

PROCESSO - A. I. Nº 298579.0002/04-0
RECORRENTE - J.B. COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JFJ nº 0029-05/06
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 14/07/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0249-11/06

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. CONTRIBUINTE ATACADISTA. SAÍDAS INTERNAS DESTINADAS A PESSOAS NÃO CONTRIBUINTE DO ICMS. Nas saídas internas de mercadorias promovidas por estabelecimento atacadista beneficiado de termo de acordo previsto no Decreto nº 7.799/00, destinadas a pessoas jurídicas contribuintes do ICMS, a base de cálculo poderá ser reduzida em até 41,176%. Infração caracterizada por restar comprovado que as operações foram efetuadas para pessoas físicas e não contribuintes do ICMS. Adequação do demonstrativo de débito ao respectivo mês de ocorrência do fato gerador. Alegação de existência de crédito decorrente de operações de entrada não comprovada. Ônus do recorrente, do qual não se desincumbiu validamente. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto da Decisão da 5ª JFJ (Acórdão JFJ nº 0029-05/06), que concluiu pela integral Procedência do Auto de Infração em comento, mantendo o valor nele consignado, qual seja, R\$18.888,26, acrescido de multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS referente a operações de saída de mercadorias, com utilização indevida de redução de base de cálculo, apurada nos exercícios de 2001 a 2003. Segundo a autuação, o Recorrente teria feito uso do benefício nas operações de vendas a não contribuintes, quando o Decreto nº 7.799/00 é claro ao condicionar a redução da base de cálculo às transações feitas a contribuintes do ICMS, devidamente inscritos na SEFAZ/BA.

A Decisão recorrida fundamentou a integral procedência do Auto de Infração nos seguintes argumentos:

1. O Decreto nº 7.799/00 estabelece alguns requisitos para concessão do benefício da redução da base de cálculo, dentre eles, a assinatura de Termo de Acordo firmado com o Estado da Bahia e, ainda, que as mercadorias sejam destinadas à pessoa jurídica contribuinte do ICMS, devidamente inscrita na SEFAZ/BA. Não tendo, o autuado, comprovado que as vendas foram destinadas a contribuintes, resta mantida a pretensão fiscal;
2. No que tange ao reconhecimento do direito ao crédito suscitado pelo autuado, no que tange a operações de entrada de mercadorias, a defesa não anexou cópias das respectivas notas fiscais, nem mesmo dos livros fiscais próprios, para que se pudesse verificar se as operações correspondem às mercadorias indicadas e suas quantidades, razão pela qual não são acatados os demonstrativos apresentados pelo contribuinte. A escrituração de crédito fiscal fora do período em que deveria ter sido lançado é regida pelo art. 101, do RICMS, podendo, o contribuinte, quando o desejar, promover à sua apuração e comunicar à Inspetoria Fiscal, observando o disposto no §1º, II, do aludido dispositivo.

3. Constatou-se que o agente fiscal promoveu o lançamento do débito constituído ao final de cada exercício, quando deveria ter feito mensalmente. Elaborou-se novo demonstrativo do imposto devido, mantendo-se inalterado o montante lançado.

Em seu Recurso Voluntário, o Contribuinte pede sejam acolhidas às razões a seguir explicitadas, para anular a Decisão proferida pela instância *a quo*, e, ao final, julgar improcedente a autuação:

1. O recorrente não apresentou as notas fiscais mencionadas na peça de defesa por se tratar de um volume muito grande de documentos, mas que estaria disposto a promover a sua juntada, caso se entendesse necessário. Asseverou, ainda, o recorrente, na impugnação, que os dados mencionados no anexo poderiam ser confirmados por meio do SINTEGRA. Tal pedido, entretanto (juntada posterior de documentação, acaso se fizesse necessário), foi desconsiderado no julgamento da autuação, em flagrante violação ao princípio da busca da verdade real, onde reside a nulidade da Decisão guerreada, principalmente para que seja dada ao recorrente a possibilidade de juntar os mencionados documentos, evitando a manutenção de uma injustiça.
2. O recorrente confessa ter feito uso do benefício da redução da base de cálculo em vendas realizadas a não contribuintes. Todavia, o agente fiscal deveria ter se detido à origem das mercadorias sobre as quais versa o lançamento promovido, pois, em razão de serem provenientes deste Estado da Bahia, lhe autorizam a utilização de um crédito no importe de 12% ou 17%. O agente fiscal não se ateve ao fato de que o recorrente, ao aplicar, nas saídas das mercadorias, a base de cálculo reduzida, também utilizou como crédito fiscal aquele mesmo redutor. Da forma como a fiscalização foi realizada, não foi concedido o crédito a que o recorrente teria direito, o que contraria a Constituição Federal e a legislação tributária, por ocorrência de *bis in idem*.
3. Para comprovar suas alegações, o recorrente apresentou, em sede de defesa, relatório onde estavam relacionadas todas as notas fiscais de entrada, bem como todas as diferenças entre o crédito que a autoridade fiscal deixou de apurar e o que legalmente lhe cabe. Logo, a Fazenda já possuía os dados necessários na busca de informações junto ao SINTEGRA.
4. Embasa, ainda, o recorrente, sua pretensão recursal, no direito ao crédito destacado na nota de compra e, bem assim, à não cumulatividade do ICMS, ressaltando que a manutenção da autuação ensejará enriquecimento sem causa do Fisco Estadual, por manifesto *bis in idem*.

Em seu Parecer opinativo, a PGE/PROFIS advoga pelo Improvimento do Recurso Voluntário apresentado, pois:

- a) não se trata de Decisão passível de nulidade, pois o Contribuinte poderia ter promovido a juntada dos documentos necessários à comprovação de seu crédito, mas não o fez;
- b) o art. 147, do RPAF é claro ao estabelecer o indeferimento de pedidos de diligência quando se destinam a verificar fatos que poderiam ser comprovados por documentos em posse do requerente e cuja cópia poderia ter sido trazida aos autos;
- c) percebe-se que, no mérito, todas as alegações estão vinculadas à preliminar de nulidade da Decisão atacada, que, por não incorrer em falhas, não deverá ser declarada nula;
- d) a prova acerca da existência de créditos cabe ao recorrente;
- e) não se está diante de enriquecimento ilícito ou violação à não cumulatividade do ICMS;
- f) o crédito alegado pelo recorrente poderá ser utilizado posteriormente, conforme disciplina o art. 101, do RICMS.

VOTO

Inicialmente, deve-se analisar a preliminar suscitada pelo recorrente, de nulidade da Decisão recorrida, em razão da não apreciação das alegações concernentes à impossibilidade de juntada

dos documentos comprobatórios da existência do crédito anunciado na peça de impugnação.

Merece uma análise mais aprofundada, tal alegação formulada pelo recorrente, para que não parem dúvidas acerca da Decisão proferida. De pòrtico, vale registrar que se está diante de uma lide. Lide administrativa, é verdade, mas lide – conflito de interesses. Logo, traz-se para este procedimento administrativo fiscal a regra geral do ônus da prova: o ônus da prova cabe a quem alega. De fato, esta regra, em sede de direito público e atividade administrativa, principalmente a vinculada, sofre um sem-número de mitigações, impondo à Administração Pública o dever de embasar, dar pressuposto fático a todos os atos praticados, mais ainda se trazer prejuízo ao administrado.

No caso em análise, o agente fiscal, cumprindo com seus deveres funcionais, apurou ausência de recolhimento do ICMS, em razão da utilização indevida de benefício de redução de base de cálculo. Instruiu adequadamente o lançamento promovido e demonstrou onde reside a infração cometida pelo recorrente. Este último, exercendo plenamente seu direito de defesa, confessou a procedência do lançamento de ofício, no que tange ao fato em si, discordando, entretanto, do montante atribuído ao débito apurado, pois o preposto fiscal teria deixado de levar em consideração créditos fiscais incidentes sobre as operações de entrada das mesmas mercadorias vendidas a não-contribuintes, com redução da base de cálculo.

Plausível, a alegação do recorrente. Entretanto, despida de qualquer prova, torna impossível o seu acolhimento. Observe-se que o recorrente, único detentor dos documentos que poderiam provar a existência do crédito fiscal, tivera oportunidade para promover a sua juntada, não se desincumbindo, entretanto, validamente, do ônus que somente a si competia. Entendo, com a devida licença, juridicamente inaceitável, a escusa apresentada para a não colação dos documentos (excessivo número de notas fiscais). Mais infértil, ainda, mostra-se a assertiva de que, caso os julgadores entendessem necessário, o recorrente poderia ter promovido a juntada de cópia das notas fiscais. As mais mezinhas regras processuais firmam o princípio da eventualidade e da concentração da defesa. Não é dado ao litigante formular alegações e produzir provas em momentos diversos. Deverá fazer de uma só vez e de maneira concentrada, todas as alegações úteis e provas cabíveis para demonstrar o seu direito. Assim não agindo, precluso o direito de alegar e de provar.

Além do mais, o RPAF é bastante claro ao firmar o momento adequado à produção das provas das alegações contidas na defesa e as hipóteses de relativização desta regra, dentre as quais não se enquadra o caso em análise neste Auto de Infração:

“Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.

§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.

§ 2º A defesa poderá referir-se apenas a parte da exigência fiscal, assegurando-se ao sujeito passivo, quanto à parte não impugnada, o direito de recolher o crédito tributário com as reduções de penalidades previstas em lei.

§ 3º A depender da evidência de erros ou da complexidade da matéria em questão, a defesa poderá requerer a realização de diligência ou perícia fiscal, nos termos do art. 145.

§ 4º A petição de defesa será entregue preferencialmente na repartição fiscal do domicílio do sujeito passivo ou na repartição do local da ocorrência do procedimento fiscal.

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

1 - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.”

Em sede de procedimento administrativo, em razão da inafastabilidade do Poder Judiciário, este Conselho vem até relativizando o momento de produção de provas e aceitando aquelas extemporaneamente colacionadas ao feito, desde que antes do julgamento, acaso fique demonstrado equívoco na ação fiscal.

Fica claro, portanto, que o recorrente poderia ter trazido ao feito as cópias das notas fiscais mencionadas no anexo apresentado com a defesa – deve-se frisar que apenas o recorrente poderia ter produzido a prova atinente aos créditos fiscais, ninguém mais. Não o fazendo, não poderá ser acolhido o pedido de diligência ou de nulidade da Decisão de primeiro grau, com base no art. 147, do mesmo RPAF, já transcrito no Parecer opinativo da PGE/PROFIS.

Oportuna a assertiva da representante da PGE/PROFIS, ao asseverar que as alegações de mérito estão intrinsecamente ligadas à preliminar suscitada, eis que todas, de uma forma ou de outra, visam a atacar a não concessão do crédito fiscal alegado pelo recorrente e que tem origem nas operações de saída das mercadorias sobre as quais cobra-se, agora, o ICMS.

Não existindo, nos autos, meios para se verificar a efetiva existência dos créditos fiscais alegados pelo recorrente, caem por terra a alegação de provável ocorrência de cumulatividade, *bis in idem*, enriquecimento ilícito do Fisco e todas as demais suscitadas na defesa e no Recurso. Percebe-se, pois, que a análise do mérito das peças apresentadas pelo recorrente encontra-se prejudicada em razão de sua própria atuação, quando deixa de promover a juntada dos documentos necessários à comprovação do quanto alegado.

Merece registro, por fim, que, acaso realmente existente o crédito fiscal suscitado pelo recorrente, este poderá promover à sua utilização, na forma dos arts. 101 e demais, aplicáveis, do RICMS vigente.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, homologando a Decisão recorrida, por seus próprios fundamentos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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** do Auto de Infração nº **298579.0002/04-0**, lavrado contra **J.B. COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.888,26**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS