

A. I. N° - 232857.0152/04-6
AUTUADO - SUPERMERCADO VITÓRIA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ LUCIANO MATURINO DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 10.05.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0130-02/05

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário, por antecipação, sobre o valor determinado pela legislação. Infração comprovada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 03/12/2004, exige ICMS no valor de R\$ 49.220,82, e multa de 50%, em razão da falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

O autuado através de advogado ingressa com defesa, às fls. 277 a 286, na qual tece os seguintes argumentos:

“Em sede de fato gerador de imposto, não há que presumir sua ocorrência, como aconteceu no presente caso”; Aduz ainda que “não há embasamento fático para o lançamento do imposto, nem, conseqüentemente, para a constituição do crédito tributário no presente caso, já que o lançamento feito pelo AIIM (Auto de Infração e Imposição de Multa) não guarda conformidade com as expressas previsões legais dos arts. 114, 141, 142 e seu parágrafo único, 144, do CTN; Art. 1º - II do Dec. Lei 406/68”, e, finalmente, que “ato administrativo – Fiscal, sem a motivação adequada e pertinente, é ato administrativo nulo, ineficaz, porque sendo vinculado e regrado, deve ficar sempre de acordo com as previsões legais pertinentes”. Com base nas alegações acima mencionadas, o autuado requer “que seja julgado insubsistente o AI nº 232857.0152/04-6, pela inexistência de causas legais e legítimas que lhes dê embasamento, configurada pela falta de provas e de contraditório pleno e ampla defesa, como foi amplamente demonstrado, sem prejuízo dos Agentes do Fisco efetuarem quantas fiscalizações se fizerem necessárias, em defesa do erário Estadual”. Aduz que o lançamento contido neste Auto de Infração foi efetuado fora do estabelecimento do autuado, embora devesse sê-lo no próprio estabelecimento. Neste ponto, se o RICMS do Estado da Bahia é omissivo, deveria ser aplicado analogicamente o Decreto Federal nº 70.235, que obriga a lavratura do Auto no local da verificação da falta. Para corroborar esta afirmativa, cita a doutrina. Garante que o princípio da isonomia foi quebrado pois se a operação de fiscalização fosse efetuada para reprimir eventual sonegação ou fraude, deveria ser direcionada contra todas as empresas do ramo.

Afirma que é notória a incapacidade financeira da empresa para efetuar aquisições no montante apurado, pois trata-se de empresa de pequeno porte.

Inexiste comprovação de recebimento de mercadoria pela impugnante, e que tenha emitido ordens de carregamento para a transportadora. Garante que suas operações comerciais são realizadas dentro do Estado da Bahia. Ressalva que não possui estrutura para comercializar a bebida Campari, haja vista que sua pequena empresa está situada no município de Feira de Santana.

Com fundamento nas Súmulas 346 e 473 do STF, requer seja julgado insubsistente o Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal à fl. 297 e requer a permissão para “solicitar ao Egrégio Conselho de Fazenda, na pessoa do Sr.(a) Relator(a), que se digne providenciar Pedido de Verificação Fiscal – PVF – à Secretaria de Estado de Negócios da Fazenda do Estado de São Paulo, nas empresas transportadoras, mencionadas à fl. 65 do PAF, especialmente a Rodo BR Bahia Transportes Ltda, documento comprobatório de entrega das mercadorias constantes das notas fiscais listadas à fl. 17 do PAF e/ou comprovante de pagamento sobre os serviços prestados com a identificação de quem arcou com o ônus da prestação dos serviços, a fim de que sejam totalmente esclarecidos os fatos e dirimidas as argumentações defensivas”.

VOTO

Inicialmente cabe a apreciação das preliminares de nulidade suscitada pelo sujeito passivo.

Verifica-se da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF.

Outrossim, o fato gerador do imposto está perfeitamente identificado, ao adquirir mercadorias enquadradas na substituição tributária, de outras unidades da Federação, a empresa deveria efetuar o pagamento do ICMS por antecipação, conforme a legislação aplicável à matéria.

Também as regras dos artigos 142 e 144 do CTN estão delineadas no presente lançamento, pois efetuado por autoridade competente, (auditor fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia), com a matéria tributável perfeitamente determinada, calculado o montante do tributo devido, identificado o sujeito passivo e proposta a aplicação da penalidade cabível.

Ademais, o lançamento está se reportando à data da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, e regido pela lei então vigente.

Quanto ao argumento de que o lançamento foi realizado fora do estabelecimento do autuado, reza o § 1º do art. 39 do RPAF/99 que o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração. Portanto, não há qualquer irregularidade quanto ao local em que o presente Auto de Infração foi lavrado (inspetoria fiscal).

Assim, rejeito as preliminares de nulidade argüidas por não se enquadrarem em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, na peça vestibular, a infração refere-se à falta de recolhimento do ICMS substituto por antecipação, de contribuinte enquadrado no Regime Simplificado de Apuração do Imposto - Simbahia na condição de Empresa de Pequeno Porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, (bebidas da marca Campari), nos meses de junho a novembro de 2000.

O sujeito passivo, em sua peça de defesa, nega o recebimento de tais mercadorias, aduzindo que não efetuou nenhuma compra do fornecedor Campari do Brasil Ltda.

No compulsar dos autos, verifico que consta na descrição dos fatos que o autuante, “em cumprimento à OS acima mencionados, durante o plantão fiscal nesta INFAZ, encerrei o exame no Processo de nº 007468/2003-0, expedido pela SAT/DPF/GEAFI para diligência Fiscal solicitada através ofício DRT/14-NF 2 nº 70/01 e outros, emitidos pela Secretaria de Estado dos Negócios de São Paulo, invocando o disposto no Convênio de mútua colaboração em assuntos de natureza Fiscal (CONIF) nº 45/87, com o objetivo de apurar a regularidade das operações e autenticidade dos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte paulista Campari do Brasil Ltda, destinados a empresa Supermercado Vitória, ora fiscalizada...”

Foi apurada a seguinte irregularidade: “Os documentos obtidos nas diligências efetuadas pelas Secretaria de Fazenda dos Estados envolvidos, especialmente os fornecidos pela Campari do Brasil: Relação de Títulos Liquidados e Extratos do Banco HSBC, Ordens de Carregamento para a Transportadora, Ordem de Coleta da empresa paulista para a transportadora e destinada ao Supermercado Vitória constituem-se num conjunto de prova suficiente e necessário para lastrear a afirmação de que as aquisições das mercadorias foram realizadas pelo Supermercado Vitória e que este infringiu as normas que regem o ICMS, deixando de pagar o imposto e de forma antecipada, conforme estabelece o RICMS BA.”

O autuado insiste na tese de defesa de que não teria adquirido nenhuma das mercadorias constantes das referidas notas fiscais, mas a própria Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, expediu ofício nº 84-5214959, em 28 de outubro de 2002, no qual, atendendo pedido do fisco conveniado, e em decorrência da informação de que as notas fiscais, objeto das verificações, não haviam sido lançadas nos livros fiscais próprios e, que o sócio da empresa, afirmava a não aquisição de nenhuma mercadoria constante das referidas notas, anexou:

Notificação e comprovante de entrega de documentos fls. 10 a 13;

Comprovantes de recebimentos de numerários fls. 14 a 30;

Pedido de vendas (fls. 31 a 50);

Cópias dos documentos cadastrais do Supermercado Vitória Ltda, fornecido pela Campari (fls. 51 a 58);

Relação das Transportadoras, as quais, em tese, efetuaram os transportes das mercadorias, fl. 59.

Cópias das notas fiscais juntamente com termo de responsabilidade, com um carimbo da transportadora e canhotos assinados (fls. 60 a 170).

Assim, concluo que os documentos anexos aos autos constituem-se em prova de que o autuado efetuou as transações comerciais com o fornecedor, por conseguinte, recebeu as mercadorias constantes das notas fiscais objeto da cobrança do ICMS por antecipação.

Outrossim, os sócios da defendente, em nenhum momento, assinaram a declaração no sentido de que não teriam adquirido tais mercadorias, bem como que teriam prestado queixa policial, para que as medidas fiscais e penais cabíveis, contra o contribuinte paulista (fornecedor) fossem implementadas, coibindo a prática de fraudes, de tal monta, aos seus clientes.

A Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo, em seu relatório de fls. 210 a 211, concluiu que “observando-se os documentos anexos, a princípio, o Supermercado Vitória Ltda, de fato, adquiriu tais mercadorias o que se contrapõe às declarações prestadas pelo sócio da empresa. Todavia, caso se constate que tais declarações são verdadeiras, necessitamos nos fornecer documentos, tais como, declarações assinadas e com firma reconhecida dos sócios, eventuais

cópias autenticadas de Boletim de Ocorrência Policial e outros porventura existentes, para que possamos tomar as medidas fiscais e penais cabíveis contra o contribuinte paulista.”

O lançamento com base em informação de fornecedor é perfeitamente adequado, conforme jurisprudência inclusive assente na Receita Federal, em inúmeros Acórdãos:

LANÇAMENTO COM BASE EM INFORMAÇÃO DE FORNECEDOR. Nada desqualifica o procedimento fiscal que se realiza dentro da própria Repartição Fiscal, mediante confronto de informações de fornecedores com as informações declaradas pelo comprador. Apurada omissão de receita pela falta de declaração de todas as compras, incide imposto sobre o respectivo valor tributável, calculado pela margem de lucro do contribuinte sobre o valor da omissão (AC 102-24.062, DOU de 30/05/90, p. 10274. No mesmo sentido, AC 24.117 e 24.116, DOU de 6/6/90, p. 107783/5; 24.266 e 24.295, DOU de 11/06/90, p. 11154/5; 24.663, DOU de 4/7/90, p. 107835/5).

Também com relação à emissão de notas fiscais em nome de determinado contribuinte, o entendimento na esfera administrativa Federal é de que é cabível a punibilidade:

FRAUDE. NOTA FISCAL. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PUNIBILIDADE. PRESUNÇÃO. O fato de estar a nota fiscal emitida em nome de determinado adquirente produz o efeito de transmitir-lhe o ônus da prova negativa da aquisição. Se referido documento não está registrado nas escritas fiscal e contábil do destinatário, a exclusão da punibilidade somente se opera por prova inequívoca da não-aquisição das respectivas mercadorias. Por outro lado, a exigência do imposto e multa correspondente e calcada à conclusão lógica de que, se o contribuinte realiza compras sem utilizar-se da receita legítima constante de seu Caixa escritural, tais aquisições foram efetuadas com receitas marginais, provenientes de vendas não documentadas. (CRF-PB, AC. 873, 10/5/85, Rec. 245/84, Campo Grande Rel. Cons. Antonio Airton Gonçalves).

Assim, entendo que os elementos constantes nos autos são suficientes para demonstrar a ocorrência do fato gerador do ICMS, e para embasar o lançamento do presente crédito tributário, estando a acusação efetivamente comprovada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232857.0152/04-6**, lavrado contra **SUPERMERCADO VITÓRIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 49.220,82**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, ”b”, item 1 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR