

A. I. N° - 089010.0047/07-2

AUTUADO - CEREALISTA CALAZANS LTDA.

AUTUANTES - GILSON AMARAL MACEDO e AFONSO HILÁRIO LEITE DE OLIVA

ORIGEM - INFRAZ ITAMARAJU

INTERNET - 02.03.2009

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0010-02/09

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Fato demonstrado nos autos. Mantido o lançamento. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. OMISSÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Fato demonstrado nos autos. Não acatada a preliminar suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/12/07, diz respeito aos seguintes fatos:

1. falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação, nas aquisições interestaduais de mercadorias “relacionadas nos anexos 69 e 88” [leia-se: mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos do art. 353 do RICMS], sendo lançado imposto no valor de R\$68.669,12, com multa de 60%;
2. omissão de entrada de mercadorias no estabelecimento, nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME (Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte), sendo por isso aplicada multa correspondente a 5% sobre o valor comercial das mercadorias cujas entradas não foram informadas, no valor de R\$21.168,00.

Na defesa o autuado suscita como preliminar a nulidade dos lançamentos, alegando inobservância dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, dando como fundamento jurídico os preceitos dos incisos II e III do art. 18 do RPAF. Alega que os lançamentos foram feitos com base em dados obtidos através do Sintegra, sendo que nos exercícios de 2003 a 2005 o Sintegra não estava regulamentado no Estado da Bahia, haja vista as inúmeras prorrogações havidas para entrar em vigor neste Estado. Argumenta que a utilização de um sistema que legalmente não havia sido implantado ou regulamentado fere princípios constitucionais relacionados com o direito tributário contidos nos arts. 145 e seguintes da Constituição. Aduz que tal situação se assemelha ao uso de métodos ilícitos para obtenção de informações ou dados com o intuito de apenaar alguém. Por essas razões pede a anulação do procedimento.

No mérito, o autuado alega que os autuantes se basearam em dados do Sintegra, e, não obstante as Notas Fiscais que deram ensejo aos lançamentos terem sido emitidas em nome de sua empresa, as mercadorias de que cuidam os citados documentos não foram destinadas ao seu estabelecimento. Observa que muitos dos documentos colacionados aos autos se referem a compras de “vacinas, soros e medicamentos”, mercadorias estas que jamais foram adquiridas para revenda em seu estabelecimento, cuja atividade única e principal não está relacionada com medicamentos e vacinas, que são produtos típicos do ramo de farmácias ou hospitalais. Considera que deve haver uma rede de fraudadores do fisco que vem utilizando o ardil de, com base nos dados cadastrais de determinada empresa, guiar mercadorias em nome desta, porém com destino

estrano nos documentos que acompanham as mercadorias em trânsito. Destaca que, com as facilidades dos dias atuais, que propiciam o acesso de dados junto aos sistemas integrados do fisco através da internet, tornou-se muito fácil para que empresas e pessoas sem escrúpulo possam emitir Notas Fiscais em nome de contribuinte para dar trânsito a mercadorias destinadas a outra. Considera que o fisco deve tomar uma atitude enérgica para coibir tais práticas, evitando que sejam injustamente apenados contribuintes que não adquiriram as mercadorias, apesar de a documentação fazer supor que foram eles que as adquiriram.

O autuado nega que tivesse recebido as mercadorias objeto dos lançamentos em discussão. Protesta que não há prova nos autos de que as mercadorias tivessem sido recebidas pelo seu estabelecimento. Diz esperar que sejam oficiadas as empresas emitentes das Notas Fiscais para que apresentem os comprovantes de entrega das mercadorias.

Seguem-se considerações acerca do instituto da presunção fiscal, com citação de acórdãos do 1º Conselho de Contribuintes e da 5ª turma do TFR.

O autuado questiona a constitucionalidade da cobrança do imposto neste caso alegando que não houve fato gerador do tributo e que não houve circulação de mercadorias, pois estas não entraram em seu estabelecimento.

Cita doutrina.

Passa em seguida a questionar a existência de cobrança do imposto em duplicidade, alegando que os autuantes utilizaram as mesmas Notas Fiscais para caracterizar dupla infração, “ocasionando assim a geração de dois tributos relacionados com o mesmo imposto”, haja vista que no item 1º foram relacionadas Notas Fiscais que os autuantes supõem se relacionarem com mercadorias sem o recolhimento do ICMS, de acordo com dados do Sintegra, resultando no lançamento de imposto no valor de R\$ 68.669,12, e no item 2º foram utilizadas as mesmas Notas Fiscais, por concluírem ter havido omissão de entradas de mercadorias no estabelecimento, através de operações registradas no Sintegra, sendo lançado débito de R\$ 21.168,00, no primeiro caso à alíquota de 17%, e no segundo à alíquota de 5%.

A defesa reclama que os fiscais cuidaram apenas de apenar o autuado, porém não fizeram a compensação do crédito do imposto constante nas Notas Fiscais com o débito lançado no Auto, contrariando o princípio da não-cumulatividade.

Considera ser necessária a revisão de todo o procedimento.

Requer que sejam oficiadas as empresas emitentes das Notas Fiscais para que apresentem a comprovação da efetiva entrega das mercadorias no estabelecimento do destinatário.

Pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente, e que a decisão seja fundamentada e motivada.

Requer que a decisão seja comunicada por escrito através do seu patrono.

Na informação fiscal os autuantes rebatem a preliminar de nulidade dizendo que a ação fiscal foi revestida de total legalidade, em face dos anexos e demonstrativos que compõem o Auto.

Quanto ao mérito, dizem que todos os documentos fiscais foram acostados aos autos, foram emitidos em nome do autuado, neles constando o endereço do seu estabelecimento. Dizem que as Notas Fiscais foram emitidas por fornecedores do contribuinte, sendo as operações realizadas através de representantes comerciais, evidenciados no corpo de grande parte das Notas Fiscais. As mercadorias referidas na defesa como “vacinas, soros e medicamentos” dizem respeito a antiácidos e analgésicos, cujo volume verificado nos documentos fiscais não é significativo, e, ao contrário do alegado na defesa, são comercializados normalmente no estabelecimento do autuado.

No tocante ao Sintegra, os autuantes informam que os documentos identificados através desse sistema foram informados pelos remetentes das mercadorias, conforme prevê o Convênio ICMS 57/95, regulamentado pelo fisco das unidades federadas. Frisam que os documentos fiscais foram remetidos pelos fornecedores das mercadorias, em atendimento à solicitação feita nesse sentido, conforme relação de “empresas circularizadas” e “circularização recebida”.

Quanto à alegação do autuado de não ter recebido as mercadorias, os fiscais dizem que as empresas identificadas são fornecedoras do autuado. Ressaltam que as operações foram realizadas com condições de pagamento a prazo. Consideram que a defesa tenta transferir o ônus da prova para o fisco, como forma de procrastinar a cobrança do débito. Dizem que o autuado não apresentou nem informou na defesa a adoção de qualquer medida elucidativa junto aos remetentes e transportadores das mercadorias, como forma de identificar os responsáveis pelos pedidos e pelos pagamentos das mercadorias, visando elidir a autuação fiscal. Consideram improcedentes as alegações da defesa e desnecessário o pedido de diligência.

No que concerne à presunção fiscal e à cobrança indevida, os fiscais dizem que deixam de comentar as alegações, comentários e acórdãos atinentes à legalidade dos dispositivos regulamentares porque estes não foram objeto de análise na ação fiscal.

Quanto à alegação da duplicidade na cobrança do imposto, os autuantes observam que o item 1º diz respeito a ICMS devido por “antecipação e substituição tributária” de responsabilidade do autuado relativamente às operações subsequentes em relação à aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, e o item 2º se refere a penalidade por descumprimento de obrigação acessória decorrente da omissão de entrada de mercadorias no estabelecimento, nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME, não havendo a alegada duplicidade de cobrança do imposto.

Com relação à falta de compensação do crédito fiscal, os autuantes dizem que a alegação da defesa não procede, tendo em vista que o crédito reclamado pela defesa foi compensado na apuração do imposto, conforme foi demonstrado no anexo “Planilha de cálculo antecipação tributária – ICMS não recolhido”, às fls. 11 a 23.

Consideram os autuantes não haver necessidade de revisão fiscal.

Opinam pela manutenção dos lançamentos em sua totalidade.

O processo foi remetido em diligência à repartição de origem para que fosse dada ciência da informação fiscal ao sujeito passivo, tendo em vista que os autuantes fizeram considerações atinentes *a) aos emitentes das Notas Fiscais*, tidos como fornecedores do contribuinte autuado, *b) às espécies de mercadorias*, que seriam comercializadas normalmente no estabelecimento do autuado, e *c) às condições de pagamento*, que teriam sido a prazo. Na mesma diligência, considerando-se que esses aspectos não haviam sido explicitados na descrição do fato no Auto de Infração, não tendo portanto o autuado oportunidade de rebatê-los, foi determinada a reabertura do prazo de defesa.

A repartição entregou ao contador do autuado cópia do despacho da diligência, bem como cópia da informação fiscal, dando-lhe ciência da reabertura do prazo de defesa.

O autuado não se manifestou.

VOTO

Este Auto de Infração é composto de dois itens. O item 1º cuida da falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos do art. 353 do RICMS. O item 2º refere-se a uma multa por omissão de entrada de mercadorias no estabelecimento, nas informações econômico-

fiscais apresentadas através de DME (Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte).

O autuado alega ofensa aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, porque o fisco se baseou em dados obtidos através do Sintegra. Alega que nos exercícios de 2003 a 2005 o Sintegra não estava regulamentado no Estado da Bahia.

O Sintegra (Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços) encontra-se em vigor desde que foi firmado o Convênio ICMS 57/95. Dou por superada a preliminar.

No mérito, o autuado nega que tivesse efetuado as compras das mercadorias objeto da autuação. Alega que existem documentos relativos a compras de vacinas, soros e medicamentos, mercadorias que jamais foram adquiridas para revenda em seu estabelecimento. Atribui o fato de os documentos indicarem o seu estabelecimento como destinatário à prática de fraudadores que se utilizam dos dados cadastrais de outras empresas para emissão de documentos a fim dar curso às mercadorias, valendo-se das facilidades de acesso aos dados das empresas através da internet. Protesta que não há prova nos autos de que as mercadorias tivessem sido recebidas pelo seu estabelecimento.

Realmente, é possível que pessoas inescrupulosas se valham dos dados de terceiros para emissão de documentos fiscais, destinando as mercadorias a outras empresas.

Entendo também que Notas Fiscais informadas no Sintegra não constituem prova de que as mercadorias nelas relacionadas entraram no estabelecimento do destinatário. Aliás, essas Notas Fiscais não provam sequer que as mercadorias circularam. O que elas provam é apenas que foram emitidas.

Também já sustentei em outros julgamentos que o fisco não pode se limitar a fazer a chamada “circularização” para obtenção de cópias dos documentos, pois entendo que a fiscalização existe é para fiscalizar, de modo que, além da circularização pura e simples, deve o agente fiscal verificar no estabelecimento emitente das Notas de que modo foram feitos os pagamentos, quem retirou as mercadorias, quem as recebeu, etc.

Entendo que a prova nesses casos cabe ao fisco, porque, a rigor, só quem pode fazer a verificação desses fatos é a fiscalização, que tem poder de polícia. O contribuinte não tem como provar que as compras foram feitas por terceiros, ou que quem pagou as compras foram terceiros, como também não tem como provar quem foi que transportou as mercadorias, pois ele não pode fiscalizar outros contribuintes.

No entanto, no presente caso, abro mão do ponto de visto que já sustentei outros julgamentos, em face dos elementos aduzidos pelos autuantes na informação prestada. Os autuantes observaram que as operações realizadas através de representantes comerciais, evidenciados no corpo de grande parte das Notas Fiscais. As mercadorias referidas na defesa como “vacinas, soros e medicamentos” dizem respeito a antiácidos e analgésicos, que, ao contrário do alegado na defesa, são comercializados normalmente no estabelecimento do autuado. Informam que as empresas emitentes dos documentos são fornecedoras do autuado. Ressaltam que as operações foram realizadas com condições de pagamento a prazo.

Realmente, compulsando-se as Notas Fiscais, noto que em sua maioria as operações foram efetuadas a prazo. Ora, não posso conceber que alguém pague duplicatas sem ter recebido as mercadorias correspondentes.

Foi dada ciência da informação fiscal ao contribuinte, reabrindo-se o prazo de defesa, e ele não se manifestou.

Não acato a alegação de lançamento em duplicidade, pois o item 1º diz respeito a imposto que deixou de ser pago, ao passo que o item 2º se refere ao descumprimento de uma obrigação acessória (dever instrumental).

O § 5º do art. 915 do RICMS prevê que a multa pelo descumprimento de obrigação acessória será absorvida pela multa prevista para o descumprimento da obrigação principal, sempre que se tratar de cometimento em que o descumprimento da obrigação principal seja uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, servindo a infração relativa à obrigação acessória como circunstância agravante da relativa à falta de recolhimento do imposto devido em relação ao mesmo infrator.

No caso em exame, não estou convencido de que o descumprimento da obrigação principal tenha sido uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória. Pelo menos isso não foi demonstrado pela defesa.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **089010.0047/07-2**, lavrado contra **CEREALISTA CALAZANS LTDA.**, devendo o autuado ser intimado a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 68.669,12**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$21.168,00**, prevista no inciso XII-A do art. 42 da supracitada lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2009.

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR