

PROCESSO - A. I. Nº 298237.1207/05-6
RECORRENTE - RONDELI & RONDELLI LTDA. (SUPERMERCADO RONDELLI)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0024-01/07
ORIGEM - INFAC EUNÁPOLIS
INTERNET - 31/08/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0307-12/07

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DOCUMENTO DE AQUISIÇÃO INIDÔNEO. Confirmada a inidoneidade do documento fiscal, posto que sua impressão foi com base em AIDF não autorizada pela SEFAZ. Infração subsistente. 2. 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. Contribuinte alega a inocorrência da irregularidade, contudo, não apresenta qualquer elemento de prova hábil capaz de elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO PERMANENTE. FALTA DE PAGAMENTO. O autuado alega o não cometimento da infração, porém, sem apresentar qualquer elemento de prova hábil capaz de elidir a autuação. Infração caracterizada. Rejeitada a argüição de nulidade. Rejeitado o pedido de diligência. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a referida Decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal que, por unanimidade de votos, decidiu pela Procedência do Auto de Infração.

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/12/2005, imputa ao contribuinte o cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

- 1) Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documento inidôneo, no mês de abril de 2004, sendo exigido imposto no valor de R\$3.876,50, acrescido da multa de 100%. Consta que se trata de Documento não autorizado. AIDF falsa.
- 2) Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de janeiro, fevereiro, março, junho a dezembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$47.405,28, acrescido da multa de 70%.
- 3) Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinada ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$5.262,22, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls.125/131), reportando-se inicialmente à infração 1, afirmando que esta é improcedente, tendo em vista que não teria como

saber se a AIDF do fornecedor é falsa ou não, cabendo a Secretaria da Fazenda ter essa informação, sendo a glosa do crédito fiscal uma imposição de penalidade por ato que não cometeu.

No que concerne à infração 2, sustentou que a constatação da existência de notas fiscais, oriundas de Postos Fiscais ou arrecadadas em empresas fornecedoras, sem o devido registro na escrita fiscal, indica apenas a possibilidade de existência de ilícito tributário, porém, tal indício não se constitui um ilícito tributário. Citou e transcreve Roque Antonio Carrazza, para afirmar que deve o Estado comprovar a existência da ocorrência, ou seja, provar o efetivo ingresso das mercadorias na empresa, pois agindo diversamente estará invertendo o ônus da prova, comprometendo o princípio da segurança jurídica. Acrescentou que somente tomou conhecimento da existência de tais notas fiscais quando da presente autuação, informando que está acionando judicialmente as empresas tidas como fornecedoras para que esclareçam o motivo de emissão das notas tendo como destinatário o autuado. Pediu pela improcedência deste item da autuação.

Quanto à infração 3, argüiu a nulidade do levantamento, em decorrência de duplicidade de registro de notas fiscais em um mesmo demonstrativo. Afirmou que o autuante consignou nos demonstrativos várias notas fiscais com o destaque de estar registrada e não registrada, cobrando a diferença de alíquotas nas notas tidas como não registradas, classificando, porém, várias notas registradas como não registradas, implicando em duplicidade da exigência. Citou e transcreveu acórdãos dos tribunais administrativos dos Estados do Pará e Tocantins, para corroborar o seu entendimento.

Finalizou a sua peça defensiva pedindo a nulidade da autuação, no que concerne ao levantamento realizado e pela improcedência total do Auto de Infração pelas razões expostas. Pediu, ainda, a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para confirmação das suas alegações.

Na informação fiscal apresentada (fls.144/145), o autuante abordou as razões defensivas afirmando que, relativamente à infração 1, o RICMS/97 veda, em seu artigo 97, VII, o uso de crédito fiscal destacado em documento fiscal falso ou inidôneo, admitindo a sua utilização depois de sanada a irregularidade, ou se, não obstante o vício do documento, houver comprovação de que o imposto nele destacado foi efetivamente recolhido ou lançado.

No respeitante à infração 2, disse o autuante que as notas fiscais relacionadas foram obtidas nos Postos Fiscais ou diretamente dos fornecedores habituais do autuado, sendo que a simples negativa do recebimento das mercadorias ou o fato de ter interpelado judicialmente os seus fornecedores não descaracteriza a presunção de que ocorreu omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas não registradas.

Quanto à infração 3, esclareceu que os demonstrativos às fls. 62, 63 a 65 estabelecem o valor do ICMS devido, relativo à diferença de alíquotas nos exercícios de 2003 e 2004 e que o autuado não indicou na peça defensiva quais notas fiscais constam em duplicidade no levantamento, sustentando não existir a duplicidade suscitada pelo autuado.

Concluiu mantendo integralmente a autuação.

Considerando que as vias fixas das notas fiscais utilizadas no levantamento realizado pelo autuante foram coletadas nos estabelecimentos dos fornecedores, a 1^a JJF deliberou pelo encaminhamento do processo à INFRAZ/EUNÁPOLIS (fl. 150), a fim de que fossem juntadas as intimações para apresentação das vias fixas das notas fiscais feitas aos emitentes, sendo que, no despacho de encaminhamento do processo feito pela ASTEC/CONSEF, pelo Assistente do Conselho, Ciro Roberto Seifert (fl. 151) foi observado que, caso houvesse juntada de novos documentos, deveria ser concedido ao autuado o prazo de 10 (dez) dias para se manifestar.

Às fls. 153/167, a repartição fazendária juntou as intimações feitas aos emitentes das notas fiscais arroladas na autuação, conforme solicitado na diligência, contudo não concedeu o prazo

determinado de 10 (dez) dias, o que resultou no retorno do PAF à INFRAZ/EUNAPÓLIS (fl. 171), para atendimento.

Às fls. 177/178, o contribuinte reiterou todos os termos das argumentações anteriormente apresentadas e, quanto à diligência solicitada, argüiu a sua nulidade, por não ter sido apresentada pela repartição cópia da solicitação, prejudicando o seu direito a ampla defesa e ao contraditório.

A 1ª JJF, após discutir em pauta suplementar as argüições defensivas, deliberou pelo retorno do processo à INFRAZ de origem, a fim de que fosse entregue ao autuado, mediante recibo específico, cópia da diligência solicitada à fl. 150 dos autos.

À fl. 188, consta a confirmação de recebimento pelo autuado, através de advogado, de cópias das solicitações de fls. 150 e 185. Às fls. 190 a 194, o autuado se manifestou reiterando todos os termos das argumentações defensivas, citando ensinamentos de Roque Antonio Carrazza sobre a presunção e a sua característica de não produzir certeza, mas, apenas probabilidade. Acrescentou que o autuante não comprovou a acusação, havendo no caso, a inversão do ônus da prova quando este diz que o contribuinte não comprova a inexatidão da acusação. Citou e transcreveu, ainda, lição de Hugo de Brito Machado sobre o ônus da prova, afirmando que está interpelando judicialmente seus fornecedores em face de emissão de notas fiscais fictícias, utilizando-se dos dados do autuado. Sustentou que não se pode presumir a omissão de saída pela falta de registro em face de uma entrada não comprovada, mas, sim, a omissão de saídas por falta de registro de uma entrada comprovada.

Prosseguindo, disse que os documentos juntados pelo autuante às fls. 153/167, não atendem ao solicitado na diligência de fl. 150, pois, à fl. 153, o autuante anexou uma intimação recebida pelo emitente em 04/05/2005, e à fl. 154/155, uma relação de notas fiscais estranhas aos autos e não destinadas ao autuado, datadas de 03/05/2005, portanto, antes da intimação feita ao emitente daquelas notas fiscais. Asseverou que o mesmo ocorreu com a intimação de fl. 156 que é de 25/07/2005, recebida pelo emitente em 28/07/2005, sendo que a relação das notas fiscais apresentadas é de 25/07/2005, portanto, 3 dias antes do recebimento da intimação pelo emitente. Acrescentou que, por não existir a comprovação de apresentação das vias fixas das notas fiscais apontadas pelo autuante, o que não confirma o ingresso das mercadorias neste Estado, deve prevalecer a inteligência do Acórdão CS Nº 1023/99.

Finalizou requerendo a Improcedência do Auto de Infração.

Através do Acórdão JJF n.º 0024-01/07, decidiu a 1.ª Junta de Julgamento Fiscal pela procedência do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) deve ser rejeitada a nulidade suscitada pelo autuado, uma vez que “*o levantamento foi realizado com observância das disposições regulamentares, inexistindo motivo para a sua decretação*”, sendo “*desnecessária a realização de diligência no intuito de realização de revisão fiscal, considerando que os elementos constantes nos autos são suficientes para formação do meu convencimento sobre a lide, conforme determina o artigo 147, do RPAF/99*”;
- b) no que tange à nulidade da diligência solicitada à fl. 150, a mesma não merece ser acolhida, posto que “*a realização da diligência foi uma deliberação da 1ªJJF, após discussão em Pauta Suplementar, no intuito de preservar o direito a ampla defesa e ao contraditório do próprio autuado, haja vista que não constava nos autos os documentos indispensáveis à comprovação da forma pela qual o autuante obteve as notas fiscais arroladas na autuação, consoante Decisão deste CONSEF, precisamente da Câmara Superior através do Acórdão nº. 1023/99*”;
- c) quanto ao mérito da infração 1, decidiu que “*às fls. 14/15 estão anexadas cópias reprográficas das Notas Fiscais nºs. 0374 e 0376, cuja AIDF constante no rodapé tem o nº. 99070041202004, de 01/03/2004*”, ressaltando, todavia, que “*conforme se verifica no extrato do PAIDF às fls. 16/17, inexistente AIDF com essa numeração, confirmando assim a falsidade da autorização e, conseqüentemente, a inidoneidade das referidas notas fiscais, sendo vedado o crédito fiscal destacado nos referidos documentos fiscais, consoante estabelece o artigo 97, VII, do*

RICMS/97"; prosseguiu aduzindo que discordava do entendimento do autuado, pois "o fulcro da acusação fiscal reside no fato de os documentos fiscais de aquisição terem sido considerados inidôneos, em virtude de impressão com AIDF falsa", bem como que "A existência de documentação fiscal do emitente, comprovadamente irregular, não pode permitir que o Estado a declare idônea para documentar a operação", salientando que "No caso sob exame, seria admitir o total descontrole das impressões realizadas pelas gráficas, que estão subordinadas a diversos procedimentos regulamentares para que possam imprimir documentos fiscais e, por consequência, o total descontrole por parte do Estado quanto aos documentos utilizados pelos contribuinte", transcrevendo o art. 193, II, § 1.^º e § 2.^º, do RICMS/97; invoca, também, o art. 660, do RICMS/97, para asseverar que "a existência de documento fiscal impresso sem a devida observância das disposições regulamentares - de cunho nacional, pois, originárias de Convênios SINIEF e Ajuste/SINIEF- desde que devidamente comprovada, determina a procedência da autuação considerando a inidoneidade das notas fiscais arroladas na autuação";

- d) de referência à infração 2, assinala que "Não obstante o entendimento do autuado, há que se observar que a exigência fiscal está lastreada na presunção legal prevista no artigo 4^º, § 4^º, da Lei 7.014/96", ressaltando que "sendo uma presunção legal "juris tantum", se tem como verdadeira a acusação enquanto o sujeito passivo não provar o contrário, sendo dispensado o ônus da prova ao Fisco, não existindo, assim, a inversão do ônus da prova conforme alegado pelo autuado", sendo entendimento reiterado do CONSEF que "as notas fiscais destinadas a determinado contribuinte se constituem prova bastante da realização das operações a elas referentes, não havendo necessidade de juntada de outras provas pela fiscalização e que, ao contrário, cabe ao destinatário das mercadorias demonstrar cabalmente que não realizou tais aquisições pelos meios de que disponha"; por fim, salienta que "não assiste razão ao autuado quando sustenta que os documentos juntados pelo autuante às fls. 153/167, não atendem ao solicitado na diligência de fl. 150, pois, o autuante anexou uma intimação recebida pelo emitente em 04/05/2005, e à fl. 154/155, uma relação de notas fiscais estranhas aos autos e não destinadas ao autuado, datadas de 03/05/2005, portanto, antes da intimação feita ao emitente daquelas notas fiscais", quando, "as intimações com as respectivas relações das notas fiscais anexadas aos autos pelo autuante, estão cronologicamente corretas", sem prejuízo do fato de que "a diligência solicitada pela 1^a JJF teve o intuito de identificar a regularidade de coleta das notas fiscais acostadas aos autos pelo autuante, o que indubitavelmente ocorreu";
- e) no que pertine à infração 3, entendeu o julgador de Primeira Instância que "apesar de alegar o autuado não indica na peça impugnatória as notas fiscais que estariam sendo exigidas em duplicidade, inobservando o que determina o artigo 123, do RPAF/99", cujo teor transcreveu, não trazendo aos autos nenhum elemento de prova hábil capaz de elidir a acusação fiscal.

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, salientando, inicialmente, que "reitera todos os termos das argumentações já deduzidas em sua impugnação inicial", ao tempo em que alinha novos fundamentos no presente Recurso Voluntário.

Alega a incongruência da Decisão recorrida, uma vez que, quanto à infração 1, não existe no RICMS e em nenhuma norma tributária a obrigatoriedade do contribuinte exigir regularidade fiscal de seus fornecedores, aplicando-se tal exigência somente em relação aos órgãos públicos no que se refere aos procedimentos licitatórios, em face de expressa previsão na Lei n.^º 8.666/92. Questiona o porquê de o Fisco Estadual não ter realizado o levantamento quantitativo de estoques, respondendo que certamente não o fez através de seu fiscal autuante porque não interessava o feitio do levantamento porque o mesmo iria demonstrar a existência de diferenças.

No que concerne à infração 2, assevera que o decisório recorrido faz tábula rasa dos argumentos de defesa, posto que sequer contestou a argumentação defensiva de que houve ajuizamento de interpelação judicial contra as empresas emitentes das notas fiscais. Aduz que se uma prova

dessa não é suficiente então deve-se suprimir o contraditório e o direito de defesa no processo administrativo, uma vez que as alegações do contribuinte jamais serão levadas em consideração. Afirma que a prevalecer entendimentos simplistas, desta natureza, termina-se por sepultar a credibilidade dos julgamentos na instância administrativa. Pugna pelo reexame da questão. Salienta que no caso de omissão de entradas, quando se tratar de estabelecimentos classificados no ramo de supermercados, é impossível aplicar-se a presunção de que toda omissão de registro de notas fiscais de entrada redundará, inexoravelmente, em omissão de saídas das aludidas mercadorias não registradas. Isso porque todo supermercado, no seu entendimento, deve promover suas saídas através de registro em máquinas registradoras ou em equipamento emissor de cupom fiscal. Logo, prossegue, a mercadoria jamais poderia sair sem que fosse oferecida à tributação. Ainda nesse envolver, ressalta que no caso de supermercados a falta de registro de entradas de mercadorias, resultará sempre em prejuízos ao contribuinte (e nunca para o Estado), posto que sendo a saída irremediavelmente registrada (pela máquina), o contribuinte é que estará pagando mais imposto, pois não terá a possibilidade de se creditar do imposto pago pelas entradas não registradas, razão pela qual improcedente se apresenta a autuação. Argumenta que se presumida a omissão de saídas de mercadorias, em face da falta de registro de determinadas notas fiscais, deixa-se de se conceder, à autuada, o direito ao crédito do ICMS destacado nas aludidas notas fiscais. Daí porque, alega, ainda que supostamente existente a infração, o valor do tributo a ser apurado na peça impositiva deveria ser deduzido do montante já recolhido e destacado nas notas fiscais não registradas.

No tocante à infração 3, repisa integralmente os argumentos expendidos em sua peça impugnatória colacionada aos autos.

O ilustre representante da PGE/PROFIS, após tecer breve escorço histórico do presente PAF, invocando as razões de decidir do julgador de primeira instância, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Tendo em vista que o autuado, na sua peça recursal, prefacialmente, repisa todos os argumentos expendidos na sua impugnação, cumpre-nos enfrentar, inicialmente, as preliminares de nulidade pelo mesmo suscitadas naquele petitório.

Entendo, tal qual o julgador de primeira instância, que o levantamento fiscal foi realizado com estrita observância das disposições regulamentares, não havendo qualquer motivo que enseje o acolhimento da preliminar invocada.

Ademais, deve ser rejeitado o pedido de diligência, visto que, à luz do quanto disposto no art. 147, do RPAF/99, já existem, nos autos, elementos suficientes para a formação de minha convicção pessoal.

De referência à nulidade da diligência solicitada à fl. 150, a mesma não merece ser acolhida, tendo em vista que aquela diligência preservou o direito à ampla defesa e ao contraditório do próprio autuado, haja vista que não constavam nos autos os documentos indispensáveis à comprovação da forma pela qual aquele obteve as notas fiscais arroladas na autuação, consoante Decisão deste CONSEF, precisamente da Câmara Superior através do Acórdão nº. 1023/99.

Acompanho, de igual forma, o entendimento esposado pelo julgador de primeira instância, no que se refere à apreciação da tese recursal quanto a infração 1.

De fato, restou comprovado, com clareza solar, que as Notas Fiscais jungidas aos autos foram expedidas por contribuinte que se encontravam em situação irregular, sem prejuízo do fato de que indicam AIDF, cujo número é inexistente. Ora, assim sendo, ao contrário do quanto afirmado pelo autuado, caberia ao mesmo comprovar a efetiva realização do negócio constante dos referidos documentos fiscais, o que efetivamente não ocorreu. Poderia, sim, o mesmo ter demonstrado o pagamento das operações, mas não o fez. Ademais, ainda no que tange à aludida

infração, impende observar que as Notas Fiscais não indicam o transportador, bem como não contêm carimbos de postos fiscais que existem no percurso Salvador-Eunápolis.

Ingressando na seara de análise da infração 2, entendo que razão alguma assiste ao recorrente. Senão, vejamos.

Da simples leitura das notas fiscais acostadas aos presentes autos, facilmente se percebe que as mesmas revelam que os dados nela inseridos são do recorrente, bem como indicam mercadorias compatíveis com o ramo de atividade por ele desenvolvido. Além disso, desprovida de qualquer validade jurídica se apresenta a tese recursal de que as supostas remetentes foram interpeladas judicialmente pelo recorrente, uma vez que, além de não terem sido efetivamente comprovadas - não foram trazidos espelhos dos processos judiciais, tão-somente cópia da possível inicial com o DAJ que não indica precisamente a ação proposta – a interposição das aludidas medidas judiciais não é suficiente para elidir a infração, visto que sequer existe Decisão judicial primária a respeito. Há que se rejeitar, também, a alegação recursal de tributação das mercadorias na saída, através do ECF, tendo em vista que é de corriqueira sabença que é possível que o estabelecimento promova a saída a mercadorias sem que previamente as mesmas passem pelo registro da referida máquina fiscal.

Por fim, com relação à infração 3, comungo com o entendimento externado pelo *a quo* no sentido de que, apesar de o autuado alegar, o mesmo não indica na peça impugnatória as notas fiscais que estariam sendo exigidas em duplicitade, descumprindo o mandamento legal insculpido no artigo 123, do RPAF/99, já transscrito na Decisão recorrida, quedando-se silente em colacionar aos autos qualquer elemento de prova hábil capaz de elidir a acusação fiscal.

Destarte, em face de tudo quanto acima exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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 298237.1207/05-6, lavrado contra **RONDELI & RONDELLI LTDA. (SUPERMERCADO RONDELLI)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$56.544,00**, acrescido das multas de 60% sobre R\$5.262,22, 70% sobre R\$47.405,28 e 100% sobre R\$3.876,50, previstas no artigo 42, incisos II, alínea “f”, III e IV, alínea “j”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de agosto de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA DULCE HANSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. PGE/PROFIS