

A. I. N° - 206828.0002/04-1
AUTUADO - CHIACCHIO INÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA.
AUTUANTE - LUIZ CARVALHO DA SILVA
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 09. 11. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0428-04/04

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO ANTECIPADA. MULTA. É vedada pela lei do ICMS a utilização antecipada de créditos antes da entrada da mercadoria no estabelecimento. Mantida a penalidade aplicada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE USO OU CONSUMO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não elidida. 3. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A ocorrência de saldo credor na conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EMBORA REVESTIDOS DAS FORMALIDADES LEGAIS, FORAM EMITIDOS COM INTUITO COMPROVADO DE FRAUDE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Comprovada nos autos a irregularidade. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração não caracterizada. Não acatadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/6/2004, exige imposto no valor de R\$203.641,99, acrescido das multas de 100%, 70%, 60% e de 40%, em decorrência:

1. Utilização antecipada de crédito fiscal do ICMS referente a mercadorias entradas no estabelecimento em data posterior a sua utilização (maio, junho e outubro de 2000) – R\$6.524,63;
2. Falta de recolhimento do imposto por diferença de alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento (período de 1999 a 2000) – R\$2.026,50;
3. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor na Conta Caixa (fevereiro e março de 1999) – R\$8.874,49;
4. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis por utilização de documento fiscal inidôneo. (exercícios de 1999 e 2000) – R\$120.846,76;
5. Falta de recolhimento da antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações internas subsequentes realizadas à contribuintes localizados neste Estado (exercícios de 1999 e 2000) - R\$65.369,61.

O autuado apresentou impugnação ao Auto de Infração (fls. 655/677), através de advogado constituído. Em relação à infração 1, primeiramente, requereu a sua nulidade em razão das cópias dos documentos fiscais apensados aos autos estarem de difícil leitura, não permitindo que fossem atestados se, efetivamente, os carimbos neles apostos referiam-se ao dia primeiro dos meses que o fisco mencionou. No mais, mesmo que as notas fiscais tenham sido lançadas no dia imediatamente anterior ao transporte das mercadorias, entendeu que não se podia caracterizar a penalidade de 40% tendo em vista que:

1. o ICMS havia sido recolhido, pelos fornecedores, nos respectivos meses de competência, portanto não causando prejuízo ao Erário e a cobrança se caracterizando como em enriquecimento sem causa por não ter havido prejuízo potencial no seu ato. Além do mais, o Código Tributário do Estado da Bahia assegura à autoridade julgadora de anular ou reduzir a penalidade;
2. o percentual de 40% sem prejuízo ao Erário era cobrança de ICMS sem previsão constitucional.

Irresignado com a cobrança do imposto na infração 2, disse que ela feria o art. 155, § 2º, IX, “a” da Constituição Federal, que transcreveu, e art. 20 da Lei Complementar nº 87/96. Afirmou que pelo texto constitucional, o ICMS somente incide sobre bens destinados ao ativo permanente e consumo do estabelecimento quando se tratar de mercadorias importadas, não sendo o caso da autuação, pois mercadorias adquiridas no mercado interno e utilizadas para reposição no seu processo de industrialização. Neste sentido transcreveu entendimento do Prof. Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário, 12ª ed). Continuando, afirmou que, por seu turno, o art. 20 da LC nº 87/96 assegura ao contribuinte o direito de se creditar do imposto cobrado nas operações anteriores sobre os bens em discussão. Nesta linha de raciocínio, afirmou ser equivocada a autuação por total descompasso com a Constituição Federal e a Lei nº 87/96 e a autuação tinha convertido o que era crédito em cobrança de imposto e multa. Neste compasso, deveria ser declarada improcedente e ao impugnante ser concedido o direito ao uso do crédito fiscal.

Atacando a infração 3, afirmou categoricamente que o § 3º do art. 2º, do RICMS/97 era inconstitucional. Citando o art. 5º, LV, art. 155, II da Constituição Federal e art. 1º, do Decreto nº 406/68, afirmou que tais normas, regulamentadoras do ICMS, não prevêem saldo credor de caixa como forma de cobrança do citado imposto. Citou definição do Prof. Hugo de Brito Machado sobre o fato gerador do ICMS. Também disse que a acusação de saldo credor de caixa foi realizada em total descompasso com os princípios de contabilidade geralmente aceitos, pois quando o autuante encontrou “estouro de caixa” deveria pedir esclarecimentos do erro detectado. E sendo de fato detectado, o fisco, de imediato, deveria realizar levantamento da conta estoque de mercadorias para poder certificar-se sobre saídas de mercadorias e desclassificar a escrita contábil da empresa autuada. Em seguida, comentando sobre a presunção constatada, citando novamente o Prof. Hugo Machado de Brito e Samuel Monteiro, reafirmou seu posicionamento quanto a inconstitucionalidade do § 3º do art. 2º, do RICMS/97.

Protestou quanto à cobrança do tributo apurado na infração 4, entendendo que a acusação deixava à “escancara a falta de compromisso” do autuante com a verdade rel e a norma legal, vez que houve uma acusação sem prova de que haviam sido emitidas notas fiscais de vendas fraudulentamente. Transcrevendo as determinações do art. 5, I, “c”, do RICMS/97, informou que vende seus produtos para um grande número de pequenos e médios empresários, enquadrados no SimBahia, com alíquotas diferenciadas, conforme solicitação dos mesmos. Argumentou que o cadastro de cada cliente, cujas vendas se dão no balcão ou por telefone, era de inteira responsabilidade deles, bem como a escrituração e guarda dos livros e documentos fiscais, não podendo esta responsabilidade ser a ele imputada. Rechaçando as declarações feitas ao fisco por diversas adquirentes de suas mercadorias, trouxe aos autos as determinações do art. 333, do Código

de Processo Civil para as desclassificá-las. Disse que o autuante ao invés de realizar uma fiscalização junto aos seus clientes “de surpresa”, preferiu fazê-la progressivamente, lhes dando tempo para omitir informações e sem solicitar qualquer livro ou documento fiscal. Entendendo que a acusação era totalmente improcedente, analisou algumas das declarações emitidas para afirmar que elas de nada valiam pois desacompanhadas dos atos constitutivos das empresas para lhes dar autenticidade às assinaturas e algumas assinadas por contador.

Por fim, observou que a acusação o colocava em total desvantagem perante o fisco, pois este dispõe do poder para obrigar seus clientes a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em benefício do fisco e ele somente podia ouvir dos mesmos que rasgaram as notas fiscais e as jogaram no lixo.

Considerou que a infração 5 foi consequência da infração 4. Além do mais, afirmou ter sido realizado “com forte indício de vingança”, já que mesmo admitindo-se o fato dos documentos fiscais terem sido emitidos com simulação, não se poderia mais falar em autuação “reflexa”, em total confronto com o art. 112, IV, do CTN.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 681/685) ratificando o item 1 da autuação, vez que a antecipação do crédito reflete diretamente no pagamento do imposto, ocorrendo, no mínimo, uma postergação indevida do seu recolhimento, sendo vedado por dispositivos legais e regulamentares. Quanto às datas carimbadas, conforme se observava às fls. 15, 16 e 20 do PAF, elas se referiam aos dias 1/6/2000, 1/8/2000 e 1/11/2000. As que não possuíam data legível as vinculou com a placa do veículo transportador.

Em relação à infração 2, disse que embora o impugnante tenha citado o art. 155 § 2º, IX, “a” do Constituição Federal, bem como o art. 20 da Lei Complementar nº 87/96 para desenvolver sua argumentação, deixou de citar os incisos VII, “a” e VIII, do citado art. 155. Ademais, tinha sido o próprio contribuinte que, na sua escrita fiscal, atribuiu o CFOP (Código Fiscal de Operações e Prestações) 2.97, para as operações realizadas. E, o art. 20 da Lei Complementar 87/96 assegura o direito ao uso do crédito nas operações que resultem na entrada de mercadorias no estabelecimento, porém não se confundia com diferença de alíquotas.

Quanto aos termos da impugnação relativa à infração 3, disse que se tratava de assunto inteiramente incontroverso, sendo dispensáveis maiores considerações, tendo em vista, as incontáveis decisões desse CONSEF em situações idênticas e que o Regulamento do ICMS não deixava qualquer dúvida sobre o acerto do procedimento fiscal. Observou que do livro Caixa apresentado pelo autuado, constam os saldos credores, independentemente de qualquer levantamento. Mesmo assim, procurou demonstrar criteriosamente a ocorrência no papel de trabalho “Auditoria de Caixa” (fls. 95/111) e que haviam sido anexadas cópias de folhas do referido livro (fls. 112/115).

Atacando os argumentos de defesa relativos à infração 4, observou, em primeiro lugar, que não houve falta de compromisso de sua parte com a verdade. Tanto que para cada nota fiscal integrante do levantamento de fls. 116/126, existia uma declaração ou um extrato do sistema de informações cadastrais da SEFAZ, relativo ao suposto destinatário das mercadorias. Por outro lado, querer restringir suas vendas a pequenas e médias empresas em Vitória da Conquista, onde se situa a empresa autuada, não espelhava a realidade dos fatos. A grande maioria das operações fraudadas destinaram-se à contribuintes situados em outros municípios da região, como Jequié, Itapetinga, Brumado, Guanambi, e, principalmente, situados em outras regiões, tais como Ilhéus, Itabuna, Teixeira de Freitas, Lençóis, Seabra. Observou, em seguida, que quanto mais longínquo, maior a incidência de operações irregulares.

Em relação ao argumento defensivo de que por vender em balcão e por telefone não teria qualquer responsabilidade quanto à regularidade cadastral dos destinatários de suas mercadorias, transcreveu as determinações do art. 142, I, do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores. Além do mais,

para desconstituir a irregularidade, bastaria que fossem apresentados, por exemplo, os recebimentos das importâncias correspondentes a cada operação de venda.

Continuando, observou que o fato das empresas estarem inscritas no SimBahia, e, portanto desobrigadas de escrituração fiscal, não implicava em desonestidade a ponto de prestarem declarações falsas para se livrarem de obrigações que lhe dizem respeito. E, ao contrário do que afirmou o impugnante, várias empresas foram intimadas à apresentaram seus documentos fiscais de entradas de mercadorias, onde constavam documentos fiscais regularmente emitidos, que não foram incluídos no Auto de Infração. Para aqueles contribuintes que alegaram terem adquirido as mercadorias, mas que as notas fiscais haviam se extraviado, os processos retomaram à Inspetoria visando se proceder à uma diligência, para uma possível lavratura de auto de infração contra o destinatário das mercadorias.

Asseverou que a própria natureza do trabalho desenvolvido com a colaboração de diversas inspetorias, eliminava o caráter pessoal de "aproximação e parceria", tese tentada pela defesa a lhe impingir. Todo o procedimento desenvolveu-se com o único propósito de se apurar a verdade, por diversos servidores lotados nas inspetorias fiscais da circunscrição dos supostos destinatários das mercadorias, independentemente de qualquer intenção de prejudicar o contribuinte então fiscalizado.

Abordando a análise feita pelo defendant de que algumas declarações não foram assinadas pelos titulares das empresas declarantes, mas por prepostos e pelos contadores, na condição de representantes, observou que o art. 2º do RPAF/99 determina que o processo administrativo deve atender, dentre outros, aos princípios da verdade material, do informalismo e da ampla defesa. Assim, embora existissem esses casos, há a esmagadora maioria de declarações assinadas pelos respectivos titulares ou sócios das empresas e alguns, até bastante indignados, a ponto de fazerem denúncias à polícia conforme indicou. Por fim observou que em quase 100% das notas fiscais não existia o recibo de entrega no rodapé das notas fiscais.

Em relação à infração 5, entendeu que o impugnante havia deixado de entrar no mérito da questão, sob o argumento de que esta infração seria, como de fato é, uma consequência da anterior. Porém, argüiu, como as operações foram efetivamente realizadas (infração 4) sem nota fiscal e, consequentemente, quem as adquiriu também deu saída sem documentação fiscal, considerando a impossibilidade de se identificar esses adquirentes, considerando que o autuado deu início à corrente sonegadora, e, ainda, considerando o disposto no inciso I do art. 142 do RICMS, disse que era inevitável a conclusão de que só restaria ao fisco a opção de cobrar do autuado o ICMS devido nas operações subsequentes.

Ratificou em sua totalidade o procedimento fiscal.

VOTO

Apreciando as arguições de nulidade ao lançamento fiscal apresentadas pelo impugnante não posso inseri-las nas condições expressas no art. 18, do RPAF/99. A autuação tem base legal e foi realizada dentro das determinações da norma tributária vigente.

Em relação à infração 1, observo que as cópias dos documentos fiscais apensados aos autos estão suficientemente legíveis para se comprovar que o crédito fiscal foi utilizado antes da entrada das mercadorias no estabelecimento autuado. Em relação às demais alegações de defesa, de que, mesmo que as notas fiscais tenham sido lançadas no dia imediatamente anterior ao transporte das mercadorias, não houve prejuízo ao Erário, sendo caracterizada, a imputação, como enriquecimento sem causa, já que o imposto foi recolhido pelo fornecedor e que não existe previsão constitucional para tal, ressalto que a matéria não diz respeito a quem pagou o imposto e sim o momento da

utilização do crédito fiscal para compensação do imposto devido pelo estabelecimento autuado. No mais, ser ou não constitucional esta cobrança é matéria vedada à discussão neste foro administrativo.

No mais, o art. 42, VI, da Lei nº 7.014/96, determina que será aplicada a penalidade de 40% do valor do crédito fiscal utilizado antecipadamente. Este foi o fulcro da autuação e este é o fato provado. Mantendo o lançamento fiscal no valor de R\$6.524,63.

A infração 2 trata da cobrança da diferença de alíquota sobre mercadorias adquiridas para uso e consumo do estabelecimento. O impugnante não questionou que elas não foram utilizadas para tal fim, apenas sendo utilizada no seu processo industrial, sem trazer aos autos qualquer prova da sua alegação. Quanto a este argumento, acorde art. 123, do RPAF/99, não posso considerar.

Disse, ainda, que a cobrança em discussão feria o art. 155, § 2º, IX, “a” da Constituição Federal e art. 20 da Lei Complementar nº 87/96, vez que a diferença de alíquota somente incidia sobre bens destinados ao ativo permanente e consumo do estabelecimento quando se tratasse de mercadorias importadas. É equivocado tal entendimento. A diferença de alíquota encontra-se determinada no art. 155, § 2º, VIII da Constituição Federal e a Lei Complementar nº 87/96 deu aos Estados e Distrito Federal a competência de instituir o ICMS (art. 1º). Nesta condição, o art. 2º, IV, da Lei nº 7.014/96 determina que o ICMS incide na entrada de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente. Quanto ao art. 20, da Lei Complementar nº 87/96, trata da utilização do crédito fiscal do imposto recolhido pela diferença de alíquota, indicando prazo para esta utilização e que, no momento não está em pauta de discussão. O que aqui se cobra é o imposto não oferecido à tributação, e devido, não havendo qualquer conversão de crédito fiscal em cobrança de imposto, conforme alegou o defendant. O lançamento fiscal é mantido no valor de R\$2.026,50.

O item 3 da autuação diz respeito à omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor na Conta Caixa. Neste momento, o impugnante afirmou ser constitucional o § 3º do art. 2º, do RICMS/97, citando o art. 5º, LV, art. 155, II da Constituição Federal e art. 1º, do Decreto nº 406/68, quando afirmou que tais normas não prevêem saldo credor de caixa como forma de cobrança do ICMS. Quanto ao art. 5º, LV, da Constituição Federal neste processo administrativo está sendo rigorosamente seguido, pois foi assegurado ao autuado o contraditório e a ampla defesa. E, em relação ao art. 155, II da Carta Magna está sendo, de igual forma, seguido, ou seja, cabe ao estado da Bahia instituir o ICMS no âmbito de sua competência. No mais, o Decreto nº 406/68 aqui não pode ser aventado, vez que substituído pela Lei nº 7.014/96 que, em seu art. 4º, § 4º determina como presunção da ocorrência de operações mercantis tributáveis sem pagamento do imposto, sempre que a escrituração apresentar saldo credor de caixa, suprimento de caixa de origem não comprovada, manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como as entradas de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, salvo se o contribuinte provar o contrário, ou seja, o ônus da prova em desconstituir a presunção é do sujeito passivo. Esta é uma das poucas situações que a lei inverte o ônus da prova, ou seja, cabe ao sujeito passivo provar que não houve a ocorrência dos fatos elencados pela lei. Portanto, o art. § 3º do art. 2º, do RICMS/97 apenas regulamentou a norma tributária vigente.

Isto posto, todos os dados apurados pela fiscalização foram retirados do livro Caixa apresentado pelo sujeito passivo, onde constam os saldos credores, independente de qualquer levantamento fiscal (fls. 112/115), embora e mesmo assim, o autuante tenha aplicado o roteiro próprio de fiscalização, conforme se comprova á fl. 95/111 dos autos. Não havendo qualquer prova em contrário que desconstitua a acusação, a mantendo no valor de R\$8.874,49.

A quarta infração diz respeito a omissão de saídas de mercadorias tributadas pela utilização de documentos fiscais considerados inidôneos para a operação. O autuante, no corpo do Auto de Infração, assim descreveu a infração e o roteiro de fiscalização: *O contribuinte, no período fiscalizado, promoveu vendas de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais e, para fazer suprimento de caixa, além de simular regularidade na saída de seus produtos, utilizou-se de documentos inidôneos, nos termos do art. 209 do RICMS/BA, incisos V e VI, uma vez que não se referem a uma operação ou prestação e que foram emitidos com intuito comprovado de fraude, para aproveitar-se, indevidamente, da alíquota diferenciada de 7%, (art. 51, I, alínea c, do citado Regulamento), tendo como destinatários comerciantes inscritos na condição de SimBahia, ou com inscrição cancelada ou baixada no CAD-ICMS. Diante dos dados cadastrais obtidos no banco de dados da SEFAZ e/ou da declaração fornecida por cada um dos supostos destinatários, no sentido de que não adquiriram as mercadorias, realizou-se o levantamento da diferença de ICMS, com base na alíquota correta de 17%, conforme Demonstrativo anexo, acompanhado de cópia de todas as Notas Fiscais nele discriminadas em ordem crescente de número e data, dos dados cadastrais e/ou das declarações apresentadas pelos supostos compradores em ordem alfabética destes, bem como dos processos administrativos relativos às diligências realizadas em ordem alfabética de inspetoria fazendária, destacando-se que de tudo isso foi entregue cópia a representante do contribuinte.*

A defesa entendeu a acusação sem prova de que havia emitido notas fiscais de vendas fraudulentamente. Informou que vende seus produtos à um grande número de pequenos e médios empresários, enquadrados no SimBahia, com alíquotas diferenciadas, conforme solicitação dos mesmos e que o cadastro de cada cliente, cujas vendas se dão no balcão ou por telefone, era de inteira responsabilidade deles. De igual maneira, rechaçando as declarações feitas ao fisco por diversas adquirentes de suas mercadorias, já que desacompanhadas dos seus atos constitutivos, inclusive algumas assinadas pelos contadores das empresas declarantes, trouxe aos autos as determinações do art. 333, do Código de Processo Civil para desclassificá-las e disse que o autuante ao invés de realizar uma fiscalização junto aos seus clientes “de surpresa”, preferiu fazê-la progressivamente, lhes dando tempo para omitir informações. Por fim, observou que a acusação o colocava em total desvantagem perante o fisco, pois não dispunha do poder para obrigar seus clientes a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em seu benefício.

Analizando o procedimento fiscal, entendo que as razões de defesa não possuem o condão de descharacterizar a autuação, visto que:

1. foram emitidas 33 notas fiscais para contribuintes enquadradas no regime normal de apuração do imposto utilizando-se o benefício concedido para empresas enquadradas no SimBahia, o que já demonstra ilícito fiscal, mesmo que se admitisse ter se tratado de uma operação regular;
2. existem 252 notas fiscais emitidas com declarações dos supostos adquirentes negando as compras. Estas declarações foram obtidas em trabalho conjunto de diversas inspetorias fazendárias da circunscrição fiscal dos mesmos (Jequié, Itapetinga, Brumado, Guanambi, Ilhéus, Itabuna, Teixeira de Freitas, Lençóis, Seabra). Se acaso, algumas foram assinadas pelos contadores das empresas, outras as foram pelos seus proprietários, conforme extratos do sistema informatizado desta Secretaria da Fazenda, anexados aos autos, não havendo qualquer necessidade dos atos constitutivos das empresas. Existem casos, inclusive, com denúncia à polícia (Lucineide Maria dos Santos - fls 562/563), outro que expressa a intenção de adotar medidas judiciais (Adalto Faustino de Oliveira - fl. 520) e outros que foram em cartório reconhecer sua firma (Delvair Ferreira Neves Nascimento e Vanivaldo Lopes França – fls. 501/599). Neste contexto, não posso entender que dezenas de comerciantes, “por medo ou outro motivo” do fisco tenham se submetido a declarar, de maneira categórica, que sua inscrição estadual havia sido utilizada fraudulentamente. Inclusive várias foram intimadas à apresentarem

seus documentos fiscais de entradas de mercadorias, onde constavam documentos fiscais, emitidos pelo autuado e não incluídos no Auto de Infração, já que regulares. E, para aqueles contribuintes que alegaram terem adquirido as mercadorias, mas terem extraviado os documentos fiscais, processos foram formados com tais documentos e retomados a Inspetoria visando se proceder a uma diligência, para maiores averiguações. E, finalmente na esmagadora maioria das notas fiscais não existe o recibo de entrega no rodapé das mesmas. Portanto, todo o procedimento fiscal foi realizado de maneira cuidadosa e dentro de bases legais, sendo tais declarações documentos legais para apuração da irregularidade constatada, sendo improvável que alguém assine uma declaração falsa, sabendo, perfeitamente, da responsabilidade de tal ato.

Na sessão de julgamento, o advogado da empresa trouxe como prova, objetivando desconstituir a infração, uma declaração assinada pelo sócio gerente da empresa Supermercado Santos 2000 Ltda onde ele assim se expressa: *Eu, Aroldo Leite Santos, Sócio-Gerente do Supermercado Santos 2000 Ltda, inscrito no Cadastro de Contribuintes da Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia sob o nº 39.019.828 e no C.N.P.J. sob o nº 86.895.059/0001-00 estabelecida à praça Getúlio Vargas nº 127 na sede do município de Ipupiara-Ba, declara para os devidos fins de direito que fui procurado por preposto da Secretaria da Fazenda a fim de colher minha assinatura em uma declaração afirmando que: “não foram comprados nem adquiridos os produtos constantes das Notas Fiscais abaixo relacionadas do remetente CHIACCHIO INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA. Inscrição Estadual nº 29.175.79. (descriminou as notas fiscais)”. Eis que, inadvertidamente, sem pensar nas consequências que desta declaração poderiam advir à minha pessoa e terceiros e crendo na boa-fé que há de nortear a conduta do agente da Administração Fazendária subscrevi tal declaração. O certo é que posso afirmar que o Supermercado Santos 2000 Ltda do qual sou Sócio Gerente é Cliente da Empresa CHIACCHIO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, mas não tenho certeza de que adquiri as mercadorias relacionadas uma vez que se trata de compras realizadas há cerca de quatro anos atrás. Por ser verdade assino.* Esta declaração não tem o condão de fazer prova contrária a acusação. Primeiro por ser uma tentativa de desmentido, que somente seria válida havendo prova, já que “inadvertência” e “boa-fé”, no caso, nada acrescentam. Em segundo lugar, ser cliente ou não da empresa autuado é situação irrelevante. Em terceiro lugar, o próprio declarante não afirma que realizou as compras apenas diz: ***não tenho certeza de que adquiri as mercadorias relacionadas uma vez que se trata de compras realizadas há cerca de quatro anos atrás.***

Dante das normas que regem o processo administrativo fiscal esta declaração foi apensada aos autos.

3. 42 empresas se encontravam com sua inscrição estadual no CAD-ICMS canceladas, 4 suspensas por processo de baixa, 2 notas fiscais emitidas para contribuintes não inscritos e outra (nº 6638 – fl. 123 do PAF) com o nome de um contribuinte e a inscrição estadual de outro. Quanto ao argumento defensivo de que por vender em balcão e por telefone não teria qualquer responsabilidade quanto à regularidade cadastral dos destinatários de suas mercadorias, razão assiste ao autuante ao transcrever, quanto de sua informação fiscal, as determinações do art. 142, I, do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores, que expressa: *Além das obrigações previstas na legislação relativas à inscrição, emissão de documentos, escrituração das operações e prestações, fornecimento de informações periódicas e outras, são obrigações do contribuinte: exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do Cartão de Inscrição ou, em sua falta, do Documento de Informação Cadastral (DIC), sob pena de responder solidariamente pelo imposto devido, se do descumprimento desta obrigação decorrer o não recolhimento do imposto, total ou parcialmente.*
4. Finalmente, o contribuinte poderia ter trazido aos autos os pagamentos destas compras

realizadas pelos ditos adquirentes, pois mesmo em situação irregular, haveria a comprovação da operação. Isto não foi feito.

Assim, as declarações de contribuinte, aliadas a constatação acima explicitada, demonstram inequivocamente que as notas fiscais, embora revestidas de todas as formalidades legais, não se referiram a uma efetiva operação comercial e foram utilizadas com o intuito comprovado de fraude (art. 209, V e VI, do RICMS/97), sendo consideradas inidôneas, fazendo prova, apenas, em favor do fisco (caput do referido artigo citado do Regulamento).

Desta forma, provada infração contra a norma tributária estadual, a ação fiscal está correta no valor de R\$120.846,76.

A infração 5 trata da falta de recolhimento da antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações internas subseqüentes realizadas à contribuintes localizados neste Estado. Esta cobrança decorreu da infração anterior, ou seja, o autuante entendeu que, como as operações do item anterior foram efetivamente realizadas sem nota fiscal, consequentemente, quem as adquiriu também deu saída sem documentação fiscal. Assim, pela impossibilidade de se identificar esses adquirentes, e já que foi o autuado quem havia dado início à corrente sonegadora, disse ser inevitável a conclusão de que só restaria ao fisco a opção de cobrar da empresa autuada o ICMS devido nas operações subseqüentes. Entendo sem base legal tal raciocínio. Como ficou provada a acusação anterior, o imposto foi cobrado, inclusive com multa de 100%, tendo a fase de tributação sido encerrada sobre as mercadorias nos documentos fiscais consignados. Neste específico caso não se pode falar na figura da antecipação tributária. Entendo insubstancial a infração.

Voto pela procedência parcial do Auto de Infração no valor de R\$138.272,38.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206828.0002/04-1, lavrado contra **CHIACCHIO INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$131.747,75**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre o valor de R\$2.026,50 de 70% sobre o valor de R\$8.874,49 e de 100% sobre o valor de R\$120.846,76, previstas, respectivamente, no art. 42, II, “f”, III e IV, “h”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, além da multa no valor de **R\$6.524,63**, atualizado monetariamente, prevista no artigo 42, VI, do mesmo Diploma Legal.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão 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, 28 de outubro de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA – JULGADOR