

A. I. N° - 206955.0003/03-5
AUTUADO - LEMOSPASSOS ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - MARIA DAS GRAÇAS LEMOS CARVALHO
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 13.10.03

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0391-03/03

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração parcialmente caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Infração caracterizada. Rejeitado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 07/03/03, para exigir o ICMS no valor de R\$6.323,53, acrescido da multa de 60%, em decorrência de:

1. Falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88 – R\$4.017,83;
2. Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas a consumo do estabelecimento – R\$2.305,70.

O contribuinte impugnou o lançamento (fls. 61 a 67), inicialmente relatando que foi autuado por ter deixado de lançar, em seu livro Registro de Entradas, mercadorias discriminadas em documentos fiscais, cujas 3ª e 4ª vias encontravam-se na posse da autoridade fazendária.

Alega, entretanto, que não efetuou a escrituração porque não adquiriu as mercadorias constantes dos documentos fiscais nºs 968, 5749, 1040, 1332, 1541, 1637, 176482, 176481, 516133, 34151, 35097, 36188, 4019, 391, 10429, 10545, 36917, 37624 e 37625, não obstante o fato de constar a sua razão social como destinatária nas referidas notas fiscais.

Argumenta que sua denominação social vem sendo utilizada para a entrada ilegal de mercadorias na Bahia, causando-lhe prejuízos e aos cofres estaduais. Aduz que os livros Registro de Inventário e Razão encontram-se à disposição da fiscalização e “comprovam cabalmente a afirmação de que as mercadorias acima discriminadas não foram adquiridas pela impugnante”. Em razão disso, requer a realização de diligência para que seja comprovado o quanto alegado.

Alega, ainda, que a autuante cometeu alguns equívocos “quando imputou valores das notas fiscais nas planilhas de apuração”, conforme a seguir discriminado:

1. Nota Fiscal nº 250 da empresa Fricharque, de 16/05/98, no valor de R\$7.200,00 – foi lançado, erroneamente, o valor da nota fiscal como sendo R\$15.000,00, gerando uma diferença a mais de ICMS de R\$54,60;
2. Nota Fiscal nº 10429 da empresa Frisul, de 24/09/99, no valor de R\$13.200,00 – foi lançada indevidamente no demonstrativo do Auto de Infração, a importância de R\$441,00, a título de destaque do ICMS, quando o correto seria de R\$924,00, o que gerou uma diferença a mais de imposto de R\$483,00;
3. Nota Fiscal nº 10224 da Frisul, de 03/09/99, no valor de R\$14.850,00 – o ICMS no valor de R\$103,95, devido em razão de antecipação tributária, foi recolhido por meio do DAE acostado à fl. 68.

Por fim, reitera o pedido de diligência fiscal e requer a improcedência do lançamento.

A autuante, em sua informação fiscal (fls. 82 a 84), refuta o pedido de diligência formulado pelo autuado, aduzindo que “não faz nenhum sentido uma vez que os registros de inventário e razão são consequência da escrituração das notas fiscais” e “como não aconteceu a escrituração consequentemente os demais registros dentro da empresa não foram atualizados com dados que inicialmente não existiram”.

Prossegue dizendo que a empresa deve comprovar a alegada fraude nas operações de compra “através de declarações dos fornecedores isentando-a dessas compras”, não cabendo à Secretaria da Fazenda “promover ações para identificar se as compras realizadas pelo contribuinte foram oriundas de fraudes na utilização indevida de sua inscrição estadual”. Afirma que cabe ao Fisco apenas verificar se os documentos têm como destinatário o contribuinte que está sendo fiscalizado, o que ocorreu no presente caso, mas ressalta que é bastante estranho que as dezenove notas fiscais não tenham sido destinadas realmente ao sujeito passivo, haja vista que são oriundas de diferentes Estados, com diferentes situações tributárias e todas as mercadorias vinculadas à atividade operacional do autuado.

Com relação às notas fiscais de aquisição de lâmpadas GE cristal e Three Bond Super, salienta que obteve informações de que tais mercadorias foram adquiridas para utilização em pequenas reformas no estabelecimento. Como se trata de compra de materiais de consumo, aduz que exigiu o ICMS devido em razão da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais.

Acata a alegação defensiva, relativamente às Notas Fiscais nºs 250 e 10429, e diz que está procedendo à retificação no levantamento fiscal, consoante as planilhas juntadas às fls. 85 a 87.

Quanto à Nota Fiscal nº 10224, ressalta que não entendeu a afirmação do autuado, de que inexistente o documento fiscal, pois o mesmo está anexado à fl. 37 e se refere a uma aquisição de charque à empresa Frigorífico Sul Mineiro Ltda. Não aceita o DAE anexado à fl. 68, no valor de R\$103,95, com o fato de reduzir o valor exigido, tendo em vista que, no documento de arrecadação, não está identificada a nota fiscal a que se refere, e, ademais, o código da receita indicado é o de nº 0759, referente a ICMS – Regime Normal de Comércio.

Finalmente, pede a procedência parcial do Auto de Infração.

Tendo em vista a juntada de novos demonstrativos pela autuante, o autuado foi intimado a se pronunciar (fls. 94 a 97) e, como os sócios não foram encontrados, foi efetuada a intimação por meio do Edital nº 026/2003, publicado no Diário Oficial do Estado de 02 e 03 de agosto de 2003 (fl. 98).

O contribuinte voltou a se manifestar (fls. 101 a 104), reiterando que “as mercadorias oriundas das notas fiscais constantes no presente Auto de Infração nunca foram adquiridas pela empresa” e como o fato gerador para pagamento do ICMS por substituição tributária é a efetiva entrada da mercadoria

no estabelecimento do contribuinte, segundo o artigo 371 e seu § 5º, inciso I, do RICMS/97, entende que cabe ao autuante realizar um levantamento em exercício fechado para saber se os itens constantes das notas fiscais entraram ou não em seu estabelecimento, ou ainda, verificar no livro Registro de Saídas da empresa emitente dos documentos fiscais se consta a sua razão social como destinatária das mercadorias.

Alega, ainda, que não lhe cabe a prova de que não adquiriu as mercadorias descritas em notas fiscais, porque “há presunção de veracidade no tocante aos fatos alegados pelo autuado, salvo prova em contrário” e a existência de notas fiscais emitidas em seu nome não comprova que as mercadorias entraram efetivamente na empresa, pois o que aconteceu foi a utilização de sua denominação social para entrada ilegal de mercadorias no Estado.

Argumenta que “tais fornecedores (emitentes das notas fiscais) não vão fazer declaração de que a empresa não comprou, pois provavelmente elas estão envolvidas na fraude, desde o momento em que elas emitiram tais notas” e “neste caso, a prova não é do autuado, mas do autuante”.

Prossegue afirmando que a mera declaração da autuante não prova que adquiriu as lâmpadas GE cristal e Three Bond Super e que não afirmou que inexistia a Nota Fiscal nº 10224, mas se referiu à inexistência do débito a ela relativo, uma vez que o ICMS foi devidamente quitado através do DAE acostado à fl. 68, no valor de R\$103,95. Salienta que pode ter se equivocado na indicação do código identificador da receita, mas o que importa, a seu ver, é que o imposto está pago e a mencionada nota fiscal consta do demonstrativo de apuração do ICMS das mercadorias submetidas ao regime da substituição tributária. Finalmente, pede a improcedência do presente Auto de Infração.

A autuante se manifestou pela segunda vez (fls. 107 a 109), reiterando, em todos os seus termos, a informação fiscal e acrescentando que o autuado é o responsável, perante a Secretaria da Fazenda, pela apresentação de elementos capazes de comprovar a fraude por ele apontada, uma vez que os documentos fiscais anexados aos autos foram capturados no CFAMT, fazendo prova em favor do Fisco.

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de diligência, a fiscal estranho ao feito, conforme formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos formadores de minha convicção, de acordo com o artigo 147, inciso I, do RPAF/99. Ademais, nos moldes em que foi solicitada, a diligência seria totalmente inócua, tendo em vista que os livros Razão e Registro de Inventário jamais poderiam servir para comprovar a alegação do autuado, de que não adquiriu as mercadorias constantes nas notas fiscais listadas, pois, se os documentos fiscais não foram lançados no livro Registro de Entradas, também não o foram nos mencionados livros.

No mérito, constata-se que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS que deixou de ser recolhido, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88 (infração 1) e em razão da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento (infração 2).

O contribuinte impugnou a autuação (fls. 61 a 67), inicialmente relatando que foi autuado por ter deixado de lançar, em seu livro Registro de Entradas, mercadorias discriminadas em documentos fiscais, cujas 3ª e 4ª vias encontravam-se na posse da autoridade fazendária.

Alega, entretanto, que não efetuou a referida escrituração porque não adquiriu as mercadorias constantes dos documentos fiscais nºs 968, 5749, 1040, 1332, 1541, 1637, 176482, 176481, 516133, 34151,

35097, 36188, 4019, 391, 10429, 10545, 36917, 37624 e 37625, não obstante o fato de constar, como destinatário, nas referidas notas fiscais. Argumenta que, como o fato gerador do ICMS por substituição tributária é a efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento do contribuinte, segundo o artigo 371 e seu § 5º, inciso I, do RICMS/97, entende que cabia à autuante realizar um levantamento em exercício fechado para saber se os itens constantes das notas fiscais entraram ou não em seu estabelecimento, ou ainda, verificar no livro Registro de Saídas da empresa emitente dos documentos fiscais se consta a sua razão social como destinatária das mercadorias.

Alega, ainda, que não lhe cabe a prova de que não adquiriu as mercadorias descritas em notas fiscais, porque “há presunção de veracidade no tocante aos fatos alegados pelo autuado, salvo prova em contrário” e a existência de notas fiscais emitidas em seu nome não comprova que as mercadorias entraram efetivamente na empresa, pois o que aconteceu foi a utilização de sua denominação social para a entrada ilegal de mercadorias no Estado.

Ao contrário do posicionamento manifestado pelo sujeito passivo, este CONSEF tem reiteradamente decidido que as notas fiscais emitidas em nome de qualquer contribuinte são prova bastante da realização de operações de circulação de mercadorias, cabendo ao destinatário nelas constante a prova de que não adquiriu tais mercadorias. A alegação defensiva, de que estaria havendo a utilização indevida de sua razão social, não está lastreada em provas e, ademais, verifica-se que se trata de fornecedores localizados em diversas unidades da Federação (Sergipe, Minas Gerais e São Paulo), os quais enviaram, ao autuado, mercadorias condizentes com a sua atividade mercantil (fornecimento de alimentos preparados predominantemente para empresas), consoante a informação do INC – Informações do Contribuinte da Secretaria da Fazenda juntada à fl. 90 dos autos.

O autuado, em sua segunda manifestação, afirmou que “tais fornecedores (emitentes das notas fiscais) não vão fazer declaração de que a empresa não comprou, pois provavelmente elas estão envolvidas na fraude, desde o momento em que elas emitiram tais notas” e “neste caso, a prova não é do autuado, mas do autuante”.

Ocorre que, embora tenha alegado que não comprou a mercadoria constante da Nota Fiscal nº 4019 (fl. 34), emitida pela empresa FRICHARQUE – Ind. e Comércio de Charque Ltda., situada na rua Teodoro Sampaio, 2341, 6º andar, em Pinheiros – São Paulo - SP, CNPJ nº 02.429.704/0001-00 e inscrição estadual nº 115.274.706.118, o autuado não negou que adquiriu a mesma mercadoria (charque ponta de agulha), junto ao mesmo fornecedor, através do mesmo vendedor (ARP – Antonio Rocha Pereira), por meio das Notas Fiscais nºs 71, 74, 250, 251, 254, 360, 1318, 1754, 1755, 1695, 1433, 2192, 2270 e 1093 (fls. 12, 13, 14, 15, 16, 17, 23, 25, 26, 27, 28, 30, 31 e 35).

O mesmo aconteceu com a mercadoria relacionada nas Notas Fiscais nºs 5749, 10429 e 10545 (fls. 21, 38 e 39), emitidas pela empresa FRISUL – Frigorífico Sul Mineiro Ltda., situada na rua 13 de maio, 2720, em Ouro Fino - MG, CNPJ nº 23.021.728/0001-03 e inscrição estadual nº 460.068.452.0050, que o contribuinte afirmou nunca ter adquirido, e, ao mesmo tempo, não negou que comprou a mesma mercadoria (charque bovino ponta de agulha), junto ao mesmo fornecedor, por meio da Nota Fiscal nº 10224 (fl. 37).

O mesmo procedimento foi constatado com a mercadoria relacionada nas Notas Fiscais nºs 176482 e 176481 (fls. 46 e 47), emitidas pela empresa YPÊ Química Amparo Ltda., situada na Rodovia SP – Km 43,6 – Amparo - SP, CNPJ nº 43.461.789/0001-90 e inscrição estadual nº 168.008.921.114, que o contribuinte afirmou nunca ter adquirido, e, ao mesmo tempo, não negou que comprou a mesma mercadoria (detergente líquido Ypê), junto ao mesmo fornecedor, por meio da Nota Fiscal nº 168637 (fl. 42).

Ressalte-se que, nos casos acima relatados, o grafismo, o tipo de impressão e a autorização para impressão dos formulários dos documentos fiscais escriturados pelo autuado coincidem com as

notas fiscais que, segundo o sujeito passivo, teriam sido emitidas por fraudadores com a conivência dos fornecedores das mercadorias. Pelo exposto, não é possível acreditar que os remetentes das mercadorias sejam, ao mesmo tempo, idôneos e fraudadores e, portanto, entendo que as mercadorias indicadas nas notas fiscais acostadas ao PAF e relacionadas nos demonstrativos elaborados pela autuante, foram efetivamente destinadas ao autuado. Dessa forma, deveria ter sido efetuado o pagamento do ICMS, por antecipação e por diferença de alíquotas, como apontado nesta autuação.

Não obstante isso, efetivamente foram cometidos alguns equívocos no levantamento fiscal, relativamente às Notas Fiscais nºs 250 e 10429, de 16/05/98 e 24/09/99 respectivamente, conforme apontado pelo contribuinte e reconhecido pela própria autuante, a qual refez os demonstrativos e reduziu o valor do débito apurado na infração 1, conforme os documentos de fls. 85 a 87.

Quanto à Nota Fiscal nº 10224 emitida pela empresa FRISUL – Frigorífico Sul Mineiro Ltda., de 03/09/99, no valor de R\$14.850,00 (fl. 37), o autuado argumentou que o ICMS devido em razão da antecipação tributária, no valor de R\$103,95, foi recolhido por meio do DAE acostado à fl. 68. Embora não conste do documento de arrecadação o número da nota fiscal a que ele se refere e o código da receita foi indicado como 0759 (regime normal), entendo que deve ser acatado o montante recolhido, tendo em vista que: a) consta no DAE a observação de que o imposto se refere a antecipação tributária; b) o mês de referência do ICMS é setembro de 1999, o mesmo mês de emissão da Nota Fiscal nº 10224; c) o valor do ICMS é exatamente o mesmo exigido nesta autuação – R\$103,95.

Em suma, considero comprovadas as irregularidades fiscais apontadas (infrações 1 e 2), mas deve ser reduzido o montante do débito exigido na infração 1 da seguinte forma, sendo que os valores não citados permanecem inalterados:

1. data da ocorrência 31/05/98 – de R\$886,82 para R\$832,22;
2. data da ocorrência 30/09/99 – de R\$679,35 para R\$92,40.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206955.0003/03-5**, lavrado contra **LEMOSPASSOS ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.681,98**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA- PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR