

PROCESSO	- A.I. Nº 269193.0029/00-6
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e HOLDING BRASIL COMÉRCIO DE CONFECÇÕES E COSMÉTICOS LTDA.
RECORRIDOS	- HOLDING BRASIL COMÉRCIO DE CONFECÇÕES E COSMÉTICOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 2715/00
ORIGEM	- INFAS CRUAZ DAS ALMAS
INTERNET	- 17.12.02

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0437-12/02

**EMENTA:** ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. CONTRIBUINTE NÃO INSCRITO. OPERAÇÃO INTERNA TRATADA COMO INTERESTADUAL. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS A CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. 3. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Inexistem nos autos provas do cometimento das infrações imputadas. Recurso de Ofício **NÃO PROVADO**. Recurso Voluntário **PROVADO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a decisão da 2ª JJF, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte – Acórdão JJF n.º 2715/00 – para exigir imposto e multa pelas seguintes infrações:

1. erro na aplicação da alíquota cabível nas operações de vendas internas, a contribuintes não inscritos no Cadastro de Contribuintes e domiciliados no Estado da Bahia, consoante informações cadastrais fornecidas pela Receita Federal a partir do CPF, tidas como operações interestaduais, à alíquota de 12%;
2. falta de retenção do imposto e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, das aludidas vendas realizadas para contribuintes não inscritos localizados neste Estado,
3. multa de 04 vezes o valor da UPF/BA por não ter apresentado livros e documentos contábeis quando por duas vezes intimado.

Na sessão realizada no dia 28-11-2000, a 2ª JJF acatou parcialmente a documentação apresentada na defesa inicial, que são as notas fiscais com *carimbos de postos fiscais de outros Estados, como também guia de recolhimento*, adquiridas juntas aos seus clientes, que entendeu que comprovam que parte das mercadorias, efetivamente, foram destinadas para outros Estados. Assim, excluiu parte dos valores exigidos nos itens 1 e 2, o que gerou o competente Recurso de Ofício.

No Recurso Voluntário apresentado, em preliminar, o recorrente suscitou a nulidade da decisão da 1ª Instância, por cerceamento ao seu direito de defesa, trazendo as seguintes considerações:

1. Que a simples justificativa pelo senhor Relator de que inexistiu cerceamento de defesa não pode prosperar, pois está claramente demonstrado e foi tempestivamente suscitado pelo autuado que, nem no momento da autuação, nem no momento da intimação, lhe foram

concedidas cópias dos demonstrativos e dos demais elementos que compunham o Auto de Infração, e que o seu acesso ao procedimento, no decorrer do prazo trintenal, não supre esta lacuna, pois não resta comprovado que teve acesso aos documentos pelo prazo de 30 (trinta) dias, limitando de forma indiscutível o seu mais amplo exercício defensório;

2. Que também insere-se nesta injustificada falha julgamental, a falta de qualquer referência e fundamentação a respeito da preliminar suscitada pelo descumprimento de formalidade essencial e ausência de elementar básica, que deveria ter sido devidamente apreciada. Mencionou o Acórdão CJF n.º 0686/00, em que foi anulada a decisão da 1ª Instância por falta de apreciação das preliminares suscitadas pelo defendant.
3. Que o julgamento está em desacordo ao entendimento do próprio CONSEF, quando o seu relator afirmou que *“descabe também a alegação de que os demonstrativos anexados ao Auto de Infração não se prestam a qualquer presunção lógica, por serem intuitivos, eis que não estão alicerçados em elementos probatórios, dificultando o livre exercício do contraditório. Se assim os fossem não dificultariam o ‘livre exercício do contraditório’, pois a simples prova do contrário fulminaria de vez a acusação fiscal, sem nenhum prejuízo ao direito de defesa do autuado.”*, pois ao fazê-lo, demonstrou, claramente, que a autuação está baseada em presunção, não contemplada na lei, e é fruto unicamente de mera suposição de cunho loterístico, vez que não alicerçada em provas.

Argumentou, também, que o relator da JJF, ao elaborar novo demonstrativo, decorrente da exclusão dos documentos fiscais apresentados pelo sutiado, desprezando a existência da própria ASTEC, apurou novos montantes, sem que fosse dado o direito às partes de impugná-los ou, até mesmo, apenas contraditá-los, caracterizando um flagrante cerceamento ao mais límpido direito de defesa, nulificando a decisão, e citou caso semelhante constante no Acórdão CJF n.º 0087/00.

Suplicou novamente, como o fez na impugnação ao lançamento, que lhe fosse entregue o relatório CFAMT das notas fiscais emitidas no período fiscalizado, na forma requerida no documento 0400000575133/00 (cópia anexa à fl. 1004), que ofereceria a efetiva comprovação de que as notas fiscais relacionadas se prestaram a operações interestaduais, tendo em vista que todas circularam pelos principais postos fronteiriços do Estado, especialmente os que acessam os demais Estados do Nordeste.

Afirmou, então, que todas as operações que realizou, à luz da norma regulamentar, sempre foram legítimas e idôneas, não cabendo, salvo a existência de algum fato concreto, que em absoluto não existiu, qualquer restrição à sua validade ou às operações que as mesmas estariam vinculadas.

Quanto à infração 3, disse que o relator da Decisão Recorrida alegou que o autuado deixou de atender as intimações para apresentação do livro contábil, ou na existência deste, de prestar informação ou esclarecimento necessário sobre a sua condição de optante de lucro presumido, mas que, ainda que tivesse deixado de informar (o que não ocorreu) que não possuía os referidos documentos, o momento oportuno seria quando da apresentação de sua defesa, o que, indiscutivelmente, o fez.

Concluiu, requerendo a nulidade da Decisão Recorrida ou a improcedência do Auto de Infração.

A Representante da PROFAZ, na sua primeira manifestação, solicitou ao relator do PAF que os autos fossem remetidos à ASTEC, para que auditor fiscal estranho ao feito se pronunciasse a

respeito do lançamento realizado pelo autuante, cotejando os fartos documentos carreados aos autos com os levantamentos, para, enfim, informar se as operações referentes às notas fiscais objeto da autuação foram realizadas dentro do Estado ou se foram interestaduais, como afirma o autuado ora recorrente.

O então Relator deferiu o pedido da Representante da PROFAZ.

O diligente da ASTEC elaborou o Parecer n.º 0166/01, informando que os documentos acostados pelo autuante às fls. 14 a 63 (Anexo I) se, por um lado induzem a pensar que as operações teriam sido internas, visto que o domicílio dos adquirentes seria o próprio Estado da Bahia, por outro, não provam de forma inequívoca tal raciocínio, e que, segundo um preposto do GETRA – Gerência de Trânsito, os relatório do CFAMT e de passe fiscal não serviriam à finalidade almejada, comprovar se as operações foram internas ou interestaduais, pois o primeiro indicaria, no máximo, que determinada nota fiscal teria passado pelo 1º posto fiscal existente no itinerário a ser percorrido na viagem, não registrando, portanto, qualquer eventual saída das mercadorias do território baiano, e o segundo, não seria utilizável em razão do “valor diminuto” das notas fiscais.

Lembrou que o estabelecimento do autuado se localiza no município de Conceição do Almeida-BA, nas proximidades de Cruz das Almas, não existindo, assim, posto fiscal de fronteira nos arredores.

O recorrente se manifestou a respeito do resultado da diligência, afirmando que o diligente esclareceu que um contribuinte não inscrito, com domicílio no Estado da Bahia, não está impedido de praticar atos de comércio em outras unidades da Federação, e que inexiste, no corpo da ação fiscal, qualquer objeto de prova que lhe imputasse culpabilidade.

A título de curiosidade, transcrevo o parágrafo 4 desta manifestação do recorrente:

“4. Ainda de encontro ao entendimento manifestado também pelo Fiscal Revisor, temos o exemplo prático, de um próprio integrante deste Egrégio Conselho de Fazenda, que por ser natural do Rio Grande do Sul, certamente, possui o seu cadastro de pessoa física (CPF), emitido por aquela região, mas que ainda assim, é contribuinte do Estado da Bahia, local onde inclusive deve apresentar suas declarações de IRPF, haja vista ocupar um cargo como funcionário público.”

O autuante, em nova informação fiscal, concluiu dizendo que a falta de colocação do endereço da destinatário das mercadorias nas notas fiscais, comprova que estes contribuintes não inscritos são domiciliados no Estado da Bahia. Pediu pela manutenção da decisão da 2ª JJF.

A Representante da PROFAZ exarou o Parecer n.º 1000/01 (fls. 1040 e 1041), observando, primeiramente, que não consta nos autos comprovação de entrega ao autuado da cópia dos novos demonstrativos elaborados pelo autuante em suas informações fiscais (fls. 133/137), o que infringe o § 1º, do art. 18, do RPAF, provocando o cerceamento do seu direito de defesa, ensejando, assim, a nulidade da decisão da Primeira Instância.

Afirmou que, entretanto, após a diligência fiscal realizada, verificou nulidade capaz de abarcar todo o lançamento administrativo, qual seja, a falta de segurança da infração, pois o diligente da ASTEC esclareceu o ponto nevrágico da discussão quando afirmou que os documentos acostados

aos autos não provam de forma inequívoca que as operações realizadas pelo autuado se deram dentro deste Estado.

Disse que, diante da falta de elementos de prova material das infrações imputadas ao autuado, o Auto de Infração tornou-se insustentável e eivado de vícios de natureza insanáveis, posto que as infrações arroladas não estão respaldadas por prova necessária do seu cometimento, o que torna insegura e imprecisa a acusação.

Verificada a nulidade prevista no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, opinou pela decretação da nulidade do Auto de Infração.

O então relator encaminhou o PAF em diligência à INFRAZ de origem para que se constate se a diligência requerida à fl. 943 (cientificar o contribuinte a respeito dos novos demonstrativos juntados na informação fiscal).

O Inspetor Fazendário daquela INFRAZ anexou, então, a cópia da intimação enviada ao contribuinte para científá-lo da existência dos tais demonstrativos, e informou que o contribuinte teve conhecimento destes documentos, tanto que protocolou, em tempo hábil, seus argumentos a respeito da informação fiscal prestada (fls. 947 a 955).

A Representante da PROFRAZ se manifestou novamente reiterando as razões exaradas no Parecer n.º 1000/01, pugnando pela nulidade da autuação pela falta de segurança da infração.

Na sessão realizada no dia 08-04-2002, já na condição de relator do PAF, propus e esta 2ª CJF deliberou que os autos fossem encaminhados em diligência a SAT/DPF/GETRA, para que fossem anexadas as listagens do relatório do CFAMT, referente aos meses de novembro de 1997 a janeiro de 2000, das notas fiscais de saída do contribuinte, separadas e identificadas por Posto Fiscal em que foram realizadas as coletas destas notas.

Após algum “trânsito” do PAF, tais listagens foram anexadas às fls. 1060 a 1135.

O recorrente, após ciência, se pronunciou a respeito da juntada dos novos documentos, afirmando que a juntada ao PAF do relatório CFAMT permitiu o resgate da verdade material que envolveu a operação, tendo em vista a confirmação de que as operações aventadas foram realmente interestaduais, não existindo o menor sentido na autuação. Concluiu requerendo a improcedência da pretensão fiscal.

O autuante elaborou nova informação fiscal, dizendo que algumas, da enorme quantidade de notas fiscais arroladas nos demonstrativos, “passearam” em vários postos fiscais espalhados em toda a Bahia (7 ao todo), quando, se fossem destinadas para algum dos Estados citados passariam, a partir da cidade de origem do litigante, por apenas dois postos, se fossem pela BR 116, e um, caso transitassem pela BR 101, e, por esta razão, este “passeio” não prova o destino das mercadorias.

A Representante da PROFRAZ se pronunciou novamente, informando que os documentos juntados somente agora pelo autuante, a requerimento do Relator, fazem prova contrária a autuação fiscal, e reiterou as manifestações anteriores.

## VOTO

Inicialmente, verificando as razões recursais vislumbro que o recorrente argüiu quatro preliminares de nulidade da Decisão Recorrida, por cerceamento ao direito de defesa.

Arrimado no Parágrafo único, do art. 155, do RPAF/99, que determina que quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta, passarei à análise do mérito, sem apreciar estas preliminares.

Os dois primeiros itens do Auto de Infração originam-se numa única acusação, qual seja, de que as operações em questão são internas e não interestaduais, como descrito nas notas fiscais.

Lembro como se dá um procedimento de Auditoria Fiscal.

Auditoria, genericamente, consiste em se utilizar de uma série de testes, para que, por amostragem, seja verificada a veracidade dos registros contábeis e fiscais de uma determinada empresa. A auditoria fiscal se utiliza dos mesmos meios, porém para fins de aferir a regularidade no recolhimento de tributos.

Partindo-se das amostras, que devem ser estatisticamente representativas, pode-se chegar ou não a um possível indício de irregularidade (no caso no recolhimento dos tributos, pois estamos falando de auditoria fiscal).

Foi o que ocorreu no presente caso.

O autuante detectou um indício, forte é verdade, de que o recorrente estaria utilizando o expediente de emitir notas fiscais interestaduais nas vendas internas, o que implicaria em pagamento do ICMS com a aplicação de uma alíquota menor. Este indício derivou da comparação das notas fiscais com os dados cadastrais junto à Receita Federal dos adquirentes das mercadorias. A partir dos CPF destes, que, segundo a Receita Federal, são domiciliados neste Estado, haveria a possibilidade de que as operações em questão fossem internas e nas notas fiscais, de forma dissimulada, constaria como interestaduais.

Mas é apenas um indício. Caberia ao autuante comprovar esta possibilidade de dissimulação, para, então, levantar os valores envolvidos.

Esta prova jamais veio aos autos.

Ao revés, já na Primeira Instância foram retiradas notas fiscais em que o autuado demonstrou que, efetivamente, as mercadorias adentraram no Estado destinatário, via pagamento do imposto antecipado.

Desde o início, o recorrente afirma que as operações são verídicas, e vinha pleiteando que fossem trazidas aos autos as listagens do sistema CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito), para lhe fortalecer esta assertiva, o que foi negado.

Este sistema foi criado pelo Estado da Bahia para que pudesse controlar as mercadorias entrando, saindo e em circulação no território baiano. Ora, se o próprio Estado detém um sistema de

controle, que utiliza, quando dele necessita, para comprovar a circulação física da mercadoria no seu território, porque negá-lo ao contribuinte, quando esta prova lhe favoreceria.

Quero registrar que, segundo o art. 142, do RPAF/99, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Poderia, então, este colegiado simploriamente, em razão da negativa de prova que o Estado dispõe, acatar como verídica a afirmação do recorrente de que as operações são interestaduais, e declarar de plano a improcedência do Auto de Infração.

Por uma questão de zelo, em duas oportunidades foi solicitada a anexação da tal listagem, que foi atendida parcialmente, pois, já como relator do PAF, requeri também como fossem identificadas as notas fiscais por posto fiscal, e, logicamente, se as notas são as mesmas exigidas no lançamento de ofício.

Considerando que o autuante não fez tal identificação, presumo, legitimamente, que as notas fiscais são as mesmas, ao menos parcialmente.

Tomei a liberdade de entrar em contato com a equipe da GETRA para saber a que posto fiscal corresponde cada código da listagem. A resposta está apensada à fl. 1243 dos autos.

Ao avaliar o mencionado relatório, identifiquei o seguinte:

Posto Fiscal	Quantidade de notas fiscais
Honorato Viana	296
Francisco Hereda	222
Fernando Presídio	655
Benito Gama	1
Eduardo Freire	1
João Durval	19
Ângelo Calmon	317
Clóvis de Brito	2
Ba 093	72
Linha Verde	24
Total	1.609

Conclusão, 56% das notas fiscais constantes na listagem deram saída pelos Postos Fiscais Francisco Hereda, localizado na cidade de Rio Real, divisa Bahia-Sergipe, Fernando Presídio, localizado em Juazeiro, divisa com Pernambuco, e na Linha Verde, também divisa com Sergipe. Ou seja, saíram do território baiano.

As demais circularam internamente, mas, considerando que as notas fiscais são processadas no primeiro posto fiscal do percurso, não comprovam que não se destinaram a outro Estado.

Não resta dúvida, o autuante não logrou êxito em transformar o seu indício, que, volto a repetir, é forte, em prova material do cometimento da infração que imputou ao sujeito passivo.

Presume-se, então, verdadeira a afirmação do recorrente: as mercadorias foram destinadas “a vender” em outros Estados da Federação.

Vejamos o que diz a legislação sobre a operação em questão.

O art. 632, VII, “a”, item 2, sub-item 2.2, do RICMS/97, preconiza que será aplicada a alíquota prevista para as operações interestaduais, tratando-se de operação ou prestação que destine mercadoria ou serviço a contribuinte do imposto situado em outra unidade da Federação, ainda que o destinatário seja contribuinte não inscrito.

Assim agiu o recorrente, à luz dos documentos carreados aos autos, e nada deve ao Estado da Bahia.

Somente discordo do opinativo da Representante da PROFAZ de seria caso de nulidade da autuação pela falta de segurança da infração, pois a acusação é clara, só que desprovida de provas, e, neste caso, é questão de mérito.

Destarte, os itens 1 e 2 do Auto de Infração são improcedentes.

No que concerne a multa aplicada no item 3, considero satisfatória a justificativa do recorrente de que deixou de apresentar os seus livros contábeis, por ser optante pelo regime de apuração do imposto de renda por lucro presumido. Ademais, todos os livros e documentos fiscais foram fornecidos regularmente à fiscalização. Não subsiste, igualmente, esta acusação.

Pelo que expus, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, para modificar a Decisão Recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Ofício e PROVER o Recurso Voluntário apresentados e modificar a Decisão Recorrida para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 269193.0029/00-6, lavrado contra HOLDING BRASIL COMÉRCIO DE CONFECÇÕES E COSMÉTICOS LTDA.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de Dezembro de 2002.

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PROFAZ