

PROCESSO - A. I. Nº 207090.0010/03-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CODISMEL - COMÉRCIO DE ESTIVAS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 2ª JJF nº 0237-02/04
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET - 14/12/2004

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0358-12/04

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação tributária do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração parcialmente caracterizada, tendo em vista a exclusão dos créditos reclamados sem a juntada dos documentos fiscais. Acertada a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício da Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente em Parte o Auto de Infração referenciado, lavrado em 30/09/2003, reformando a exigência de ICMS de R\$176.975,92 para R\$ 47.701,64, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a” do RPAF vigente.

A ação fiscal aponta recolhimento a menos o ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades a Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88.

O autuado, preliminarmente, argüiu a nulidade da autuação, sob alegação de que não foi obedecido o devido processo legal, pois houve o descumprimento do princípio do contraditório, em virtude de não lhe terem sido fornecidas cópias de todos os documentos que integram o Auto de Infração, na forma prevista no artigo 46 do RPAF/99.

No mérito, quanto à infração 2, objeto do presente Recurso de Ofício, o defendantte mesmo dizendo que o questionamento fica prejudicado pelo não acesso a todos os documentos que integram o presente PAF, afirmou que não adquiriu as mercadorias objeto da autuação, e que não se justifica o lançamento lastreado apenas em informações obtidas no SINTEGRA, sem apresentar qualquer prova documental da operação realizada pelo estabelecimento.

Questionou, ainda, juridicamente a presunção embasada pela ação fiscal, ressaltando que a autuante utilizou-se de um mero indício de operações comerciais realizadas pelo estabelecimento de forma irregular, requereu a nulidade do Auto de Infração em face da argüição preliminar, ou a sua improcedência, em face da justificativa de mérito arguida.

A autuante admitiu que por equívoco as notas fiscais relacionadas deixaram de ser anexadas ao Auto de Infração, mas considerou incompatível o pedido de nulidade e manteve integralmente a autuação.

A 2^a JJF deliberou, em pauta suplementar, que o processo fosse encaminhado em diligência, a INFRAZ Simões Filho para que a autuante juntasse aos autos cópias das notas fiscais relacionadas nos demonstrativos às fls. 110 a 114, sendo informado que foram solicitados os citados documentos fiscais à empresa fornecedora, porém não foram enviados voluntariamente, sendo necessário recorrer à SEFAZ do Estado de Pernambuco que forneceu apenas parte das notas fiscais que transitaram pelo postos fiscais, conforme documentos às fls. 132 a 156.

Foi salientado pelo preposto fiscal que caso o CONSEF julgue necessário poderia solicitar da SEFAZ/PE que fosse desenvolvida uma ação fiscal junto à empresa Companhia Muller de Bebidas do Nordeste visando coletar cópias das demais notas fiscais.

Intimado, o autuado as fls. 160 a 167 manifestou-se sobre a informação fiscal, quanto à deficiência das provas apresentadas e teceu novas considerações sobre as questões jurídicas atinentes ao caso.

O julgador da Decisão recorrida afastou a nulidade suscitada considerando que a diligência saneou, ainda que parcialmente, a questão da juntada das notas fiscais objeto da autuação.

Analisou o mérito da infração e assim fundamentou o seu voto:

“Conforme descrito no corpo do Auto de Infração, na infração 2 foi constatado que o contribuinte deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de bebidas alcoólicas provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88, através das notas fiscais relacionadas às fls. 110 a 114, e não escrituradas nos livros fiscais, fato esse apurado mediante pesquisa no SINTEGRA (docs. fls. 104 a 107).”

Analizando a alegação defensiva de que o lançamento foi efetuado por presunção, tenho a observar que não há dúvidas de que a inversão do ônus da prova no campo do direito tributário, compete ao sujeito passivo, desde que a hipótese de ocorrência do fato gerador se origine de uma presunção relativa (júris tantum), pois, com exceção da existência de uma presunção tipificada em lei, o ônus da prova caberá a quem acusa.

Se a acusação fiscal não está devidamente documentada, pode ser entendido que a mesma está baseada em presunção. As presunções quanto a sua origem podem ser classificadas como presunção simples e presunção legal. No caso da presunção legal, se a autoridade lançadora do crédito tributário a invoca, fica dispensada de provar tais presunções. Já a presunção simples, que o Fisco utiliza como meio de prova, a sua utilização em processo administrativo fiscal, o ônus da prova cabe ao Fisco.

Portanto, por se tratar a exigência fiscal de que cuida os autos de antecipação tributária do ICMS, e por não se enquadrar em nenhuma das hipóteses das presunções legais, ao Fisco incumbe o ônus de provar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

Nestes termos, como já vem decidindo o CONSEF em autuações idênticas à tratada neste processo e baseadas em relatórios do CFAMT e no Sistema de Informações Fiscais, faz-se necessário que sejam juntadas aos autos cópias das respectivas notas fiscais.

No presente caso, considerando que a acusação fiscal por está baseada apenas em pesquisa do SINTEGRA, bem assim que realmente não existia nos autos os documentos fiscais que originaram o lançamento em comento, tornou-se necessária a realização de diligência para a juntada das cópias das respectivas notas fiscais, sendo atendido pela autuante conforme documentos às fls. 135 a 155.

Assim, restando provada a ocorrência do ilícito fiscal apenas em determinadas notas fiscais apensadas aos autos por ocasião da diligência fiscal, impõe-se a reformulação do débito sob

comento, levando-se em consideração apenas as notas fiscais constantes às fls. 135 a 155, discriminadas na planilha abaixo, as quais por conterem todos os dados do autuado, servem de prova que as mercadorias foram adquiridas pelo estabelecimento autuado e destinaram ao seu endereço, o que torna descabida a alegação de que a autuação viola o princípio da territorialidade.

NF N°	DATA	ORIGEM	VALOR	BC SUBST	ICMS SUBST.	C.FISCAL	ICMS DEVIDO
22412	JAN/02	PE	28.509,33	45.614,93	7.754,54	2.868,57	4.885,97
22633	JAN/02	PE	18.795,53	30.072,85	5.112,38	1.852,18	3.260,20
22634	JAN/02	PE	6.663,73	10.661,97	1.812,53	659,01	1.153,52
SOMA							9.299,70
24100	MAR/02	PE	15.751,85	25.202,96	4.284,50	1.573,78	2.710,72
24101	MAR/02	PE	5.105,54	8.168,86	1.388,71	507,18	881,53
SOMA							3.592,25
24862	ABR/02	PE	16.905,21	27.048,34	4.598,22	1.719,51	2.878,71
SOMA							2.878,71
25726	MAI/02	PE	29.753,50	47.605,60	8.092,95	2.972,70	5.120,25
SOMA							5.120,25
26567	JUN/02	PE	10.565,76	16.905,22	2.873,89	1.074,69	1.799,20
26609	JUN/02	PE	10.565,76	16.905,22	2.873,89	1.074,69	1.799,20
SOMA							3.598,39
27561	JUL/02	PE	10.869,12	17.390,59	2.956,40	1.111,09	1.845,31
27957	JUL/02	PE	9.206,88	14.731,01	2.504,27	911,63	1.592,64
27958	JUL/02	PE	9.206,88	14.731,01	2.504,27	911,63	1.592,64
27959	JUL/02	PE	9.206,88	14.731,01	2.504,27	911,63	1.592,64
SOMA							6.623,23
28368	AGO/02	PE	10.276,86	16.442,98	2.795,31	1.004,87	1.790,44
28578	AGO/02	PE	8.526,65	13.642,64	2.319,25	830,00	1.489,25
SOMA							3.279,68
31056	NOV/02	PE	11.370,35	18.192,56	3.092,74	1.171,24	1.921,50
31057	NOV/02	PE	16.276,37	26.042,19	4.427,17	1.601,56	2.825,61
SOMA							4.747,11
31890	DEZ/02	PE	11.897,15	19.035,44	3.236,02	1.198,46	2.037,56
31891	DEZ/02	PE	17.993,06	28.788,90	4.894,11	1.742,77	3.151,34
SOMA							5.188,91

Quanto as notas fiscais que não foram apresentadas as respectivas cópias, fica recomendada a autoridade fazendária a adotar as providências cabíveis junto a Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco no sentido de obter cópias dos citados documentos fiscais e em seguida, programar nova ação fiscal para o lançamento das mesmas, se for o caso.”

Verifico ainda nos autos que, após o Julgamento de primeira instância, a Inspetoria de Simões Filho, em 9/7/2004, encaminha o restante da documentação comprobatória recebida da Diretoria de Planejamento da Fiscalização, solicitando que seja juntada ao PAF, antes do julgamento do Recurso de Ofício.

VOTO

Entendo irretocável o Julgamento prolatado pela Primeira Instância, pois verifico que o ilustre relator, acertadamente, concluiu que restara provada a ocorrência do ilícito fiscal apontado na autuação, apenas em relação às notas fiscais anexadas aos autos na diligência realizada e que só essas servem de prova que as mercadorias foram adquiridas pelo estabelecimento autuado.

Assim, refez o demonstrativo e considerou, acertadamente, o Auto de Infração Procedente em Parte.

Quanto às notas fiscais cujas cópias foram apresentadas após o Julgamento ora revisto, entendo que não devem ser acatadas, porque considerá-las e rever o julgamento, implicaria em supressão de instância para o contribuinte e, por outro lado, não há justificativa legal para nulificar o Julgamento realizado.

Dessa forma, endosso a recomendação do relator *a quo* no sentido de que a autoridade fazendária programe nova ação fiscal, à vista das cópias das notas fiscais que deverão ser desentranhadas deste PAF, para esse fim.

Portanto, por concordar inteiramente com a Decisão recorrida, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado.

VOTO DIVERGENTE

Peço *venia* para discordar dos demais Conselheiros desta 2ª Câmara de Julgamento, pois entendo que o efeito devolutivo do Recurso de Ofício concede a este órgão julgador o poder de apreciar as provas juntadas pela fiscalização nesta fase de processo (fase recursal), ou seja, não haveria supressão de instância a avaliação por este colegiado das notas fiscais coletadas junto ao fornecedor do autuado e informadas no SINTEGRA, objetivando verificar a procedência ou não da acusação fiscal contida no item 2 do Auto de Infração. Bastaria que fosse atendido o princípio do devido processo legal, abrindo-se vistas ao autuado para que se manifestasse sobre as provas apresentadas pela fiscalização às fls. 185 a 257 dos autos, se estabelecendo dessa forma o contraditório em relação àqueles documentos fiscais apresentados após o julgamento de 1ª Instância. Importante ressaltar que a Junta de Julgamento Fiscal ao apreciar a questão declarou a procedência parcial da autuação, discorrendo, em relação às notas fiscais não apresentadas, que caberia à autoridade fazendária adotar as providências cabíveis. Estas providências foram tomadas com a juntada pela Inspetoria Fazendária dos documentos que lastrearam a autuação, de forma que poderia o processo ser saneado com a re-abertura de prazo defesa para que o contribuinte se manifestasse sobre as provas apresentadas. Posteriormente, poderia esta Câmara de Julgamento Fiscal decidir pela manutenção ou alteração da Decisão de 1ª Instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207090.0010/03-9, lavrado contra **CODISMEL - COMÉRCIO DE ESTIVAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$47.701,64, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as) José Carlos Barros Rodeiro, Maria do Carmo Santana Marcelino Menezes, Álvaro Barreto Vieira, Fauze Midlej e César Augusto da Silva Fonseca.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/VOTO DIVERGENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS