

A. I. Nº - 207090.0010/03-9
AUTUADO - CODISMEL COMÉRCIO E ESTIVAS LTDA.
AUTUANTE - MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 06.07.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0237-02/04

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a) RECOLHIMENTO A MENOS.** Fato não contestado. **b) 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. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/09/2003, e reclama o valor de R\$ 176.975,92, sob acusação de cometimento das seguintes infrações:

1. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação tributária, no valor de R\$3.373,41, 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, nos meses de abril/02; julho/02; outubro/02; março a junho/03, através das notas fiscais relacionadas às fls. 24 a 26.
2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, no valor de R\$ 173.602,51, 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, nos meses de outubro/01 a dezembro/02, através das notas fiscais relacionadas às fls. 110 a 114.

O autuado em seu recurso às fls. 117 a 121 preliminarmente argüi 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, foi reconhecido o débito relativo à infração 01, tendo sido declarado que o respectivo valor será recolhido até a decisão final da lide. Quanto a infração 02, o defendente 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.

Em seguida, fez a conceituação, e a classificação do instituto da presunção, dando ênfase as que são denominadas de presunções jurídicas relativas (*júris tantum*) e absolutas (*júris et jure*), instituídas legalmente, salientando que enquanto essas últimas, por expressa determinação legal, não admitem prova em contrário nem impugnação, as presunções relativas valem enquanto prova em contrário não as desfazer ou mostrar a sua falsidade. No caso, o autuado alegando que a autuação nada mais fez que presumir a infração que foi imputada ao estabelecimento baseado apenas em pesquisa do SINTEGRA questionou em qual espécie de presunção a autuante embasou a sua ação fiscal, concluindo que não foi por presunção jurídica, pois as admissíveis na legislação tributária estão previstas no RICMS.

Por fim, ressaltando que a autuante utilizou-se de um mero indício de operações comerciais realizadas pelo estabelecimento de forma irregular, requer a nulidade do Auto de Infração em face da arguição preliminar, ou a sua improcedência, em face da justificativa de mérito argüida.

Na informação fiscal às fls. 123 a 124 a autuante admitiu que por equívoco as notas fiscais relacionadas às fls. 64 a 68 deixaram de ser anexadas ao Auto de Infração. Fez algumas considerações sobre o lançamento, enfatizando: a) que os documentos emitidos pelo Sistema da SEFAZ e pelo SINTEGRA (docs.fls. 57 a 63) têm fé pública, e que eles por si só dariam fundamento à autuação; b) que conforme consta às fls. 36, 38 e 45, o estabelecimento é cliente da Companhia Muller de Bebidas Nordeste, empresa que prestou as informações, através de arquivo magnético sobre as suas vendas para o Estado da Bahia. Ressalta que as vendas ocorreram ao longo do tempo, e que o autuado é um cliente habitual do citado fornecedor. Salienta que inexiste interesse do fornecedor em prestar declarações falsas ou inexatas, em nada lhe beneficiando o seu recolhimento de impostos, pois a antecipação tributária sobre bebidas é devida pelo destinatário das mercadorias, por ocasião da sua entrada no estabelecimento.

A autuante salienta que caso sua argumentação não seja suficiente, com fulcro no artigo 18, § 1º, do RPAF/99, requer a reabertura do prazo de defesa, para que o contribuinte se manifeste, querendo, sobre as notas fiscais que diz ter anexado à sua informação fiscal.

Conclui pela procedência em todos os seus termos de sua ação fiscal.

Na Pauta Suplementar do dia 18/12/2003 esta Junta converteu o processo em diligência à Infaz 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 solicitadas os citados documentos fiscais à empresa fornecedora, porém não foram enviadas voluntariamente, sendo necessário recorrer a SEFAZ do Estado 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 a empresa Companhia Muller de Bebidas do Nordeste visando coletar cópias das demais notas fiscais.

Reiterou sua informação anterior no sentido de que o autuado é cliente habitual da Companhia Muller de Bebidas Nordeste conforme extraído em arquivo magnético por ela fornecido sobre as vendas realizadas para o Estado da Bahia, bem como, que a informação do SINTEGRA tem fé pública, servindo a mesma para fundamentar a acusação fiscal.

A autuante considerou incompatível o pedido de nulidade argüido na defesa em razão do reconhecimento pela procedência da infração 01, e manteve integralmente a autuação.

Intimado pela repartição fazendária a se pronunciar sobre a informação fiscal, o autuado interpôs o recurso às fls. 160 a 167, argumentando que:

- a) As notas fiscais apresentadas se referem a circulação interna de mercadorias no Estado de Pernambuco;
- b) Não foram apresentados os elementos de provas de que o estabelecimento recebeu e/ou comercializou as mercadorias objeto da lide;
- c) A pretensão da autuante em reclamar um crédito por conta de mercadorias que circularam no Estado de Pernambuco viola o Princípio da Territorialidade;
- d) O crédito reclamado está baseado em presunção, por entender que o mesmo está fora do limite do seu Estado em razão da mercadoria ter circulado apenas no Estado de Pernambuco, citando jurisprudência sobre a questão da presunção de infração.

Após estes argumentos, o defendente tomando por base ensinamento de renomados tributaristas, e o disposto nos artigos 4º e 142, do CTN, fez algumas considerações sobre a hipótese de incidência tributária, concluindo que o nascimento de uma obrigação tributária está condicionado à ocorrência do fato gerador previsto na hipótese de incidência do tributo.

Diz ainda que o procedimento fiscal por não guardar conformidade com as normas da Lei Complementar nº 87/96, viola também as disposições subsidiárias do Código de Processo Civil, faltando-lhe amparo legal por falta de motivação do ato administrativo, por entender que após a realização da diligência, a acusação fiscal se configura apenas como um mero indício de sonegação fiscal.

Concluindo, o autuado requer a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

VOTO

Na análise das peças processuais, notadamente a defesa formulada às fls. 117 a 121, constato que o autuado não se insurgiu quanto a infração 01, relativa ao recolhimento a menos do ICMS por antecipação tributária, no valor de R\$ R\$3.373,41, 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, nos meses de abril/02; julho/02; outubro/02; março a junho/03, através das notas fiscais relacionadas às fls. 24 a 26.

Quanto a segunda infração, concernente a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no total de R\$173.602,51, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88, nos meses de outubro/01 a dezembro/02, através das notas fiscais relacionadas às fls. 110 a 114, foi argüido na defesa como preliminar de nulidade o cerceamento de defesa sob alegação da não entrega de cópias de todos os documentos que integram o Auto de Infração.

Analisando a preliminar de nulidade, observo que realmente não consta nos autos nenhum documento acerca da entrega dos documentos que originaram o lançamento, e que se encontram relacionados às fls. 110 a 114.

O artigo 46, do RPAF/99, diz que na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, deverão ser fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados

que não lhe tenham sido entregues no encerramento da ação fiscal, e que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do AI, inclusive dos elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros de que porventura o contribuinte não disponha.

Realmente, no tocante a entrega dos documentos que instruem a ação fiscal, o processo não atendeu às disposições contidas no citado dispositivo regulamentar. Contudo, conforme está previsto no § 1º do RPAF/99, “as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.”

O processo foi baixado em diligência à Infaz de origem, para que fossem juntadas as cópias das notas fiscais, e apesar das 72 (setenta e dois) notas fiscais relacionadas às fls. 110 a 114, o autuante somente comprovou ter conseguido cópias de 19 (dezenove), conforme fls. 135 a 155. Mesmo assim, entendo que a partir do momento que o autuado foi cientificado na forma prevista no citado dispositivo regulamentar, a pendência, ainda que parcial, foi devidamente saneada, cujo sujeito passivo pode exercer o seu direito a ampla defesa e ao contraditório, como aliás o fez ao apresentar o recurso às fls. 160 a 167.

Assim, por não se enquadrar em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado.

Portanto não subsistindo a alegação de nulidade, passo a analisar o mérito da lide. Conforme descrito no corpo do Auto de infração, na infração 02 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).

Analisando 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 (*jûris 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 Nº	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.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$47.701,64, conforme demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Infração 01 - 07.01.02

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
30/04/02	09/05/02	1.618,05	17	60	275,07
31/07/02	09/08/02	2.951,88	17	60	501,82
31/10/02	09/11/02	21,11	17	60	3,59
31/03/03	09/04/03	431,11	17	60	73,29
30/04/03	09/05/03	415,94	17	60	70,71
31/05/03	09/06/03	8.777,70	17	60	1.492,21
30/06/03	09/07/03	5.627,76	17	60	956,72
TOTAL DO DÉBITO					3.373,41

Infração 02 - 07.01.01

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/01/02	09/02/02	4.591,04	17	60	9.299,70
31/03/02	09/04/02	13.711,16	17	60	3.592,25
30/04/02	09/05/02	14.467,20	17	60	2.878,71
31/05/02	09/06/02	16.642,12	17	60	5.120,25
30/06/02	09/07/02	69.334,18	17	60	3.598,39
31/07/02	09/08/02	16.642,12	17	60	6.623,23
31/08/02	09/09/02	69.334,18	17	60	3.279,68
30/11/02	09/12/02	16.642,12	17	60	4.747,11
31/12/02	09/01/03	69.334,18	17	60	5.188,91
TOTAL DO DÉBITO					44.328,23

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º **207090.0010/03-9**, lavrado contra **CODISMEL COMÉRCIO E ESTIVAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 47.701,64**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de junho de 2004.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR