

PROCESSO - A. I. N° 269515.0002/06-3
RECORRENTE - ATIBAIA AGRIBUSINESS E ENERGÉTICA DO NORDESTE LTDA. (ATIBAIA DO NORDESTE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2^a JJF n° 0413-02/06
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS
INTERNET - 30/04/2008

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0123-11/08

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES A TÍTULO DE REMESSAS PARA ARMAZÉM GERAL. INOCORRÊNCIA DAS EFETIVAS OPERAÇÕES. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Correta a exigência fiscal. Apesar das indicações nos documentos fiscais de que se tratavam de remessas para depósito, tais operações não se confirmaram. Infração subsistente. 2. DIFERIMENTO. ALGODÃO EM PLUMA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. Nas saídas interestaduais dos produtos diferidos, o imposto deverá ser recolhido pelo remetente, antes de iniciada a remessa das mercadorias, mediante documento de arrecadação, salvo se exibido Certificado de Crédito do ICMS ou existir concessão de Regime Especial para recolhimento no prazo previsto para os contribuintes normais. Infração caracterizada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, face as mercadorias serem destinadas ao ativo permanente. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração não elidida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2^a JJF, concretizada no Acórdão n° 0413-02/06, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 19/01/2006, exigindo ICMS, no valor de R\$4.533.580,96, acrescido das multas de 50% e 60%, além de multa de R\$9.816,24 por descumprimento de obrigação acessória referente às seguintes infrações:

1. Deixar de recolher o ICMS no valor de R\$2.100.876,95, nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, durante os meses de março a maio de 2005, em razão de remessas para armazenamento, sem destaque do imposto, correspondente a 3,5 milhões de quilos de algodão em pluma, junto à empresa Sudoeste Têxtil, na cidade de Urandi/BA, sem que tais operações tivessem sido realizadas (demonstrativo de fl. 07).
2. Deixar de recolher o ICMS substituto por diferimento no valor de R\$2.333.821,43, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, nos meses de março a junho de 2005, por ter o contribuinte realizado remessas de algodão em pluma para outras unidades da

Federação, com base no artigo 347 do RICMS/97, porém sem efetuar os recolhimentos totais do ICMS, por cessação do Regime de Diferimento previsto no artigo 348 do mesmo Regulamento, conforme demonstrativo às fls. 08 a 12.

3. Recolhimento do ICMS efetuado a menos, no valor de R\$720,00, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro RAICMS, no mês de maio de 2005, consoante demonstrativo à fl. 13.
4. Deixar de recolher o ICMS no valor de R\$98.162,58, decorrente da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de abril, outubro e novembro de 2004, janeiro e fevereiro de 2005, segundo demonstrativo à fl. 14.
5. Dar entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias. Valor do débito: R\$9.816,24.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 769 a 795), sustentando o não cometimento das infrações constantes do Auto de Infração, exceto a de nº 03, com base nos seguintes argumentos:

INFRAÇÃO 1 - Alega que houve recusa da destinatária em receber a mercadoria, por não atender às expectativas e que o retorno delas está lançado no seu Livro de Registro de Entradas, no mês de julho de 2005.

INFRAÇÃO 2 - Assevera que o imposto incidente sobre tais operações de venda foi debitado em conta gráfica no mês da saída das mercadorias em seu estabelecimento, no livro Registro de Apuração do ICMS, campo “débito do imposto”, tendo sido apurado saldo a pagar, que não houve prejuízo para o Estado, pois pago o ICMS devido sobre as vendas objeto da autuação e admite que adotou procedimento diverso do previsto na legislação tributária, porém que não deve ser punido por falta de recolhimento do imposto, sob pena de se caracterizar cobrança do tributo em duplicidade, porque o seu procedimento, no máximo, resultou numa eventual postergação do imposto, protestando contra a multa que lhe foi aplicada com base no artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 - Discorda da acusação fiscal de falta de recolhimento do imposto referente à diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias para o ativo fixo, dizendo que os dados obtidos junto ao CFAMT e ao SINTEGRA são insuficientes para averiguar se as mercadorias foram recebidas pelo estabelecimento, ressaltando que as notas fiscais não foram lançadas em virtude de terem sido devolvidas.

INFRAÇÃO 5 - Suscita a nulidade deste item, argüindo que a acusação fiscal de existência de entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o registro na escrita fiscal foi feita de forma genérica, uma vez que a autuação apenas capitula a infração no artigo 322 do RICMS/97, sem identificar qual o inciso e/ou parágrafo que se enquadra, buscando amparo na tese de que houve cerceamento de defesa.

Por fim, requer a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua Informação Fiscal (fls. 997 a 999), rebate as alegações defensivas, sob os fundamentos adiante exposto:

INFRAÇÃO 1 - Diz que o contribuinte não fez a juntada aos autos de cópia do Registro de Entradas referente ao mês de julho de 2005 para comprovar os referidos lançamentos a título de estorno. Questiona a explicação de como as operações realizadas nos meses de março, abril e maio somente foram lançadas no mês de julho e esclarece que o e-mail da Sudoeste Têxtil afirma que as operações nunca foram realizadas, que o carimbo é falso e que o funcionário é inexistente (fls. 933 a 987). Chama a atenção de que na entrada do estabelecimento da Sudoeste Têxtil existe um posto fiscal, sendo impossível a circulação de qualquer mercadoria sem o carimbo daquele posto. Prossegue, afirmando que as cópias das notas fiscais apresentadas pelo autuado (fls. 553 a

555) não estavam carimbadas pelo posto fiscal. Sugere, por considerar que houve desrespeito ao Estado da Bahia, que o processo seja encaminhado à Delegacia de Crime Contra a Ordem Fazendária para as providências necessárias ao enquadramento da empresa Atibaia Agribusiness ao rigor da Lei nº 8.137 de 27/12/1990 e ao Conselho Regional dos Contabilistas visando apurar responsabilidades pela produção de lançamentos falsos em livros fiscais.

INFRAÇÃO 2 - Aduz que o contribuinte pretende operar como se estivesse credenciado à apuração do ICMS em conta corrente fiscal, porém, até o Regime Especial para pagamento até o dia 9 de cada mês foi indeferido pela SEFAZ (doc. fl. 988). Sustenta que o estabelecimento deve recolher o ICMS em cada operação que realizar. Protesta contra a afirmativa de que a mercadoria não transitou pelo território baiano, dizendo que as dezenas de conhecimentos rodoviários de cargas que estão apensadas ao processo provam o contrário. Assevera, ainda, que são altamente comprometedores os depoimentos feitos pela Delegacia Especializada de Ordem Tributária do Estado de Sergipe (docs. fls. 989 a 922).

INFRAÇÃO 3 - Certifica que o autuado reconheceu o mérito do procedimento fiscal e efetuou o recolhimento do imposto devido (doc. fl. 867).

INFRAÇÃO 4 - Assegura ser descabido o argumento defensivo de que houve devolução das mercadorias, pois as notas fiscais apensadas às fls. 72 a 93 foram coletadas diretamente dos fornecedores dos equipamentos fornecidos ao autuado (docs. fls. 993 a 996).

INFRAÇÃO 5 - Esclarece que o autuado recebeu cópias das notas fiscais capturadas pelo CFAMT e pelo SINTEGRA (fl. 05) e a infração está enquadrada no artigo 322, I, § 2º e § 3º, I, do RICMS/97.

Manteve integralmente o procedimento fiscal e reiterou que a Delegacia de Crime Contra a Ordem Fazendária seja chamada à lide.

Em pauta suplementar, a JJF decidiu pela conversão do processo em diligência à INFAZ de Barreiras, para que, mediante intimação, fosse dado vistas ao autuado da informação fiscal, em razão dos esclarecimentos que foram prestados em relação às infrações nºs 01 e 05.

A JJF, na diligência, instruiu como primeira providência, que fosse solicitada da empresa Sudoeste Têxtil da Bahia Ltda. declaração devidamente assinada, confirmando o teor do e-mail constante à fl. 987. Em seguida, após o atendimento à primeira solicitação, que fosse intimado o sujeito passivo, fornecendo-lhe, sob recibo, cópias do presente despacho, da declaração constante na primeira providência e dos documentos a seguir relacionados, reabrindo-se o prazo de trinta dias, para sobre eles se manifestar, querendo:

1. Informação fiscal - doc. fls. 997 a 999;
2. Informação Fiscal - doc. fl. 983;
3. Notas Fiscais nºs 553 a 554 (frente e verso) - docs. fls. 984 a 986;
4. E-mail da empresa Sudoeste Têxtil da Bahia Ltda, após sua assinatura - doc. fl. 987;
5. Extrato INC - Informações do Contribuinte referente Proc. nº 24596120028 - doc. fl. 988;
6. Termos de Declaração de Alberto José da Silva e de Mauro Dias de Souza, prestados à Delegacia Especializada de Ordem Tributária (SE) - docs. fls. 989 a 992;
7. Solicitações de documentos fiscais expedidas às Empresas Industrial Agrícola Fortaleza Imp. e Exp. Ltda. e SPP Agaprint Industrial Comercial Ltda - docs. fls. 993 a 996;
8. Relatórios de Comunicação (FAX) anexos a cada documento citado;
9. Presente despacho;
10. Declaração referida na primeira providência acima.

O autuante juntou a declaração devidamente assinada pela Sudoeste Têxtil da Bahia (fl. 1012), informando que nunca efetuou qualquer operação comercial com o autuado, cumprindo-se a segunda parte da diligência ao intimar e entregar ao autuado, os documentos indicados pela JJF.

Às fls. 1.022 a 1.031 houve a manifestação sobre a diligência, no teor adiante resumido:

INFRAÇÃO 1 - Afirma que as mercadorias listadas nas notas fiscais utilizadas na apuração do débito deste item se encontravam em estoque, cujas saídas ocorreram posteriormente, conforme provará. Diz que a declaração da Sudoeste de que não recebeu as mercadorias confirma sua tese e que a devolução não está escriturada nos livros fiscais por equívoco de interpretação do evento tributário. Salienta que as notas fiscais deveriam ter sido canceladas, pois a operação de compra e venda ou de remessa não se concretizou. Destaca que como não houve a saída da mercadoria do seu estabelecimento nem a entrada da mesma no estabelecimento da Sudoeste, não houve a obrigação de escriturar os documentos fiscais no livro Registro de Entradas. Aduz que não foi comprovada a existência de circulação de mercadorias e que a fiscalização não procedeu à conferência do estoque físico da empresa, mediante análise do livro Registro de Inventários, de modo a identificar se realmente houve a saída das mercadorias. Indaga como pode ser afirmado que a mercadoria adquirida naquele mês veio efetivamente a sair da empresa se não analisado o estoque. Considera que a conclusão do autuante está baseada em presunção de omissão de saídas, ferindo o princípio da legalidade.

INFRAÇÃO 2 - Considera a acusação fiscal falsa, desprovida de provas e com excesso de poder, deixando clara a intenção do agente fiscalizador de constrangê-lo, perseguindo-o e imputando-lhe fatos que a seu ver nunca existiram. Assegura que se a mercadoria pertencia à outra empresa e se o transporte era realizado por outra pessoa, não tem qualquer responsabilidade ou comprometimento sobre o assunto.

INFRAÇÃO 5 - Mantém sua alegação de que houve cerceamento de defesa, ressaltando que a acusação fiscal está descrita de forma genérica, sem especificar sua autuação e impedindo de se manifestar, pois foi alegado que o estabelecimento deu entrada de mercadorias não tributáveis sem o registro na escrita fiscal, capitulando a infração no artigo 322, tornando impossível adivinhar qual o inciso e/ou parágrafo que foi delimitada a infração. Transcreveu o citado artigo, seus incisos e parágrafos, para argumentar que neles existe uma infinidade de normas, com antecedentes e conseqüentes diversos, tornando impossível saber se está sendo autuado porque não escriturou o livro Registro de Entradas, modelos 1 e 1-A, ou porque não foram observadas as normas dispostas nos incisos ou caput dos parágrafos do artigo.

A Junta de Julgamento Fiscal inicialmente registrou em sua Decisão, que na fase de instrução do processo, em função da informação fiscal, produzida pelo autuado após a impugnação, o processo foi convertido em diligência para a ciência do autuado, e entrega de todos os levantamentos e demonstrativos, relacionados no despacho à fl. 1.007, inclusive a informação fiscal, de modo a evitar futura alegação de cerceamento de defesa pelo órgão julgador. O que foi devidamente cumprido pela INFRAZ Barreiras, conforme documento à fl. 1.014.

Em seguida, passou a JJF a analisar cada infração chegando as seguintes conclusões:

INFRAÇÃO 1 - Visando elidir a autuação, o autuado alegou na primeira impugnação que houve recusa da destinatária (Sudoeste Têxtil da Bahia Ltda.) em receber as mercadorias constantes nos documentos (Notas Fiscais nºs 553, 554 e 555), conforme carimbos constantes no verso das notas fiscais, e que o retorno estaria lançado no livro Registro de Entradas no mês de julho de 2005. Na segunda impugnação, alegou que, por equívoco de interpretação do evento, a devolução não foi escriturada nos livros fiscais, e que as notas fiscais deveriam ter sido canceladas, pois a operação de compra e venda ou de remessa não se concretizou.

Resume, então, a JJF que, existindo nos autos declaração subscrita pelo contribuinte Sudoeste Têxtil da Bahia de que nunca efetuou qualquer transação comercial com o autuado (doc. fl. 1.012) e, consequentemente, nunca adquirido ou armazenado algodão em pluma ou qualquer outra mercadoria pertencente ao mesmo, bem assim que os carimbos constantes nos documentos fiscais são falsos, a infração está devidamente caracterizada, cabendo ao autuado, se fosse o caso, apresentar um levantamento de estoque contemplando todo o exercício de 2005 de modo a comprovar que não houve a saída das mercadorias, mas apenas mero erro na emissão dos documentos fiscais, consoante pretende o defendant.

Conclui na linha de que, tratando-se de exigência de imposto baseado em notas fiscais de remessas de mercadorias para armazenamento, com a comprovação de que tais operações realmente não foram efetivadas, não há como se admitir estar a autuação baseada em presunção, pelo que fica mantido o lançamento.

INFRAÇÃO 2 - Remessa de algodão em pluma para outras unidades da Federação, através das notas fiscais relacionadas às fls. 08 a 12, sendo que o autuado não negou que a operação de remessa ocorreu para fora do Estado sem tributação, afirmado, apenas, que inexistiu prejuízo ao fisco baiano, tendo em vista que o recolhimento do imposto ocorreu através da conta corrente fiscal, enquanto o autuante assevera que o não oferecimento da tributação das notas fiscais objeto da autuação gerou prejuízo ao Erário Estadual.

Considerando que o ICMS tem regime de apuração mensal, entendeu a JJF que não teria prejuízo para o Estado se a devolução e a operação de transferência com destaque do imposto nas notas fiscais tivessem ocorrido no mesmo período de apuração.

Decidiu que, em conformidade com o art. 6º, VI, “a” não há incidência do ICMS sobre as operações de saídas de mercadorias com destino a armazém geral situado neste Estado, havendo, por exclusão, incidência do imposto nas operações de saída de mercadorias destinadas a armazém geral situado em outro Estado, já que inexistente regra expressa de dispensa de imposto na legislação, sendo correta a exigência do imposto da operação de remessa para armazenagem fora do Estado, conforme adotado pelo autuante. Assim, subsistente a autuação e devida a multa aplicada, conforme previsão do artigo 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 - O autuado reconheceu o cometimento da infração, tendo inclusive já efetuado o recolhimento, conforme DAE à fl. 867.

INFRAÇÃO 4 - A imputação trata da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo fixo, tendo o autuado, na sua defesa, argüido que a conclusão fiscal está baseada em indícios, contestando a acusação, sob o fundamento de que as notas fiscais, parte obtidas junto ao CFAMT, não foram lançadas em virtude de terem sido devolvidas.

Analisa os documentos de fls. 72 a 93, onde parte das notas fiscais foi obtida junto ao CFAMT e parte junto aos fornecedores, embora em todas elas constem que as mercadorias realmente se tratam de bens destinados ao ativo imobilizado, tais como, motores, máquinas e plataformas agrícolas, e, portanto, sujeito ao pagamento da diferença de alíquotas.

Salienta o entendimento do CONSEF de que a apuração de ocorrências baseada em notas fiscais coletadas pelo CFAMT serve como elemento de prova, pois ao serem obtidas nos postos fiscais indicam que as mercadorias foram destinadas ao estabelecimento do contribuinte.

Observadas as Notas Fiscais nºs 44.262, 44.263, 44.265, 44266, 44.655, 44.658 e 44659, obtidas junto ao fornecedor Industrial Agrícola Fortaleza Imp. e Exp. Ltda, embora não tenha sido carreada aos autos as cópias coletadas no CFAMT, mantém a JJF a exigência fiscal sobre as referidas notas fiscais, justificando que o próprio autuado declarou terem as mercadorias como destino o seu estabelecimento e que foram devolvidas, sem, entretanto, comprovar tal alegação.

Infração 05 - Multa por falta de registro, na escrita fiscal do contribuinte, de notas fiscais referentes às aquisições de mercadorias não sujeitas à tributação. O autuado suscitou a nulidade com base na preliminar de cerceamento de defesa, por entender que a acusação não especificou qual o inciso, e/ou parágrafo, do artigo 322, do RICMS, que delimita a autuação. A JJF considerou que o autuante esclareceu estar a infração capitulada no artigo 322, I, §2º e §3º, I do RICMS/97 e que o autuado foi regularmente intimado. Ressaltou a JJF que a legislação prevê a aplicação da multa de acordo com o art. 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96, mantendo o lançamento, sob o fundamento de que o autuado recebeu cópias das notas fiscais e não apresentou nenhum elemento de prova no sentido de que elas estivessem lançadas no livro fiscal próprio ou sido devolvidas através dos mesmos documentos, conforme alegado.

Decisão pela Procedência do Auto de Infração.

Em Recurso Voluntário (fls. 1060 a 1084), o contribuinte postula a reforma da Decisão recorrida, argüindo que o Acórdão da JJF, julgando a defesa do Auto de Infração que ora se combate, não aplicou o melhor direito, merecendo ser reformado.

No Recurso Voluntário, o sujeito passivo contesta o decisório referentemente a todas as infrações debatidas, quais sejam, as de nºs 1, 2, 4 e 5 do Auto de Infração, apresentando, em síntese os seguintes pontos defensivos:

INFRAÇÃO 1:

Não obstante as impugnações do recorrente no sentido de que: a) a operação não se concretizou devido a desacordo comercial unilateral, manifestado pela Sudoeste Têxtil, b) não houve a saída das mercadorias, já que estavam no estoque e c) incorreu em erro, pois teria de cancelar as notas fiscais, tendo em vista a não-concretização da operação de compra e venda, entendeu a Junta de Julgamento manter a infração.

Cita que o artigo 142 do CTN preconiza a competência para a autoridade administrativa constituir o crédito e demonstrar a ocorrência do fato gerador, do que resulta caber ao Fisco o ônus da prova, não gozando de presunção de legitimidade suas assertivas e conclusões pessoais/unilaterais.

Sustenta que o auditor fiscal sequer compareceu à empresa defendant para verificar o levantamento de estoque, nem conferir o livro de Inventário. Afirma que o Fisco não poderia presumir a saída de mercadorias, vez que elas se encontravam em estoque, suscitando que a legislação vigente não contempla levantamento por presunção como indicador de omissão de saídas e, se contemplasse, seria uma afronta ao Código Tributário e à CF. Assegura que o Auto de Infração é nulo, no específico, por ferir o princípio do ato regrado ou vinculado à Lei (CTN, art. 97, I e III; 114; 116, I; 141 e 144; CF/88, art. 5º, II, 37, caput; 150, I)

INFRAÇÃO 2

Afirma o recorrente que de acordo com as notas fiscais indicadas pelo AGENTE fiscal, as mercadorias vendidas foram compradas por produtor rural estabelecido fora do Estado da Bahia, o destinatário final da mercadoria não pertence ao Estado. Em razão disso, houve emissão de notas fiscais com remessa por conta e ordem a esses compradores. Aduz ainda que o pagamento do imposto referente às operações de vendas realizadas fora do Estado foi efetivado no livro de apuração de ICMS, conforme ampla documentação, que sempre esteve à disposição da fiscalização para análise.

Assevera que a documentação juntada demonstra que as vendas realizadas fora do Estado foram registradas no livro de registro de saídas com o respectivo débito de ICMS, sendo que sobre o valor das mercadorias constantes destas notas fiscais é que foi calculado o ICMS, exigido pelo Auto de Infração, ora contestado, de que o recorrente teria deixado de pagar o tributo devido sobre as respectivas vendas.

Confirma que a exigência é indevida, eis que o imposto incidente sobre as referidas notas fiscais foi lançado no livro de apuração do ICMS, em débito do imposto, juntamente com a apuração do saldo credor de ICMS, sendo apurado o saldo a pagar também lançado no registro de apuração, além das GIAS carreadas a defesa.

Admite que, no máximo, fosse penalizado por inobservância de dispositivo regulamentar, entendendo não ser aplicável a multa do artigo 42, II, alínea “e” do Regulamento de ICMS, cujo o pressuposto é a falta de pagamento do imposto.

Argüiu que o fato de ter debitado e creditado imposto dentro de meses diferentes não trouxe prejuízo para a arrecadação tributária, já que no período de apuração ela recolheu aos cofres públicos o valor idêntico ao que teria pago se tivesse pago o ICMS devido sobre vendas realizadas fora do Estado, através da formalidade específica excepcionada pelo RICMS da Bahia.

Observa que a interposição de óbice Fazendário ao aproveitamento do crédito de ICMS fere o princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS, o qual não tem prazo de validade mensal, como supôs o julgador, mas sim a duração de cinco anos, possibilitando o recorrente a utilização do crédito quando da ocorrência de saldo devedor de ICMS.

INFRAÇÃO 4

Diferença de alíquotas interestaduais, em relação a esta infração o recorrente ressalta, conforme defesa da infração 01, que o ônus da prova é daquele que pretende provar o fato constitutivo de seu direito, ou seja, o Fisco Estadual, no caso. Aduz que a base para a autuação deu-se em razão da simples presunção do agente autuante, presente também na Decisão ora combatida.

Afirma que em momento algum, nos documentos carreados aos autos demonstrou ter conhecimento das operações que realizou com os fornecedores.

Acusa de parcial a Decisão da JJF, transcrevendo trechos do acórdão, observando que mesmo sem a materialidade documental, a turma julgadora dá como sustentável a assertiva do Agente Autuante.

INFRAÇÃO 5

Falta de escrituração de nota fiscal, referindo-se à infração o recorrente alega que o agente fiscal agiu com parcialidade, quando visou opor barreira injustificada à defesa do autuado ao qualificar a infração de forma genérica, propositadamente.

Alega que a JJF na sua Decisão, diz que o autuado recebeu cópias das notas fiscais mas não apresentou nenhum elemento de prova no sentido de que elas estivessem lançadas no livro fiscal próprio, ou sido devolvidas. No entanto, os livros fiscais da ora recorrente sempre ficaram à disposição do Agente Fiscal para conferência, sendo que o mesmo preferiu dignar-se a realizar inúmeras diligências em outros locais, para produzir provas contra o contribuinte, ou imputando a terceiros a produção de provas, sem sequer comparecer a sede do recorrente para verificar os livros.

Insiste na alegação de que o ônus da prova é do Fisco e que embora o contribuinte tenha prestado todas as informações disponíveis ao Fisco Estadual, colaborando com a elucidação dos fatos, não é obrigado a produzir prova contra si.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, Dra. Aline Solano Souza Casali Bahia, no Parecer de fls. 1090 a 1100, após uma detalhada análise das peças processuais e das imputações, sustentou o Improvimento do Recurso Voluntário, manifestando o seu opinativo à luz dos argumentos adiante, resumidamente, expostos:

- a) INFRAÇÃO 1 – Entende que a infração deve ser mantida, que as alegações do recorrente não merecem acolhida diante das declarações da empresa Sudoeste Têxtil da Bahia Ltda. (fls. 987 a 1012). Aliado a isto, os documentos fiscais (notas fiscais e livro do recorrente) indicam que houve a saída da mercadoria sem o registro de retorno. Sobre a alegação da responsabilidade sobre o ônus da prova, a ilustre Procuradora cita e transcreve o artigo 128 do COTEB, Lei nº 3.956/81, que dispõe sobre a instauração do processo fiscal, e os artigos 142 e 143 do RAPAF, para sustentar que o ônus da prova é do contribuinte.
- b) INFRAÇÃO 2 – Opina pela manutenção da infração pelos mesmos fundamentos explicados de forma clara e lógica no acórdão da JJF e transcreve o artigo 6º, inciso IV da Lei Estadual nº 7.014/96.
- c) INFRAÇÃO 4 – O autuado na sua defesa demonstrou ter realizado operações com os fornecedores, mas insiste que as mercadorias foram devolvidas, mas não apresenta provas neste sentido. Entende não haver qualquer parcialidade no julgamento da JJF, pois as provas foram analisadas com critérios objetivos. Quanto à questão do ônus da prova vale o exposto na infração 1. Opina pela procedência da infração.

d) INFRAÇÃO 5 – Concorda com a procedência da infração, por estar devidamente caracterizada, pois o autuado recebeu cópias das notas fiscais e não juntou qualquer documento para provar que as notas foram lançadas no livro fiscal próprio ou tivessem sido devolvidas pelos mesmos documentos.

Conclui opinando pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário e requerendo ao Presidente do CONSEF, que se entender que há indícios de crime contra a ordem tributária, remeta cópia do PAF ao Ministério Público Estadual, para instaurar inquérito criminal.

VOTO

Após exaustivo exame da procedimentalidade, constato ser o Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS não recolhido, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios; na condição de responsável pelo recolhimento do imposto deferido; em decorrência de divergência entre o valor recolhido e o escriturado; pela diferença de alíquotas interestaduais, e também multa por falta de escrituração de notas fiscais de entradas, relativo a cinco infrações apuradas mediante uma ação de fiscalização abrangendo o período compreendido entre 01/01/2000 a 30/06/2005.

A 2^a JJF julgou, em Decisão unânime, pela Procedência do Auto de Infração e o contribuinte, inconformado, apresentou o cabível Recurso Voluntário, abordando as infrações tituladas como 1, 2, 4 e 5, as quais passo a analisar individualmente.

INFRAÇÃO 1 - O contribuinte insurge-se, inicialmente alegando que a empresa destinatária das mercadorias teria se recusado a recebê-las, sob o fundamento de que o produto não atendia às suas expectativas (desacordo contratual), apresentando, no verso da nota fiscal, declaração e carimbo.

Sucede que esse argumento não pode ser acolhido porque em desacordo com os elementos informativos constantes dos autos, quais sejam as declarações de fls. 987 e 1012 da empresa Sudoeste Têxtil da Bahia Ltda., destinatária da mercadoria, e a informação fiscal de fls. 997 a 999, de que a Sudoeste nunca transacionou com o autuado ainda de que o carimbo de devolução existente nas notas fiscais era falso.

No Recurso Voluntário, também argüi o recorrente, inconsistentemente, que caberia ao Auditor Fiscal que lavrou o Auto de Infração, e não a ela, autuada, a responsabilidade pelo ônus da prova.

Tal entendimento não encontra nenhum respaldo na legislação específica (a que regulamenta o Processo Administrativo Fiscal), pois o momento em que se instaura o processo administrativo fiscal é aquele que o sujeito passivo impugna o lançamento do crédito tributário, logo sendo ele quem instaura o processo, é patente ser seu o ônus da prova.

Mudando a tese da defesa, passa a utilizar as assertivas de que a mercadoria não saiu do seu estabelecimento e de que houve erro na emissão dos documentos fiscais, sendo tais afirmações insuficientes, por si sós, para descharacterizar a infração, na medida em que só poderiam ser acolhidas se acompanhadas de elementos probantes, cabendo à autuada acostar levantamento quantitativo de estoque no exercício, junto com os documentos que deram origem às movimentações, de modo a comprovar que, efetivamente, não ocorreu a saída das mercadorias.

Ocorre que o recorrente não juntou ao Recurso Voluntário qualquer prova neste sentido, tendo simplesmente aduzido, à fl. 1084, que: “ *Como repisado por várias vezes, o ônus da prova deve ser realizado por aquele que pretende fazer prova do fato constitutivo de seu direito. De outro lado, embora o contribuinte tenha prestado todas as informações disponíveis ao Fisco Estadual, colaborando para a elucidação dos fatos, não é obrigado a produzir prova contra si.* ”

Ora, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal traz, nos seus artigos 142 e 143, de maneira cristalina, que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento

probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária e que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Diante do exposto, e de acordo com o Parecer da PGE/PROFIS, acompanho integralmente a Decisão da 2^a JJF, mantendo a procedência da infração 1, pois entendo que ficou comprovado a realização de operações de saídas tributáveis de mercadorias sem o recolhimento do ICMS, como se fossem saídas para o armazenagem.

INFRAÇÃO 2 - Na sua peço recorrente, o autuado repete os mesmos argumentos apresentados na impugnação inicial, já devidamente apreciados na Decisão proferida no julgamento de primeira instância.

Assim, reafirma que o pagamento do imposto referente às operações objeto da autuação de vendas realizadas fora do Estado foi efetuado no livro de Apuração de ICMS e menciona ampla documentação, referindo-se que ela sempre esteve à disposição da fiscalização para averiguação.

Nesse passo, aduz o Recurso Voluntário (fl. 1071), que a *“documentação comprobatória ora juntada demonstra que as vendas realizadas fora do Estado foram registradas no livro registro de saídas com o respectivo débito do imposto de ICMS.”*. Prossegue, ainda à fl. 1071, afirmando que: *“Entretanto, essa exigência é indevida, tendo em vista que o imposto incidente sobre as referidas notas fiscais foi lançado no livro de apuração de ICMS em “débito do imposto” juntamente com apuração do saldo credor de ICMS, tendo sido apurado o saldo a pagar também lançado no Registro de apuração, além das GIAS carreadas a defesa.”* (grifos nossos).

Novamente insiste o recorrente, como analisado na infração anterior, em apresentar alegações desacompanhadas de elementos probatórios, apesar de ter declarado a juntada, conforme se verifica no texto acima transscrito, não anexou no presente Recurso, qualquer documento a que se refere em sua manifestação, consequentemente acarretando a improcedência das suas alegações, para modificar a Decisão guerreada.

Nesse contexto, confirmo o julgamento de 2^a JJF pela incidência do ICMS sobre tais operações, conforme prevê a legislação vigente no Estado, especificamente o artigo 3º, VI, da Lei nº 7.014/96 e o artigo 6º, VI, “a”, do RICMS, mantendo a procedência da infração 2.

INFRAÇÃO 4 - De igual forma, o recorrente volta a enfatizar a sua alegação de que o ônus da prova é daquele que pretende demonstrar o fato constitutivo de seu direito, na espécie concreta versada, o Fisco Estadual. Em sua impugnação inicial alegou que as mercadorias constantes das notas fiscais objeto da autuação foram devolvidas, sem, contudo, apresentar qualquer prova capaz de confirmar a sua afirmação.

No Recurso Voluntário, o autuado ressalta que, outra vez, o Fisco insistiu em inverter o ônus da prova em desfavor ao contribuinte, mostrando descompasso com a evolução da legislação tributária de outros Estados da Federação. Também acusa o julgamento da JJF de ter sido parcial, citando trechos do acórdão, que se refere ao entendimento fixado pelo CONSEF em ocorrências baseadas em notas fiscais coletadas pelo CEFAMT.

Tangentemente a alegação de incumbência do ônus da prova, o tema já foi minuciosamente apreciado quando analisada a infração 1, portanto, repita-se, razão não assiste ao recorrente quanto a parcialidade do julgamento de primeira instância, não procedendo de qualquer fundamento a tese, haja vista que as provas foram criteriosamente analisadas e a Decisão de piso se encontra pautada em entendimento firmado e consolidado neste CONSEF, considerando que o recorrente não trouxe aos autos a prova da devolução das mercadorias conforme alegado.

Confirmo a Decisão de 1^a Instância, na linha da procedência da infração 4.

INFRAÇÃO 5 - Nessa imputação o autuado está sendo penalizada com multa por ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal.

Novamente a questão restringe-se ao fundamento do ônus da prova, não apresentando a irresignação do recorrente qualquer aspecto jurídico ou fato novo capaz de justificar a reforma da Decisão, apenas utilizando o argumento de parcialidade do Agente Fiscal, acusando-o de pautar sua conduta tão-somente em verificação dos fatos ocorridos, sem contrapô-los com as informações prestadas pelo contribuinte.

A increpação se encontra perfeitamente caracterizada na legislação do Imposto Estadual, tendo o autuado recebido cópias das notas fiscais listadas na autuação, não apresentando nenhum elemento ou documento visando comprovar que as referidas notas foram lançadas no livro fiscal adequado ou devolvidas utilizando-se dos próprios documentos fiscais.

Assim, ratifico a Decisão da JJF na totalidade, posicionando-me pela procedência da infração 5.

Reportando-me ao requerimento da ilustre representante da PGE/PROFIS, Dra. Aline Solano Souza Casali Bahia, para que o CONSEF remeta cópia do processo ao Ministério Público Estadual, acato o seu pleito, uma vez que, após cuidadoso exame da proceduralidade, acredito existirem indícios a recomendarem a abertura de inquérito para se verificar a existência de crime contra a ordem tributária.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo, integralmente, a Decisão recorrida, no sentido de julgar PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^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 269515.0002/06-3, lavrado contra ATIBAIA AGRIBUSINESS E ENERGÉTICA DO NORDESTE LTDA. (ATIBAIA DO NORDESTE), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$4.533.580,96, acrescido das multas de 50% sobre R\$2.100.876,95 e 60% sobre R\$ 2.432.704,01, previstas no art. 42, incisos I, alienas “a”, II, “b” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$9.816,24, prevista no inciso XI, do citado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o *quantum* já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de abril de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALLI BAHIA - REPR. PGE/PROFIS