

**A. I. N°** - 293873.2611/07-0  
**AUTUADO** - **MERCANTE DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS ELÉTRICOS E DE CONSTRUÇÃO LTDA.**  
**AUTUANTE** - **RITA DE CÁSSIA BITTENCOURT NERI**  
**ORIGEM** - **INFAZ FEIRA DE SANTANA**  
**INTERNET** - **25. 04. 2008**

#### **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0122-01/08**

**EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multas de 10% e 1% e do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações subsistentes. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento, a título de antecipação parcial do ICMS, até o dia 25 do mês subsequente a entrada neste Estado, pelo contribuinte credenciado que adquirir para comercialização mercadorias não enquadradas na substituição tributária, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Exigência fiscal subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.**

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/11/2007, exige ICMS no valor de R\$ 295.948,90, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 367.088,25, em decorrência das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março, julho a agosto, outubro a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 350.706,91, correspondente a 10% do valor das mercadorias;
2. deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de outubro a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 17.081,34, correspondente a multa de 1% do valor das mercadorias;
3. deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização, nos meses de março, julho a agosto, outubro a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 295.948,90, acrescido da multa de 60%.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 709 a 814, descrevendo inicialmente a peça acusatória com as infrações e os dispositivos infringidos, para posteriormente falar sobre o dever jurídico de pagar o tributo que nasce quando um acontecimento do mundo social concretiza a hipótese figurada na norma que a

descreve, reportando-se aos fundamentos jurídicos previstos no art.155, II, da CF/88 e no art.142 do CTN, bem como na visão de renomados tributaristas, como Geraldo Ataliba, Alberto Xavier, Aliomar Baleeiro.

Prosseguindo, sustenta que a autuação é improcedente por consistirem as infrações em lançamento por presunção. Diz ser muito comum empresas de outros Estados, e às vezes deste Estado, adquirirem mercadorias em nome de outras para fugir do pagamento dos impostos devidos. Salienta que o CONSEF não tem amparado autuações quando não é feita a prova da efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento acusado.

Argumenta que a existência de notas fiscais de saídas colhidas nos Postos Fiscais do Estado, tendo como destinatário o estabelecimento autuado, não é prova segura de que o contribuinte adquiriu aquelas mercadorias com recursos não contabilizados.

Alega que a fiscalização não acostou ao processo os respectivos canhotos das notas fiscais com a assinatura do representante ou preposto da empresa recebendo efetivamente as mercadorias objeto do auto de infração.

Assevera que o único meio de provar que as mercadorias não entraram em seu estabelecimento, é pela não escrituração na escrita fiscal, enquanto que o Fisco tem ampla possibilidade comprovar o fato, auditando os estabelecimentos que supostamente venderam à empresa as mercadorias. Afirma que o ônus da prova cabe ao fisco, nos termos do art.333, I, do CPC.

No intuito de provar a improcedência da autuação, o defendente sugere as seguintes provas processuais:

1. Encaminhamento do processo à PGE/PROFIS no sentido de: *“verificar se realmente existe no processo provas das entradas das mercadorias no estabelecimento da autuada, tais como: canhoto das notas fiscais com assinatura do representante ou preposto do autuado; e cópia dos pedidos das supostas compras; provas de pagamentos (duplicatas, ordem de pagamentos e cópia de cheques)”*;
2. Também que seja respondido pela PGE/PROFIS: a) *“Pode um terceiro contribuinte adquirir atualmente mercadorias neste ou em outro Estado da Federação, utilizando-se dados cadastrais da autuada? b) Em relação às mercadorias supostamente adquiridas pelo Autuada, todas possuem carimbo nos canhotos das notas fiscais com assinatura do representante ou preposto da empresa defendente, recebendo efetivamente as mercadorias nelas constantes?”*

Continuando, chama a atenção dos julgadores que o lançamento da infração 03 se reporta às mesmas notas fiscais objeto da infração 01.

Diz que o ônus da prova no processo administrativo fiscal é da Fazenda Pública e não do autuado, como pretende afirmar o Fisco. Apresenta posições doutrinárias de Hugo de Brito Machado, James Marins, como fundamento de sua alegação.

Argúi o caráter confiscatório da exigência simultânea das infrações 01 e 03, afirmando que além de trazer a possibilidade de dupla tributação sobre um mesmo fato, fere os princípios da razoabilidade e proporcionalidade insculpidos na Constituição Federal.

Reporta-se também à multa de 60% aplicada na infração 03, alegando que esta revela um manifesto caráter confiscatório, prática vedada pela Constituição Federal de 1988.

Tece considerações sobre o princípio da moralidade à luz do art. 37 da CF/88, para enfatizar que o processo administrativo deve se curvar aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, citando ensinamentos de Humberto Bergmann Ávila, Odete Medauar e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Finaliza requerendo o encaminhamento do processo à PGE/PROFIS para que se pronuncie a respeito das questões formuladas na peça de defesa, bem como lhe sejam deferidos todos os meios de

provas permitidos em direito, indicando a juntada posterior de documentos inclusive em contra prova, perícia com arbitramento e quesitos, revisão fiscal por preposto estranho ao feito, sustentação oral, para que seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 820/821, contestando as alegações defensivas de que as notas fiscais do CFAMT não passam de indícios, pois pode haver circulação de mercadorias em nome de empresas que não sejam destinatárias das mercadorias, dizendo que se as notas fiscais fossem colhidas junto a terceiros, se configuraria um indício de aquisições não lançadas nos livros fiscais. Contudo, ressalta que as notas fiscais foram colhidas junto ao CFAMT da Secretaria da Fazenda, que obteve as cópias das notas fiscais quando do trânsito das mercadorias neste Estado. Salienta que as mercadorias constantes nos documentos fiscais são condizentes com o ramo de atividade do contribuinte, ou seja, comércio de materiais elétricos e de construção. Conclui mantendo integralmente a autuação.

## **VOTO**

Do exame das peças processuais, verifico que o sujeito passivo teve respeitado o seu direito a ampla defesa e o contraditório, sendo observada na lavratura do Auto de Infração as disposições do artigo 39, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, inclusive, com a entrega de todos os papéis de trabalho relativos aos demonstrativos que originaram o lançamento tributário das infrações imputadas, bem como cópias das notas fiscais arroladas na autuação coletadas no sistema CFAMT.

Vejo que na peça de defesa o autuado alega que a autuação é improcedente, por consistirem as infrações em lançamento por presunção e pede o encaminhamento do processo à PGE/PROFIS, a fim de que aquela Procuradoria responda a quesitação apresentada.

No que concerne ao encaminhamento do processo para oitiva da PGE/PROFIS, a meu ver, no presente caso, não há como acatar a solicitação defensiva, por ser plenamente dispensável para solução da lide, haja vista que os quesitos apresentados dizem respeito a aspectos fáticos suscitados pelo autuado.

As três infrações apontadas no Auto de Infração em exame foram apuradas através de notas fiscais coletadas no sistema CFAMT, sendo que, as infrações 01 e 02 dizem respeito à entrada no estabelecimento de mercadorias tributáveis, e não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, respectivamente.

Já a infração 03 diz respeito à falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização.

Nas infrações 01 e 02 não está sendo exigido imposto, mas, aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória, decorrente da falta de registro da entrada de mercadorias no estabelecimento.

A questão trazida pelo autuado, quanto à imputação se lastrear nas notas fiscais coletadas no sistema CFAMT, o que segundo alega, não traz certeza quanto à infração cometida pelo sujeito passivo, já se encontra pacificada no âmbito deste CONSEF, conforme reiteradas decisões.

Obviamente que, se as notas fiscais indicam como destinatário o autuado e restou comprovado o trânsito das mercadorias nos Postos Fiscais, cabe a este provar que efetivamente não realizou as aquisições junto aos emitentes das notas fiscais, mediante os meios próprios, inclusive, se for o caso, através de medidas policiais e judiciais cabíveis.

A propósito, cito o Acórdão CJF Nº 0015-12/06 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal que, no voto da lavra do ilustre Conselheiro/Relator Nelson Antônio Daiha Filho, com apoio da PGE/PROFIS, assim se posicionou sobre a validade da imputação com fulcro nas notas fiscais coletadas no sistema CFAMT.

## **“VOTO**

*Reforma alguma merece o decisum prolatado em Primeira Instância. Senão, vejamos.*

*De fato, são inerentes aos documentos fiscais a presunção de veracidade dos fatos neles consubstanciados, até que seja produzida prova em contrário ou, por outro lado, desde que seja demonstrada a sua inviabilidade do ponto de vista formal ou material, não sendo este o caso do presente Auto de Infração.*

*Depreende-se, da análise do documento jungido aos autos, que o mesmo indica o recorrente como sendo o destinatário das mercadorias, sem prejuízo do fato de que ditas mercadorias possuem semelhança com o objeto social da empresa.*

*Outrossim, como ressaltado no Parecer emitido pela PGE/PROFIS, causa estranheza o fato de que “o contribuinte não tomou nenhuma atitude contra a suposta falsificação material do documento fiscal comunicando-a às autoridades policiais competentes, o que causa maior estranheza na compreensão do desconhecimento da suposta infração fiscal”.*

*Ademais, se a referida Nota Fiscal foi apreendida pelo sistema de fiscalização do CFAMT, é porque, por óbvio, a mesma adentrou no Estado da Bahia, tendo sido emitida por empresas regularmente inscritas, sendo válida como prova de circulação da mesma e do seu respectivo ingresso no estabelecimento destinatário, admitindo-se prova em contrário (art. 4.º, § 4.º, da Lei n.º 7.014/96), o que não ocorreu.*

*Pari passu, cura reiterar que o recorrente, de referência ao argumento suscitado deixou de apresentar elemento que evidenciasse a falta de legalidade do documento fiscal em questão, ônus probandi que era seu (art. 141, do RPAF/99).*

*Ex positis, com espeque no Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, mantendo-se in totum a referida Decisão de Primeira Instância.”*

Assim, não há como prosperar a alegação defensiva quanto à ausência de comprovação.

Conforme disse acima, a infração 01 cuida da entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória de 10% do valor das mercadorias.

Noto que o autuado não ataca os valores apontados nos demonstrativos acostados às fls. 12 a 23, sustentando, exclusivamente, a ausência de provas do cometimento da infração.

Constato que o levantamento levado a efeito pela autuante está correto, haja vista que relacionou nesta infração, apenas as mercadorias sujeitas à tributação normalmente. Assim, este item da autuação é integralmente subsistente.

Quanto à infração 02, observo que na mesma linha da infração 01, o autuado não ataca os valores apontados nos demonstrativos às fls. 25 a 28, sustentando, exclusivamente, a ausência de provas do cometimento da infração.

Também, neste item da autuação, verifico que a autuante agiu corretamente no levantamento levado a efeito, pois, relacionou apenas as mercadorias não sujeitas a tributação. Assim, fica mantido integralmente este item da autuação.

No que concerne à infração 03, observo que a autuante, acertadamente, arrolou as notas fiscais referentes às mercadorias tributadas normalmente, adquiridas fora do Estado e destinadas para comercialização, conforme demonstrativos às fls. 30 a 41, exigindo o ICMS antecipação parcial, consoante determina o artigo 352-A, do RICMS/BA.

Noto que o autuado chama a atenção dos julgadores de que o lançamento da infração 03 se reporta às mesmas notas fiscais objeto da infração 01, arguindo o caráter confiscatório da exigência simultânea das infrações 01 e 03, afirmando que além de trazer a possibilidade de dupla tributação sobre um mesmo fato, fere os princípios da razoabilidade e proporcionalidade insculpidos na Constituição Federal.

A meu sentir, incorre em equívoco o autuado ao invocar a simultaneidade de exigência das infrações 01 e 03, pois, apesar de se referirem às mesmas notas fiscais, não há dúvida de que são duas infrações distintas.

A infração 01 impõe multa por descumprimento de obrigação acessória, decorrente do não registro na escrita fiscal da entrada de mercadorias no estabelecimento. Já a infração 03, cuida de descumprimento de obrigação principal, ou seja, exige ICMS antecipação parcial, pela falta de recolhimento no momento próprio.

Portanto, são fatos distintos, inexistindo duplicidade de exigência. Mantida a infração.

No respeitante à multa ter o caráter confiscatório, além de ser defeso a este órgão julgador apreciar inconstitucionalidade, a teor do artigo 156 do RPAF/99, vale registrar que esta tem previsão no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 293873.2611/07-0, lavrado contra **MERCANTE DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS ELÉTRICOS E DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 295.948,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$ 367.788,25**, previstas no artigo 42, IX e XI, do mesmo Diploma legal, e dos acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR