

A. I. N° - 279102.0003/04-7  
**AUTUADO** - CORAÇÃO DE MARIA DISTRIBUIDORA LTDA.  
**AUTUANTE** - PÉRICLES ROCHA DE OLIVEIRA  
**ORIGEM** - INFAC JUAZEIRO  
**INTERNET** - 27.08.04

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO JJF N° 0316-03/04

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Em tais operações, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao adquirente (destinatário) efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado, determinado pela legislação. Comprovada a infração, diante das provas processuais. Rejeitadas as preliminares de nulidade e indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2004, exige o recolhimento do ICMS a título de antecipação tributária, no valor de R\$476.836,88, relativo ao período de abril/2001 a fevereiro/2004, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas a substituição tributária, não escrituradas no Registro de Entradas, consoante demonstrativos e documentos às fls. 7 a 261 do PAF.

O autuado, através de seu advogado devidamente habilitado, apresenta defesa, às fls. 265 a 271 dos autos, onde suscita preliminarmente a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que não há provas de que teria efetivamente recebido as mercadorias constantes das notas fiscais, objeto da ação fiscal, uma vez que não houve qualquer levantamento junto aos documentos contábeis e fiscais do contribuinte para verificar se foi efetivada a compra. Aduz que o processo administrativo se rege pela verdade material dos fatos. Assim, entende que está demonstrada a falta de clareza e precisão do Auto de Infração, procedimento que viola a regra do art. 18, IV, “a”, e do art. 39, III, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Alega que o lançamento não contém os elementos suficientes que determinem a exata infração e o infrator, e não é claro e preciso, e diz que cabe a autoridade lançadora produzir a prova. Cita doutrina e jurisprudência em torno da questão.

Argui que em consequência da falta de prova, o Auto de Infração também é nulo, e ficou prejudicada de produzir a defesa a que tem direito, posto que não sabe o que precisa provar para se defender. Alega que houve cerceamento ao direito de defesa, albergado no texto constitucional, transcrevendo o inciso LV do art. 5º. Cita decisões prolatadas neste Conselho, legislação e jurisprudência de Tribunais Superiores.

Em seguida, se insurge quanto a exigência da taxa SELIC nas relações tributárias, por entender que sua aplicação é indevida porque seria uma forma de aumento de tributo.

Considera que a aplicação deste índice deve se restringir ao universo econômico financeiro, e não ao tributário, embora admita que o Poder Público através de seus órgãos administrativos, é livre para criar e estabelecer normas e programas de cálculos para encontrar índices que representem financeiramente as variações dos títulos públicos. Cita decisão (R. Esp nº 215.881/PR, Rel. Min. FRANCLIULLI NETTO, DJU 19/06/2000, págs 133/134) da 2<sup>a</sup> Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça que acolheu a tese da inconstitucionalidade da aplicação da referida taxa em matéria tributária.

Por fim, conclui quanto à certeza do direito, mas, se alguma dúvida restar, de acordo com a determinação contida no art. 112 do CTN, que se aplique a interpretação mais favorável ao contribuinte. Assim, requer que seja anulado o Auto de Infração e que se propicie a produção de todos os meios de provas permitidos em direito, inclusive perícia e diligência.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 283 a 289, ressalta que a defesa apresentada não adentra ao mérito da autuação, limitando-se a pedir a nulidade do Auto de Infração.

Esclarece que o Auto de Infração versa sobre a falta de antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições interestaduais de bombons, gomas de mascar, chocolates e congêneres.

Destaca que a ação fiscal teve como origem o Ofício GPC nº 01/04 da SEFAZ de Pernambuco (fls. 290 a 292), no qual constava uma relação de notas fiscais emitidas pela empresa DISTRIBUIDORA KY DOCE LTDA (PE) e destinadas à empresa autuada, situada em Juazeiro-BA, alertando sobre a denúncia de jogo de documentos entre ambas e solicitando verificar se tais notas fiscais foram escrituradas no Registro de Entradas do autuado.

Informa o autuante que ao proceder tal cotejo verificou que mais de uma centena de notas fiscais enviadas não foram lançadas na escrita fiscal do autuado, oriundas daquele Estado. E informou, também, ter constatado ainda que algumas poucas notas fiscais sem registro na escrita da empresa foram obtidas através do Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias de Trânsito – CFAMT, e que o contribuinte com base na DMA, apresentava uma margem de valor agregado (MVA) muito acima dos percentuais de lucro comuns no ramo de atividade do autuado que variam de 10% a 20%, enquanto o autuado apresentava uma estratosférica margem de lucro que varia de 300% a mais de 600%. E conclui que tais percentuais só se justificam por um enorme aporte de mercadorias que deram entrada no estabelecimento sem registro na escrita fiscal, cujas mercadorias, sujeitas à antecipação tributária quando das aquisições interestaduais, eram vendidas internamente, apondo carimbo no corpo das notas fiscais de saídas que aquelas mercadorias encontravam-se com tributação encerrada.

Aduz que os proprietários da empresa fornecedora possuem sobrenomes idênticos aos dos sócios da empresa adquirente (fls. 298 e 299).

Diz que não pode o contribuinte eximir-se da responsabilidade, simplesmente negando ter praticado o fato (fl. 268), pois os documentos fiscais em que se baseia a ação fiscal foram retidos pelos postos fiscais de Pernambuco, em sua grande maioria, e da Bahia. Além disso, as mercadorias efetivamente transitaram como comprovam os carimbos e etiquetas destacadas no corpo e no verso das notas fiscais.

Assevera que o contribuinte nada demonstra para comprovar que as mercadorias constantes em mais de uma centena de documentos fiscais a ele destinados não foram por ele adquiridos. E ressaltou que o mesmo, se não fez as aquisições conforme alega, deveria ter adotado alguma medida policial ou judicial contra os emitentes dos referidos documentos.

Contradiz a alegação de que houve imprecisão e falta de clareza na acusação fiscal e o conseqüente cerceamento ao direito de defesa do contribuinte. Quanto a alegada Taxa SELIC, informa que é utilizada como indexador para a atualização monetária sobre o débito histórico, conforme previsto na Lei nº 7.753/00 e no art. 138-B do RICMS, cuja discussão da sua constitucionalidade não lhe compete apreciar. Assim, mantém integralmente a ação fiscal e requer a procedência total do Auto de Infração.

Intimado a se pronunciar sobre os novos elementos anexados à informação fiscal, o sujeito passivo apresenta nova manifestação, às fls. 305 a 314 dos autos, onde se reporta ao ofício da SEFAZ/PE, alegando que as autoridades daquele Estado não esclareceram porque acreditam que existe jogo de notas fiscais entre as empresas, e também sequer mencionam que estão fiscalizando a empresa daquele Estado e se encontrou alguma irregularidade. Alega que as autoridades baianas sequer questionaram se as aludidas notas fiscais poderiam ter retornado a Pernambuco por conta do desfazimento do negócio.

Destaca que o fato de existir parentesco entre os sócios de ambas empresas não significa que haja negociação entre as duas.

Insiste na nulidade do Auto de Infração por entender que o ônus da prova é do Fisco, uma vez que a existência de notas fiscais se trata de indício e não de prova de que as mercadorias nelas constantes deram entrada no seu estabelecimento. Ressalta que os seus registros contábeis não foram verificados e nem foram analisados seus estoques de mercadorias, através de um levantamento físico. Indaga como o autuante apurou as supostas infrações, relativas aos anos de 2001 a 2004, se apenas solicitou livros e documentos dos exercícios de 2002 e 2003. Questiona a razão de se exigir o imposto antecipado utilizando a alíquota interna de 17% sem considerar a proporcionalidade de vendas interestaduais. Conclui que não pode prevalecer o lançamento fiscal, que no seu entendimento foi realizado por presunção, o qual tem que ser claro e preciso, consoante art. 39, III, do RPAF/BA.

Repete os argumentos já aduzidos na defesa, quanto as nulidades suscitadas. Acrescenta que o CTN repele o lançamento por presunção, transcrevendo os arts. 113 e 114 do mesmo código. Diz que sendo a Lei Complementar por determinação da Constituição (art. 146, III), competente para dispor sobre obrigação, lançamento, crédito, base de cálculo e fato gerador, o Fisco estaria violando o CTN, que é uma lei complementar e estabeleceu as modalidades de lançamento, e ali não contemplou a modalidade de lançamento por presunção.

Discorre sobre o art. 12 da Lei Complementar nº 87/96 que trata das situações que se configuram fato gerador do ICMS, com as alterações posteriores. E alega ainda que o levantamento não atende aos aspectos do fato gerador: pessoal, material, espacial, e temporal.

Ao final, reitera as demais alegações que já constam da impugnação.

## VOTO

A infração descrita no Auto de Infração, imputada ao sujeito passivo decorre da falta de antecipação do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas a substituição tributária (bombons, chocolates e congêneres), no valor de R\$476.836,88, entradas no estabelecimento sem os devidos registros na escrita fiscal, consoante apurado através de notas fiscais arroladas e constantes no PAF (fls. 7 a 184), referentes ao período de abril de 2001 a fevereiro de 2004.

Inicialmente afasto as preliminares de nulidade do Auto de Infração, argüidas pelo autuado sob o fundamento de que não há provas de que efetivamente recebera as mercadorias; de que foi prejudicado no seu direito de defesa, como também em razão da aplicação da taxa SELIC.

Observo que o Auto de Infração atende a todas as formalidades legais previstas, constantes no art. 38 do RPAF/99 e demais dispositivos regulamentares, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, a qual foi exercida plenamente, em duas oportunidades. Verifico que o processo encontra-se devidamente instruído de suas provas documentais, conforme às fls. 7 a 261 dos autos, não ocorrendo qualquer cerceamento do direito de defesa do contribuinte. Assim, descabem as alegações do autuado, sendo as mesmas totalmente impertinentes, uma vez que a aplicação da taxa SELIC, quando devida, tem previsão legal, que através da lei ordinária baiana nº 7.753/00 foi inserida no RICMS/BA, no art. 138-B.

Também, rejeito o pedido de perícia ou de diligência, com arrimo no art. 147 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, por entender desnecessário, uma vez que considero suficiente para a formação da minha convicção os elementos contidos nos autos, especialmente a relação de notas fiscais enviadas pela SEFAZ de Pernambuco (fls. 290/291).

Quanto ao mérito, constato que se trata de exigência do ICMS por antecipação das mercadorias (bombons, chicletes, chocolates, balas, refrescos, etc.) constantes das notas fiscais anexadas aos autos, consoante previsto no art. 371, I, “a”, e o art. 353, II, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que determina ao contribuinte alienante neste Estado a responsabilidade pela antecipação do tributo referente às operações subsequentes a serem efetuadas para adquirentes, a menos que já tenha recebido com imposto antecipado.

O autuado alega que não existem provas do recebimento das mercadorias, constantes das notas fiscais, uma vez que não houve qualquer levantamento junto aos documentos contábeis e fiscais do contribuinte para verificar se a compra se efetivou, do que entende ser insegura a acusação fiscal.

Concluo que as argumentações defensivas são insuficientes para elidir a acusação fiscal, a qual está respaldada em notas fiscais, obtidas nos postos fiscais do trajeto das mercadorias, pelo Fisco do Estado de Pernambuco, conforme carimbos apostos na 4<sup>a</sup> via dos próprios documentos fiscais (pertencente ao Fisco de origem), ou excepcionalmente pelo Fisco do Estado da Bahia, através do CFAMT, quando da destinação das mercadorias ao adquirente, cujos produtos são relativos à sua atividade comercial, provas documentais estas suficientes da realização das operações e de suas aquisições pelo destinatário, salvo prova em contrário, a qual deve ser produzida pelo contribuinte, no sentido de destituir as existentes nos autos, o que não foi feito.

Entendo, que o autuado se sentindo prejudicado com um suposto uso indevido de seus dados cadastrais, caberia ao mesmo interpelar os responsáveis, emitentes e transportadores, inclusive com medidas judiciais, solicitando justificativas para tal procedimento e provas das reais

operações comerciais, de forma que viesse a se eximir perante ao Fisco da responsabilidade tributária que lhe fora imputada, contudo, nenhuma medida neste sentido foi adotada.

Deste modo, por não ficar comprovado o recolhimento do imposto por antecipação das mercadorias constantes das notas fiscais anexas aos autos, entendo correta a exigência fiscal e voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº 279102.0003/04-7, lavrado contra **CORAÇÃO DE MARIA DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo o autuado ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$476.836,88**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR