

PROCESSO - A. I. Nº 274068.0012/12-3
RECORRENTE - ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0118-05/13
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 17/02/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0005-11/14

EMENTA: ICMS. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES DE SAÍDA TRIBUTÁVEIS NÃO DECLARADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. As informações extraídas de sistemas de informática desta Secretaria da Fazenda, como extratos do SINTEGRA, ainda que circularizados, somente adquirem força para comprovar as aquisições quando apresentados juntamente com canhotos de recebimento, conhecimentos de transporte, comprovantes de pagamento e similares. Quanto à natureza jurídica, a nota fiscal eletrônica guarda algumas diferenças relativamente à sua correlata em papel. A emissão é efetuada através da assinatura digital do remetente (sistema de chaves públicas digitais – ICP), com comunicação ao destinatário, que no caso em apreço não a reconhece como prova. Todavia, apesar de ter tomado conhecimento dos pedidos de autorização para emissão das notas eletrônicas, não trouxe aos autos quaisquer documentos que comprovassem a sua contrariedade em relação às mesmas (boletins policiais de ocorrência, comunicações de irregularidades ou fraudes a repartições fazendárias etc.). Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pleito de revisão ou diligência por fiscal estranho ao feito. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão originária do Acórdão 5ª JJF 0118-05/13, que julgou Procedente o lançamento de ofício acima epigrafado, lavrado no dia 18/12/2012 para exigir ICMS no valor de R\$59.760,69, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/1996, sob a presunção de omissão de saídas tributáveis, apurada através de entradas não registradas.

Consta que foi aplicada a proporcionalidade da Instrução Normativa nº 56/2007; que os elementos tomados como base para a autuação foram obtidos através do CFAMT, circularização junto a fornecedores e sistema de emissão de documentos auxiliares de notas eletrônicas; e que o contribuinte foi intimado para justificar a falta de escrituração das referidas aquisições (fl. 05).

A JJF apreciou a lide na pauta de 31/07/2013 (fls. 404 a 407), decidindo pela Procedência por unanimidade, nos termos abaixo transcritos.

“Trata presente processo, de lançamento tributário decorrente da falta de registro de notas fiscais de aquisição tanto de mercadorias tributáveis, como isentas não-tributadas ou com regime de substituição tributária.

A impugnante em preliminar de nulidade afirma que a acusação fiscal não se coaduna com a imposição correspondente, pois ainda que as operações fossem legítimas, caberia no máximo, a aplicação de multa formal de 1% ou 10% a depender da natureza das mercadorias, pela ausência de escrituração fiscal, jamais a cobrança de imposto por presunção.

Discordo da arguição de nulidade, tendo em vista que o artigo 2º, §3º, IV do RICMS vigente à época dos fatos, claramente dispõe sobre a legalidade deste tipo de lançamento conforme transcrição literal abaixo:

Art. 2º Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento;

§ 3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

I - saldo credor de caixa;

II - suprimento a caixa de origem não comprovada;

III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

O levantamento de débito efetuado pela autuante, levou em consideração o índice de proporcionalidade das saídas de mercadorias tributáveis em comparação com isentas e outras, conforme demonstrativo das fls. 26/27, sendo aplicado o índice no demonstrativo de débito das fls. 20/25, descaracterizando qualquer excesso no lançamento tributário. Rejeitada a preliminar de nulidade.

No mérito, a impugnante nega o recebimento das mercadorias, aduz que já foi vítima deste tipo de procedimento, sem, contudo fazer prova, e traz julgamentos deste Conselho de Fazenda que afirma estarem de acordo com o seu posicionamento, ou seja, pela rejeição do lançamento apenas pela apresentação das notas fiscais sem registro.

De acordo com o art. 143 do RPAF, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. O impugnante não logrou trazer ao processo qualquer prova em sentido contrário, como por exemplo, declaração dos fornecedores ou transportadores que constam nos documentos fiscais, sendo tal tarefa relativamente fácil de ser obtida, dado que a maioria dos documentos fiscais são comprovadamente de fornecedores, com inúmeras outras notas fiscais registradas, a exemplo da NORSÁ REFRIGERANTES (fabricante da coca-cola na Bahia), de fácil acesso à impugnante, visto que a sede se situa a poucos quilômetros desta capital. Além disso, há de se ressaltar a idoneidade, seriedade e controle interno, que caracterizam as operações das empresas como a NORSÁ REFRIGERANTES e a multinacional JOHNSON & JOHNSON, notadamente com seus clientes de grande porte, como é o caso da impugnante.

Por fim, resta apreciar os Acórdãos aqui trazidos pelo impugnante como prova da jurisprudência do CONSEF ao envolver julgamentos correlatos. No caso do Acórdam CJF 0078-12-9, foi provido parcialmente, mas diz que o impugnante não elidiu a presunção no caso de notas fiscais de CFAMT cujos originais evidenciam a circulação no Estado. Quantidade significativa das notas fiscais acostadas ao processo, se tratam exatamente de notas fiscais colhidas no trânsito de mercadorias no Estado da Bahia, provando a sua circularização. As notas fiscais que não são de CFAMT por sua vez, como as da Civil Industrial são cópias, mas são notas internas, de emissão neste Estado, assim como os DANFE, a exemplo da SCHINCARIOL de Alagoinhas-BA, cuja jurisprudência deste Conselho de Fazenda aponta no sentido de acolher a presunção de que foram adquiridas e não registradas, a menos que o destinatário faça prova em contrário.

A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. O autuado não elidiu a acusação. Foi aplicada a proporcionalidade na base de cálculo em razão de o contribuinte comercializar mercadorias isentas, não tributadas e também com regime de substituição tributária por antecipação.

Face ao exposto, considero voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

A sociedade empresária interpõe Recurso Voluntário às fls. 418 a 423, no qual aduz que o trabalho de fiscalização foi uma simples conferência do lançamento de notas em livros fiscais, tomando-se como parâmetros o CFAMT – com falta de especificação dos números dos documentos fiscais -, notas obtidas de terceiros e impressões de DANFES (documentos auxiliares de notas fiscais eletrônicas) por meio do sistema de informática SIAF.

Em seguida, argumenta que a presunção do art. 2º, § 3º do RICMS/1997 aplica-se no caso de falta de contabilização, e não de escrituração, o qual diferencia com clareza livros fiscais de contábeis, pois se assim não fosse não existiriam as capitulações atinentes às penalidades de 10% e de 1%, estas sim relativas à falta de registro na escrita fiscal.

Sustenta que o ônus da prova é do Estado e que os documentos presentes nos autos não são suficientes para comprovar as entradas. Igualmente, indica a presença entre as operações auditadas de compras de materiais de uso e consumo (pedras e britas), remessas em bonificações e brindes, devoluções, retornos de bens em comodato, bonificações, substituições etc., as quais, a seu ver, não podem ensejar presunção de omissão de saídas, mas, no máximo, a multa de 1% do art. 42, XI da Lei nº 7.014/1996.

Requer a conversão da exigência para as multas do art. 42, IX ou XI da Lei nº 7.014/1996, protesta pela produção de provas através de todos os meios admitidos, inclusive revisão por fiscal estranho ao feito, e conclui pleiteando nulidade ou improcedência.

No Parecer de fls. 434/435 e Despacho de fl. 436 a Procuradoria do Estado opina pelo Provimento Parcial do apelo, de maneira a excluir do lançamento as notas obtidas via SINTEGRA, visto que o entendimento já firmado por aquele órgão é de que para evidenciar as entradas são necessários canhotos de recebimento, conhecimentos de transporte, comprovantes de pagamento etc.

VOTO

No que diz respeito à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, que analisou todas as questões ventiladas na peça de defesa, a auditora e os julgadores da instância de origem expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram o ilícito, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como apontaram o embasamento jurídico, que se mostra correto e compreensível.

Não foi constatada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º, RPAF/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Com supedâneo no art. 147, I, “a”, RPAF/1999, indefiro o pedido de revisão por fiscal estranho ao feito, pois os elementos ora constantes dos autos são suficientes para formar a convicção dos conselheiros membros desta CJF.

Com relação ao requerimento de conversão do valor lançado para as penalidades do art. 42, IX ou XI da Lei nº 7.014/1996, o art. 157 do RPAF/1999 apenas o dá fundamento quando (i) verificada a total insubsistência da infração quanto à obrigação principal e (ii) comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, situações não constatadas, consoante passarei a expor no julgamento de mérito.

No mérito, o art. 4º, § 4º, IV da Lei nº 7.014/1996 autoriza a presunção de ocorrência de operações tributáveis sem o pagamento do imposto sempre que forem verificadas entradas de bens ou mercadorias não registradas, pelo que não merece acolhimento a tese recursal de diferenciação entre escrita fiscal ou contábil com o objetivo de afastar a acusação.

Quanto às transações relativas a materiais de uso e consumo, remessas em bonificações e brindes, devoluções, retornos de bens em comodato, bonificações, substituições, entre outras, as operações tributáveis foram devidamente segregadas daquelas isentas, não tributáveis ou sujeitas ao regime de substituição, de acordo com a Instrução Normativa nº 56/2007.

Assinale-se que, apesar de pedras e britas não serem itens revendidos pelo sujeito passivo, materiais seguramente utilizados em reformas, as suas entradas são sujeitas à incidência do ICMS, subsumíveis, portanto, no comando do art. 4º, § 4º, IV da Lei nº 7.014/1996 (“*bens ou mercadorias não registradas*”).

Entretanto, consoante muito bem ressaltado no Parecer da PGE/PROFIS, observo no levantamento de fls. 20 a 25 que a apuração teve como fontes o SINTEGRA (documentos circularizados), notas eletrônicas (cujos DANFES respectivos foram juntados pela autuante às fls. 187 a 304) e o CFAMT.

As informações extraídas de sistemas de informática desta Secretaria da Fazenda, como extratos do SINTEGRA, ainda que circularizados, somente adquirem força para comprovar as aquisições quando apresentados juntamente com canhotos de recebimento, conhecimentos de transporte, comprovantes de pagamento e similares, concepção, aliás, já assentada neste Conselho de Fazenda.

Quanto à natureza jurídica, a nota fiscal eletrônica guarda algumas diferenças relativamente à sua correlata em papel. A emissão é efetuada através da assinatura digital do remetente (sistema de chaves públicas digitais – ICP), com comunicação ao destinatário, que no caso em apreço não a reconhece como prova. Todavia, apesar de ter tomado conhecimento dos pedidos de autorização para emissão das notas eletrônicas, não trouxe aos autos quaisquer documentos que

comprovassem a sua contrariedade em relação às mesmas (boletins policiais de ocorrência, comunicações de irregularidades ou fraudes a repartições fazendárias etc.).

Os documentos extraídos do CFAMT são capturados nos postos fiscais localizados no território do Estado da Bahia, em razão de que são suficientes para comprovar as internalizações e as entradas, consoante jurisprudência já pacificada neste Conselho de Fazenda.

Assim, com o uso dos índices de proporcionalidade constantes da coluna “% *TRIBUTADO*” e da alíquota de 17%, excludo dos demonstrativos de fls. 20 a 27 as operações grafadas com os códigos “*SINTEGRA*” na coluna “*ORIGEM*”, para manter apenas aquelas concernentes a “*CFAMT*” e “*NFe*”, de forma que o “*quantum debeatur*” seja alterado de R\$59.760,69 para R\$36.290,77, nos moldes da planilha abaixo:

| Mês | Valor ontábil | % trib. | Valor trib. | Aliq. | Valor devido |
|--------------------|----------------|----------|---------------|-------|----------------------|
| jan/08 | R\$ 2.200,00 | | | | |
| | R\$ 2.700,00 | | | | |
| | R\$ 6.153,84 | | | | |
| Subtotal | R\$ 11.053,84 | 0,485514 | R\$ 5.366,79 | 0,17 | R\$ 912,35 |
| fev/08 | R\$ 1.937,82 | | | | |
| | R\$ 998,19 | | | | |
| | R\$ 998,19 | | | | |
| | R\$ 5.528,60 | | | | |
| | R\$ 2.237,54 | | | | |
| | R\$ 4.900,00 | | | | |
| Subtotal | R\$ 16.600,34 | 0,543855 | R\$ 9.028,18 | 0,17 | R\$ 1.534,79 |
| mar/08 | R\$ 24.358,21 | 0,536229 | R\$ 13.061,58 | 0,17 | R\$ 2.220,47 |
| abr/08 | R\$ 1.470,52 | | | | |
| | R\$ 1.965,12 | | | | |
| | R\$ 1.022,48 | | | | |
| | R\$ 2.353,56 | | | | |
| Subtotal | R\$ 6.811,68 | 0,532439 | R\$ 3.626,80 | 0,17 | R\$ 616,56 |
| mai/08 | R\$ 1.496,44 | | | | |
| | R\$ 5.408,22 | | | | |
| | R\$ 170,65 | | | | |
| | R\$ 2.109,46 | | | | |
| | R\$ 1.589,71 | | | | |
| | R\$ 1.637,66 | | | | |
| | R\$ 3.703,50 | | | | |
| | R\$ 1.053,60 | | | | |
| Subtotal | R\$ 28.926,44 | 0,519525 | R\$ 15.028,01 | 0,17 | R\$ 2.554,76 |
| jun/08 | R\$ 2.075,30 | | | | |
| | R\$ 1.054,81 | | | | |
| Subtotal | R\$ 3.130,11 | 0,52823 | R\$ 1.653,42 | 0,17 | R\$ 281,08 |
| jul/08 | R\$ 1.852,20 | 0,528386 | R\$ 978,68 | 0,17 | R\$ 166,38 |
| ago/08 | R\$ 2.681,15 | | | | |
| | R\$ 2.676,00 | | | | |
| | R\$ 1.220,88 | | | | |
| | R\$ 15.000,00 | | | | |
| | R\$ 2.115,32 | | | | |
| Subtotal | R\$ 23.693,35 | 0,527072 | R\$ 12.488,10 | 0,17 | R\$ 2.122,98 |
| set/08 | R\$ 3.004,25 | | | | |
| | R\$ 1.057,90 | | | | |
| Subtotal | R\$ 4.062,15 | 0,550415 | R\$ 2.235,87 | 0,17 | R\$ 380,10 |
| out/08 | R\$ 69.022,16 | 0,507056 | R\$ 34.998,10 | 0,17 | R\$ 5.949,68 |
| nov/08 | R\$ 39.321,11 | 0,569765 | R\$ 22.403,79 | 0,17 | R\$ 3.808,64 |
| dez/08 | R\$ 151.959,47 | 0,609411 | R\$ 92.605,77 | 0,17 | R\$ 15.742,98 |
| TOTAL GERAL | | | | | R\$ 36.290,77 |

Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

VOTO DIVERGENTE

Peço vênica para discordar parcialmente do voto proferido pelo eminente colega Relator, o que faço com base nas razões a seguir aduzidas.

Como restou esclarecido através da análise do referido lançamento, bem como do levantamento de fls. 20 a 25, a apuração teve como fontes o SINTEGRA (documentos circularizados), notas eletrônicas (cujos DANFES respectivos foram juntados pela autuante às fls. 187 a 304) e o CFAMT.

De fato, as informações extraídas de sistemas de informática desta Secretaria da Fazenda, como extratos do SINTEGRA, ainda que circularizados, somente adquirem força para comprovar as aquisições quando apresentados juntamente com canhotos de recebimento, conhecimentos de transporte, comprovantes de pagamento e similares, concepção, aliás, já assentada neste Conselho de Fazenda.

No que se refere às notas fiscais eletrônicas, mesmo que guarde algumas diferenças relativamente à sua correlata em papel, entendo igualmente que ela não comprova a efetiva circulação da mercadoria. A emissão é efetuada através da assinatura digital do remetente (sistema de chaves públicas digitais – ICP), com comunicação ao destinatário. Todavia, tal certificação apenas confere legitimidade à confirmação de quem seja efetivamente o emissor do documento, bem como a sua regularidade perante a SEFAZ/BA. Entendo que, o mero envio de e-mail para o destinatário, não comprova a ciência do mesmo acerca da sua existência, tampouco da efetiva circulação física e recebimento do bem comercializado. Trata-se, portanto, assim como o SINTEGRA, de mero indício de prova, produzido por terceiro.

Diferente, no entanto, é a situação dos documentos extraídos do CFAMT pois, além da sua existência física (o que se resume a prova indiciária), a captura dos mesmos nos postos fiscais localizados no território do Estado da Bahia, torna a prova mais robusta, e de acordo com a jurisprudência consolidada neste Conselho de Fazenda, comprova a internalização e entrada de mercadoria.

Assim, diante do exposto, com a devida vênica, divirjo do voto do eminente relator entendendo que, além das notas obtidas via SINTEGRA, também deverão ser excluídos do levantamento fiscal, os valores obtidos através das notas fiscais eletrônicas referidas na autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 274068.0012/12-3, lavrado contra **ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$36.290,77**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Paulo Danilo Reis Lopes, Angelo Mário de Araújo Pitombo e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros(as): Daniel Ribeiro Silva, Edmundo José Bustani Neto e Raísa Catarina Oliveira Alves Fernandes.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de janeiro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

DANIEL RIBEIRO DA SILVA - VOTO DIVERGENTE

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS