletadas pelos autuantes através do sistema CFAMT, critério rechaçado pelo autuado que entende que a simples obtenção das segundas-vias das notas fiscais em Postos Fiscais, e a verificação de que essas notas não foram escrituradas, não é suficiente para lavrar um Auto de Infração, já que não é possível vislumbrar a certeza da ocorrência do fato, no sentido de que as mercadorias realmente ingressaram no estabelecimento.

Apesar de o autuado se insurgir contra a forma de obtenção das notas fiscais, devo registrar que este CONSEF já pacificou o entendimento de que as notas fiscais coletadas pelo Fisco nos Postos Fiscais do trajeto das mercadorias destinadas ao contribuinte, indicando todos os dados cadastrais do destinatário, se apresentam como elemento suficiente de que tais mercadorias foram remetidas pelo fornecedor e, conseqüentemente, lhe foram entregues, salvo contraprova de ônus do próprio contribuinte que venha elidir as existentes nos autos.

Cito como exemplo, a decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão CJF Nº 0109-11-07, cujo voto do ilustre Conselheiro Fernando Antônio Brito de Araújo, é reproduzido em parte, a seguir:

“VOTO

(...)

Ressalto que sua alegação de não poder se submeter ao ônus da prova de fato negativo, ou seja, de que não adquiriu as mercadorias consignadas nas notas fiscais capturadas pelo CFAMT, como também de que não existem provas de que as mesmas deram entradas no seu estabelecimento, se relacionam com as infrações 1, 4 e 7, as quais foram apuradas em decorrência da existência de notas fiscais colhidas no CFAMT, acarretando em recolhimento a menor do ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte (EPP), enquadrada no SimBahia (infração 1), como também da falta do recolhimento do ICMS por antecipação, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas no anexo 88 (Infração 7) e antecipação parcial (infração 4).

Também, há de se salientar, ainda quanto à primeira infração, que a via da nota fiscal, colhida pelo fisco no trajeto das mercadorias remetidas ao recorrente, consignando todos os dados cadastrais do autuado, é prova suficiente de que tais produtos lhe foram enviados e, por conseguinte, lhe entregues, salvo contraprova de ônus do próprio contribuinte que venha destituir as existentes nos autos, conforme inúmeras decisões deste colegiado.

Portanto, a prova documental é de que as mercadorias circularam e foram entregues ao seu destinatário. Caso o recorrente sinta-se prejudicado com a existência das referidas provas, cabe-lhe insurgir-se administrativamente ou judicialmente contra a quem as produziram, no caso concreto, seus próprios fornecedores. Contudo a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção da legitimidade da autuação fiscal, a qual se baseia, repito, em provas documentais que depõem contra a pretensão do recorrente.

Assim, no caso sob análise, a lição do renomado jurista, Prof. Hugo de Brito Machado, vem a reforçar o lançamento fiscal, pois o Fisco provou a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, trazendo aos autos os documentos fiscais destinados ao sujeito passivo, colhidos pelo próprio Fisco no trajeto da mercadoria.

Diante do exposto, sob este aspecto, são pertinentes as infrações 01, 04 e 07 do Auto de Infração.”

Portanto, como se verifica do texto acima transcrito a coleta de notas fiscais no sistema CFAMT se apresenta como suficiente para fundamentar a infração, cabendo ao contribuinte no exercício do direito de ampla defesa e do contraditório, comprovar a improcedência da acusação.

No presente caso, observo que o autuado apenas alega não ter recebido as mercadorias, afirmando desconhecer as assinaturas e as pessoas signatárias.

Certamente, a simples negativa do cometimento da infração não pode ser considerada para elidir a autuação. Cabe ao impugnante trazer aos autos todos os elementos de provas que disponha no intuito de afastar a autuação, conforme determina o RPAF/99, nos artigos 123, 142, 143.

Observo que, apesar da negativa do autuado em produzir os elementos de provas que pudessem elidir a autuação, os autuantes solicitaram as Inspetorias Fazendárias de Brumado e Alagoinhas, informações junto aos emitentes das Notas Fiscais n.s 0001 e 2181, tendo a emitente da Nota Fiscal n. 0001, Ambrosina Lima Dias, confirmado a realização da operação de remessa dos vasilhames para o autuado, conforme declaração expressa acostada aos autos.

Assim, a confirmação acima referida, apenas corrobora o entendimento deste CONSEF de que a coleta de notas fiscais no sistema CFAMT se apresenta como comprobatória da realização da operação, cabendo ao destinatário provar o contrário, caso insista na afirmação de que não realizou a operação.

É certo que a exigência de comprovação da não realização da operação não tem característica de “prova negativa”, haja vista a existência de meios – policiais e judiciais - para que possa o contribuinte destinatário exigir do emitente que comprove a operação, mediante a apresentação de documentos fiscais e contábeis relativos ao pagamento porventura efetuado, identificação da empresa transportadora com o respectivo Conhecimento de Transporte, etc.

Diante do exposto, considero a autuação integralmente subsistente, tendo em vista que o autuado apenas negou o cometimento da infração, não trazendo aos autos qualquer elemento de prova capaz de elidir a infração.

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 nº **206844.0006/08-2**, lavrado contra **LIQUIGÁS DISTRIBUIDORA S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$426,66**, prevista no art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, conforme previsto na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR