

PROCESSO	- A. I. Nº 217437.0012/13-6
RECORRENTE	- P. PEREIRA DA SILVA JÚNIOR (UZZE DENUNCIA JEANS DISTRIBUIDORA) - EPP
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0123-04/14
ORIGEM	- INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET	- 18/05/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0122-12/15

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. O particular não pode fazer uso da dificuldade do administrador público no sentido de implementar rotinas de fiscalização com vistas a não pagar o que é devido ao Erário, pois todos os elementos constantes do processo indicam não lhe assistir a mínima razão. Não acolhida a preliminar de nulidade suscitada, de ofício, pela relatora. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão epigrafado que julgou pela Procedência do Auto de Infração lavrado em 18/02/2014 para exigir ICMS no valor de R\$ 95.660,57, acrescido da multa de 60% (art. 42, II, “d” da Lei 7.014/1996), por imputar a falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, na condição de “*empresa*” optante do Simples Nacional, referente às aquisições interestaduais de mercadorias.

O autuado defendeu-se inicialmente às fls. 33 a 36, tendo o autuante prestado informação fiscal às fls. 42 a 45, culminando os atos processuais na prolação de julgado pela Primeira Instância nestes termos :

“Verifico, nos campos denominados “NATUREZA DA OPERAÇÃO” dos documentos de fls. 07 a 27, a presença da expressão “VENDA DE PRODUÇÃO DO ESTABELECIMENTO”, sendo que em todas as notas há o devido destaque do ICMS, pelo que não merece acolhimento as razões defensivas concernentes a supostas operações de consignação.

Quanto às compras não reconhecidas, através da análise da situação das notas fiscais eletrônicas no sítio da Internet desta Secretaria da Fazenda, constato que não há qualquer irregularidade nas operações, ou até mesmo indícios de que o impugnante tenha se insurgido contra o cadastramento das mesmas nos bancos de dados da SEFAZ quando informado.

Cabe assinalar que a autuante juntou provas de que o defendente vendeu mercadorias em um patamar muito superior ao que alega ter.

Por outro lado, as notas fiscais não reconhecidas são do único fornecedor do estabelecimento fiscalizado mencionado nos presentes autos.

Não desconheço a jurisprudência deste Conselho acerca do que é necessário para a comprovação das operações interestaduais, com a qual, inclusive, concordo. Entretanto, nada deve ser tomado como absoluto quando se trata de julgar, pois cada caso possui as suas especificidades, as quais devem ser analisadas sob o prisma da razoabilidade.

Conforme dito acima, a agente de tributos juntou provas de que o defendente vendeu mercadorias em um patamar muito superior ao que alega ter como capacidade econômica, e, além disso, as notas fiscais não reconhecidas são do único fornecedor do estabelecimento fiscalizado mencionado nos presentes autos.

O sistema de notas fiscais eletrônicas possui uma função que avisa ao suposto destinatário as respectivas emissões. Não há qualquer indício de que o autuado tenha se manifestado contrariamente ao cadastramento de quaisquer dos documentos em tela.

É certo que a esta altura a Secretaria da Fazenda da Bahia já deveria, quando das passagens dos veículos, por intermédio dos prepostos que atuam em postos fiscais, ter adotado o procedimento de efetuar a leitura ótica dos códigos das notas fiscais eletrônicas, para que assim restasse demonstrada a internalização das mercadorias no território baiano, já que os equipamentos destinados a tal fim existem.

Ocorre que, até o presente momento, infelizmente, não foram tomadas as referidas medidas. O particular não pode fazer uso da dificuldade do administrador público no sentido de implementar rotinas de fiscalização com vistas a não pagar o que é devido ao Erário, pois todos os elementos constantes do processo indicam não lhe assistir a mínima razão.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Intimado, o sujeito passivo interpôs apelo à segunda instância, reiterando os fundamentos esposados em sua impugnação primeira, no sentido de que o Fisco pretende desclassificar a natureza fiscal da operação que foi acobertada pelas Notas Fiscais que relacionou emitidas pela B. D. VEST. CONFECÇÕES LTDA, empresa fornecedora.

Destaca que o artigo 334 do RICMS/BA não veda que as empresas optantes do SIMPLES NACIONAL adquiram mercadorias em consignação, eis que a alínea “b” do inciso I, dispõe que o consignatário pode creditar-se do valor do imposto, quando permitido.

Ressalta que no seu caso, que não houve o aproveitamento do crédito do ICMS, justamente pelo fato de ser optante pelo SIMPLES NACIONAL, o que resulta na conclusão de que o ICMS devido na saída das referidas mercadorias, foi recolhido normalmente através de DANS, o que não foi observado pelo autuante apesar de existem provas como as apresentou, sendo que as NFs que ali relacionou relacionam com as mercadorias adquiridas em consignação, revendidas e pago o ICMS respectivo através dos DANS:

- | | |
|---|---------------|
| 1) – Nota Fiscal nº 34303 de 11/05/2012 no valor de R\$ 7.490,63 | |
| 2) – Nota Fiscal nº 36752 de 28/05/2012 no valor de R\$ 1.976,70 | |
| 3) – Nota Fiscal nº 36807 de 29/05/2012 no valor de R\$13.645,96 | |
| 4) – Nota Fiscal nº 37622 de 02/06/2012 no valor de R\$ 2.768,92 | |
| 5) – Nota Fiscal nº 38118 de 02/06/2012 no valor de R\$58.368,24 | |
| 6) – Nota Fiscal nº 38125 de 02/06/2012 no valor de R\$ <u>1.572,75</u> | |
| Total | R\$ 73.522,57 |

Logo, como asseverou, por não fazer jus ao crédito do ICMS e se acaso prevalecer a pretensão do Fisco estar-se-á se estabelecendo o uso simultâneo de dois regimes tributários para um mesmo contribuinte, o que é absolutamente vedado pela legislação tanto do ICMS do Estado da Bahia, quanto a que rege o SIMPLES NACIONAL.

Em conclusão, afirma que restou provado que a saída de todos os produtos acobertados pelas Notas Fiscais referidas tributada à luz da legislação do SIMPLES NACIONAL.

No tocante à mercadoria cujo trânsito foi acobertado pelas Notas Fiscais que adiante discrimina, não foi por si adquirida, o que está comprovado.

Diz que não tem espaço físico e nem capital de giro para efetuar compras num montante de R\$638.650,49. Cita as seguintes notas fiscais, a saber :

- Nota Fiscal nº 36278 de 26/05/2012 no valor de R\$ 24.039,70
Nota Fiscal nº 36398 de 26/05/2012 no valor de R\$ 62.769,04
Nota Fiscal nº 36806 de 29/05/2012 no valor de R\$ 40.862,37
Nota Fiscal nº 38079 de 02/06/2012 no valor de R\$ 96.518,91
Nota Fiscal nº 38119 de 02/06/2012 no valor de R\$125.035,39
Nota Fiscal nº 38121 de 02/06/2012 no valor de R\$107.847,48
Nota Fiscal nº 38122 de 02/06/2012 no valor de R\$188.759,43
Nota Fiscal nº 38123 de 02/06/2012 no valor de R\$ 82.770,53
Nota Fiscal nº 38124 de 02/06/2012 no valor de R\$ 57.537,22
Nota Fiscal nº 37641 de 05/06/2012 no valor de R\$ 38.780,42

Total	R\$638.650,49
-------	---------------

Alega que nenhuma prova foi apresentada pelo autuante para confirmar a suposta compra e que há fornecedores inescrupulosos que usam dados cadastrais de contribuintes cujo crédito está isento de qualquer restrição, como é a sua situação.

Considera que próprios julgadores admitem haver omissão da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, e que não foram adotadas providências necessárias, com a finalidade de serem evitados prejuízos para o contribuinte, como aconteceu no presente caso. Reproduz trecho da Decisão recorrida:

"É certo que a esta altura a Secretaria da Fazenda da Bahia já deveria, quando das passagens dos veículos, por intermédio dos prepostos que atuam em postos fiscais, ter adotado o procedimento de efetuar a leitura ótica dos códigos das notas fiscais eletrônicas, para que assim restasse demonstrada a internalização das mercadorias no território baiano, já que os equipamentos destinados a tal fim existem".

Por fim, requer seja decretada a nulidade do lançamento tributário.

Em face do valor do Auto de Infração, a PGE/PROFIS proferiu Parecer às fls. 89/90, da lavra do i. Procurador, Dr. José Augusto Martins Junior, pelo improviso do apelo do contribuinte, por considerar que as alegações recursais como exposto na Decisão de piso, são desprovidas de provas, enquanto que a autuação, mais especificamente as notas fiscais constantes às fls. 07 a 27, consignam que houve venda de produção do estabelecimento, com destaque do ICMS em todas elas, e não de consignação como alegado pela defesa.

Destacou ainda que no que tange às operações descritas no lançamento em foco, não há nos autos prova de qualquer indício de irregularidade, nem ao menos que tenha havido pelo sujeito passivo, quando cientificado, inconformidade contra o cadastramento nos bancos de dados da SEFAZ.

Na assentada de julgamento o conselheiro Paulo Danilo Reis Lopes declarou impedido no julgamento devido ter participado da composição da Decisão de Primeira Instância deste PAF.

VOTO VENCIDO

Analizado o presente processo, cotejando as peças que o instruem, e considerando todo o teor do Auto de Infração, como também a documentação que lhe dá suporte e a informação fiscal, de um lado, e, de outro, as alegações defensivas, dúvida não resta de que os requisitos do art. 39 do RPAF-BA foram observados regiamente.

Do confronto realizado por esta Relatora, constata-se que o autuante cuidou de apresentar o demonstrativo de débito pormenorizado, tendo, adiante, acostado os respectivos documentos fiscais – notas fiscais eletrônicas série 001 -, sendo certo que em todos eles –fls 07 à 28 – consta no campo natureza da operação, que se tratou de venda de produção do estabelecimento, *in casu*, da BD Vest Confecções LTDA, e não de consignação mercantil.

Entretanto, como não posso deixar de atentar, quando da informação fiscal de fls. 42/45, foram acostados documentos novos, sem ter sido intimado o sujeito passivo para deles ter ciência e se manifestar, se o quisesse. Neste ponto, haveria cerceamento do direito de defesa pela quebra do contraditório, que é um garante de sede constitucional. Sendo válido mencionar que, no bojo da Decisão de piso, os julgadores fazem menção a essa documentação que foi colacionada pelo autuante sem ter dado qualquer ciência ao autuado, havendo clara violação à garantia constitucional do contraditório, prejudicada assim a defesa, e violado, por consequência, o devido processo legal.

Pelo que, conquanto em seu Recurso, o autuado não tenha se insurgido acerca deste vício passível de nulidade, mas, em face do controle da legalidade que recai sobre os membros julgadores deste CONSEF, é que, de ofício, violado os princípios que dão conformação ao devido processo legal, declaro a nulidade deste processo seguidamente à juntada da referida informação

fiscal, para que seja sanado o vício, com o retorno dos autos à JJF para que determine seja intimado regularmente o sujeito passivo da juntada dos documentos de fls. 46/62, para se posicionar, se o quiser, seguindo-se o feito para novo julgamento pela instância de base, a salvo de falhas.

No mérito, verifico que o recorrente alegou à fl. 81/82, que as notas fiscais relativas às mercadorias em consignação, foram por ele revendidas, e o ICMS correspondente pago através de DANS, e que a saída dos produtos foram acobertados por notas fiscais tributadas conforme as regras da legislação do Simples Nacional.

Ocorre, contudo, que essa alegação não restou provada, isto é, de que as mercadorias foram adquiridas em consignação mercantil e revendidas com pagamento do ICMS. Documento algum há que dê sustentáculo a essa alegação, sem prova, pois. São estas as notas fiscais às quais ora me reporto, a saber :

- | | |
|---|---------------|
| 1) – Nota Fiscal nº 34303 de 11/05/2012 no valor de R\$ 7.490,63 | |
| 2) – Nota Fiscal nº 36752 de 28/05/2012 no valor de R\$ 1.976,70 | |
| 3) – Nota Fiscal nº 36807 de 29/05/2012 no valor de R\$13.645,96 | |
| 4) – Nota Fiscal nº 37622 de 02/06/2012 no valor de R\$ 2.768,92 | |
| 5) – Nota Fiscal nº 38118 de 02/06/2012 no valor de R\$58.368,24 | |
| 6) – Nota Fiscal nº 38125 de 02/06/2012 no valor de R\$ <u>1.572,75</u> | |
| Total | R\$ 73.522,57 |

Assim sendo, não é possível, à míngua de prova, prover o apelo neste sentido, ou seja, procede a autuação quanto às notas fiscais relacionadas às fls. 81/82 acima citadas, cujo montante perfaz o valor de R\$ 73.522,57, sobre o que, como vale destacar, em havendo documentação hábil para elisão desta dívida tributária, que apresentada em sede de controle de legalidade junto à PGE/PROFIS.

Quanto às demais notas fiscais relacionadas às fls. 82/89, cuja soma perfaz o valor de R\$ 638.650,49, abaixo mencionadas, considero inexistir prova produzida pelo Fisco de que as mercadorias tenham efetivamente sido compradas pelo sujeito passivo, e nem tampouco há prova de que ingressaram no estabelecimento autuado, de se observar, inclusive, que no campo das notas fiscais consta que o frete foi por conta do emitente. São estas as notas fiscais às quais refiro-me :

- | | |
|---|---------------|
| Nota Fiscal nº 36278 de 26/05/2012 no valor de R\$ 24.039,70 | |
| Nota Fiscal nº 36398 de 26/05/2012 no valor de R\$ 62.769,04 | |
| Nota Fiscal nº 36806 de 29/05/2012 no valor de R\$ 40.862,37 | |
| Nota Fiscal nº 38079 de 02/06/2012 no valor de R\$ 96.518,91 | |
| Nota Fiscal nº 38119 de 02/06/2012 no valor de R\$125.035,39 | |
| Nota Fiscal nº 38121 de 02/06/2012 no valor de R\$107.847,48 | |
| Nota Fiscal nº 38122 de 02/06/2012 no valor de R\$188.759,43 | |
| Nota Fiscal nº 38123 de 02/06/2012 no valor de R\$ 82.770,53 | |
| Nota Fiscal nº 38124 de 02/06/2012 no valor de R\$ 57.537,22 | |
| Nota Fiscal nº 37641 de 05/06/2012 no valor de R\$ <u>38.780,42</u> | |
| Total | R\$638.650,49 |

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR

Discordo, com a devida *vénia*, do entendimento da ilustre Relatora tanto no que tange à arguição, de ofício, de nulidade da Decisão recorrida, como também quanto ao mérito, ao prover em parte o Recurso Voluntário.

Em relação à arguição de nulidade da Decisão recorrida, vislumbra a ilustre Relatora que a

documentação anexada pelo preposto fiscal, às fls. 46 a 62 dos autos, quando da sua informação fiscal, por não ter sido dado vista ao sujeito passivo, ensejou em cerceamento ao direito de defesa e, por isso, deve ser anulado o Acórdão da JJF.

Contudo, nos termos do art. 18, § 2º, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, não se declarará a nulidade sem prejuízo. Portanto, se o próprio sujeito passivo, quando da apresentação do Recurso Voluntário, não demonstrou que se sentiu prejudicado ou cerceado em seu direito de defesa em relação aos documentos anexados aos autos na Informação Fiscal, pois se assim o fosse teria consignado em sua peça recursal. Logo, não cabe a Conselheira Relatora, de ofício, exercer o papel de advogada do contribuinte e impor, sob pretexto de cerceamento de defesa, a nulidade da Decisão recorrida, cujo ato protelatório só iria prejudicar o próprio autuado, retardando o desfecho da lide e acarretando em mora ainda maior.

Ainda em relação à nulidade suscitada de ofício pela nobre Relatora, há de se ressaltar que, consoante consignado na Informação Fiscal, o documento, de fls. 46 a 48 dos autos, trata-se de relatório de notas fiscais eletrônicas de mercadorias adquiridas pelo próprio sujeito passivo, dentre as quais os próprios documentos fiscais objeto da exação fiscal, ora sob análise. Logo, nem sequer se trata de documentos novos, pois de pleno conhecimento do sujeito passivo. Já os documentos de fls. 49 a 62 dos autos, tratam-se de documentos de emissão do próprio sujeito passivo, relativos às operações de vendas de mercadorias do seu próprio estabelecimento autuado. Portanto, também, não se tratam de documentos novos, mas, sim, de conhecimento do contribuinte.

Em consequência, esta é a razão de o próprio recorrente não ter suscitado qualquer cerceamento ao seu direito de defesa, o que vem a demonstrar a improriedade da arguição de nulidade, de ofício, por parte da nobre Conselheira Relatora.

Diante de tais considerações, não acolho a preliminar de nulidade da Decisão recorrida, suscitada de ofício pela nobre Relatora e acompanhada pelos demais Conselheiros representantes das classes empresariais.

Quanto ao mérito, igualmente divirjo do voto da Relatora, a qual entende que deva prover parcialmente o Recurso Voluntário, relativo às notas fiscais que diz o contribuinte desconhecer as compras das mercadorias, sob a *simplória* alegação de que “não possui espaço físico e muito menos capital de giro, para efetuar compras num montante de R\$638.650,49”, conforme notas fiscais que relacionou às fls. 82 e 83 dos autos.

Vislumbro que a simples negativa do sujeito passivo de que não comprou tais mercadorias não o desonera de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, conforme reza o art. 143 do RPAF.

Ainda mais quando a acusação fiscal se fundamenta em provas documentais que são notas fiscais eletrônicas emitidas contra o próprio sujeito passivo, consignando:

- a) todos os seus dados cadastrais, inclusive telefone, nos referidos documentos fiscais;
- b) mercadorias condizentes à sua atividade comercial,
- c) emitidas por fornecedor habitual “BD VEST CONFECÇÕES LTDA”, cujos documentos fiscais constam, invariavelmente, *número, valor e vencimento das duplicatas, transportador*, etc.,

Tais constatações caracterizam em provas, inequívocas, da efetiva realização das operações comerciais, as quais parte das transações o próprio contribuinte admite ter realizado, porém, sob suposta e infundada alegação de “remessas em consignação”, em que pese os documentos fiscais consignarem “VENDA DE PRODUÇÃO DO ESTABELECIMENTO”.

Portanto, não vislumbro, diante de tantas provas das efetivas operações, como uma simples negação do fato possa ter valor probante de forma que se venha a acolher as razões recursais, como procedeu a nobre Relatora, em detrimento às provas existentes nos autos, sem que haja qualquer irresignação do sujeito passivo da suposta fraude realizada pelo seu fornecedor, ao usar indevidamente seus dados cadastrais, a exemplo de uma queixa crime ou uma interpelação judicial.

Do exposto, por entender que as razões recursais são insuficientes para modificar a Decisão recorrida, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 217437.0012/13-6, lavrado contra **P. PEREIRA DA SILVA JÚNIOR (UZZE DENUNCIA JEANS DISTRIBUIDORA) - EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$95.660,57**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros(as): Alexandrina Natália Bispo dos Santos, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO VENCIDO - Conselheiros(as): Alessandra Brandão Barbosa, José Antonio Marques Ribeiro e Daniel Ribeiro Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATOR/VOTO VENCIDO

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA - REPR. DA PGF/PROFIS