

A. I. N° - 206915.0051/05-9
AUTUADO - JOSÉ CARLOS CARVALHO SILVA DE NOVA SOURE
AUTUANTE - JOSÉ JOAQUIM DE SANTANA FILHO
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 11.04.2006

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0109-01/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. Notas fiscais colhidas junto ao estabelecimento remetente por si só não são suficientes para caracterizar a infração. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/12/2005, exige ICMS no valor de R\$26.575,08 acrescido de multa de 60% pela falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88. O contribuinte não recolheu o ICMS devido por antecipação nas compras da mercadoria (açúcar), conforme Demonstrativo da Falta de Pagamento da Antecipação Tributária, anexo ao processo.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou impugnação às fls. 106 a 115, alegando como preliminar de nulidade do lançamento, que os fatos geradores haviam sido alcançados pela decadência. Afirmou que nos casos de lançamento por homologação o prazo decadencial está previsto no transcrito art. 150, § 4º, do CTN - Código Tributário Nacional, onde está expresso que se a lei não fixar prazo à homologação, o mesmo será de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador.

No caso em análise, os fatos geradores ocorreram no período de janeiro de 2000 a agosto de 2001, enquanto que o lançamento efetivado através do Auto de Infração formalizou-se em 18/01/2006, quando foi pessoalmente intimado na Repartição Fazendária. Desta forma, concluiu que contando o prazo de cinco anos a partir da ocorrência dos fatos geradores, foram alcançados pela decadência os meses de janeiro a dezembro de 2000.

No mérito, argüiu ser princípio do direito que o ônus da prova pertence a quem alega, caso em que a regra se aplica também ao direito tributário. Disse que, além disso, o lançamento, por ser um ato administrativo, goza de legitimidade. Esse fato, entretanto, não dispensa a autoridade administrativa de motivar o ato, condição indispensável à sua validade. Sobre o ônus da prova em direito tributário, transcreveu comentário do tributarista Hugo de Brito Machado e ementas referentes ao tema discutido.

Asseverou que a autuação não apresenta as provas relativas ao fato que lhe é imputado, que se refere à aquisição, transporte e comercialização de mercadorias dentro do Estado da Bahia. Argumentou que nenhuma das notas fiscais arroladas na autuação contem a sua assinatura ou de pessoa autorizada, comprovando o efetivo recebimento dos produtos, o que demonstra a falta de sua participação na operação de compra das referidas mercadorias. Disse ainda, que não existe nenhum registro procedido pelas autoridades fazendárias, que evidencie a entrada das mercadorias neste Estado.

Prosseguiu, dizendo que inexistindo comprovação de sua participação na realização das citadas operações, não se pode responsabilizá-lo pelos tributos, desde quando não existe fato material que corresponda à hipótese de incidência da obrigação tributária. Aduziu que o simples fato das notas fiscais terem sido emitidas em seu nome, não prova que as tenha adquirido, pois o remetente poderia emitir documentos fiscais em nome de qualquer comerciante, bastando para tanto que possuísse seus dados cadastrais.

Transcreveu o art. 219, inciso IX do RICMS/97, que trata do comprovante de entrega dos produtos discriminados na nota fiscal, argüindo que a declaração de recebimento é um meio indispensável na efetivação da transação comercial, sendo inclusive exigido pelo fisco na confecção das notas fiscais.

Afiançou, ademais, que jamais poderia ter participado das operações em questão, uma vez que se encontrava inativo desde a sua constituição, não tendo praticado nenhum ato de comércio, de acordo com os recibos de entrega das declarações anuais de rendimento, anexadas às fls. 128 a 132. Disse que esse fato foi evidenciado pelo próprio autuante, quando respondeu mensagem do Coordenador de Atendimento da Infaz Feira de Santana, conforme documento à fl. 134 dos autos. Referiu-se, ainda, às suas Declarações do Imposto de Renda Pessoa Física, acostadas às fls. 136 a 145, alegando que também comprovavam a sua inatividade, pelo fato de inexistirem recebimentos de rendimentos originários da empresa autuada.

Acréscitou que jamais solicitou talonários de notas fiscais à SEFAZ, indispensáveis ao exercício da atividade de comércio atacadista e varejista de cereais e produtos não especificados. Registrou também que nunca teve qualquer empregado, de acordo com os recibos das entregas e das Relações Anuais de Informações Sociais – RAIS (fl. 149).

Insurgiu-se contra a autuação, observando a inexistência de indícios que comprovassem a entrada das mercadorias no Estado da Bahia, por falta de carimbo das autoridades fazendárias dos postos fiscais existentes nas rodovias que ligam a Bahia ao Estado de Sergipe. Argumentou que seria impossível que a prática descrita no Auto de Infração passasse despercebida pela fiscalização, por mais de um ano, sem que nenhuma carga descrita nas notas fiscais fosse retida pelas alfândegas estaduais.

Asseverou que não tendo realizado qualquer fato negocial ou jurídico, que o torne obrigado a responder pelo ICMS como contribuinte, a imputação feita é indevida e, por consequência, o crédito tributário constituído é nulo. Concluiu, requerendo, preliminarmente, a nulidade do lançamento pertinente aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a dezembro de 2000, em face da decadência, e, no mérito, a sua improcedência.

O autuante, na informação fiscal prestada às fls. 152 a 154, afirmou que o autuado fora intimado para apresentar livros e documentos fiscais, para que pudessem ser auditados, especialmente em relação à antecipação do ICMS referente às compras de açúcar da Usina São José do Pinheiro Ltda, localizada no Estado de Sergipe, por não haver acordo entre esse estado e a Bahia, para retenção do imposto na fonte pelo remetente, de acordo com as notas fiscais encaminhadas à Infaz Alagoinhas para fiscalização, pela GEFIS – Gerência de Fiscalização. Alegou não ter encontrado o sujeito passivo para intimá-lo a respeito do Auto de Infração, pois o seu estabelecimento encontrava-se fechado, enquanto que o seu contador informou não dispor de documentos ou livros fiscais da empresa. Ponderou que em decorrência da impossibilidade de intimação pessoal do sócio da empresa, não se pode falar em decadência do direito do Estado da Bahia em cobrar o tributo devido, conforme determina o art. 965 do RICMS/97.

Quanto às alegações defensivas de nunca ter praticado atos de comércio, argumentou ser muito estranho que uma empresa se cadastre no sertão baiano como atacadista e varejista de cereais e

jamais chegue a funcionar ou solicite autorização da SEFAZ para impressão de documentos fiscais e que, entretanto, tenha seus dados cadastrais fornecidos a empresa estabelecida no Estado de Sergipe, sendo esses dados sigilosos e que venham a ser utilizados indevidamente na emissão de notas fiscais. Acrescentou que apesar das penalidades e dos riscos aos quais estava sujeito, por permanecer com a inscrição estadual ativa, o autuado não solicitou a sua baixa no cadastro estadual, assumindo a responsabilidade pela sua possível má utilização por terceiros.

Em relação à falta de vistos pela fiscalização, observou que geralmente os mesmos são aplicados nas primeiras vias das notas fiscais, que ficam em poder do contribuinte. Acrescentou ademais, ser inviável que as unidades da fiscalização alcancem todos os pontos da fronteira estadual, principalmente considerando a existência de diversas estradas secundárias utilizadas pelos contribuintes na fronteira “seca” entre os dois estados. Sugeriu a manutenção integral do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide faz exigência do imposto por antecipação, referente às aquisições de mercadorias (açúcar), provenientes de outra unidade da Federação e relacionadas no anexo 88.

O autuado argüiu a decadência do direito da Fazenda Pública Estadual em constituir o crédito tributário em relação aos fatos geradores transcorridos no exercício de 2000, sob a premissa de que apenas tomara ciência do Auto de Infração em 18/01/2006.

Afasto tal alegação, pois a legislação tributária do Estado da Bahia fixou o prazo de homologação em cinco anos a contar “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”, de acordo com o art. 107-A, inciso I, do COTEB, e art. 965, inciso I, do RICMS/97.

Ressalto que o presente Auto de Infração foi lavrado em 18/12/2005, data anterior ao termo final para a ocorrência da decadência, em 31/12/2005, não importando a data da notificação do autuado, conforme tem sido o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05 e 0102/12-05, do qual transcrevo parte:

“Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/98, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/03 para constituir o crédito tributário mediante o lançamento. No caso em tela, o crédito tributário foi constituído em 30/06/03, quando foi encerrada a ação fiscal. Portanto, quando foi lavrado o Auto de Infração, ainda não tinha se operado a decadência relativamente aos fatos geradores citados no Recurso Voluntário. O fato de o recorrente só ter sido notificada do lançamento em fevereiro de 2004 não quer dizer que o crédito tributário tenha sido constituído nesta data.” (grifo nosso).

Pleiteando a improcedência da autuação, o sujeito passivo argumentou inexistirem nos autos as provas concernentes ao recebimento das mercadorias objeto do lançamento, bem como da entrada dos produtos no território baiano, e ainda por ter permanecido inativo desde a sua constituição.

Considerando que as notas fiscais utilizadas no levantamento realizado pela fiscalização, foram coletadas no estabelecimento emitente situado em outra unidade da Federação, não existindo assim prova nos autos, quanto ao ingresso das mercadorias no território deste Estado, não há como se determinar, com segurança, a infração imputada ao autuado. Verifico inclusive que as notas fiscais objeto da autuação sequer constam no sistema de Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT, da SEFAZ/BA. Vale ressaltar que a Câmara Superior deste

CONSEF apreciou matéria idêntica e, através do Acórdão CS 1023/99, apresentou o seguinte posicionamento: *“as vias fixas das notas fiscais colhidas junto ao estabelecimento remetente não são suficientes para se caracterizar, com segurança, a infração”*.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **206915.0051/05-9**, lavrado contra **JOSÉ CARLOS CARVALHO SILVA DE NOVA SOURE**.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

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

CLARICE ANÍSIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - RELATOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - JULGADOR