

PROCESSO - A.I. Nº 018184.1101/02-0  
RECORRENTE - V. T. COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2<sup>a</sup> JJF nº 0198-02/03  
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA  
INTERNET - 07.08.03

## 1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO CJF Nº 0422-11/03

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Em tais operações, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Elidida parcialmente a infração, diante das provas processuais. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO; b) MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 10% e 1%, respectivamente, do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações subsistentes. Rejeitados a preliminar de nulidade argüida e o pedido de revisão do lançamento. Correto e fundamentado o julgamento recorrido. Inexistência de fato ou fundamento capaz de alterar o julgado. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/11/2002, exige o valor de R\$ 114.367,25, com base em notas fiscais retidas no trânsito (CFAMT), referentes ao período de abril de 2001 a maio de 2002, em razão:

1. da falta de recolhimento da antecipação do ICMS no valor de R\$ 99.093,59, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas a substituição tributária, consoante demonstrativos e documentos às fls. 12 a 201 do PAF;
2. da multa no valor de R\$ 15.035,88, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias tributáveis, entradas no estabelecimento sem os devidos registros na escrita fiscal, conforme demonstrativos e documentos às fls. 202 a 313 do PAF, e
3. da multa no valor de R\$ 237,78, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias não tributáveis, entradas no estabelecimento sem os devidos registros na escrita fiscal, conforme demonstrativos e documentos às fls. 314 a 362 dos autos.

O autuado, através de seu advogado devidamente habilitado, apresenta defesa, às fls. 371 a 392, onde requer a nulidade do Auto de Infração pelas seguintes razões:

1. por não terem sido entregues as cópias das notas fiscais arroladas nos levantamentos fiscais, cerceando o seu direito de defesa no sentido de averiguar junto aos seus fornecedores, emitentes das notas fiscais, a veracidade das transações comerciais e sua autoria, contrariando o previsto no art. 46 do RPAF que determina fornecer os elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros de que porventura o contribuinte não disponha;
2. assevera que tais compras são “fantasmas”, pois não as realizou, logo, as notas fiscais que serviram de base ao Auto de Infração, não servem de provas, uma vez que a autuante fundamentou-se em presunção, sendo esta ilegal.

No mérito, quanto à primeira infração, aduz que a Nota Fiscal de n.º 169459, de 7/11/01, foi lançada no livro Registro de Entradas (fl. 17), cujo imposto foi recolhido tempestivamente, conforme documentos às fls. 395 a 398 do PAF.

Em seguida assevera que não realizou as compras, no total de 311 operações, inclusive com mercadorias não tributadas, atribuindo a autoria a contribuintes “inescrupulosos” que utilizaram seus dados cadastrais para concretizarem compras em nome de terceiros.

Registra ser inaceitável a afirmação de que tais notas fiscais foram retidas no trânsito de mercadorias, pois quando isso ocorre as mercadorias também são retidas e apreendidas, com lavratura do termo próprio, obrigando o transportador e o destinatário ao pagamento sob pena de manter as mercadorias apreendidas, como maneira coercitiva de conseguir o pagamento. Assim, como jamais sofreu tais apreensões e coerções, aduz ser inverdade a afirmação da autuante.

Ressalta que mesmo acreditando constar da listagem do CFAMT, as notas fiscais não provam que tais mercadorias foram adquiridas pelo autuado, pois essas afirmações não passam de indícios, de mera suspeita, de presunção, sem base legal para afirmar que houve ilícito fiscal praticado pelo contribuinte, o qual nega terminantemente o reconhecimento de tais operações comerciais, cujo ônus da prova cabe ao Fisco, sob pena de ser julgado improcedente o Auto de Infração.

Afirma que só adquire produtos em unidades da Federação conveniadas com o Estado da Bahia, com retenção do imposto na fonte, assim não teria o que recolher no dia 10 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento.

Por fim, requer que, se deferida revisão por preposto alheio ao feito, seja o autuado informado pessoalmente ou por via postal da data de julgamento para que possa exercer seu direito de defesa através de sustentação oral e declarado nulo ou improcedente o Auto de Infração.

