

A. I. N° - 123624.0011/03-0
AUTUADO - R.R. BARBOSA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - WILSON BRITO NOVAES
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 30.12.03

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0523-02/03

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. BASE DE CÁLCULO. DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO PARA FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO POR CONTRIBUINTE ATACADISTA. Nas saídas internas de mercadorias promovidas por estabelecimentos inscritos sob os códigos de atividades econômicas constantes no Anexo Único que integra o Decreto nº 7.799/00, a base de cálculo poderá ser reduzida em até 41,176%. O cometimento, dentre outras, das infrações relacionadas com a realização de operação sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea, ou a entrega de mercadoria a destinatário diverso do indicado no documento fiscal, implicará na imediata suspensão do direito de fruição do benefício de redução da base de cálculo no citado diploma legal. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas pelo sujeito passivo. Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado 24/09/2003, sob acusação de falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$246.935,47, referente a saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo previsto no Decreto nº 7.799/00, em virtude de ter realizado vendas a contribuintes com inscrição estadual cancelada e a destinatário diverso do indicado no documento fiscal, correspondente ao período de março a dezembro de 2002, conforme demonstrativos e documentos às fls. 09 a 339.

O autuado, em seu recurso às fls. 344 a 355, analisando os fatos, esclarece que o estabelecimento exerce atividade comercial varejista e atacadista de gêneros alimentícios em geral, e que foi celebrado com a SEFAZ/BA, o Termo de Acordo para redução da base de cálculo do ICMS, prevista no Decreto nº 7.799/00. Disse que o estabelecimento emite nota fiscal com redução da base de cálculo de modo que a alíquota praticada redunde em 10% conforme previsto no citado Decreto, e em seguida, transcreveu a acusação fiscal e os dispositivos tidos com transgredidos.

Feitas estas considerações, o autuado alegou que a autuação não atende às normas gerais dos atos administrativos vinculados e regrados, para a constituição do crédito tributário, previstas nos artigos

141, 142, 144 do CTN, e artigo 5º, caput, 1ª parte e incisos II e LV da CF/88, com base nas seguintes argumentações.

- Indeterminação do fato gerador em razão da dissonância entre a descrição dos fatos, embasamento legal, e demonstrativo de apuração do débito.
- Que em virtude da fiscalização ter sido desenvolvida no estabelecimento do autuado, a infração imputada de entrega de mercadorias a destinatário diverso somente poderia ser apurada no trânsito de mercadorias mediante a constatação da efetiva entrega das mesmas.
- Que as notas fiscais contêm informações cadastrais que devem ser admitidas e aceitas como verdadeiras.
- Que as mercadorias foram retiradas pelos compradores do estabelecimento, embora tenham negado tais aquisições (docs. fls. 104/110), cujas declarações entende que não tem validade jurídica na esfera judicial e poder probatório, pois não estão revestidas dos requisitos formais, notadamente o reconhecimento das firmas e a identificação da pessoa que assina e sua ligação com a empresa.
- Inexistência de comprovação de que a empresa tenha agido com dolo, fraude ou conluio.
- Que o Auto de Infração foi lavrado em 24/09/03, cientificado em 09/10/2003, e somente lhe foram devolvidos os livros e documentos fiscais arrecadados em 03/11/03 após petição protocolada pela empresa solicitando a devolução dos mesmos.

Por conta desses argumentos, o autuado ressaltando que não foi obedecido o devido processo legal, e que o procedimento do autuante em juntar aos autos documentos sem validade jurídica não lhe assegura o direito ao contraditório e a ampla defesa, requer a nulidade da autuação.

No mérito, o defendente argüi a improcedência da autuação fundamentado no argumento de que as notas fiscais objeto da autuação foram emitidas por ocasião das saídas das mercadorias, independente de ser ou não contribuinte o adquirente, e se tratam de vendas à vista, cuja quitação do preço se deu em moeda corrente, com retirada das mercadorias do estabelecimento pelos respectivos compradores. Entende que em razão das mercadorias terem sido retiradas pelos próprios adquirentes, não há necessidade de manter o controle da sua situação cadastral, não se preocupando com o destino dado às mercadorias retiradas.

No tocante a infração imputada de uso de inscrição de empresas com a inscrição cancelada, o autuado disse que a inidoneidade dos adquirentes dos bens e serviços não pode redundar para o vendedor, pois essa situação lhe era desconhecida, e não há prova que houve o conluio ou fraude para evadir o imposto devido. Entende que no caso de contribuinte com inscrição cancelada, que caberia ao fisco averiguar, in loco, se os mesmos continuam efetuando vendas de mercadorias. Ressalta que nas operações de compra e venda à vista não há a preocupação de exibir um ao outro suas fichas cadastrais, porque tal função fiscalizadora compete a prepostos do fisco.

Com relação as descaracterizações das operações realizadas através dos documentos fiscais emitidos em favor de pessoas diversas das indicados nos documentos fiscais, o representante do autuado assevera que isto somente poderia ocorrer se a entrega das mercadorias estivesse sendo feita pelo estabelecimento, mediante lavratura do termo de fragrante.

Não foram acatadas pelo autuado as declarações das pessoas indicadas nos documentos fiscais de que não receberam as mercadorias (fls. 104/110), sob alegação de que tais provas são meros indícios, e que seriam necessárias provas adicionais no sentido de identificar a atividade explorada dos

declarantes e se estes comercializavam as mercadorias discriminadas nos documentos fiscais. Fez alusão a caso em que as mercadorias adquiridas não foram lançadas nos livros fiscais do adquirente, e que foi lavrado auto de infração por presunção de omissão de receita.

Citou o entendimento de renomado mestre em direito tributário sobre a presunção da legitimidade dos atos administrativos, e a jurisprudência sobre a questão relacionada com a busca de outros indícios para alicerçar a presunção de fraude.

Prosseguindo, o sujeito passivo afirmou que os requisitos para a concessão do Benefício Fiscal foram atendidos pelo estabelecimento, e por isso, continua apto a usufruir da redução da carga tributária, não havendo o cometimento das hipóteses prevista na Cláusula Quinta, sendo indevida a revogação do benefício fiscal através de Auto de Infração, por entender que esta competência é do órgão concedente mediante o devido processo legal, o que impõe a nulidade e a improcedência da ação fiscal, nos termos do artigo 180 do RPAF/99.

Sobre a exigência do cartão de inscrição, o defendente frisou que uma vez efetuada a venda da mercadoria à vista com quitação em moeda corrente, e com a retirada da mesma pelo adquirente, entende ser desnecessário manter qualquer controle cadastral do cliente, não podendo, por isso, serem desclassificadas as operações realizadas através dos documentos fiscais de que cuida a lide, inclusive no caso da acusação da realização de operações a contribuintes que não receberam as mercadorias, por não haver provas de que tenha havido de sua parte conluio, fraude ou simulação.

Considerou como excesso de exação o procedimento da fiscalização em manter viaturas na porta do estabelecimento, desde quando não se encontrava sob regime especial de fiscalização, salientando que este não é condizente com o princípio da moralidade administrativa.

Em conclusão, considerou o Auto de Infração ineficaz por entender que o lançamento se apresenta com imprecisão, dubiedade e incerteza, indo de encontro com o princípio da legalidade e da tipicidade, e requereu a nulidade da autuação ou caso contrário a sua improcedência.

Na informação fiscal às fls. 346 a 348, o autuante rebateu as preliminares de nulidades sob o fundamento que as irregularidades foram descritas no Auto de Infração de forma clara e objetiva, complementadas com os demonstrativos apensados aos autos.

O preposto fiscal considerou descabida a alegação defensiva de que o lançamento se apresenta com dissonância entre a descrição dos fatos, embasamento legal e demonstrativo de apuração, dizendo que a autuação está fundamentada no artigo 11 do RICMS/97, sendo anexado aos autos o Demonstrativo nº 01 que relaciona as notas fiscais de vendas a contribuintes com inscrição cancelada, o Demonstrativo nº 02 referente a relação das vendas a contribuintes que tiveram suas inscrições utilizadas ilicitamente pelo autuado, além do Demonstrativo nº 03, que relaciona a diferença do ICMS mês a mês, todos entregues ao autuado.

Quanto a acusação de entrega de mercadorias a destinatários diversos dos indicados nos documentos fiscais, o autuante entende que ao autuado caberia comprovar as vendas realizadas, através dos respectivos comprovantes de recebimentos das mercadorias por parte dos compradores, além de cópias de cheques, cópias de pedido de compra, canhoto da nota fiscal assinado, extrato bancário da empresa com a comprovação do depósito efetuado, visto que tratam-se de valores expressivos, a exemplo dos meses de outubro e novembro (docs. fls. 210 a 339) de vendas para microempresa da

faixa de micro 1 a micro 3 (docs. fls. 127 a 140) com vendas com valores acima de R\$300.000,00 anual a cada empresa.

Relativamente às mercadorias destinadas a empresas com inscrições canceladas, o preposto fiscal frisa que o autuado está obrigado a exigir do comprador o DIE – Documento de Identificação Eletrônica nas operações de venda, conforme previsto no artigo 142, item I, do RICMS/97.

Informou que a documentação fiscal arrecadada para a realização de seu trabalho fiscal esteve disponível para entrega ao contribuinte por ocasião da ciência do Auto de Infração, o que torna descabida a alegação defensiva que empregou meios indevidos e vexatórios para impedir a apresentação de sua defesa administrativa.

Concluindo pela manutenção total da ação fiscal, salienta que o autuado não apresentou qualquer fundamento ou provas capazes de elidir a autuação.

VOTO

Sobre as arguições de nulidades da autuação, observo que várias delas se confundem com o mérito da questão, razão por que, restrinjo apenas o exame das questões de caráter meramente formal. No particular, observo que o autuado recebeu cópia dos levantamentos às fls. 09 a 26 no dia 09/10/03, e os demais documentos que instruem a ação fiscal no dia 28/10/03, porém, isso não o impediu de exercer o seu direito a ampla defesa e ao contraditório, pois o lançamento obedeceu à todas as exigências previstas nos incisos III e IV, do artigo 39, do RPAF/99, haja vista que os fatos que constituíram a infração foram descritos de forma clara e precisa, e encontram-se devidamente demonstrados e comprovados às fls. 09 a 26, e 103 a 140. Desse modo, tendo em vista que o lançamento obedeceu ao devido processo legal, haja vista que inexistiu dissonância entre a descrição dos fatos, embasamento legal, e demonstrativo de apuração do débito, rejeito as preliminares argüidas na defesa fiscal por não se enquadrar o pedido do contribuinte em nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF/99, e passo a analisar o mérito da lide.

Pelo que consta dos autos, o contribuinte supra foi autuado por falta de recolhimento do ICMS em razão de redução indevida da base de cálculo nas operações realizadas através das notas fiscais relacionadas às fls. 09 a 26, sob acusação de vendas de mercadorias tributáveis destinadas a contribuintes com inscrição estadual cancelada, e a contribuintes diversos dos indicados nos documentos fiscais.

O estabelecimento autuado está enquadrado no código de atividades 5139099 como contribuinte que exerce a atividade comercial atacadista de outros produtos alimentícios, e nessa condição, celebrou com a SEFAZ/BA o Termo de Acordo para utilizar o benefício fiscal de redução da base de cálculo do ICMS previsto no Decreto nº 7.799/00, conforme documentos às fls. 365 a 368.

Examinando-se o referido Termo de Acordo, verifica-se que consta na Cláusula quinta, *in verbis*: “Implicará na imediata suspensão do direito a fruição do benefício a que se refere o presente Termo de Acordo o cometimento das infrações tipificadas a seguir, decorrentes de atos praticados pela ACORDANTE após a data de vigência deste Termo: a) realização de operação ou prestação sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea; b) entrega de mercadoria a destinatário diverso do indicado no documento fiscal; ”.

No caso em comento, a autuação trouxe aos autos comprovação de que as vendas realizadas através das notas fiscais às fls. 10 a 17 foram para contribuintes constantes no quadro abaixo, que se encontravam com suas inscrições cadastrais irregulares junto a SEFAZ/BA, conforme documentos às fls. 111 a 126, bem assim, que as mercadorias relacionadas às fls. 18 a 26 se destinaram a destinatários diversos dos indicados nos documentos fiscais, cujos contribuintes (abaixo) declararam que não efetuaram a compra nem receberam as mercadorias (docs. fls. 103 a 110).

CONTRIBUINTE COM SITUAÇÃO CADASTRAL IRREGULAR

CONTRIBUINTES	INSC. EST.	EDITAL DE CANCELAMENTO
Irinalta Mota da Silva	37.106.652	Nº 48/97 de 24/12/1997
Florisvaldo de Almeida Rufino	39.843.922	Nº 25/00 de 27/06/2000
Joselita Campos Vaz	22.614.744	Nº 20/00 de 20/05/2000
Cintra & Cia Ltda	4.018.322	Nº 12/00 de 11/01/2000
Antônio Almeida Bastos	24.735.432	Nº 48/97 de 24/12/1997
Irisvaldo de Oliveira de Utinga	26.329.422	Nº 23/96 de 28/06/1996
José Edício Ferreira	30.129.401	Nº 50/95 de 21/12/1995

INSCRIÇÕES ESTADUAIS UTILIZADAS INDEVIDAMENTE

CONTRIBUINTES	INSC. EST.	DOCS. FLS.
Almerinda Barreto Vieira	43.510.791	109
G. A.S. Supermercado Ltda	49.364.851	106
Andrade Indústria e Comércio Ltda	47.296.732	107
Adenor Santos Silva de Utinga	98.899.831	105
Ednon Marques de Siqueira	26.435.965	103 e 104
J. P. N. Supermercado Ltda	29.246.430	108
Eliene Rosa Alves	38.926.462	110

A legislação tributária prevê que será considerado inidôneo o documento fiscal que não se referir a uma efetiva operação ou prestação (art. 209, inciso V, do RICMS/97). No caso, verifica-se que a infração imputada ao estabelecimento autuado está devidamente caracterizada, pois a partir do momento que os contribuintes acima citados estavam com suas inscrições irregulares, não poderiam está mais exercendo atividade comercial (fls. 10 a 17), e no tocante a declaração dos contribuintes de que não adquiriram nem receberam as mercadorias constantes nas notas fiscais relacionadas às fls. 18 a 26, tais documentos fiscais são inidôneos nos termos do citado dispositivo regulamentar para o fim a que se destinaram.

Quanto as alegações defensivas, observo que não há como as mesmas prosperarem, haja vista que independente de ter sido apurado ou não no trânsito das mercadorias, tendo sido comprovado mediante declarações dos destinatários das mercadorias que não haviam adquirido nem recebido as mercadorias, caberia ao autuado, se fosse o caso, apresentar contraprovas capazes de destituir tais provas, a exemplo de quem efetuou o pagamento das compras, e quem efetivamente recebeu as mercadorias, já que foi alegado que elas foram retiradas pelos próprios compradores, inclusive também no caso das firmas com empresas com situação cadastral irregular, pois tratando-se de empresas comerciais é uma obrigação exigir no ato da operação o documento de regularidade

cadastral junto ao fisco estadual (artigo 142, inciso I, do RICMS/97), inclusive poderia também utilizar as informações disponibilizadas na internet pela SEFAZ.

Portanto, considero válidas as provas apresentadas pelo autuante, pois, estão revestidas de formalidade essencial, qual seja, constam claramente identificadas as pessoas que subscreveram as declarações na qualidade de sócios das empresas, embora não estejam com firma reconhecidas, não havendo porque falar que se tratam de mero indícios.

Quanto a alegação defensiva de que inexistente comprovação de que a empresa tenha agido com dolo, fraude ou conluio, responde pela infração, aquele que tenha concorrido, de qualquer forma, para a sua prática, ou que dela tenha se beneficiado (art. 913, do RICMS/97).

Reza o artigo 11 do RICMS/97 a obrigatoriedade de cumprimento de condição para a fruição ou o reconhecimento de benefício fiscal. Portanto, não sendo elidido a acusação do cometimento das hipóteses prevista nas alíneas “a” e “b” da Cláusula Quinta do Termo de Acordo para redução da base de cálculo nos termos do Decreto nº 7.799/00 constante às fls. 365 a 368, considero devida a revogação do benefício fiscal através do presente Auto de Infração, o que torna procedente o valor lançado no demonstrativo de débito pois não foi apontado qualquer equívoco na sua apuração.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **123624.0011/03-0**, lavrado contra **R. R. BARBOSA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 246.935,47**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de dezembro de 2003.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR