

PROCESSO - A. I. Nº 206828.0002/04-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CHIACCHIO IND. DE EMBALAGENS LTDA.
RECORRIDOS - CHIACCHIO IND. DE EMBALAGENS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0428-04/04
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 24/02/2005

2ª. CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0032-12/05

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. Farta evidência probatória. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração não caracterizada. Não acatadas as preliminares de nulidade. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime em relação às infrações 1 a 3. Vencido o voto do relator quanto à infração 4. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário da Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente em Parte o Auto de Infração referenciado, exigindo pagamento de imposto no valor de R\$131.747,75, acrescido das multas de 60%, 70% e 100%, além de multa no valor de R\$ 6.524,63, em decorrência de:

- 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 subseqüentes realizadas à contribuintes localizados neste Estado (exercícios de 1999 e 2000) - R\$65.369,61.*

O autuado, por seu advogado, apresentou defesa, preliminarmente requereu a nulidade do item 1 da autuação em razão das cópias dos documentos fiscais apensados aos autos estarem de difícil leitura, não permitindo que fossem atestados se os carimbos neles apostos referiam-se às datas mencionadas pelo autuante. Alegou, ainda, que o ICMS reclamado havia sido recolhido, pelos fornecedores, nos respectivos meses de competência, portanto não causando prejuízo ao Erário.

Em relação à infração 2, afirmou que pela Constituição Federal o ICMS somente incide sobre bens destinados ao ativo permanente e consumo do estabelecimento, quando se tratar de mercadorias importadas, não sendo esse o caso da autuação.

Igualmente quanto à infração 3, valeu-se da Carta Magna e do Decreto nº 406/68 para afirmar que tais normas não prevêm saldo credor de caixa como forma de cobrança do ICMS e que o autuante ao encontrar o “estouro de Caixa” deveria pedir esclarecimentos do erro detectado e, se fosse o caso, realizar levantamento da conta estoque de mercadorias para apurar as saídas.

Insurgiu-se contra a cobrança do tributo em relação à infração 4, afirmando que inexistia prova da emissão fraudulenta de notas fiscais e que vende seus produtos para um grande número de pequenos e médios empresários enquadrados no SimBahia, com alíquotas diferenciadas, conforme solicitação dos mesmos e que os respectivos cadastros seriam de responsabilidade dos seus compradores.

Rechaçou as declarações colacionadas pelo autuante, com base no art. 333, do Código de Processo Civil e apontou que de nada valiam, pois desacompanhadas dos atos constitutivos das empresas emitentes e algumas assinadas por contador.

Sustentou que a infração 5 é consequência da 4, aduzindo que mesmo admitindo o fato de os documentos terem sido emitidos com simulação, não se poderia mais falar em autuação “reflexa”, o que, ao seu ver, contrariaria o art. 112, IV, do CTN.

O autuante, em sua informação fiscal, refutou as alegações do defendente e manteve integralmente a autuação.

O relator da Decisão de Primeira Instância pela Procedência Parcial do Auto de Infração em lide, assim fundamentou seu entendimento:

“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. Mantenho 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 defendente. 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 inconstitucional 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, suprimimento 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 mantenho 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 descaracterizar 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 a 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 Inspeção 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 Ipuíara-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. (descreveu 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.**

Diante 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, conseqüentemente, 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 insubsistente a infração”.

O recorrente, por seu Advogado, interpõe Recurso Voluntário, inicialmente analisa o julgamento relativo à infração 4, gizando a observação da relatora no tocante às 33 notas fiscais emitidas para contribuintes enquadrados no regime norma de apuração, que já demonstraria ilícito fiscal, e aponta que essa acusação não é aquela que o autuante estampou no Auto de Infração, portanto improcedente e “Extra Petita”, por isso requer que seja declarada Nula.

Aponta para a fragilidade das declarações carreadas aos autos juntos as 252 notas fiscais que a Decisão recorrida acatou como provas convincentes, analisando-as, uma a uma, aluindo falta de valor jurídico, destacando as irregularidades formais quanto às respectivas assinaturas: por falta de outorga, ou falta de reconhecimento das firmas; falta de atos constitutivos dos emitentes, ou, ainda, porque o conteúdo não fora lavrado do punho do assinante.

Salienta também o fato de que as Inspetorias emitiram as declarações unilateralmente e colheram as assinaturas dos supostos empresários individuais.

Em relação à prova de pagamento dessas compras, alerta que pequenos e médios comerciantes trabalham com dinheiro e cheques pré-datados, não se utilizando as duplicatas de venda mercantil por serem de difícil adimplemento.

No tocante à infração 1, insiste que se do ato não restou prejuízo ao Fisco, não há porque se aplicar penalidade de tamanho valor.

Quanto à infração 2, sustenta que os bens adquiridos foram utilizados no processo industrial, pois se referem a peças de reposição nos maquinários da indústria.

Pertinente à infração 3 sustenta que o auditor apenas copiou os lançamentos do livro razão com os saldos credores nas datas mencionadas e informa que a sua contabilidade está sendo refeita para demonstrar que houve erro técnico do contador e não estouro de caixa.

No final pede o Provimento do seu Recurso Voluntário.

A Procuradoria Fiscal, em Parecer de Dra. Sylvia Amoêdo, após analisar os autos, verifica os argumentos expendidos pelo recorrente, sobre os quais opina:

1. Em relação à infração 1, o recorrente argumenta apenas que, se não causou prejuízo ao Fisco, não haveria de se aplicar a multa. Assim não negou o cometimento da infração às regras da legislação tributária e o prejuízo ao Fisco resta evidente ante o regime de compensação a que se sujeita o tributo.
2. No tocante à infração 2, alega que as mercadorias, peças de reposição, foram utilizadas em seu processo produtivo. A Douta procuradora concorda com o argumento da relatora da Decisão recorrida e aponta que além de não provar nos autos sua alegação, o diferencial de alíquota incidente está previsto desde CF/88.
3. Quanto à infração 3, verifica que o contribuinte não logrou em justificar a origem dos recursos do saldo credor da conta caixa e o que se consolida é a presunção da ocorrência de operações mercantis tributáveis sem o pagamento do imposto, por ser o que se depreende da leitura do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.
4. Sobre a infração 4, onde o recorrente se atém nos argumentos, A Douta procuradora observa que o julgamento da primeira instância já solucionou a questão suscitada, os documentos são lícitos e provam o ilícito praticado e os documentos fiscais embora revestidos das formalidades legais têm o objetivo de fraudar o fisco o que restou sobejamente demonstrado pelo voto minucioso da relatora.

Conclui que, em que pese o fato de o Recurso Voluntário devolver a matéria, em sua totalidade, à apreciação deste Conselho, as razões oferecidas pelo recorrente são inócuas, inaptas para proporcionar a modificação do julgamento. Motivo pelo qual entende que não deve ser provido o Recurso Voluntário.

VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário – Item 4)

Analisando primeiro o Recurso Voluntário impetrado pelo contribuinte, em relação ao item 1, verifico que a Decisão recorrida está correta. A alegação reiterada de que o ato não restou em prejuízo para o Fisco não procede, em face da cominação tratar de aplicação de multa, prevista no art. 42, VI, da Lei nº 7.014/96, sobre o valor do crédito fiscal utilizado antecipadamente, fato que restou provado.

Quanto ao item 2 verifico que o recorrente apenas reitera que as aquisições objeto da cobrança do diferencial de alíquota referem-se a peças de reposição nos maquinários da indústria. Ocorre que peças de reposição, de uma maneira geral, são consideradas, pelo fisco, como “*mercadorias adquiridas para uso e consumo*” e o julgamento recorrido fundamenta a base legal para a

cobrança do tributo e caberia ao recorrente comprovar a utilização dos bens no processo produtivo. Como não o fez, a exigência deve ser mantida.

No tocante à infração 3, o recorrente alega apenas “erro técnico do contador” e não justifica a origem dos recursos, consolidando a presunção de ocorrência de operações mercantis tributáveis sem a emissão dos documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo pagamento do imposto, conforme previsto no art. 4, § 4º da citada Lei nº 7.014/96.

Por fim, em relação ao item 5, que cobra omissão de saídas por ter o contribuinte utilizado indevidamente a alíquota de 7%, por realizar vendas destinadas a contribuintes inscritos no SimBahia, vislumbro a existência de nulidade na autuação, em face de ter sido consideradas inidôneas 252 notas fiscais emitidas pelo recorrente baseando-se, apenas, em declarações dos destinatários negando a ocorrência das compras respectivas.

Devo registrar que há um posicionamento firmado neste Conselho de Fazenda que a simples negativa da compra não elide a acusação de falta de escrituração de nota fiscal no registro de entradas, ocorrência geralmente apurada com notas fiscais coletadas pelo sistema CFAMT, que autoriza a cobrança do ICMS devido.

Ora, se entendemos que no caso das notas fiscais coletadas pelo CFAMT, elas, por si só, provam que as mercadorias deram entrada no estabelecimento destinatário, impondo ao contribuinte difícil prova em contrário, devemos ter alguma reserva para considerar inidôneas todas as notas fiscais relacionadas na autuação em tela.

Por outro lado, a Decisão recorrida aponta irregularidades em 48 notas fiscais emitidas quanto à situação cadastral das empresas destinatárias e mais 33 destinadas a contribuintes enquadrados no regime normal de apuração que não poderiam utilizar-se do benefício da redução do tributo. Mas nesses casos a acusação pertinente teria que ser formulada nessa direção.

Assim, entendo que não há elementos suficientes para determinar, com segurança, quais as notas fiscais que podem ser consideradas inidôneas e aquelas irregulares quanto ao enquadramento do destinatário não cabem na acusação e, por isso, julgo o item nulo, devendo ser refeita a ação fiscal.

No tocante ao item 5 objeto do Recurso de Ofício, evidentemente, entendo que a Decisão recorrida deve ser mantida, pois está correto o entendimento do julgador, pela insubsistência da infração. Visto que, julgado procedente a infração 4, o imposto foi cobrado, inclusive com multa de 100%, encerrando-se a fase de tributação sobre as mercadorias constantes nos documentos fiscais consignados.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário – Item 4)

Divirjo do relator apenas quanto ao item 4 do Auto de Infração. Esta referida infração encontra suporte probatório em 5 elementos, que se agregam às declarações prestadas pelos contribuintes negando as aquisições das mercadorias constantes das notas fiscais emitidas pelo autuado.

Primeiro: está evidenciado nos autos que 33 notas fiscais emitidas pelo autuado se destinavam a contribuintes inscritos no cadastro do ICMS normal, circunstância que afasta a aplicação da alíquota reduzida. Além disso, 42 operações se destinavam a contribuintes com inscrição cancelada, 4 com inscrições suspensas e 2 notas fiscais tinham por destinatários contribuintes não inscritos. Nessas situações também fica afastada a aplicação do benefício. Cabe observar que as referidas operações não foram objeto de contestação pelo contribuinte em seu Recurso Voluntário. Evidencia-se, portanto, que o agente fiscal utilizou como elemento de prova, de parte da acusação, os dados cadastrais obtidos nos sistemas informatizados da Secretaria da Fazenda

para provar a condição dos contribuintes adquirentes nas supostas operações, revelando-se em relação às mesmas a inaplicabilidade do benefício fiscal.

Segundo: valeu-se ainda a fiscalização de diligências efetuadas pelas Inspetorias Fiscais das localidades de destino das mercadorias, intimando os destinatários para a apresentação das notas fiscais de aquisição, não resultando dessas diligências qualquer resultado no sentido de se obter a prova documental das supostas vendas. É de se estranhar que em um universo de aproximadamente 330 operações o autuante e os demais servidores que efetuaram as diligências, através das Inspetorias Fiscais, não tenham conseguido obter as vias de uma nota fiscal sequer de forma a se evidenciar a materialidade das operações objeto da autuação.

Terceiro. Inexiste no processo o destaque dos canhotos das 1ª vias das notas fiscais emitidas pelo autuado com os recibos firmados pelos adquirentes provando a entrega efetiva das mercadorias vendidas.

Quarto. Também ausentes dos autos evidências probatórias do recorrente, apesar de regularmente intimado, que evidenciassem o pagamento das operações de vendas, conforme intimações anexadas ao PAF, onde se solicita a apresentação das duplicatas e demais documentos relacionados a pagamentos e recebimentos de numerário. Cabe observar que o autuado tem seu estabelecimento localizado em Vitória da Conquista e promoveu as supostas vendas para contribuintes localizados em diversos municípios baianos, entre eles: Jequié, Itapetinga, Brumado, Guanambi, Ilhéus, Itabuna, Teixeira de Freitas, Seabra, Lençóis. Garante o contribuinte que grande parte das vendas foram efetuadas no balcão da empresa ou por telefone, com pagamento através de dinheiro ou cheques pré-datados. Poderia o recorrente ter trazido aos autos os extratos bancários demonstrando a compensação dos citados cheques e a vinculação dos valores recebidos às notas fiscais emitidas. Mas essa prova não foi produzida, apesar da fiscalização ter solicitado a comprovação dos ingressos em dinheiro no caixa da empresa.

Quinto. Grande parte das operações que integram a autuação são intermunicipais, mas inexiste nos autos qualquer evidência probatória de que as mercadorias efetivamente circularam do vendedor para os destinatários, pois não foram juntados ao processo, por exemplo, conhecimentos de transporte ou notas fiscais com os carimbos dos postos de fiscalização da Secretaria da Fazenda para fins de demonstrar a efetiva circulação das mercadorias.

Todos esses 5 (cinco) elementos de prova agregados às declarações dos adquirentes, dos seus representantes ou prepostos, evidenciam que não restou demonstrada a efetiva realização das operações objeto da autuação, configurando-se a simulação das mesmas. Importante ressaltar que a fiscalização se valeu de procedimento regular, não vedado, em lei, de fazer a verificação (circularização) das vendas junto aos clientes da empresa, pois esses supostos adquirentes são também contribuintes do ICMS, sujeitos à fiscalização estadual. Além disso, essas declarações, avaliadas no conjunto probatório que compõe a acusação fiscal se revelam plenamente válidas, pois as informações ali contidas não contradizem as demais provas acima mencionadas.

Nos termos do art. 332 Código de Processo Civil (CPC), de aplicação subsidiária ao rito processual administrativo, lê-se que: *“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda ação ou defesa”*.

Dessa forma, considerando todas as evidências probatórias existentes no processo, voto pelo NÃO PROVIMENTO *“in totum”* do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, pois considero também procedente a infração imputada ao sujeito passivo no item 4 do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão unânime, em relação às infrações 1 a 3, e por maioria, com o voto de qualidade do presidente, quanto à infração 4. **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206828.0002/04-1**, lavrado contra **CHACCHIO INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA.** devendo ser intimado o recorrente 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, 70% sobre o valor de R\$8.874,49 e 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 art. 42, VI, do mesmo Diploma Legal

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário - Item 4): Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, César Augusto da Silva Fonseca e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO (Quanto ao Recurso Voluntário - Item 4): Conselheiros (as) José Carlos Barros Rodeiro, Fauze Midlej e Maria do Carmo Santana Marcelino Menezes.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário - Item 4)

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR/VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário - Item 4)

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIERO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS