

PROCESSO - A. I. Nº 115969.0035/03-0
RECORRENTE - PRINCE NUTRIÇÃO LTDA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0143-04/04
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 29/09/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0321-11/06

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infrações subsistentes. Razões recursais incapazes de provocar a reforma da Decisão recorrida. Rejeitados os pedidos de nulidade e perícia. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto contra a Decisão da 4ª JJF – Acórdão JJF nº 0143-04/04, que julgou o Auto de Infração Procedente, lavrado para exigir o valor de R\$165.974,57, em razão de:

1. Deixar de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, no montante de R\$67.490,80, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição de mercadorias (charque e café) provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88, inerentes aos meses de janeiro a maio de 2000.
2. Ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo exigido a multa no valor de R\$98.483,77, correspondente a 10% sobre o valor comercial das mercadorias, inerentes aos exercícios de 2000 a 2002.

Na Decisão recorrida, inicialmente, foram indeferidos os pedidos de perícia técnica, perícia fiscal das instalações e diligência, por entender que os elementos constantes do PAF são suficientes para formação da convicção dos julgadores.

Relativamente ao argumento defensivo de que ingressou com várias ações judiciais contra diversas empresas, que estariam utilizando sua inscrição estadual para realizar diversas aquisições, salienta a JJF que o PAF foi submetido à Parecer da PGE/PROFIS, a qual se posicionou que:

“Concluindo, vale ainda ressaltar que a responsabilidade tributária tem caráter objetivo, logo, o presente PAF deve ser processado e julgado as infrações nele consignadas da forma que se apresentam, com as provas e evidências que configurem a relação jurídica tributária que deu origem ao presente lançamento”.

No mérito, quanto à infração 1, constata-se que o autuado, conforme Termo de Acordo celebrado com Administração Tributária Estadual, declarou expressamente que exercia a atividade de comércio atacadista, razão pela qual o referido acordo foi assinado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, fls. 675 a 677. Assim, não resta dúvida de que o estabelecimento autuado estava enquadrado na atividade de comércio atacadista, conforme extratos do SIDAT, fls. 678 a 680. Aduz

também que o autuado reiterou essa condição para usufruir dos benefícios da redução da base de cálculo do imposto para os contribuintes enquadrados na atividade de benefício atacadista.

Assim, entende que o procedimento da auditora foi correto, cuja exigência tem respaldo legal no art. 371, I, “a”, do RICMS/97, devendo ser mantida a autuação.

Em relação à infração 02, ressalta a JJF que não pode ser acolhido o argumento defensivo de que é optante do regime de apuração em função da receita bruta, estando dispensada da escrituração do livro de Registro de Entradas, como dispõe o art. 504, X, do RICMS/97, uma vez que o autuado não comprovou seu enquadramento conforme previsto no art. 504, II, do RICMS/97. Logo, a infração está caracterizada.

No Recurso Voluntário, o recorrente ressalta que nega e vem tentando provar que não adquiriu as mercadorias objeto da primeira infração, bem como sempre atuou e continua atuando no regime simplificado de recolhimento do ICMS, nos termos do art. 504 do RICMS.

Reitera o seu pedido de prova pericial na contabilidade da empresa visando comprovar que não houve entrada ou saída das mercadorias objeto da autuação e, consequentemente, provar-se-ia que não realizou venda das mercadorias, em desacordo com o estatuído no regime do art. 504 do RICMS e que sempre atuou sob tal regime, como também para comprovar que a empresa não tinha capital de giro suficiente para adquirir R\$ 397.004,75 de charque em pouco mais de cinco meses, assim como para certificar que não havia condição física de armazenar semelhante aquisição de mercadorias. Por fim, anexa declarações (fls. 759 e 760) de empresas afirmando que recebiam mercadorias de outras empresas em nome do recorrente.

Entende que o indeferimento da perícia solicitada pela JJF prejudicou o seu direito constitucional ao contraditório e a ampla defesa e a busca da verdade real dos fatos. Cita doutrina e jurisprudência. Assim, requer a reforma da Decisão recorrida, para permitir a produção de prova necessária e, na hipótese de entender que não tem competência para autorizar a produção de prova, declare nula a Decisão, fazendo retornar à JJF para que esta profira nova Decisão, fundamentando as razões do indeferimento, ou modifique seu convencimento, fazendo valer as garantias constitucionais.

Em seguida passa a ressaltar a contradição da Decisão recorrida com as provas constantes nos autos, relativa à sua condição no regime simplificado, contrariando decisões do CONSEF. Destaca que apresentou todas as guias de recolhimento do ICMS, desde setembro de 1998 até a data da autuação, comprovando efetivamente o enquadramento no citado regime simplificado de apuração do imposto, previsto no art. 504 do RICMS. Contesta, assim, o entendimento da JJF de que não havia prova de que a empresa era optante do regime especial, mantendo a autuação na íntegra.

Aduz o recorrente que tal Decisão se lastreou pelo fato da empresa ter assinado o termo de acordo com a administração tributária se declarando atacadista. Defende que esta alegação e os documentos apresentados pela autuante não servem para comprovar que descumpriu o regime do pagamento do imposto em razão da receita bruta, pois, ainda que a inscrição estivesse formalizada como conta-corrente, a obrigação principal só nasce a partir da ocorrência do fato gerador, no caso a circulação de mercadorias, visto que a inscrição é uma obrigação de natureza acessória. Conclui que as guias de recolhimento apresentadas atestavam o enquadramento no referido regime. Anexa (fl. 758) DIC comprovando o citado enquadramento e cita decisões do CONSEF manifestando que a empresa sempre atuou sob tal regime. Conclui que a JJF partiu da premissa equivocada de que a empresa não estava autorizada a funcionar sob o regime simplificado de apuração do ICMS, previsto no art. 504 do RICMS.

Adentrando no mérito, relativo à primeira infração, a qual exige o ICMS por antecipação referente às aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas a substituição tributária (charque e café), o recorrente salienta a ausência de comprovação do fato gerador, visto que os produtos adquiridos pela empresa entram na sua cadeia produtiva, saindo como refeições e, como tal, inexistindo a obrigação de recolher antecipadamente o ICMS, na qualidade de substituto tributário.

Registra que nos autos não se encontra qualquer prova de que vendeu as mercadorias, sendo que reconhecem como suas diversas compras realizadas sem o devido registro fiscal, conforme fls. 635 a 666 dos autos, em razão da dispensa da escrituração do livro Registro de Entradas (art. 504, X, do RICMS).

No tocante à segunda infração, reitera seu argumento de dispensa do registro da entrada de mercadorias, visto que a empresa é optante do regime de apuração em função da receita bruta.

Em seguida aduz que a aplicação da multa sobre o valor do imposto se mostra excessiva em face da inexistência de dolo, fraude ou simulação. Invoca o princípio constitucional da proporcionalidade e reproduz o art. 158 do RPAF, do que requer a redução da multa.

Por fim, pede a reforma da Decisão recorrida ou, na hipótese de não se poder reformar o mérito da Decisão, a decretação da sua nulidade por cerceamento de defesa, fazendo retornar a JF para que profira nova Decisão, fundamentando as razões do indeferimento da perícia, fazendo valer as garantias constitucionais.

À fl. 763 dos autos, a PGE/PROFIS, levando em consideração as alegações do recorrente e o teor do documento de fls. 78 (DIC), sugere o encaminhamento do PAF para a INFAZ de origem informar qual o regime de apuração do ICMS ao qual estava subordinado o contribuinte à época dos fatos geradores.

Às fls. 768 a 772 dos autos foram anexados extratos do SIDAT contendo consulta do histórico do cadastro do contribuinte, no qual consigna como atividade anterior o código “52219-RESTAUR, PIZZ; CHURR; FORN-REFEI”, cuja alteração ocorreu em 27/03/1998, como também alteração em 31/12/1998 da atividade anterior sob código “60377 – COM. ATAC. PROD. ALIMENTICIOS E”, assim como a alteração da atividade anterior em 11/04/2001 sob código “5139099 – COM ATACADISTA OUTROS PRODUTOS”.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer às fls. 774 a 776 dos autos, entende que as razões recursais são insuficientes para alterar a Decisão recorrida, visto que a referida Decisão não padece de qualquer vício apto a ensejar a sua nulidade, uma vez que o indeferimento da perícia contém as razões jurídicas para a negativa da produção da prova, como também por não ter o contribuinte apresentado qualquer argumento novo capaz de descaracterizar o acerto do procedimento fiscal, cujas infrações estão devidamente tipificadas, fundamentadas na legislação tributária vigente e comprovadas mediante demonstrativos, notas e livros fiscais. Ressalta que a repartição fazendária certifica o enquadramento do contribuinte no regime de apuração normal do imposto, o que põe terra nos argumentos do recorrente e fortalece o acerto da ação fiscal. Por fim, aduz que o contribuinte não preenche os requisitos exigidos no art. 158 do RPAF para redução da multa. Assim opina pelo improvimento do Recurso Voluntário.

Submetido o PAF a sessão de julgamento, realizada em 31/08/2004, foi noticiado pelo presidente da 1ª CJF, Dr. Antônio Ferreira de Freitas, que recebeu, extra-oficialmente, a informação de que pelo menos uma das ações judiciais perpetradas pelo recorrente teria dado resultado favorável, e que, possivelmente, a INFIP teria conhecimento do fato. Assim, foi deliberado que o processo fosse encaminhado a este órgão para:

1. Informar se, efetivamente, algum dos processos judiciais movidos pelo recorrente deu resultado a seu favor e também se houve pagamento do imposto devido;
2. Havendo tal pagamento, solicita-se que sejam cruzados os valores pagos e/ou denunciados com aqueles aqui exigidos, para que se verifique a coincidência destes;
3. Que seja elaborado novo demonstrativo das infrações 1 e 2, com valores ainda remanescentes, se for o caso.

Em resposta ao solicitado, a INFIP, através de sua inspetora, informa:

1. Não ser do seu conhecimento de que a empresa Prince Nutrição Ltda, tenha obtido resultado favorável em qualquer processo judicial até a presente data.

2. Que em processo administrativo, o Sr. Marcelo Santos Matos prestou declaração ao CAO FIS do Ministério Público, em 19/03/2004, admitindo ser o real proprietário das empresas Distribuidora de Alimentos Souza Matos Ltda (baixada) e Comercial de Alimentos Matos e Andrade Ltda, confirmando que adquiriu mercadorias da MAURI e ADINOR utilizando os dados cadastrais da empresa Prince Nutrição Ltda.
3. Que em 28/06/2004, o Sr. Marcelo Santos Matos apresentou a denúncia espontânea nº 6000001705043, admitindo que as mercadorias relacionadas nas notas fiscais destinadas à empresa Prince Nutrição Ltda e fornecidas pelas empresas ADINOR, INALVA, LAT. BELA VISTA, MAURI, PREDILECTA E TRANSWINTER, conforme relação anexa, foram por ele adquiridas.
4. As notas fiscais que constam de denúncia acima referida são do exercício de 1999 e fazem parte do Auto de Infração nº 207160.0011/00-3.
5. Em atendimento a petição do advogado Silvio Pinheiro, datada de 05/05/2005, encaminhou a SEFAZ – SP, pedido de verificação fiscal, através do Ofício 0438/2005, objetivando apurar a regularidade das compras feitas pela Prince Nutrição Ltda à empresa Produtora de Charque JS Ltda. Constam deste pedido notas fiscais do exercício de 2000 arroladas neste Auto de Infração e do exercício de 1999 constantes do Auto de Infração nº 207160.0011/00-3.
6. Quanto às demais alegações da empresa de que outras pessoas utilizaram seus dados cadastrais para realizar as compras objeto dos referidos autos de infração, afirmou nada ficar comprovado até a presente data.

À fl. 800 do PAF, o patrono do recorrente apresenta laudo da perícia técnica (fls. 801 a 823) realizada na execução nº 140.00.767301-9, que segundo ele reforça a tese esposada, pois conclui que a área existente é insuficiente para armazenar o volume do material levantado no Auto de Infração nº. 207160.0011/00-3, ao tempo que requer que seja dada vistas dos autos, após as diligências cumpridas pela INFIP.

Em novo Parecer, à fl. 826, a PGE/PROFIS reitera em todos os termos o Parecer de fls. 774 a 776, em vista das informações prestadas pela INFIP e dos documentos colacionados aos autos pelo autuado, como também por estar o contribuinte enquadrado no regime normal à época dos fatos geradores do ICMS, assim como em razão de não existir nos autos qualquer elemento que comprove vitória em demanda judicial do recorrente. Assim opina pelo improvimento do Recurso Voluntário.

Conforme fls. 832 e 837 dos autos, o contribuinte foi cientificado do resultado da diligência à INFIP, apresentando manifestação, consoante fls. 839 a 857, na qual apresenta resultados obtidos nos processos judiciais movidos contra:

1. Transportadora VHB Ltda, referentes a transportes fictícios de produtos adquiridos junto à SAN-COR do Brasil Produtos Alimentícios Ltda e supostamente destinados ao recorrente;
2. Transwinter Transportes Ltda, referentes a transportes de mercadorias oriundas da Mauri Brasil Indústria e Comércio e Importação Ltda, sem qualquer autorização ou pagamento do recorrente;
3. Transportes Shekinah Ltda, relativo a transportes de mercadorias da Mauri Brasil Indústria e Comércio e Importação Ltda;
4. Adinor Indústria e Comércio de Aditivos Ltda e OST Comércio e Representações Ltda;
5. Rodoviária Michelin Ltda, referentes a transportes de mercadorias oriundas da Mauri Brasil Indústria e Comércio e Importação Ltda;

Em seguida, ressalta que nos embargos à execução de nº 140.02.939701-9, a perícia técnica constatou a impossibilidade física de se estocar a mercadoria objeto deste processo ((ref. ao Auto de Infração nº 207160.0011/00- 3).

Assim, conclui que as ações movidas pela Prince vêm resultando ao fim a que elas se destinam, ou seja, provar que a empresa não adquiriu as mercadorias referentes ao Auto de Infração nº 207160.0011/00- 3, do que tece diversas considerações sobre o referido processo administrativo fiscal.

Ressalta que, em 05/10/2005, a INFIP enviou ofício à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, requerendo informações a cerca da empresa Produtora de Charque JS Ltda, contudo não consta dos autos qualquer resposta ao ofício, nem qualquer outro expediente da INFIP, atinente a este assunto. Sustenta tratar-se de elemento muito significativo, pois 40% do presente Auto de Infração diz respeito à falta de recolhimento do ICMS por antecipação, referente à aquisição de charque proveniente de outras unidades da Federação. Defende que as questões suscitadas de ofício são indispensáveis para a formação da prova requerida pela signatária.

Aduz também que não consta do relatório qualquer diligência promovida pela INFIP junto a empresa Cerealista Nutrição Ltda.

Entende que a dilação do prazo para a conclusão das diligências deve ser deferida, pois o atraso não é responsabilidade da Prince, nem da INFIP, nem do CONSEF, mas não pode ensejar a violação da garantia ao devido processo legal. Assim, requer que determine o envio de novo ofício à SEFAZ/São Paulo, para que preste as informações requeridas, determinando a suspensão do processo, até a conclusão desta diligência, a fim de que se assegure o devido processo legal, além de determinar que se promovam diligências na empresa Cerealista Nutrição Ltda.

Por fim, registra que são elementos que comprovam as alegações do recorrente: a confirmação das empresas OST e DISNOR de que recebiam em nome da empresa, os produtos da Sadia, atendendo determinação da empresa Cerealista Nutrição Ltda; o fato do recorrente de nada se beneficiar da fraude, pois sempre esteve enquadrada no Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, conforme consta das decisões do CONSEF, além do resultado da perícia técnica que apontou a impossibilidade de estocar tamanha quantidade de produtos, especialmente charque, em período tão curto.

Anexa, como provas de suas alegações, os documentos de fls. 858 a 1.480, requerendo:

1. que seja enviado novo ofício reiterando a solicitação à SEFAZ/São Paulo, para que preste as informações requeridas às fls. 794, a respeito das empresas Produtora de Charque J. S. Ltda e Megacharque Indústria e Comércio de Alimentos Ltda, com a suspensão do processo até a resposta ao expediente, tendo em vista a relevância do assunto;
2. que seja determinada diligência na empresa Cerealista Nutrição Ltda, CGC nº 14.706.212/0001-01, para que se apure o seu envolvimento no esquema engendrado contra a Prince Nutrição Ltda;
3. que seja requisitada a juntada nestes autos cópia do processo nº 6000001705043, para que a empresa tenha conhecimento de quais compras foram reconhecidas na denúncia espontânea, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa;
4. que sejam consideradas todas as notas fiscais relacionadas na planilha constante desta peça, como aquisições efetuadas pela Comercial de Alimentos Mattos e Andrade Ltda, excluindo-se estas do Auto de Infração;
5. que ultrapassadas estes pontos, seja concedida nova vista do processo à Empresa, para que este se manifeste sobre os novos elementos;
6. na remota possibilidade de entender que os elementos constantes dos autos são suficientes para julgar o processo, requer o acolhimento das razões de Recurso, para reformar a Decisão recorrida, eis que a empresa sempre esteve enquadrada no Regime de Apuração em Função de Receita Bruta, não violando de nenhuma forma o Regulamento do ICMS, além de que não teve qualquer participação, nem se aproveitou do esquema armado pelas empresas envolvidas, pois não utilizava o crédito do ICMS referente às operações.

Às fls. 1.483 a 1.484 dos autos, a PGE/PROFIS, reitera em todos os termos o Parecer de fls. 774 a 775 e 826, tendo em vista que as informações prestadas pela INFIP e a nova manifestação propalada pelo suplicante, não são capazes de atestar qualquer demanda judicial vitoriosa do contribuinte em questão à *quaestio vexata* ora analisada e, muito menos, elidir a matéria de fundo do presente lançamento tributário, ressaltando estar o contribuinte enquadrado no regime normal à época dos fatos geradores do ICMS. Assim, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O recorrente suscitou a nulidade da Decisão recorrida, por cerceamento ao seu direito de defesa, porque fora indeferida a produção de prova pericial na sua contabilidade, nos exercícios de 1999 a 2001, sem a fundamentação das razões que levaram ao indeferimento do pleito.

Vejamos o que consta no voto da 1ª Instância:

Inicialmente não acato os pedidos de perícia técnica, perícia fiscal das instalações e diligência, pois os elementos constantes do PAF são suficientes para formação da convicção dos julgadores.

O art. 137, II, do RPAF/99, atribui competência ao relator do PAF, tanto na primeira como na segunda instância, para avaliar se o processo se encontra em condições de ser levado a julgamento a salvo de dúvidas ou incorreções, devendo nesse sentido solicitar a emissão de Parecer da Procuradoria Geral do Estado, quando se tratar de questão eminentemente jurídica.

Isto foi feito, conforme se vê no “Termo de Encaminhamento” (fl. 705), onde o processo foi submetido à pauta suplementar, na diligência requerida a então PROFAZ (fl. 706), e no Parecer jurídico da Representante da PGE/PROFIS junto ao CONSEF (fls. 710 e 711).

Já o art. 138, do mesmo RPAF preconiza que, uma vez analisados os autos, concluindo-se que não há ou que já foram sanadas possíveis dúvidas, falhas ou pendências, este emitirá despacho sucinto em que declare estar concluída a instrução, remetendo o processo à Secretaria do Conselho para ser incluído em pauta de julgamento. Este despacho encontra-se à fl. 714.

Mais ainda, reza o art. 147, I, “a”, do RPAF, que deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos. Esta é, exatamente, a fundamentação adotada pelo Relator da 4ª JJF.

Por estas razões, considero que não houve cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, e que o indeferimento do seu pedido de diligência para produção de prova pericial está lastrado em norma processual vigente, e rejeito a nulidade da Decisão recorrida, pretendida.

Igualmente, com fulcro no mesmo art. 147, I, “a”, do RPAF, indefiro o requerimento para realização de diligência para produção de prova, reiterado pelo recorrente nas suas razões recursais e demais intervenções, porque também vislumbro que os elementos contidos nos autos são suficientes para formação da minha convicção, como facilmente demonstrarei na apreciação do mérito do Recurso Voluntário.

O presente Auto de Infração foi lavrado em decorrência de duas irregularidades, que se originam da mesma situação fática: a constatação da aquisição de mercadorias sem o devido registro fiscal, apurada mediante o cruzamento das informações coletadas pelo sistema CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito), com os lançamentos efetuados na escrita fiscal do autuado.

Parte destas mercadorias é enquadrada na substituição tributária por antecipação, no caso específico: charque e café, e sobre estas foi exigido o pagamento do ICMS, acrescido da multa de 60%, e a outra se refere a produtos fora deste regime, sendo aplicada a penalidade por descumprimento de obrigação acessória, correspondente a 10% do valor destas mercadorias, por terem dado entrada no estabelecimento, sem o devido registro fiscal.

O recorrente reconheceu como suas diversas compras, realizadas sem o devido registro fiscal, tendo relacionado estas no documento “14” da peça de defesa, e quanto às demais argüiu que não as efetuou, juntando declaração de empresas que confirmam que recebiam mercadorias de outras em seu nome.

O art. 40, e seus §§ 1º e 2º, da Lei nº 7.014/96, rezam que constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, e que respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, todos os que tenham concorrido, de qualquer forma, para a sua prática, ou dela se beneficiarem, sendo que a responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente ou beneficiário, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Mas, analisemos as citadas declarações.

O seu texto é idêntico, mudando somente o declarante, que, na apensada à fl. 759, é DISNOR DISTRIBUIDORA NORDESTE DE PRODUTOS ALIMENTARES LTDA., e na outra (fl. 760), é OST COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA., e contém o seguinte teor:

*DECLARO para os devidos fins, que as mercadorias armazenadas nos frigoríficos da DISNOR DISTRIBUIDORA NORDESTE DE PRODUTOS ALIMENTARES LTDA., em nome da **PRINCE NUTRIÇÃO LTDA**, compradas junto à Sadia Concórdia S.A Indústria e Comércio, constantes da planilha abaixo, foram retiradas pelo Sr. Luis Gustavo de Jesus, brasileiro, maior, casado, comerciante, portador da cédula de identidade n.º 1.468.203 (SSP/BA) e CPF 193.126.525-91, se declarando autorizado pela compradora Prince Nutrição Ltda.*

Preliminarmente, já se vê que o declarante afirmou que a mercadoria pertence ao recorrente, e foi retirada do seu frigorífico por preposto deste.

Ocorre que o CPF nº. 193.126.525-91 não pertence ao Sr. Luis Gustavo de Jesus, mas sim a Sra. Rita de Cássia Vieira de Jesus, sócia do Sr. José Gustavo de Jesus na empresa Cerealista Nutrição Ltda., que opera no “comércio atacadista de outros produtos alimentícios”, conforme informações do contribuinte retiradas do INC/SEFAZ (fls. 782 e 783).

Vale lembrar que o contribuinte autuado opera no mesmo ramo.

Mais, quem assinou a declaração da “Disnor” foi o Sr. Leonel Barreto, se intitulando sócio gerente, em 01-08-2003, portanto após a ação fiscal, onde admite que armazenou, em nome do recorrente, mercadorias recebidas no período de 01/99 a 03/00.

Ocorre que o Sr. Leonel Barreto nunca foi sócio, menos ainda sócio-gerente, da empresa “Disnor” (vide fl. 778), além da mesma se encontrar com a inscrição cadastral cancelada desde 15-06-1999, e o período autuado se reportar ao exercício de 2000. Lembro que esta declaração é a que assume o recebimento de R\$195.344,00 em mercadorias.

Já a declaração da “OST”, foi subscrita pelo seu contador (é o que se supõe), Sr. Valter Pitanga Nunes, CRC n.º 002194-BA, que é o mesmo da “Disnor” (fls. 779 e 781), quando, neste caso, estranhamente o Sr. Leonel Barreto é sócio da empresa, mas se recusou a atestar o quanto foi declarado. Esta declaração assume o valor de R\$42.621,48.

Por fim, relevando, também, que inexistente qualquer autenticação nos referidos documentos, considero-os imprestáveis para o fim a que se destinam.

Descaracterizados estes “elementos de prova”, a tese recursal passa a ser, simplesmente, uma negativa de que se tenha comprado as mercadorias constantes nas notas fiscais capturadas pelo sistema CFAMT.

A título de esclarecimento, este sistema foi desenvolvido pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia para que se pudesse ter o controle das mercadorias em trânsito pelo território deste Estado, e consiste na coleta, nos postos fiscais do percurso, das notas fiscais que acompanham as

mercadorias, e sistematizá-las para confronto com os registros fiscais, e também contábeis, do contribuinte.

Este Colegiado tem, reiteradamente, decidido que, em sendo as notas fiscais contratos simplificados de compra e venda, onde estão identificados quem vende, quem compra, a mercadoria ou bem objeto desta operação mercantil, sua quantidade e valor, e que, no presente caso, são oriundas de outras unidades da Federação, por terem sido capturados em território baiano, são provas incontestas de seu ingresso neste Estado e, conseqüentemente, no estabelecimento do contribuinte destinatário.

Assim, a lavratura de Auto de Infração, utilizando como esteio notas fiscais capturadas pelo Sistema CFAMT, tem respaldo legal.

Quanto ao item 1, alegou o recorrente que, segundo os art. 353, II, itens “9” e “10”, e 357, do RICMS, a obrigação do recolhimento antecipado do ICMS, no caso em tela, tem como fato gerador o momento da venda da mercadoria, dentro deste Estado, “caso a empresa já tenha recebido a mercadoria com o imposto antecipado” (sic), mas que não revende os produtos que adquire, que entram na sua cadeia produtiva, saindo como refeições preparadas servidas em repartições públicas ou através de quentinhas, inexistindo, desta forma, obrigação de recolher antecipadamente o ICMS, na qualidade de substituto tributário.

No presente caso, aquisição em outra unidade da Federação de produtos enquadrados no regime da substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo para as operações interestaduais, como ocorre com os produtos charque e café, a operação é regrada pelo art. 125, I, “a”, do RICMS/97, que, à época da ocorrência dos fatos geradores, continha o seguinte mandamento:

“Art. 125. O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:

1 - até o dia 10 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado:

a) nas aquisições interestaduais, tratando-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação pela legislação estadual interna, porém não prevista a substituição tributária em convênio ou protocolo com a unidade federada de origem [...]”

Foi argüido, também, que a empresa encontrava-se sob a égide do regime simplificado de apuração do imposto, previsto no art. 504, do RICMS/97, e que se equivocou a Decisão recorrida ao considerar o termo de acordo assinado com a administração tributária, se declarando atacadista, para caracterizá-lo como sujeito ao regime de conta corrente, posto que a inscrição estadual é uma obrigação de natureza acessória, enquanto os recolhimentos atestavam o seu enquadramento naquele regime especial.

Bem, para efeito da antecipação tributária, que é o caso do item 1, ser ou não enquadrado no regime simplificado é irrelevante, pois, como já dito, o imposto deve ser pago até o dia 10 do mês subsequente da entrada da mercadoria, e não da sua saída, até porque o art. 504, V, “c”, item “1”, do RICMS/97, prevê que, na receita bruta mensal não serão incluídos os valores das operações não sujeitas ao imposto por isenção ou não-incidência, bem como das operações tributadas pelo regime de substituição tributária por antecipação, sendo que, no caso de mercadorias cujo imposto tenha sido objeto de antecipação ou substituição tributária, não serão excluídos os valores daquelas que tenham sido utilizadas como insumos ou ingredientes no preparo dos produtos fornecidos.

Ou seja, a mercadoria, cujo imposto já houver sido pago por antecipação, sendo insumo no preparo de refeição, que é o ramo que o recorrente alega atuar, ainda assim é mantida no cálculo da receita bruta mensal.

Tal alegação somente teria eficácia em relação ao item 2, que aplica penalidade por descumprimento de obrigação acessória, ao dar entrada de mercadoria no seu estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, posto que, expressamente, o inciso X, do citado artigo, prevê que os contribuintes que optarem pelo regime de apuração em função da receita bruta estão sujeitos, apenas, à escrituração dos livros Registro de Saídas e Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, portanto, desobrigados da escrituração do livro Registro de Entradas.

De fato, a cópia do DIC anexada à fl. 758 atesta que a empresa foi constituída em 1997, e desde 15-04-1997 teve deferido o seu enquadramento no citado regime, só que, no momento que o contribuinte procura, espontaneamente, a administração fazendária para aderir ao acordo previsto no Decreto n.º 7.488/98, com o fim de usufruir de redução de base de cálculo, sendo este destinado a tornar mais competitivo o setor atacadista baiano frente ao mercado nacional e tendo em vista os benefícios fiscais concedidos a este setor em outras unidades da Federação, restringindo, portanto, os seus beneficiários a este setor, o recorrente passou a estar enquadrado nele, e corretamente a Secretaria da Fazenda, de ofício, alterou a sua situação cadastral para o regime normal de apuração.

Desta forma, o recorrente passou a ser obrigado a escriturar todos os livros fiscais, e, entre eles, o livro Registro de Entradas de Mercadorias, estando correta a autuação.

Assim, comungo com o entendimento da PGE/PROFIS de que as informações prestadas pela INFIP e a nova manifestação propalada pelo suplicante, não são capazes de atestar qualquer demanda judicial vitoriosa do contribuinte e, muito menos, elidir a matéria de fundo do presente lançamento tributário.

No tocante ao pedido de que seja enviado novo ofício reiterando a solicitação à SEFAZ/São Paulo, para que preste as informações sobre as empresas Produtora de Charque J. S. Ltda e Megacharque Indústria e Comércio de Alimentos Ltda, com a suspensão do processo até a resposta ao expediente, tendo em vista a relevância do assunto, assim como o pedido de diligência junto à empresa Cerealista Nutrição Ltda, entendo que as notas fiscais apensadas aos autos e que fundamentam as acusações fiscais são provas suficientes da realização das operações, pois, se comprovada a responsabilidade de terceiros no ilícito fiscal, a questão é meramente de uma ação indenizatória e não fiscal.

Relativo ao pedido de que seja juntada nestes autos cópia do processo n° 6000001705043, para que o recorrente tenha conhecimento de quais compras foram reconhecidas na denúncia espontânea, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa, esclareço que os citados documentos encontram-se às fls. 792 a 798 dos autos, tendo sido cientificado o sujeito passivo de todos os fatos e documentos novos trazidos aos autos.

Por fim, inerente ao laudo da perícia técnica realizada, relativo ao PAF n° 207160.0011/00-3 (estranho à lide, ora analisada), entendo que a constatação da incapacidade de armazenamento das mercadorias adquiridas, por parte do recorrente, não é concludente ao deslinde da questão, uma vez que, necessariamente, não implica que tais mercadorias tenham sido armazenadas nas instalações do recorrente, podendo ser revendidas ou condicionadas em outras instalações.

Quanto ao pedido de redução ou cancelamento da multa por descumprimento de obrigação acessória (item 2), em consonância com o opinativo da Representante da PGE/PROFIS, entendo que o pleito do contribuinte não preenche os requisitos exibidos no art. 158, do RPAF vigente, quais sejam: prova de que as infrações tenham sido perpetradas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado em falta de recolhimento do tributo, carecendo de lastro legal.

Em relação ao requerimento da redução ou cancelamento da multa por descumprimento de obrigação principal (item 1), ao apelo da equidade, a sua apreciação é de competência exclusiva da Câmara Superior, *ex vi* do art. 25, II, do Regime Interno do CONSEF, combinado com o art. 159, do RPAF/99, o que impede a minha manifestação sobre ele.

Diante disto, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, para homologar a Decisão recorrida.

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** o Auto de Infração nº **115969.0035/03-0**, lavrado contra **PRINCE NUTRIÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$67.490,80**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, além da multa no valor de **R\$98.483,77**, prevista no inciso IX, do mesmo artigo e lei, e dos acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.387/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de agosto de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS