

PROCESSO - A. I. Nº 279696.0012/06-0
RECORRENTE - COMERCIAL YPIRANGUINHA LTDA. (YPIRANGUINHA NÁUTICA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0373-03/07
ORIGEM - INFAC VALENÇA
INTERNET - 05/06/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0137-12/08

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS AO CONSUMIDOR EM SUBSTITUIÇÃO A CUPONS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação prevê que o contribuinte só deve proceder dessa forma quando o equipamento estiver paralisado em decorrência de sinistro ou por motivo técnico. Não foi comprovado o motivo para o procedimento adotado pelo contribuinte. Infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração subsistente. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA COM IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Infração comprovada. Preliminar de nulidade rejeitada. Pedido de perícia indeferido. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 3ª JJF pertinente no Acórdão nº 0373-03/07 que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração contra si lavrado, onde o contribuinte através de advogados, interpõe com objetivo de modificar o resultado do julgamento de 1ª Instância.

Embora o lançamento de ofício efetuado em 10/12/2006, tenha exigido ICMS e MULTA no valor de R\$14.436,85, consubstanciado em seis infrações, o presente Recurso Voluntário diz respeito apenas àquelas indicadas nos itens de 1 a 3, pois as referidas nos itens 5 e 6 foram objeto de reconhecimento por parte do autuado.

1. Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, nos exercícios de 2003 a 2005, conforme demonstrativos, fls. 21, 112 e 192, sujeitando à multa no valor de R\$5.060,75, equivalente a 5% sobre o valor das notas fiscais série D-1 emitidas.
2. 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. Sendo cobrado imposto no valor de R\$5.496,32, e aplicada à multa de 60%;

3. Falta de estorno do crédito fiscal de ICMS relativo a mercadoria entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com não incidência do imposto, sendo cobrado o imposto no valor de R\$1.779,16 e aplicada a multa de 60%;

Em seu voto o Sr. relator na JJF rejeita as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, “*por considerar que não foram descumpridos os dispositivos legais, especialmente os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA. Verifico que se encontram claramente identificados, os elementos necessários para determinar com segurança a infração, o infrator e o montante do débito tributário, consoante disposto no artigo do citado diploma legal. No corpo do Auto de Infração, estão descritos claramente os fatos considerados como ilícito tributário, e não houve o cerceamento de defesa argüido pelo defendant tendo em vista que da análise da folha 12, do presente PAF, constato que o autuado declarou que recebeu em devolução todos os livros e documentos fiscais arrecadados durante a ação fiscal em 13/12/2006, mesma data da ciência do Auto de Infração. Ademais, o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais, juntado ao processo pelo autuado (fl. 471), contendo diversos livros e documentos fiscais exigidos para a realização da fiscalização, não se refere à empresa fiscalizada, uma vez que a inscrição estadual que consta no referido documento é 008.197.834. Além disso, tal documento de intimação não substitui o Termo de Arrecadação de Livros e Documentos, que comprova efetivamente que o fiscal autuante retirou os livros e documentos fiscais do estabelecimento fiscalizado. Quanto à argüição de oitiva de prova testemunhal, não acato, tendo em vista que não há previsão no RPAF-BA, e nos termos do artigo 400 do Código de Processo Civil, (subsidiário do processo administrativo fiscal, conforme artigo 180 do RPAF-BA), a prova testemunhal será sempre permitida desde que não exista vedação legal. Todavia, não se admitirá a prova testemunhal, quando os fatos que se pretende provar já estiverem provados por documento ou confissão da parte ou quando, por sua natureza, o fato probando puder ser provado através de documento ou perícia. No primeiro caso, não se trata de hierarquizar os meios de prova, apenas que, em sendo autêntico o documento e não havendo impugnação, já existe a prova, sendo desnecessária a prova testemunhal. Havendo dúvida quanto à veracidade do documento, é cabível a prova testemunhal”.*

Ainda quanto às preliminares a autoridade julgadora afirma que a empresa não apresentou a comprovação da intervenção técnica no seu equipamento ECF ou a ocorrência de um sinistro com ele relacionado. Diz ter verificado (fl. 20), que o autuante acostou ao presente PAF documento denominado “ECF Detalhado”, que comprova, segundo o seu entendimento, que não ocorreu qualquer intervenção de ordem técnica que justificasse a paralisação do Equipamento ECF e também, não juntou aos autos comprovações de falta de energia, e conclui: “*nos termos do artigo 400, I e II do CPC, o fato irregular apurado pelo autuante não foi elidido, por falta de comprovação em contrário.*”

Manifesta-se também quanto ao pedido de perícia requerido, indeferindo-o, pois entendeu que as provas dos fatos não dependem do conhecimento especial de técnicos(art.147, II, “a” do RPAF).

Quanto ao mérito em relação à infração descrita no item 1 diz que apesar da defesa ter argüido que por questões alheias à sua vontade (sinistro / razões técnicas) não pode emitir os cupons fiscais nas ocasiões em que foram detectadas pela fiscalização, não apresentou comprovação alguma do ocorrido. Diz ainda ter constatado (fl. 20), que o autuante juntou ao PAF o “ECF Detalhado”, que comprova não ter ocorrido qualquer intervenção de ordem técnica que justificasse a paralisação do Equipamento. Relembra o conteúdo do § 2º do artigo 238, do RICMS-BA/97 e mantém a infração.

No que diz respeito à infração 2 - falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição nos exercícios de 2003 a 2005 – relata que autuado acatou parcialmente a infração impugnando apenas algumas notas fiscais sob a alegação da existência de alguns itens não sujeitos a antecipação, por não se tratar de peças para automóveis sem, no entanto identificar especificamente quais são as mercadorias. Diz ter constatado que: “*além da defesa não especificar qual a mercadoria que não se trata de autopeça, o autuante ao elaborar*

os demonstrativos de débito Antecipação Tributária (fls. 287/288, cópias de notas fiscais às folhas 289/318; fl. 319, cópias de notas fiscais às folhas 320/332; fls. 333/334, cópias de notas fiscais às folhas 335/365), somente incluiu em cada nota fiscal as mercadorias classificadas no inciso II do art. 353, item 30 do RICMS-BA/97.” Exemplifica com a Nota Fiscal de nº 185.379 (fl. 401), incluída no demonstrativo feito pelo autuante (fl. 319), onde pode ser constatado que todas as mercadorias ali descritas são peças para automóveis, assim como a Nota Fiscal de nº 562.812, (fl. 404), incluída no demonstrativo elaborado pelo autuante à folha 319, a mercadoria “cabo de aço”, cuja classificação fiscal NCM 73121090, está enquadrada no regime de substituição tributária nos termos do artigo 353, II, item 30.35. Conclui dizendo que “não assiste razão ao autuado quando alega que ocorreu equívoco em diversos itens constantes nas notas fiscais”. Vota pela procedência desta infração.

Em relação à infração descrita no item 3 - falta de estorno de crédito fiscal de ICMS utilizados e que foram objetos de saídas com não incidência do imposto – vota no sentido de que tendo em vista a comprovação do cometimento pelo autuado da infração 2, deve também ser mantida a infração 3 diretamente dela decorrente.

Vota, no que foi acompanhado pelos demais membros da JJF, pela Procedência Parcial do lançamento e a orientação no sentido que devem ser homologados os valores efetivamente pagos.

O autuado apresenta seu Recurso Voluntário dentro do prazo legal, (fls. 530 a 535), e preliminarmente diz que apesar da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal ter anulado a Decisão anterior da 2ª JJF uma das nulidades ali apontadas subsiste. Diz que houve clara violação à ampla defesa e ao contraditório.

Insiste na tese que o indeferimento da oitiva de testemunhas é causa patente de nulidade por cerceamento de defesa e reproduz os argumentos já apresentados quando da impugnação. Acrescenta que a prova testemunhal foi requerida com base na Constituição Federal e somente dessa forma poderia tentar provar sua tese. Diz que a alegação de que a falta de energia deveria ser provada com documentos é absurda.

Quanto ao mérito em relação à infração 1, volve o argumento utilizado quando da impugnação reafirmando ter acobertado o fato gerador do tributo através da emissão de notas fiscais série D-1 e 1, ou seja, o fato gerador foi levado a tributação e recolhido o tributo não tendo havido portanto inobservância aos artigos do RICMS-BA/97 apontados pelo autuante, eis que, por questões alheias à sua vontade (sinistro/razões técnicas) não pode emitir os cupons fiscais naquelas oportunidades. Reafirma que sua alegação poderia ter sido comprovada mediante prova testemunhal, nos termos do inciso LV do art. 5º, da Constituição Federal não fosse a violação à ampla defesa e ao contraditório. Volta a transcrever o § 2º do art. 238 do RICMS-BA/97.

Repete o argumento de que mesmo tendo emitido as notas fiscais a consumidor no talão D-1 e 1 e não pelo ECF, por motivos de ordem técnica e estando devidamente escrituradas e recolhido o imposto devido, o autuante aplicou multa de 5% sobre o valor da operação. Ressalta mais uma vez que a infração 01 configura verdadeira ilegalidade, não podendo, pois, prosperar a multa aplicada, eis que a defendant se enquadra em situação de escusa legal da obrigação acessória.

No que diz respeito à infração descrita no item 2, o recorrente volta a alegar que a fiscalização se embasou nos arts. 371, inciso I, alíneas “a” e “b”; art. 125, combinado com art. 61, do RICMS-BA/97, aplicando a multa prevista na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Entretanto, considerou, equivocadamente, diversos itens constantes das notas fiscais, como sendo destinadas à utilização em veículos automotores. Repete que por conta desse equívoco, o autuante entendeu, de forma errada, que o recorrente não antecipou o tributo, como determina o item 30 do art. 353, do RICMS-BA/97, sendo que diversos itens das notas apuradas na ação fiscal não são peças destinadas para uso em automóveis, razão pela qual não poderia haver antecipação, nos exatos termos da Lei. Conclui mais uma vez afirmando que presente a infração procede em parte, pois somente as peças que efetivamente são utilizadas em automóveis, o que

levaria o defendant a fazer a retenção do imposto, para fins de antecipação do tributo, acrescentando que as demais peças, por não se destinarem a automóveis, estão imunes à tributação antecipada do ICMS, pelo que o presente Recurso Voluntário deverá, ser acatado parcialmente para afastar a cobrança na parcela de itens indicada.

Quanto à infração 3, volta a aduzir que não merece prosperar na integralidade a referida infração, eis que se trata do imposto creditado na apuração por ter deixado de fazer a antecipação das notas fiscais relativas à infração 2. Reafirma mais uma vez que se a antecipação não procede, também não é cabível o estorno dos créditos, e volve a acrescentar que, além disso, essas mercadorias, ao saírem do estabelecimento, geraram débito de ICMS, devidamente recolhido e não aproveitado pelo autuante. Conclui reapresentando o pleito de que deve ser acolhido o presente Recurso Voluntário, nesse particular, para afastar a cobrança indevida do tributo.

Encerra seu Recurso Voluntário requerendo que seja dado provimento ao mesmo no sentido de anular a Decisão da 3^a JJF determinando a produção da prova testemunhal requerida na defesa administrativa e que sejam julgadas insubstinentes as infrações apontadas na autuação.

A Sra. procuradora Representante da PGE/PROFIS após breve relato sobre o até aqui ocorrido considerou ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão ora recorrido e diz que a nulidade em razão do indeferimento da produção de prova testemunhal deve ser rechaçada, posto que o “*o conjunto probatório acostado aos autos afigura-se suficiente para atestar as infrações imputadas; as imputações estão claras, tipificadas e alicerçadas na legislação tributária Estadual*”. E mais : “*não há dúvida quanto ao fato de que o contribuinte teve assegurado o exercício pleno do seu direito de defesa, consagrado na Carta Magna. A negativa da oitiva de testemunhas pelo órgão julgador não tem o condão de fragilizar os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, porquanto nos termos do Código Civil (diploma legal com caráter subsidiário ao RPAF, ex vi do art. 180) a prova testemunhal está submetida às seguintes regras: será permitida desde que inexista vedação legal; não caberá a prova testemunhal, quando os fatos que se pretende provar já estiverem provados por documento ou confissão da parte ou quando, pro sua natureza o fato probando puder provado através de documento ou perícia; na hipótese de dúvida quanto à veracidade do documento caberá a prova testemunhal*”.

Acrescenta que o sujeito passivo não logra apresentar indícios de falta de energia nem mesmo comprovar a intervenção técnica no seu equipamento ECF e tampouco a ocorrência de qualquer sinistro capaz de justificar a emissão manual de documentos fiscais. Anota também a existência do ECF detalhado que atesta a inexistência de qualquer intervenção técnica capaz de justificar a paralisação do equipamento ECF.

Salienta que as razões de mérito aduzidas pelo contribuinte contra as infrações 1 a 4 não apresentam qualquer fato novo e já foram objeto de rigorosa análise jurídica no Parecer exarado às fls. 481/485, pelo que reitera os seus termos. Conclui pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

O mencionado Parecer foi objeto de análise pelo Cons. Nelson Antonio Dahia Filho quando do julgamento do primeiro Recurso e aqui reproduzimos:

“A ilustre representante da PGE/PROFIS se manifesta, inicialmente, acerca das preliminares de nulidade apresentadas pelo recorrente em sua peça recursal.

Salienta, quanto à preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa em face da intimação efetuada pela inspetoria fazendária para apresentação de livros e documentos fiscais, a mesma não merece guarida tendo em vista que, “Da análise da cópia do termo intimatório acostado aos autos pelo contribuinte à fl. 471, dessume-se que referido instrumento destinou-se a estabelecimento diverso da empresa autuado, posto que tanto o endereço inserto no referido documento, quanto à inscrição estadual e o CNPJ não equivalem aos dados constantes do Auto de Infração de fls. 01/05”, sem prejuízo do fato de que “o

recorrente não se desincumbiu de comprovar a efetiva entrega dos mencionados livros e documentos fiscais após o recebimento da intimação invocada”.

Assevera, quanto à segunda preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa, em face do indeferimento do pleito de oitiva de testemunhas, que não há como se acolher a tese sustentada pelo recorrente. Isso porque, prossegue, “o conjunto probatório acostado aos autos afigura-se suficiente para comprovar as infrações imputadas no presente lançamento de ofício, legitimando-o”. Registra que “a natureza do que se quer ver provado, aliado à falta de sua delimitação exata configuram óbices ao deferimento do pedido do recorrente”, notadamente porque no processo administrativo fiscal os fatos restam provados pela análise da prova documental acostada aos autos ou pela realização de prova técnica, que se faz desnecessária no caso vertente. Salienta que foi possível ao recorrente exercer amplamente o seu direito de defesa, com meios e Recursos inerentes, não havendo, portanto, qualquer deslustre ao princípio do contraditório, em estrita consonância ao quanto prescrito no art. 5.º, LV, da Constituição Federal. Quanto ao mérito, invoca a ilustre Parecerista as mesmas razões de decidir apresentadas na Decisão recorrida para, ao final, opinar pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.”

VOTO

A análise das preliminares invocadas pelo recorrente devem ser enfrentadas na medida que podem influenciar no restante do julgamento. O argumento básico e inconsistentemente repetido diz respeito a oitiva de testemunha como prova no processo administrativo. O tema nos leva a um breve comentário sobre a possibilidade ou não deste tipo de “prova” no PAF.

Não descarto a possibilidade do uso deste tipo de prova no processo administrativo. Entendo que o fato de não estar previsto em lei não é suficiente para rejeitá-lo, posto que, todo meio de prova em direito permitido não pode ser constitucionalmente recusado na busca da verdade material, para mim, um dos mais importantes princípios do nosso processo. Penso que, para ser proibido este tipo de prova, a legislação deveria ter dispositivo expresso neste sentido. Prefiro optar em parte, pelo argumento apresentado pela Sra. procuradora que na questão em lide o conjunto probatório trazido aos autos afigura-se suficiente para comprovar as infrações imputadas. E o acréscimo também é importante: a natureza do que se quer ver provado, aliado à falta de sua delimitação exata configuram óbices ao deferimento do pedido. Também concordo de que no processo administrativo fiscal, os fatos devem ser provados pela análise da prova documental acostada aos autos ou pela realização de prova pericial, que, diga-se de passagem, se faz desnecessária no caso vertente como afirmou a Sra. procuradora. Esta interpretação, porém, não impossibilita a apresentação de outros tipos de provas, como a testemunhal, por exemplo.

A força, digamos da prova testemunhal, é vista com certo receio por parte da doutrina e da jurisprudência com motivos que vão desde as circunstâncias em que ocorreram estas declarações, até as relações do declarante com o próprio fato em apuração. Não há espaço em alguns casos para que as conclusões de uma perícia, por exemplo, seja contestada pelas declarações, sem documentação, de uma terceira pessoa. No caso apreciado, o recorrente tenta mais uma vez “provar” a falta de energia necessária ao uso do equipamento. Faz comentário, que entendo precipitado, de que a companhia fornecedora de tal serviço não atestaria tal ocorrência. Admitida a hipótese de que este documento fosse fornecido, mesmo assim haveria necessidade de que se este fato interferiu no uso normal do ECF, dele decorreria uma intervenção técnica. E, o que vemos, em seguida, é exatamente o contrário: encontra-se nos autos um documento que comprova que no período fiscalizado não houve intervenção no equipamento.

Quanto ao mérito o recorrente repete o que já foi aduzido quando da impugnação, merecendo também a mesma análise realizada pela JJF e corroborada pelas representantes da PGE que se manifestaram no PAF, ou seja:

Em relação à infração descrita no item 1 não apresentou comprovação alguma dos fatos que levaram ao seu cometimento. O que restou comprovado é exatamente o contrário, ou seja, não ter ocorrido qualquer intervenção de ordem técnica que justificasse a paralisação do Equipamento. Ratifico a inobservância por parte do recorrente do § 2º do artigo 293, do RICMS-BA/97 e acompanho a Decisão da JJJ.

Quanto à infração descrita no item 2 - falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição nos exercícios de 2003 a 2005 – acompanho em todos os seus termos a posição da JJJ ou seja : *“além da defesa não especificar qual a mercadoria que não se trata de autopeça, o auante ao elaborar os demonstrativos de débito Antecipação Tributária (fls. 287/288, cópias de notas fiscais às folhas 289/318; fl. 319, cópias de notas fiscais às folhas 320/332; fls. 333/334, cópias de notas fiscais às folhas 335/365), somente incluiu em cada nota fiscal as mercadorias classificadas no inciso II do art. 353, item 30 do RICMS-BA/97.”* Os exemplos trazidos pela JJJ através das Notas Fiscais de nº 185.379 (fl. 401), de nº 562.812, (fl. 404), são suficientes para entendermos que não assiste razão ao autuado. Acompanho também neste caso a Decisão da Junta.

No que concerne a infração descrita no item 3 - falta de estorno de crédito fiscal de ICMS utilizado e que foi objeto de saídas com não-incidência do imposto – também concordo com o órgão julgador de Primeira Instância, no sentido de que, tendo em vista a comprovação do cometimento pelo autuado da infração 2, deve também ser mantida a infração 3, diretamente dela decorrente.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 279696.0012/06-0, lavrado contra **COMERCIAL YPIRANGUINHA LTDA. (YPIRANGUINHA NÁUTICA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$7.275,48, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “d” e VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de R\$7.027,89, previstas nos incisos IX, XI e XIII-A, alínea “h”, art. 42, da supracitada lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos pelo autuado.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - RELATOR

ANA PAULA TOMAZ MARTINS – REPR. DA PGE/PROFIS