

PROCESSO - A. I. Nº 130076.0003/05-4
RECORRENTE - MILKLY INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0345-04/05
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 06/02/06

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0015-12/06

EMENTA: ICMS. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE REGISTRO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES ANTERIORES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de registro de entradas de mercadorias 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. Mantida a decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Recurso unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão prolatada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão n.º JJF 0345/04-05, que julgou pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe.

O presente Auto de Infração exige ICMS no valor de R\$6.341,97, acrescido da multa de 70%, em virtude de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

O autuado apresentou impugnação argumentando, inicialmente, que as notas fiscais apresentadas pelo autuante no presente PAF não corroboram com a autuação que não passa de mera ficção jurídica, abominável no mundo do direito, principalmente na seara do Direito Tributário.

No mérito, aduziu que, apesar da nota fiscal nº 010730 indicar o nome do autuado como destinatária dos produtos ali descritos, não se consegue vislumbrar na mesma o comprovante de recebimentos dos produtos que comprovariam que a mercadoria efetivamente teria ingressado no estabelecimento comercial do autuado.

Citou o artigo 333 do CPC, segundo o qual: “ *O ônus da prova incube: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;*”

Salientou que sequer foi realizada uma auditoria de estoques a comprovar as alegações, sendo que a documentação carreada aos autos sequer faz prova de que a mercadoria transitou pelo Estado da Bahia.

Acrescentou que a nota consignada à folha 14 do processo corresponde à 5ª via - verde destinada à contabilidade da emitente, ou seja, não permite sequer chegar-se à conclusão de que a mercadoria teria ingressado no Estado da Bahia, quanto mais no estabelecimento do autuado, o que efetivamente jamais ocorreu.

Ressaltou que a facilidade de negociação através dos modernos meios de comunicação tem facilitado o contato entre empresas, agilizando as negociações, mas, em contrapartida, têm gerado alguns problemas que ainda não foram solucionados, como, por exemplo, o caso de uma

compra por telefone, com depósito antecipado, onde o adquirente da mercadoria pode se passar por representante de determinada empresa e adquirir produtos de seu interesse em nome desta, com a finalidade de burlar o fisco estadual. Daí a razão da necessidade do fisco comprovar que a mercadoria ingressou no estabelecimento comercial do autuado, através de meios apropriados, com a finalidade de evitar autuações descabidas.

Em relação às notas fiscais com valores de R\$ 807,50 e R\$ 352,75, asseverou que foram objeto de emissão de notas fiscais avulsas pela própria Secretaria da Fazenda com a finalidade de que o autuado pudesse recuperar o crédito fiscal.

Afirmou que a empresa agiu em estrita observância à legislação tributária baiana, consoante se verifica da documentação em anexo, registrando as notas fiscais avulsas em substituição às notas substituídas, demonstrando, assim, que não houve omissão de registro das referidas mercadorias. Assim, não pode ser penalizado por este fato.

Ao finalizar, solicitou revisão de fiscalização por preposto fiscal diverso do autuante e requereu que fosse julgado totalmente improcedente o Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal, esclareceu que o autuado apresentou em sua defesa cópias de apenas duas notas fiscais avulsas, que substituíram as notas fiscais de origem nº 0146 e 0528, as quais são acolhidas. Quanto às demais, não foram questionadas pelo autuado.

Finalizou opinando pela Procedência do presente Auto de Infração.

Através do Acórdão JF N.º 0345/04-05, a 4.ª JF julgou procedente em parte o Auto de Infração sob entendimento de que:

- a) inicialmente, deve ser rejeitado o pedido de diligência a fiscal estranho ao feito, formulado pelo autuado, uma vez que já se encontram no processo todos os elementos formadores da convicção do julgador, de acordo com o artigo 147, inciso I, do RPAF/99;
- b) no âmbito meritório, assinalou a R. Junta que *“as cópias das notas fiscais, em questão, foram captadas pelo sistema CFAMT, portanto, em trânsito no estado da Bahia, sendo emitidas por empresas regularmente inscritas tendo como destinatário o sujeito passivo, e por serem contratos de fornecimento de mercadorias, são válidas como prova de circulação das mesmas e do seu respectivo ingresso no estabelecimento destinatário, até que se prove o contrário”* (art. 4º, § 4º, da Lei n.º 7.014/96); nesse sentido, o autuado *“não apresentou nenhum elemento que evidenciasse a falta de legalidade do documento fiscal em questão, e pelo que dispõe o art. 141, do RPAF/99, se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação”*;
- c) quanto às Notas Fiscais n.ºs 0146 e 0528, folhas 11 e 12 deste PAF, o autuado comprovou que foram substituídas pelas notas fiscais avulsas nº 2852 e 3641, respectivamente, e registradas devidamente no livro registro de entradas, o que foi acolhido pelo fiscal autuante;

Inconformado com a Recurso Voluntário prolatada, o recorrente interpõe Recurso Voluntário se insurgindo quanto à infração e repisando os argumentos expendidos em sua peça impugnatória. Alega que o presente registro foi encontrado através de dados extraídos pelo CFAMT, através de uma prova sem qualquer participação do recorrente, ou seja, não houve qualquer verificação *in loco* nos estoques do recorrente, inexistindo qualquer elemento capaz de levar à conclusão de que a mercadoria ali mencionada teria ingressado no estabelecimento do recorrente. Afirma que a presunção não poderá prevalecer, posto que se apresenta como mero indício. Aduz que mera cópia de notas fiscais emitidas por terceiro em nome do recorrente, que sequer comprova o seu ingresso neste Estado, não é prova bastante a embasar a presente autuação. Assevera que se tivesse escriturado a mencionada Nota Fiscal, aí sim, teria incorrido em penalidade fiscal, mas agiu em consonância com as normas aplicáveis, não podendo ser punida em razão disso.

Quanto aos argumentos que serviram de fundamento à Recurso Voluntário da 4ª JJF, fulcrados no entendimento de que o recorrente não trouxe aos autos a comprovação de que a mercadoria não entrou no seu estabelecimento, frágil se apresenta o mesmo, pois o recorrente não tem como provar algo que não ocorreu. Trata-se de prova negativa, que se encontra longe de seu alcance, ao passo que o Fisco baiano teria real condição de averiguar a verdade real antes de lavrar a presente autuação.

Outrossim, ao contrário do que decidido em primeira instância, não há qualquer prova de que a mercadoria efetivamente ingressou no Estado da Bahia, a não ser a alegação do relator, posto que a prova contida nos autos – nota fiscal em via verde (5.ª via) – destinada à contabilidade da emitente, faz prova cabal exatamente do inverso, em razão de inexistir qualquer carimbo que comprove o seu ingresso neste Estado, muito menos no estabelecimento do autuado, condição *sine qua non* para a presente autuação.

Transcreve jurisprudência para albergar a sua tese, requerendo, ao final, que seja dado provimento ao Recurso Voluntário interposto para julgar improcedente a infração para que seja afastada a cobrança da multa aplicada no Auto de Infração, protestando por todos os meios de prova em direito admitidos.

O ilustre procurador da PGE/PROFIS emite Parecer conclusivo, entendendo que o conjunto probatório acostado aos autos comprova à saciedade a infração imputada no presente lançamento de ofício, pois, em primeira análise, todo documento fiscal tem ínsito na sua formatação, a presunção de veracidade dos fatos nele inseridos até prova em contrário, ou, então, desde que demonstrada a sua inviabilidade do ponto de vista formal ou material, não sendo este o caso do presente Auto de Infração. O documento jungido aos autos indica o recorrente como destinatário das mercadorias e, além disso, as mercadorias possuem similitude com o objeto social do recorrente. De igual forma, assevera que *“o contribuinte não tomou nenhuma atitude contra a suposta falsificação material do documento fiscal comunicando-a às autoridades policiais competentes, o que causa maior estranheza na compreensão do desconhecimento da suposta infração fiscal”*. Outrossim, aduz que se a Nota Fiscal foi apreendida pelo sistema de fiscalização do CFAMT, é porque as mesmas adentraram no Estado da Bahia. Ao final, por não ter o recorrente produzido prova em contrário, capaz de elidir a autuação, opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Reforma alguma merece o *decisum* prolatado em Primeira Instância. Senão, vejamos.

De fato, são inerentes aos documentos fiscais a presunção de veracidade dos fatos neles consubstanciados, até que seja produzida prova em contrário ou, por outro lado, desde que seja demonstrada a sua inviabilidade do ponto de vista formal ou material, não sendo este o caso do presente Auto de Infração.

Depreende-se, da análise do documento jungido aos autos, que o mesmo indica o recorrente como sendo o destinatário das mercadorias, sem prejuízo do fato de que ditas mercadorias possuem semelhança com o objeto social da empresa.

Outrossim, como ressaltado no Parecer emitido pela PGE/PROFIS, causa estranheza o fato de que *“o contribuinte não tomou nenhuma atitude contra a suposta falsificação material do documento fiscal comunicando-a às autoridades policiais competentes, o que causa maior estranheza na compreensão do desconhecimento da suposta infração fiscal”*.

Ademais, se a referida Nota Fiscal foi apreendida pelo sistema de fiscalização do CFAMT, é porque, por óbvio, a mesma adentrou no Estado da Bahia, tendo sido emitida por empresas regularmente inscritas, sendo válida como prova de circulação da mesma e do seu respectivo

ingresso no estabelecimento destinatário, admitindo-se prova em contrário (art. 4.º, § 4.º, da Lei n.º 7.014/96), o que não ocorreu.

Pari passu, cura reiterar que o recorrente, de referência ao argumento suscitado deixou de apresentar elemento que evidenciasse a falta de legalidade do documento fiscal em questão, *ônus probandi* que era seu (art. 141, do RPAF/99).

Ex positis, com espeque no Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, mantendo-se *in totum* a referida Decisão de Primeira Instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 130076.0003/05-4, lavrado contra **MILKLY INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.181,72**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE – REPR. PGE/PROFIS