

PROCESSO - A. I. N° 281078.0001/05-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ATAKAREJO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
RECORRIDOS - ATAKAREJO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0043-04/06
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 23/11/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0453-12/06

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. VENDA DE MERCADORIA TRIBUTÁVEL SEM DESTAQUE DO IMPOSTO. Refeitos os cálculos do imposto devido. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE VENDAS NÃO DECLARADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. Refeitos os cálculos, sendo retificado o valor devido. Modificadas as Decisões. Infrações parcialmente elididas. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime quanto às infrações 6 e 7.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (4ª JJF) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário em valor superior ao previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS, no valor de R\$ 442.475,45, em razão de nove infrações imputadas ao autuado, contudo apenas seguintes infrações são objetos dos Recursos:

4. Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 15.254,91, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.
6. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, no valor de R\$ 227.023,01, apurada através de entradas de mercadorias não registradas.
7. Falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação, no valor de R\$ 15.662,26, relativamente a aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas nos anexos 69 e 88.

O autuado apresentou defesa e, preliminarmente, suscitou a nulidade do Auto de Infração, alegando cerceamento de defesa e falta de elementos para se determinar a infração e o infrator. No mérito, disse que estava impugnado todas as infrações que compõem o lançamento e, referindo-se à infração 4, ressaltou que dentre as mercadorias ali relacionadas consta o produto “papelão”, o qual está sujeito ao regime de diferimento. Quanto às infrações 6 e 7, apresentou notas fiscais referentes a apuração que foram desfeitos.

Na informação fiscal, em relação à infração 4, os autuantes acataram parcialmente a alegação defensiva e reduziram o débito para R\$ 5.231,74, pois apenas um dos adquirentes do produto em questão estava habilitado a operar no regime de diferimento. Quanto às infrações 6 e 7, os autuantes acolheram as notas apresentadas na defesa e retificaram os valores devidos para R\$ 161.742,35 (infração 6) e R\$ 14.838,99 (infração 7), por entenderem que as mercadorias em questão foram devolvidas.

Por meio do Acórdão JJF N° 0043-04/06, o Auto de Infração foi julgado procedente em parte no

valor total de R\$ 366.328,35.

Ao proferir o seu voto, o ilustre relator da Decisão recorrida afastou as preliminares de nulidade suscitadas, alegando, em síntese, que *constitui ônus do contribuinte provar que as operações de saídas omitidas dizem respeito, especificamente, a mercadorias sujeitas à alíquota, por exemplo, de 7% ou de 25%. Estas alíquotas são excepcionais. Não havendo prova de qual dessas alíquotas seja a aplicável, adota-se aquela que constitui a regra geral, a de 17%*. Ainda em preliminar, afirmou que o Auto de Infração em lide *preenche todas as formalidades legais previstas, não havendo, dessa forma, do que se falar em cerceamento de defesa*.

Ao adentrar no mérito, o ilustre relator salientou que o autuado reconheceu como procedentes as infrações 1, 2, 3, 4, 5, 8 e 9, conforme demonstrativo de débito reconhecido para pagamento com o benefício da Lei nº 9650/05 (fl. 659).

Quanto às infrações 6 e 7, assim se pronunciou o ilustre relator:

Em relação às infrações 6 e 7, o autuado argumenta que é sabido por todos que comerciantes inescrupulosos utilizam-se da inscrição de empresas idôneas para adquirir mercadorias para sua atividade irregular. Diz que prestou queixa à polícia conforme documento anexo.

Quanto a este argumento defensivo, vale ressaltar 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.

Vale ressaltar que a queixa apresentada pela empresa à polícia foi prestada em momento posterior à ação fiscal, conforme anexo à págs. 391 à 402 deste processo. Em relação as notas fiscais em que as mercadorias foram devolvidas, os autuantes acataram a justificativa e elaboraram novo demonstrativo de débito, restando um valor de débito reclamado de R\$161.742,35, conforme somatório mês a mês de demonstrativo de débito, anexo às fls. 648 a 650.

Considerando que o valor da desoneração do autuado ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 4ª JJF recorreu de ofício de sua Decisão.

Inconformado com a Decisão proferida pela 4ª JJF, o autuado, ora recorrente, apresenta Recurso Voluntário e, preliminarmente, suscita a nulidade da Decisão recorrida, relativamente às infrações 6 e 7, argumentando que são nulas as decisões não fundamentadas. Diz que na Decisão recorrida não foram abordadas as alegações de algumas compras que não se concretizaram e outras eram estranhas à sua empresa. Aduz que o Auto de Infração é nulo, pois não há amparo legal para a aplicação da alíquota de 17% sobre o montante da suposta omissão de saída de mercadorias tributáveis. Alega que foi cerceado o seu direito de defesa, uma vez que não pode provar a inexistência de relação com certas notas fiscais que motivaram a cobrança de imposto.

Ao adentrar no mérito, o recorrente alega, em relação às infrações 6 e 7, que uma parte das notas fiscais arroladas na autuação se refere a operações que não chegaram a se concretizar e, a outra, a maior parte, trata de documentos fiscais estranhos à empresa. Diz que aquisições irregulares de mercadorias foram feitas indevidamente em seu nome por outras empresas.

Referindo-se às operações que não se concretizaram, diz que tem conseguido alguns comprovantes, que ora anexa ao processo (fls. 699 a 717). Às fls. 718 a 729, acosta aos autos cópia de notícia crime apresentada à Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia, contra os emitentes das notas fiscais que diz serem estranhas à sua empresa.

Ao exarar o Parecer de fl. 770, o ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que não há razão para o acolhimento das preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente, pois a Decisão recorrida fundamentou devidamente os pontos alegados na defesa. Em seguida, afirma que os documentos anexados no Recurso Voluntário devem ser analisados pela ASTEC e, para o atendimento dessa providência, sugere a realização de diligência.

O processo foi submetido à pauta suplementar, tendo a 2ª CJF decidido que o mesmo deve ser encaminhado à ASTEC, para que sejam excluídas das infrações 6 e 7 as aquisições cujas

devoluções estejam comprovadas pelos documentos acostados no Recurso Voluntário.

Conforme o Parecer ASTEC Nº 0108/2006, a diligência foi cumprida. Às fls. 776 e 777, foram relacionadas as notas fiscais cujas devoluções restaram comprovadas. Com a exclusão dessas notas fiscais, as infrações 6 e 7 passaram para, respectivamente, R\$ 159.246,76 e R\$ 13.958,45.

Às fls. 784 a 794, foram acostadas aos autos extratos do Sistema de Informações da Administração Tributária (SIDAT), onde consta o recolhimento parcial do lançamento, no valor de R\$ 189.747,01.

Notificado acerca do resultado da diligência, o recorrente afirma que as notas fiscais citadas nas infrações 6 e 7 são referentes a operações que não chegaram a se realizar e a operações estranhas à sua empresa. Às fls. 811 a 814, o recorrente apresenta demonstrativos onde explica a situação das notas fiscais não registradas, no valor total de R\$ 688.364,50, que à alíquota de 17% gera o ICMS de R\$ 117.021,96. Ao finalizar, reitera o pedido de improcedência das exigências fiscais.

Ao exarar o Parecer de fls. 820 a 823, o 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. Ressalta que cabia ao recorrente comprovar o não recebimento das mercadorias, o que diz não ter ocorrido no caso em tela. Aduz que a jurisprudência deste CONSEF é no sentido de que as notas fiscais capturadas no CFAMT provam a circulação das mercadorias no Estado da Bahia, concluindo-se que o destinatário as recebeu. Explica que se aplica a alíquota de 17% quando se trata de cobrança de imposto em razão de presunção de omissão de saídas, conforme disposto no art. 50 do RICMS-BA. Opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

Em 07/08/2006, foram acostados aos autos os documentos de fls. 828 a 835, os quais são referentes ao pagamento de parte do Auto de Infração no valor de R\$863,63, mediante certificado de crédito.

Na sessão de julgamento, o ilustre representante da PGE/PROFIS solicitou que seu Parecer fosse retificado, para que fosse opinado pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente, afasto as preliminares de nulidade suscitadas no Recurso Voluntário, pois as alegações defensivas referentes às infrações 6 e 7 foram apreciadas e rechaçadas com a devida fundamentação na Decisão recorrida. Esse fato fica claro quando se observa que a Junta de Julgamento retificou os valores originalmente exigidos nessas infrações, acolhendo os documentos probantes apresentados na defesa. No que tange à aplicação da alíquota de 17%, saliento que a matéria foi analisada em primeira instância, tendo o relator citado os dispositivos legais que respaldam a utilização da referida alíquota na apuração do imposto devido nas infrações 6 e 7. Dessa forma, fica comprovado que a Decisão recorrida não incidiu em omissão e nem houve cerceamento de defesa.

Ao adentrar no mérito, constato que as notas fiscais citadas nas infrações 6 e 7, coletadas no CFAMT e acostadas ao processo são idôneas, estão endereçadas ao recorrente e referem-se a mercadorias que normalmente são comercializadas pelo contribuinte. Nessa situação, comungo com o entendimento externado pelo ilustre representante da PGE/PROFIS e considero que essas notas fiscais constituem provas materiais das aquisições nelas consignadas.

Visando elidir as acusações feitas nas infrações 6 e 7, o recorrente apresentou na defesa inicial documentos comprobatórios de devolução e de retorno de mercadorias. Esses documentos foram acolhidos e excluídos da autuação. No Recurso Voluntário, novos documentos comprobatórios de devoluções e de retorno foram acostados aos autos. Em consequência, esta 2ª CJF converteu o processo em diligência à ASTEC do CONSEF, para que fossem excluídos do lançamento os valores referentes a aquisições que não se concretizaram. A diligência foi atendida e os valores devidos nas infrações 6 e 7 passaram para, respectivamente, R\$ 159.246,76 e R\$ 13.958,45. Notificado acerca do resultado da diligência, o recorrente reiterou as alegações já expedidas anteriormente.

Dessa forma, entendo que está comprovado que apenas uma parte das aquisições arroladas nas infrações 6 e 7 não entraram no estabelecimento do recorrente e, portanto, acolho o resultado da diligência efetuada pela ASTEC. Ressalto que a notícia crime apresentado pelo recorrente, por si

só, não comprova que as demais aquisições arroladas na autuação tenham sido efetuadas por outras empresas.

Quanto ao emprego da alíquota de 17% na apuração do imposto devido nessas duas infrações, foi correto o procedimento dos autuante e foi acertada a Decisão recorrida, pois a exigência fiscal referente à infração 6 está respaldada na presunção prevista no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, cabendo ao recorrente comprovar a improcedência da presunção, o que não restou comprovado. Já no que tange à infração 7, o imposto foi cobrado por antecipação tributária e, nos termos do art. 377 do RICMS-BA, o imposto a ser antecipado é apurado mediante a aplicação da alíquota interna (17%) sobre a base de cálculo prevista.

Em face do acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar as infrações 6 e 7 procedentes em parte nos valores de, respectivamente, R\$ 159.246,76 e R\$ 13.958,45.

Quanto ao Recurso de Ofício, o qual versa sobre as infrações 4, 6 e 7, julgadas procedentes em parte, o meu posicionamento é o seguinte.

No que tange à infração 4, a qual foi julgada procedente em parte, observo que foram excluídas da exigência fiscal as operações com sucata de papelão, quando destinadas a contribuinte habilitado a operar no regime de diferimento. As exclusões efetuadas pelos autuantes e mantidas na Decisão recorrida estão corretas, pois a responsabilidade pelo recolhimento do imposto nesses casos cabe aos adquirentes da mercadoria, quando ocorrer qualquer uma das hipóteses previstas nos incisos do artigo 509 do RICMS-BA.

Apesar de os julgadores da Decisão recorrida afirmarem que o recorrido reconheceu a procedência da infração 4, a leitura do voto, especialmente do demonstrativo de débito, ali elaborado, deixa claro que a referida infração foi julgada procedente em parte pela 4ª JJF.

Relativamente às infrações 6 e 7, as quais foram julgadas procedentes em parte, entendo que a Decisão recorrida está correta, uma vez que está amparada em documentação probante acostada ao processo, provando que parte das mercadorias em questão não entrou no estabelecimento do recorrente. Ressalto que os valores excluídos da autuação pela primeira instância foram reconhecidos pelos próprios autuantes na informação fiscal.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, homologando a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime quanto às infrações 6 e 7, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281078.0001/05-1, lavrado contra **ATAKAREJO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$362.952,22**, acrescido das multas de 60% sobre R\$203.705,46 e 70% sobre R\$159.246,76, previstas no art. 42, II, “a”, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já efetivamente recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Quanto às infrações 6 e 7 – Recurso Voluntário): Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, Helcônio de Souza Almeida, Nelson Antonio Daiha Filho e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO (Vencido quanto às infrações 6 e 7 – Recurso Voluntário): Conselheiro Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2006.

TOSLTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VEIRIA - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS