

PROCESSO	- A. I. N° 147365.0059/08-1
RECORRENTE	- COMERCIAL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO FONTES BRITO LTDA. (CASA DO FAZENDEIRO)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0323-04/08
ORIGEM	- INFRAZ JEQUIÉ
INTERNET	- 15/05/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0084-12/09

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. ENTRADAS DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. NULIDADE. APLICAÇÃO EQUIVOCADA DE ROTEIRO DE FISCALIZAÇÃO. A constatação de que o autuado utilizou, de forma equivocada, roteiro de fiscalização para apurar o montante do imposto, constitui causa de nulidade da ação fiscal. Modificada a Decisão recorrida. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES FISCAIS. ENTRADA DE MERCADORIAS NÃO DECLARADAS. NULIDADE. Ultrapassada a nulidade do lançamento de ofício em relação à aquisição de veículo automotor (bem) do ativo, por não se caracterizar como mercadoria. Declarada a improcedência deste item. Mantida a nulidade quanto aos demais. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão proferida pela referida 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe.

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS sob o pressuposto da ocorrência das seguintes constatações:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis através de mercadorias não registradas, sendo exigido o imposto de R\$394,01, acrescido da multa de 70%;
2. Omissão de entradas de mercadorias no estabelecimento Informações Econômico-Fiscais apresentadas através da DME – Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, nos exercícios de 2003 e 2004, sujeitando-se à multa no valor de R\$6.656,58, equivalente a 5% sobre o valor de R\$133.131,60, conforme demonstrativos e documentos às fls. 14 e 17.

Através do Acórdão JJF n° 0323-04/08, decidiu a 4ª Junta de Julgamento pela procedência do Auto de Infração em epígrafe, sob o entendimento de que:

“Inicialmente me manifesto examinando as ponderações do autuado no bojo de sua defesa, apesar de apresentadas de forma difusa, como preliminar de nulidade. Assegura o autuado que o procedimento fiscal afrontou o ordenamento jurídico brasileiro bem como os princípios sobre a ordem tributária – elencando os princípios: da Legalidade, da Segurança Jurídica, do Não Confisco; da Igualdade e da Capacidade Contributiva. Entretanto, não cuidou, apesar de consignar suas origens no texto constitucional, de indicar claramente sob que aspecto, tais princípios foram ofendidos. O que constato nos autos é que o procedimento fiscal, ao realizar o levantamento com base nas notas fiscais, interceptadas nos Postos Fiscais, e a caminho do destinatário, ora autuado, constando integralmente seus dados cadastrais e, tratando-se de mercadorias de seu ramo de comércio, afigura-se consentâneo com a legislação pertinente, eis que, ao constatar a falta de registro

e inclusão na DME, enquadrhou corretamente nas previsões contidas no RICMS-BA/97. Além de devidamente caracterizada, a acusação fiscal é suportada pelas notas fiscais capturadas pelo CFAMT, colacionadas aos autos e de inteiro conhecimento do autuado, que exercera plenamente seu direito de defesa. Assim, por também não restar comprovado nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, rejeito a preliminar de nulidade requerida nas razões jurídicas de defesa, por não se enquadrar em nenhum dos incisos do art. 18 do RPAF-BA/99.

Quanto ao mérito, os presentes autos cuidam das seguintes infrações: omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de mercadorias não registradas - infração 01 e da omissão de entradas de mercadorias no estabelecimento nas Informações Econômico-fiscais apresentadas através da DME - Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, cujo valor exigido corresponde à multa de 5% sobre a omissão de entradas de mercadorias omitida nos exercícios de 2003 e 2004 - infração 02.

Pelo argumento defensivo nota-se que o autuado em ambas as infrações concentrou suas argumentações tentando mostrar a não aquisição das mercadorias constantes nas notas fiscais relacionadas, argumentando ter sido vítima de fraudadores que utilizaram seus dados cadastrais, e que, apesar da presunção de veracidade conferida pela lei aos dados levantados pelo CFAMT, aduziu não se tratar de presunção absoluta.

Centrado na mera alegação de que terceiros utilizaram seus dados cadastrais de má fé, não cuidou de carrear aos autos comprovações que poderiam ser obtidas junto aos remetentes das mercadorias e dos transportadores para evidenciar que efetivamente não adquirira as mercadorias relacionadas no levantamento fiscal. Ao contrário, optou pela inéria em relação a essa iniciativa, mesmo revelando na própria defesa ter conhecimento fortes ameaças à sua empresa, através da ocorrência de inúmeras fraudes envolvendo a circulação de mercadorias no Estado da Bahia. Entendo que, caso o autuado assim pretendesse, tivera assaz oportunidade para consubstanciar suas alegações com o intuito de transformá-las em provas robustas capazes de elidir a acusação fiscal, no entanto assim não procedera. Convém ressaltar ainda, a extrema dificuldade operacional da fraude, sugerida como tendo sido ocorrida pela defesa para se eximir da acusação fiscal, vez que, terá de existir o conluio com o transportador para entrega da mercadoria em local distinto do constante da nota fiscal que, incorrerá em elevado risco, pois se flagrado na operação será alcançado pela responsabilidade solidária, prevista no RICM-BA-97.

Saliento que o art. 123, do RPAF-BA/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Consoante previsão expressa no artigo 19, §§ 1º e 2º, da citada Lei nº 7.357/98, o crédito fiscal deve ser apurado utilizando-se o percentual de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, constato que no presente caso, o autuante considerou corretamente o crédito fiscal a que faz jus o autuado.

Com relação às multas sugeridas pelo autuante e questionadas pela defesa, verifico que foram devidamente tipificadas, pois, estão em total consonância com os incisos III e XII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

*Portanto, por tudo quanto supra enunciado, considero que as duas infrações estão devidamente caracterizadas, pois estão relacionadas todas as notas fiscais de compras, sendo discriminadas em planilhas próprias fls. 06, 14, 17, acompanhadas das referidas terceiras vias recolhidas pelo CFAMT, e não apresentadas à fiscalização a comprovação da inclusão dessas notas fiscais na DME, através das primeiras vias das referidas notas fiscais. Quanto à aquisição de um veículo automotor, nota fiscal nº 767772 de 21/12/04, fl. 19, também não informada tempestivamente na DME de 2004 e nem na DME de 2005 como sustentou a defesa, restou patente nos autos que o contribuinte somente informara, extemporaneamente, através de DME – Retificadora em 26/03/2008, fls. 42 e 43, portanto após a autuação.
(...)"*

O autuado interpõe Recurso Voluntário, através do qual repisa a argumentação sustentada em sua peça defensiva, atravessada em Primeira Instância. Salienta que é impossível ao recorrente comprovar que as mercadorias levantadas no CFAMT não adentraram em seu estabelecimento, como de fato não adentraram, bem assim que impor tal ônus ao contribuinte é impor-lhe o ônus da prova negativa, que é impossível de ser produzida, mormente quando o Estado detém todos os meios de prova da ocorrência do fato gerador, ônus do qual não se desincumbiu.

Ressalta, ainda, que ainda que as mercadorias tivessem sido adquiridas pelo recorrente, a multa a ser aplicada não é, em hipótese alguma, a apontada pela autoridade fiscal, mas sim a prevista no inciso I, “b”, do art. 42, equivalente a 50%.

No que concerne à alegação de fraude, o próprio Estado admite que os contribuintes podem ser vitimados pela conduta ilícita de outros que, com o intuito de locupletar-se, adquirem mercadorias usando cadastros alheios. Assim, prossegue, constatada a veracidade de suas alegações, bem como que esse tipo de fraude tem sido uma prática comum, não há razão jurídica para impor à recorrente a adoção de inúmeras medidas burocráticas e dispendiosas para provar a sua inocência, quando a culpa a ela não pode sequer ser imposta. Assevera que tal medida contraria a ordem jurídica vigente e até os princípios constitucionais incidentes sobre o processo penal, em que a inocência se presume e a culpa e as respectivas penas só se impõem quando há prova robusta do fato típico. Assinala que cabe ao Estado primar pela fiscalização, impedindo a ocorrência de tais fraudes, e não ao contribuinte (parte hipossuficiente) buscar o cumprimento da lei e a aplicação da devida sanção.

De referência aos exercícios de 2004 e 2005, conforme constatado na Decisão, alega que o recorrente sanou a tempo a irregularidade apurada em sua DME, pois caso a sua retificação fosse extemporânea, o próprio Estado, a quem foi dirigida, não teria aceitado a correção. Giza que o Estado acolheu e anuiu à retificação exatamente porque é tempestiva, o que revela que já não podem subsistir as infrações e multas impostas ao recorrente.

Ao final, postula pelo Provimento do Recurso Voluntário interposto para que seja julgado improcedente o Auto de Infração. Acaso seja diverso o entendimento, requer a improcedência parcial para que seja aplicada a multa correta de 50% prevista no art. 42, I, “b”, da Lei nº 7.014/96, bem como que seja considerada a retificação tempestiva da DME aceita pelo Estado com relação aos exercícios de 2004 e 2005.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, após tecer escorço histórico acerca do presente PAF e invocando as razões de decidir do julgador de primeira instância, opina no sentido de que seja negado provimento ao Recurso Voluntário apresentado, mantendo-se a Decisão recorrida em todos os seus termos.

VOTO

Merece reparos a Decisão recorrida.

Da análise dos elementos e documentos fiscais que instruem o presente PAF, percebo, com clareza solar, que as mercadorias que foram objeto de autuação estão sujeitas ao regime de antecipação tributária.

Todavia, a despeito de tal constatação, a ação fiscal utilizou, de forma equivocada, o roteiro de fiscalização referente à omissão de saídas de mercadorias tributáveis (infração 1) e omissão de entradas de mercadorias no estabelecimento em face das Informações Econômico-Fiscais apresentadas através da DME (infração 2).

Ora, no caso vertente, o roteiro de fiscalização adequado seria o da solidariedade e antecipação tributária, mormente porque, repita-se, tratam-se de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.

Outrossim, sem prejuízo do quanto acima pontuado, revela-se incongruente, por si só, o procedimento fiscal utilizado, posto que na primeira infração o autuante apura imposto, ao passo que na segunda infração aplica multa. As acusações idênticas, o autuante aplicou infrações diferentes.

Nulo, portanto, se apresenta o lançamento fiscal realizado.

Ocorre que, especificamente em relação à infração 2, concernente à aquisição, por parte da Autuada, de um veículo automotor (Nota Fiscal nº 767772, de 21/12/04 – fl. 19), não há como prosperar a ação fiscal, aplicando-se a multa capitulada no inciso XII-A, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Isso porque a multa ali consignada é aplicável somente para as hipóteses de mercadorias, que não se confunde com o caso presente. O veículo automotor adquirido, objeto daquela Nota Fiscal, integra o ativo fixo da empresa recorrente, não se caracterizando, pois, como mercadoria à luz da legislação vigente.

Por tal razão, improcedente, no particular, se apresenta a exigência fiscal.

Dest'arte, em face de tudo quanto acima exposto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto para julgar NULO o presente Auto de Infração, ao tempo em que julgo IMPROCEDENTE a exigência fiscal no que se refere especificamente à Nota Fiscal nº 767772, datada de 21/12/04 (fl. 19), atinente à aquisição de veículo automotor (ativo fixo) que não se caracteriza como mercadoria, recomendando a realização de nova ação fiscal, a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE**, em relação à aquisição de bem do ativo fixo referente ao item 2, e **NULO** quanto aos demais itens, o Auto de Infração nº **147365.0059/08-1**, lavrado contra **COMERCIAL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO FONTES BRITO LTDA. (CASA DO FAZENDEIRO)**. Recomenda-se a realização de nova ação fiscal, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS