

PROCESSO - A. I. 207143.0008/05-8
RECORRENTE - COMERCIAL DE ESTIVAS J. SANTOS LTDA. (SUPERMERCADOS J. SANTOS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JF nº 0111-01/06
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 12/07/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0281-12/06

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Comprovada a contabilização de parte entradas. Infração parcialmente caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A infração não subsiste quanto ao descumprimento da obrigação principal, porém ficou comprovado o descumprimento de obrigação acessória vinculada à imputação, sendo cabível a multa de 1% sobre o valor das mercadorias com fase de tributação encerrada e não lançadas na escrita fiscal. Infração parcialmente caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Rejeitada a alegação de nulidade e incompetência deste órgão de julgamento administrativo para declaração de inconstitucionalidade. Indeferido o pedido de diligência. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 1ª JF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para exigir ICMS e aplicar multa, em decorrência das seguintes irregularidades:

- 1 Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de entradas de mercadorias não registradas, conforme Anexo 01. Foi lançado imposto no valor R\$12.575,21.
- 2 Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Foi aplicada multa no valor de R\$515,27.
- 3 Deixou de recolher ICMS, no prazo regulamentar, no valor de R\$953,83, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.

O autuado apresentou defesa tempestiva, a informação fiscal foi prestada regularmente e, em seguida, o processo foi convertido em diligência à ASTEC.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0111-01/06, o Auto de Infração foi julgado procedente em parte. As infrações 1 e 2 foram mantidas parcialmente, ao passo que a infração 3 foi julgada procedente.

Inconformado com a Decisão proferida pela 1ª JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário e, inicialmente, requer a realização de diligência nos estabelecimentos emitentes das notas fiscais para verificar a verdade dos fatos. Ressalta que, caso não seja acolhida a solicitação de diligência, o processo deverá ficar sobrestado até que os fornecedores das mercadorias apresentem as provas que diz ter solicitado.

Salienta que não adquiriu as mercadorias em questão e que as notas fiscais anexadas aos autos apenas provam que as referidas mercadorias passaram pelo posto fiscal, porém não atestam o ingresso das mesmas no seu estabelecimento. Diz que outras provas se fazem necessárias, pois as apresentadas pelo fisco não possuem a robustez suficiente para fundamentar a autuação.

Aduz que o fato de serem as notas fiscais em questão oriundas de empresas do porte da Sadia, Nestlé e Parmalat não comprova o ingresso das mercadorias em seu estabelecimento, pois até mesmo as grandes empresas cometem equívocos na emissão de notas fiscais.

Sustenta que a utilização de dados cadastrais de uma empresa por outra é notória, e que a imprensa baiana já publicou diversas reportagens a esse respeito. Diz que é o fisco quem tem a possibilidade de comprovar a veracidade desse fato, como por exemplo, fazendo uma fiscalização nos estabelecimentos que supostamente estão a vender as mercadorias adquiridas em nome de terceiros. Diz que, como não houve a entrada das mercadorias em seu estabelecimento, as infrações 1 e 2 não podem lhe ser imputadas.

Aduz que no lançamento em tela está havendo uma inversão do ônus da prova, já que o autuante, por não se enquadrar nos artigos 239 e 364 do CPC, não goza da prerrogativa de fê-pública. Transcreve ementas de decisões, para embasar a sua tese.

Destaca que a multa que lhe foi aplicada, no percentual de 60%, possui o caráter de confisco, o que enseja a nulidade do Auto de Infração. Diz que, com o advento da Lei nº 9.298/96, o Governo Federal reduziu a 2% o percentual de multa moratória incidente sobre o valor de qualquer prestação vencida. Para embasar sua alegação, transcreve o disposto no art. 150, inc. IV, da Constituição Federal, bem como cita jurisprudência e doutrina.

Ao finalizar, diz que o Auto de Infração não pode prosperar e requer que seja apreciado o pedido de diligência.

Ao exarar o Parecer de fls. 232 e 233, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que as notas fiscais coletadas junto ao CFAMT estão no processo e indicam com precisão os dados cadastrais do recorrente, além de corresponderem a mercadorias compatíveis com o seu ramo comercial. Aduz que as notas fiscais capturadas junto ao CFAMT fazem prova da circulação da mercadoria neste Estado e, portanto, que o destinatário a recebeu. Menciona que as notas fiscais foram emitidas por empresas renomadas, o que reforça a veracidade dos documentos. Diz que cabia ao recorrente comprovar o não recebimento das mesmas, o que não ocorreu no presente caso.

Quanto à alegação de confisco, afirma que a autuação está baseada em presunção prevista em lei (art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96), assim como os percentuais aplicados. Ressalta que não cabe ao CONSEF, por força do disposto no art. 167 do RPAF/99, apreciar alegação de inconstitucionalidade, por ser essa uma atribuição de competência exclusiva do Poder Judiciário.

No que tange à solicitação de diligência, diz que as provas produzidas pela fiscalização são suficientes para a caracterização da infração, cabendo ao recorrente a produção de provas para desconstituir ou modificar o direito do fisco. Explica que, segundo o princípio da divisão do ônus da prova, cabe ao recorrente buscar junto a seus fornecedores as provas em questão.

Ao finalizar, opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente, observo que a preliminar de nulidade suscitada na defesa já foi rechaçada pela Primeira Instância com a devida fundamentação, pois não há no presente lançamento qualquer

vício que o inquene de nulidade. O Auto de Infração foi lavrado com a observância dos requisitos legais, bem como está acompanhado de demonstrativos e de documentos que o embasam. A descrição das infrações é satisfatória, permitindo o exercício do amplo direito de defesa.

Não há como prosperar a alegação de nulidade do Auto de Infração em razão dos percentuais das multas aplicadas, pois as penalidades indicadas no lançamento são as previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96 para as irregularidades que foram imputadas ao recorrente, não cabendo a este órgão julgador apreciar a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, ao teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99. Quanto à Lei nº 9.298/96, citada pelo recorrente, ressalto que a mesma não se aplica às penalidades previstas na legislação tributária.

Com fulcro no disposto no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência, pois entendo que as provas existentes nos autos já são suficientes para o deslinde da questão. Como bem ressaltado pela ilustre representante da PGE/PROFIS, cabe ao recorrente buscar junto a seus fornecedores as provas alegadas em suas impugnações. Não há, portanto, a alegada inversão do ônus da prova.

Por falta de base legal, não acato a solicitação recursal para que o presente processo fique sobrestado até que os fornecedores das mercadorias em questão apresentem as provas solicitadas pelo recorrente. Caso tais provas venham a ser produzidas, poderá o recorrente apresentá-las à PGE/PROFIS, que as apreciará no exercício do controle da legalidade.

No que tange ao alegado não ingresso das mercadorias no estabelecimento do recorrente, constato que as acusações estão devidamente comprovadas pelas notas fiscais coletadas nos Postos Fiscais da Secretaria da Fazenda, quando as mercadorias transitavam por este Estado com destino ao estabelecimento do recorrente. Essas notas fiscais são idôneas e estão destinadas ao recorrente e, em consequência, são provas materiais das aquisições nelas consignadas.

Examinando as referidas notas fiscais, constato que grande parte das aquisições foi efetuada a prazo, situação em que as empresas vendedoras costumam verificar os dados cadastrais dos adquirentes, para ter certeza do recebimento das vendas. Observo, também, que em muitas das notas fiscais constam o número do pedido e o nome da empresa transportadora (geralmente transportadoras de renome nacional). Apenas como exemplo, cita as Notas Fiscais nºs 237.770 (fl. 9), 237.777 (fl. 10), 42.970 (fl. 11), 34.223 (fl. 13), 2.471 (fl. 14), 13.507 (fl. 20), 237.779 (fl. 29) e 124.468 (fl. 35). Além disso, é importante ressaltar que, em muitas aquisições, o frete foi pago pelo destinatário, isso é pelo próprio recorrente, a exemplo do que pode verificar nas Notas Fiscais nºs 34.223 (fl. 13), 2.471 (fl. 14), 13.507 (fl. 20) e 124.468 (fl. 35).

Nas impugnações apresentadas, o recorrente alega que essas aquisições não entraram em seu estabelecimento, pois retornaram para o fornecedor em razão de equívoco na emissão dos documentos fiscais. Esse fato alegado pelo recorrente contraria as provas existentes nos autos, portanto, cabe ao recorrente comprovar a sua alegação, pois o ônus da prova cabe a quem alega.

Efetivamente, o fato de parte das notas fiscais ter sido emitida por empresas de renome nacional não comprova o ingresso das mercadorias no estabelecimento do recorrente, porém esse fato foi apenas um argumento subsidiário utilizado pelo relator na Decisão recorrida, uma vez que não é razoável admitir que uma grande empresa efetue venda – especialmente a prazo – sem se certificar quem é o real adquirente das suas mercadorias.

Alega o recorrente que a utilização de dados cadastrais de uma empresa por outra é notória. Contudo, essa alegação não merece guarida, pois não restou comprovada nos autos e, além disso, as notas fiscais acostadas ao processo comprovam que muitas aquisições foram a prazo, foram efetuadas com cláusula FOB, bem como informam o número dos pedidos e, em alguns casos, o nome do vendedor.

Em face do acima comentado, quanto às operações remanescentes após o julgamento de Primeira Instância, entendo que as entradas de mercadorias no estabelecimento do recorrente sem o devido registro estão comprovadas. Dessa forma, foi correta a Decisão da 1ª JF quanto às infrações 1 e 2, as quais não merecem qualquer reparo.

No que tange à infração 3, entendo que ficou comprovada a entrada no estabelecimento do recorrente das mercadorias arroladas na Nota Fiscal nº 24.562 (fl. 43) sem o devido registro na escrita fiscal. Contudo, examinando a acusação feita no Auto de Infração, a nota fiscal em questão e o Anexo 3 (fl. 42), constato que o lançamento e a Decisão recorrida merecem reparo, conforme passo a me pronunciar.

De acordo com o Auto de Infração e com o Anexo 3, está sendo cobrado nessa infração o ICMS devido por antecipação tributária. Todavia, para a mercadoria arrolada na Nota Fiscal nº 24.562 (isqueiro descartável) a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto é do estabelecimento remetente, pois as mercadorias são provenientes do Estado de São Paulo, o qual é, juntamente com a Bahia, signatário do Protocolo ICM 16/85. Além disso, observa-se na referida nota fiscal que o ICMS devido por substituição tributária foi destacado, estando a mercadoria com a fase de tributação encerrada. Se algum valor era devido, deveria ser cobrado do remetente localizado no Estado de São Paulo.

Ademais, a forma utilizada no Anexo 3 para calcular o imposto devido por antecipação tributária não está de acordo com a legislação tributária. A base de cálculo foi apurada de forma equivocada, e o imposto normal (devido ao Estado de São Paulo) foi indevidamente somado ao valor do ICMS devido por substituição tributária, chegando, assim, ao chamando “Vlr do ICMS Normal a Recolher”, o qual coincide com o montante cobrado na infração em tela (R\$ 953,83).

Dessa forma, entendo que na infração 3 restou caracterizada apenas a entrada no estabelecimento do recorrente de mercadoria, no valor comercial de R\$ 4.315,97, sem registro na escrita fiscal, estando as referidas mercadorias com o imposto retido por antecipação tributária. Nessa situação, é cabível a multa prevista no art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96, equivalente a 1% do valor comercial da referida mercadoria.

Em face do acima comentado, a infração 3 não subiste quanto à obrigação principal (pagar a ICMS devido por antecipação tributária), porém está comprovado o cometimento de infração a uma obrigação tributária acessória vinculada à imputação (registrar a nota fiscal em questão). Em consequência, aplico ao recorrente, com fulcro no disposto no art. 157, do RPAF/99, a multa no valor de R\$ 43,15, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias, prevista no art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96, e julgo a infração 3 parcialmente caracterizada.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE a infração 3, mantendo inalteradas as demais infrações.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207143.0008/05-8 lavrado contra **COMERCIAL DE ESTIVAS J. SANTOS LTDA. (SUPERMERCADOS J. SANTOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.291,60**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$502,27**, prevista no art. 42, XI, da mesma lei, e dos acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de julho de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

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