A autuante, em sua informação fiscal, às fls. 422 a 443, contesta as razões de defesa, aduzindo não serem verdadeiras as alegações do autuado de que:

1. não lhe foram entregues as cópias das notas fiscais constantes dos autos. Aduz que quando da ciência do Auto de Infração os citados documentos lhe foram entregues, sendo tal fato consignado conforme observação manuscrita no documento à fl. 424 do PAF;
2. quando a nota fiscal é retida no trânsito as mercadorias constantes dela também são. Informa que a retenção de notas fiscais é uma forma do Estado controlar as operações realizadas por seus contribuintes, sendo que as mercadorias são apreendidas quando transitam sem documento fiscal ou com documento fiscal falso ou inidôneo;

3. somente adquire mercadorias com retenção na fonte. Aduz que o contribuinte recolhe ICMS com código 1145 (ICMS ANTEC. TRIB. PRODUTOS ANEXO 88 DO RICMS), conforme comprova documentos à fl. 397 dos autos e os extratos de pagamentos, às fls. 425 a 435 do PAF;

Porém, reconhece como verdadeira a alegação relativa à Nota Fiscal nº 169459, inserida, por lapso, no levantamento fiscal.

Por fim, ressalta que as vias das notas fiscais, constantes do processo, provam contra sua alegação de que não efetuou as compras destas mercadorias.

Em Decisão desta 2ª JJF, o PAF foi convertido em diligência à INFRAZ Itabuna no sentido de que fosse fornecido ao contribuinte cópia dos novos documentos anexados à informação fiscal, o que foi atendido às fls. 439 e 440 dos autos.

Às fls. 442 a 447 do PAF, o sujeito passivo apresenta novas razões de defesa, onde considera desrespeitosos e ofensivos os termos constantes da informação fiscal.

Em seguida, entende que a autuante não se “desincubiu” da obrigação do ônus da prova.

Ressalta que o documento à fl. 424 dos autos juridicamente nada representa, visto que o quanto que foi manuscrito acima da assinatura, pode ter sido aposto após a dita assinatura, não servindo como prova, pois tal documento não coincide com o recebido pelo autuado, conforme “cópia reprográfica autenticada” à fl. 452 dos autos.

Anexa cobrança bancária de compra em nome do autuado, com nota fiscal subfaturada, local de entrega distinto do endereço do adquirente, a título de exemplificação e prova da sua alegação de que não comprou tais mercadorias, consoante documentos às fls. 448 a 451 dos autos.

Discorda a citação da autuante de que “Mercadorias são apreendidas quando sem documento fiscal ou quando este é falso ou inidôneo”. Aduz que mercadorias são apreendidas por diversos motivos, dentre os quais quando o imposto deveria ser retido na fonte e não o foi, por estar a mercadoria sob regime de substituição tributária, desconsiderando o direito de recolhê-lo no dia 9 do mês subsequente à sua aquisição, como previsto no RICMS.

Esclarece que quando diz que somente adquire mercadorias com retenção na fonte, quis dizer produtos ou mercadorias sujeitas ao regime de retenção na fonte ou substituição tributária, e, quando não deixa o imposto retido na fonte, paga no dia aludido no prazo regulamentar. Por fim, reitera todos os termos da defesa.

A autuante, em novo pronunciamento, mantém suas considerações iniciais, reiterando sua convicção de que entregou ao autuado as cópias das notas fiscais arroladas, fazendo constar este fato no documento à fl. 424 dos autos. Registra que intimou o contribuinte para apresentar o documento original, em 26/03/03 e 07/04/03 (fls. 456/459), contudo, a intimação não foi atendida.

À fl. 461 dos autos, o sujeito passivo requer prorrogação do prazo para analisar o referido processo, buscando uma melhor forma para solucioná-lo, sendo autorizado pelo Inspetor, porém, não mais se manifestando.

A 2ª JJF o CONSEF após analisar as peças processuais, fundamenta e prolata o seguinte voto:

*“Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir a antecipação do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas a substituição tributária, no valor de R\$ 99.093,59, como*

também as multas de R\$ 15.035,88 e R\$ 237,78, correspondentes a 10% e 1%, respectivamente, do valor comercial das mercadorias tributáveis e não tributáveis, entradas no estabelecimento sem os devidos registros na escrita fiscal, consonte apurado através de notas fiscais retidas no trânsito (CFAMT), referentes ao período de abril de 2001 a maio de 2002, ínsitas às fls. 19 a 336 dos autos.

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade do Auto de Infração, argüida pelo autuado no sentido de que não lhe foram entregues as cópias das notas fiscais acostadas aos autos, cerceando o seu direito de defesa de averiguar junto aos seus fornecedores, emitentes das notas fiscais, a veracidade das transações comerciais e sua autoria, não servindo tais provas, por se fundamentar em presunção ilegal por se tratar de compras “fantasmas”, pois não as realizou.

Entendo desnecessário o fornecimento de cópia ao autuado das notas fiscais anexas ao processo, uma vez que se referem à via do Fisco, coletadas nos postos fiscais do trajeto das referidas mercadorias, sendo prova suficiente da realização das operações e de suas aquisições pelo destinatário, cujas 1<sup>as</sup> vias encontram-se em poder do próprio contribuinte.

O art. 46 do RPAF, citado pelo próprio sujeito passivo, dispõe que se deve fornecer ao autuado os elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros de que porventura o contribuinte não disponha, o que não é o caso, conforme já dito.

Ademais, o autuado recusou-se a comprovar fato controverso com elemento comprobatório em seu poder, importando em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, nos termos do art. 142 do RPAF, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, relativo ao fornecimento das cópias das notas fiscais consignadas no documento de fl. 424 dos autos, ao não apresentar a via original do documento por ele anexado à fl. 452 dos autos, apesar de intimado reiteradamente neste sentido.

Por fim, em última análise, deve-se ressaltar que o art. 124 do mencionado RPAF determina que o processo permanecerá na repartição local, durante o prazo de defesa, onde o sujeito passivo ou seu representante dele poderá ter vista e os interessados solicitar cópia de qualquer de suas peças. Portanto, entendo que não ocorreu o alegado prejuízo ao contribuinte.

Também, rejeito o pedido de revisão por preposto alheio ao feito, como também o pleito de que seja o autuado informado pessoalmente ou por via postal da data de julgamento para que possa exercer seu direito de defesa através de sustentação oral. O primeiro pedido, por entender desnecessário, uma vez que considero suficiente para a formação da minha convicção os elementos contidos nos autos. O segundo, por falta de previsão legal para o mesmo, haja vista que o art. 49 do Regimento Interno do CONSEF, aprovado pelo Dec. n.º 7.592/99, não estabelece tal procedimento, estipulando apenas que a pauta de julgamento será divulgada com antecedência mínima de três dias da data da sessão.

Quanto ao mérito, restou provado que a Nota Fiscal de n.º 169459, de 07/11/01, inerente à primeira infração, foi lançada no livro Registro de Entradas e teve seu imposto recolhido tempestivamente, conforme documentos às fls. 396 a 398 do PAF, sendo, portanto, indevida sua inclusão no valor exigido neste mês, o qual deve ser reduzido para R\$ 6.979,30.

Relativo as demais argumentações defensivas, constata-se serem insuficientes para elidir as acusações fiscais, as quais estão respaldadas em notas fiscais, capturadas nos postos fiscais do trajeto das mercadorias, quando destinadas ao autuado, provas documentais suficientes da realização das operações e de suas aquisições pelo destinatário, salvo prova em contrário.

*Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no total de R\$ 114.236,98, após a redução do valor exigido de R\$ 7.109,57, em 30/11/01, da “Infração 01”, para R\$ 6.979,30.”*

O autuado inconformado com o resultado do julgamento realizado, interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF nº 0198-02/03.

Após fundamentar a interposição do Recurso Voluntário, afirma que a Decisão da 2ª JJF merece ser reformada, porquanto deixou de apreciar matéria de fato e fundamento de direitos arguidos pelo recorrente.

A Decisão pela legalidade do lançamento fiscal baseado em simples presunção, não considerou que não houve a efetiva ocorrência da operação glosada, e, o mais grave ainda, é que não ocorreu o fato gerador. Sustenta o recorrente que jamais e em tempo algum recebeu em seu estabelecimento as mercadorias objeto da autuação.

O Auto de Infração lavrado com base em 3<sup>as</sup> e 4<sup>as</sup> vias de notas fiscais retidas no CFAMT, referentes ao período de abril/2001 a maio de 2002, sem contudo restar provado a efetiva realização das operações comerciais, lastreado apenas na presunção de que as mercadorias internadas em território baiano, tiveram o estabelecimento da oro recorrente como destinatário.

Discrene sobre a injuridicidade da tributação fundamentada em presunção e ficção, devendo a mesma ser repelida pelo CONSEF.

O lançamento ora guerreado, fundado em presunção e sobre o manto da dúvida, se não repelido por este órgão julgador, fatalmente levará o recorrente a ruína, em face da sua diminuta capacidade contributiva. Será impossível arcar com o pagamento em tamanho montante de impostos e multas indevidos. Acaso mantida a Decisão recorrida, sem provas da efetiva realização da operação comercial, sem fato gerador, e sem provas de que as mercadorias foram recebidas pelo recorrente, estará sendo decretada a sua falência tendo por fundamento uma presunção. Inexistiu fato imponível, daí a manifesta ilegalidade do lançamento.

As mercadorias apontadas no Auto de Infração jamais ingressaram no estabelecimento do recorrente. Nenhum dos documentos juntados provam o seu recebimento.

Não se pode autuar por mera presunção, sendo neste sentido o entendimento majoritário deste CONSEF, bem como orientação do insigne jurista ALBERTO XAVIER.

As razões deste Recurso Voluntário merecem profunda reflexão, inclusive sobre casos ocorridos e apreciados, nos quais foram detectadas entregas de mercadorias a contribuintes diversos dos consignados nas notas fiscais.

Comenta entendimento dos mestres Ataliba e Aires Barreto, bem como do STF quanto a simples circulação física das mercadorias.

Repete que embora as notas fiscais se refiram a ela como destinatária das mercadorias, efetivamente nunca foram adquiridas nem recebidas, havendo inclusive casos de empresas com as quais o recorrente nunca efetuou qualquer compra.

Transcreve a Resolução nº 1290/98, que julgou um caso de mercadorias entregues a destinatário diverso no documento fiscal, o qual, consagra a tese ora defendida.

Apresenta quatro indagações à guisa de reflexão, para recorrer-se ao instituto da analogia.

Segundo o entendimento do CONSEF, a nota fiscal embora seja documento imprescindível para acobertar o trânsito de mercadorias, necessariamente não implica na efetiva realização da operação mercantil nele gizada.

Transcreve a Resolução JJF nº 1274/98, para demonstrar que o CONSEF em caso semelhante, julgou NULO um Auto de Infração, fundamentando que o Fisco não pode penalizar o contribuinte exigindo documentos que ele não possui meios para conseguir.

No mesmo sentido decidiu o CONSEF, através da Resolução JJF nº 1262/98, que não comprovada pelo Fisco a entrada das mercadorias no estabelecimento, descabe o Registro de Entradas.

Ainda apresenta a Resolução JJF nº 1089/98, que respalda as suas assertivas.

Requer o Provimento deste Recurso Voluntário para que reformando o *decisum* ora guerreado, se julgue Nulo o Auto de Infração em virtude da manifesta preterição do direito de defesa, ou seja declarado Improcedente o lançamento pelas contundentes razões apresentadas.

A PGE/PROFIS analisa as razões recursais, afirma que alegação de que o Auto de Infração foi lavrado com base em presunção, não determina nada desde quando o autuado nada prova em contrário, ou seja, o não recebimento das mercadorias por seu estabelecimento. As decisões apresentadas não guardam relação com o caso em questão. Na realidade, o julgamento analisou pormenorizadamente todas as alegações defensivas, rebatendo-as uma a uma, e considerando válida a ação fiscal.

Afirma que as razões oferecidas pelo recorrente, são inócuas, e inaptas para proporcionar modificação do Julgamento recorrido. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

## **VOTO**

Neste Recurso Voluntário concordo integralmente com o Parecer da PGE/PROFIS exarado as fls.496 e 497 deste Processo.

O recorrente repete integralmente as razões apresentadas anteriormente e já analisadas pela 2<sup>a</sup> JJF, cujos fundamentos embasadores da Decisão guerreada constam do relatório.

Repete uma argüição de Nulidade do procedimento fiscal, por cerceamento ao seu direito de defesa, quando em momento algum do processo consegue demonstrar este cerceio. Pelos mesmos fundamentos anteriores também rechaço esta preliminar.

Quanto ao mérito, afirma que nunca recebeu as mercadorias constantes das notas fiscais glosadas, e que em alguns casos nunca negociou com os emitentes dos documentos fiscais.

Caberia provar o alegado, inclusive perante os emitentes já conhecidos, provando que interpôs procedimentos próprios para salvaguardar os seus interesses, evitando prejuízos morais e materiais como é o caso do presente Auto de Infração.

Deveria intimar os emitentes, até judicialmente se necessário, para comprovar quem fez os pedidos, ou os pagamentos, e até os recebimentos das operações constantes das notas fiscais glosadas.

As notas fiscais constam como destinatário o recorrente, esta é a prova fundamental que embasa o procedimento fiscal, e lastreando a presunção legal da ocorrência das operações mercantis.

As formas para desconstituir estas operações deveriam ser apresentadas com o Recurso Voluntário, não o foram, e por conseguinte, fica legalmente mantida a acusação fiscal.

Os Acórdãos apresentados como paradigmas de entendimentos do CONSEF sobre a matéria, não se prestam para tal, visto que, cada Processo tem nuances próprias, e são analisados dentro dos limites da lide, não podendo se estender às Decisões para outros procedimentos.

Nada apresenta o recorrente que possa influenciar ou alterar na Decisão recorrida, por esta razão e concordando com os fundamentos da Decisão recorrida, como também com o Parecer da PGE/PROFIS, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 018184.1101/02-0, lavrado contra V. T. COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$98.963,32, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, além das multas nos valores de R\$15.035,88 e R\$237,78, com os respectivos acréscimos legais, previstas, respectivamente, no art. 42, IX e XI, da referida Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2003.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS