

A. I. N° - 017784.0007/04-8
AUTUADO - RURAL QUÍMICA AGROPECUÁRIA COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - OTACÍLIO BAHIENSE DE BRITO JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 02. 06. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0174-04/05

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A entrada de bens ou mercadorias não registradas indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não registrados decorrentes de operações anteriores realizadas e também não registradas. Após saneamento, houve diminuição do débito originalmente cobrado. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM A NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. A norma tributária veda a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias que tiveram suas saídas subsequentes beneficiadas com não incidência do imposto. b) FALTA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO AO CRÉDITO FISCAL. Infração não contestada. Rejeitadas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/6/2004, reclama ICMS no valor de R\$37.016,71, acrescido das multas de 70% e 60%, em decorrência:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas (exercícios de 2000 a 2002) – R\$7.531,09;
2. Utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com não incidência do imposto (exercícios de 2000 a 2003) – R\$27.400,57;
3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório ao direito ao referido crédito (maio e junho de 2003) – R\$2.085,05.

O autuado manifestando-se (fls. 56/63), arguiu as seguintes preliminares de nulidade ao lançamento fiscal:

1. Auto de infração foi lavrado fora do estabelecimento. Discorrendo sobre a matéria, disse que o Decreto Federal nº 70.235, de 6/3/72 (art. 10), bem como o RPAF do Estado da Bahia, obrigam a lavratura do Auto de Infração no local da verificação da falta, isto é, no próprio estabelecimento fiscalizado, excetuadas feiras, exposições, mostras e operações semelhantes, conforme art. 196 e seu Parágrafo único, do CTN. Apresentando doutrina, inclusive citando trecho de obra do Prof. Bernardo Ribeiro de Maraes, afirmou ser a mesma taxativa quanto à obrigatoriedade da lavratura do Auto de Infração no local do estabelecimento fiscalizado, para que não seja quebrada a segurança jurídica e a própria seriedade que deve existir nas

relações fisco-contribuinte.

2. Inexistência de intimações para prestar esclarecimentos. Entendeu que se o agente do fisco encontrar qualquer irregularidade, antes de autuar, deve intimar o contribuinte, por escrito, na pessoa de seu representante legal, a informar, em prazo razoável, todos os esclarecimentos necessários da origem ou das causas dessa irregularidade, em face da existência do princípio do contraditório assegurado pela Constituição Federal, mesmo na fase que precede à lavratura do auto de infração, já que após a sua lavratura ele será julgado pelo próprio fisco, sendo inútil qualquer tentativa de descaracterizar a irregularidade.
3. Não estar provado ser o autuante contador habilitado junto ao Conselho Regional de Contabilidade do Estado da Bahia para poder realizar os exames de escrita em livros e documentos contábeis e fiscais, falecendo sua competência para a realização de tarefas específicas e privativas dessa profissão devidamente regulamentada por leis federais, que citou. Em sendo assim, continuou, caso o autuante não comprovasse documentalmente, com Certidão obtida regular junto ao CFC/CRC-BA, ser ele contador e estar em dia com as suas obrigações profissionais junto àquele Órgão Federal, a auditoria realizada não teria qualquer validade ou eficácia jurídica administrativa, por falta de capacidade técnica do agente.
4. Cerceamento do direito de defesa. O autuante havia lhe dado prazo exíguo para apresentação dos livros e documentos fiscais. Solicitou prorrogação que foi denegada. Neste contexto, seu direito de defesa foi negado, vez que o fiscal autuante não poderia indeferir pedido prejudicial ao contribuinte, sem sequer apurar a verdade dos fatos, como exemplo que as notas fiscais de entradas indicadas não se encontravam, naquele momento, no estabelecimento. Observou que a presunção somente pode ser aplicada quando não existir outro meio lícito de apurar faltas, o que não foi o caso.

No mérito não contestou a infração apontada como 3. Em relação às infrações 1 e 2, afirmou que existia uma verdadeira confusão, com inconsistências entre os dados informados. Anexou um levantamento no sentido de evidenciar os equívocos cometidos pela fiscalização. Ou seja, como as infrações 1 e 2 se referem à omissão de saídas decorrente da falta de registro de entrada das mercadorias e a utilização indevida de crédito fiscal em face da utilização de crédito referente a mercadoria cujas saídas são isentas, porém, como foram integralmente tributadas e o imposto pago, requereu a compensação dos débitos com os créditos oriundos destes pagamentos no valor de R\$1.209,25. Elaborou demonstrativo de débito para as duas infrações.

Continuando com sua argumentação, observou que a atividade fiscal é vinculada e, em sendo assim, ressaltou que o autuante não realizou qualquer levantamento que comprovasse a existência de uma aquisição de disponibilidade “econômica ou jurídica” por parte da empresa autuada que tivesse sido omitida do conhecimento do fisco estadual, preferindo aplicar uma presunção fiscal totalmente incompatível com a atividade vinculada e regradada da administração tributária.

Também afirmou que o ICMS foi exigido sem prova da ocorrência do seu fato gerador, já que não houve a comprovação material do ocorrido, apenas uma indicação de que notas fiscais de entradas não foram registradas no livro Registro de Entradas de Mercadorias. Afirmou que tais documentos não lhe foram apresentados, afrontando o princípio da legalidade constitucional.

Em seguida, passou a contestar as multas aplicadas as entendendo de caráter confiscatório a necessidade de ser realizada perícia e/ou revisão fiscal. Observou que o lançamento feito nos livros comerciais ou fiscais, sem documento que o comprove, não tinha nenhuma validade contábil e nenhuma eficácia jurídica, não merecendo fé. Que este entendimento valia de igual maneira tanto para uma microempresa, quanto para a empresa de grande porte, pois o que deve prevalecer eram as regras da lei comercial.

Por fim, requereu que fossem obedecidos os prazos previstos no RPAF/99, que todas as decisões fossem encaminhadas ao seu endereço e a procedência parcial da autuação.

O autuante prestou informação (fl. 81) ratificando o procedimento fiscal, vez que o pedido do sujeito passivo não poderia ser acatado, pois, no caso, não caberia dedução de imposto, mas sim, pedido de restituição do ICMS porventura recolhido indevidamente.

Considerando que não estava provado nos autos que o autuado havia tomado conhecimento das cópias das notas fiscais colhidas junto ao sistema CFAMT desta Secretaria da Fazenda e, considerando, ainda, que da análise dos levantamentos fiscais referentes às infrações 1 e 2, as notas fiscais nº 69.386, emitida em 27/3/02 e nº 86.376, de 27/8/02 constavam nos dois levantamentos, esta Junta de Julgamento Fiscal baixou o processo em diligência para que o autuante analisasse os citados documentos, objetivando excluí-los ou não de uma ou outra infração. Foi reaberto prazo de defesa de 30 dias (fl. 92).

O autuante (fl. 96) atendeu o solicitado, excluindo as notas fiscais do levantamento relativo à falta de registro de documentos fiscais de entradas. Porém a Repartição Fiscal não cumpriu em sua inteireza o que foi solicitado, ou seja, não entregou, ao autuado, as cópias das notas fiscais colhidas junto ao Sistema CFAMT e somente indicou o prazo de 10 dias para o contribuinte se manifestar (fl. 97). Diante desta situação, os autos retornaram em diligência à Inspetoria Fiscal para que fossem cumpridos os prazos processuais e fossem entregue cópias dos documentos fiscais (fl. 100). Estas providências foram cumpridas (fl. 103). O autuado cientificado, não se manifestou.

VOTO

O autuado solicitou que todas as decisões referentes à presente autuação sejam encaminhadas ao seu endereço. Como a defesa foi feita pelo próprio contribuinte, que a assinou, este procedimento é o legalmente realizado. É pedido que nada acrescenta à lide.

Antes de adentrar no mérito da autuação, é necessário o meu pronunciamento sobre as alegações de nulidade suscitadas pelo defendente.

Na primeira, afirmou que como o Auto de infração foi lavrado fora do estabelecimento houve a quebra da segurança jurídica que rege a relação tributária e a própria seriedade que deve existir na relação fisco-contribuinte. Assim, diante das determinações do Decreto Federal nº 70.235, de 6/3/72 (art. 10), bem como do RPAF do Estado da Bahia, o lançamento fiscal já havia nascido eivado de vício. Este é posicionamento equivocado do contribuinte. Em primeiro, o citado Decreto Federal não pode ser invocado para a legislação estadual que rege a matéria ora em discussão. Em segundo, o art. 39, § 1º, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99) determina que o Auto de Infração poderá ser lavrado tanto no estabelecimento do infrator como na repartição fiscal. O presente foi lavrado na repartição fiscal. Não existe causa a ser levantada para a nulidade da autuação.

Na segunda, disse inexistir intimações para prestar esclarecimentos, antes da lavratura do Auto de Infração. Ressalto que a autuação está baseada nos livros e documentos fiscais apresentados pelo contribuinte quando regularmente intimado e, o método de fiscalização está perfeitamente descrito no Auto de Infração bem como nos papéis de trabalho que o autuado recebeu. Além do mais, dentre as hipóteses de nulidade expressamente elencadas no art. 18 do RPAF/99 nenhuma se adequa a situação ora em discussão, não existindo lastro legal para se decretar nulidade de um lançamento fiscal. Afora tais considerações, o contribuinte amplamente se defendeu, não havendo qualquer prejuízo ao seu direito, *ex vi* o art. 18, II do RPAF/99, nem quebra do princípio constitucional do contraditório. Quanto ao fato do autuado entender inútil apresentar defesa a este foro administrativo, como o fez, entendo direito seu, porém não concordo com o seu posicionamento.

Como terceiro argumento à nulidade da autuação, o que a invalidaria por ineficácia jurídica, observou que não estava provado, nos autos, que o autuante era contador, habilitado junto ao Conselho Regional de Contabilidade do Estado da Bahia, com competência para realizar os exames em livros e documentos contábeis e fiscais. O autuante é autoridade administrativa (art.

142 do CTN e art. 925 do RICMS/97), representando neste momento o pólo ativo da relação tributária, pois investido pelo próprio Estado. Assim, sem qualquer pertinência a necessidade de sua competência ser atestada pelo Conselho de Contabilidade, órgão incompetente para tal fim.

Como quarto argumento, disse ter havido cerceamento do seu pleno direito de defesa. E, neste contexto, apresentou três situações:

- a) o autuante havia lhe dado prazo exíguo para apresentação dos livros e documentos fiscais. Como havia solicitado sua prorrogação, que lhe foi denegada, seu direito foi preterido. Não tem razão o contribuinte. A intimação para apresentação de livros e documentos fiscais foi recebida em 5/4/2004, conforme consta à fl. 8 dos autos. O Auto de Infração foi lavrado em 29/6/2004. O tempo para apresentação de documentos, ditos de que no momento da fiscalização não se encontravam no estabelecimento, foi mais do que suficiente. Não houve qualquer negação ao seu direito de defesa.
- b) Ressaltando que a atividade fiscal é vinculada, afirmou não ter sido realizado qualquer levantamento que comprovasse a existência de uma aquisição de disponibilidade “econômica ou jurídica” por parte da empresa autuada, e que tivesse sido omitida do conhecimento do fisco estadual, aplicando-se uma presunção, que deve ser feita quando não existir outro meio de se constar qualquer irregularidade. Não discordo que a atividade fiscal é vinculada à lei, entretanto e mais uma vez, equivoca-se o contribuinte. A presunção de que fala, refere-se à infração 1, prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, cujo roteiro de auditoria fiscal foi aplicado, legalmente, pelo fisco estadual.
- c) Também afirmou que não existia, nos autos, prova da ocorrência do seu fato gerador, pois as notas fiscais de entradas, e autuadas, não lhe foram apresentadas. Este argumento era pertinente, entretanto sanável. Assim, esta JJF solicitou que a Repartição Fiscal entregasse cópia de todos os documentos constantes das fls. 24 a 50 do PAF e reaberto prazo de defesa. Como a Repartição Fiscal não cumpriu o que foi solicitado, mais um a vez, esta Junta de Julgamento Fiscal diligenciou o processo para que o pedido fosse cumprido. Nesta ocasião, a Inspeção entregou, ao autuado, cópia da informação fiscal, das notas fiscais e reabriu o prazo de defesa de 30 dias (fl. 103). A irregularidade processual foi sanada.

Adentrando no mérito da autuação, a primeira infração diz respeito à exigência do ICMS tendo em vista a omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, conforme determina o art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, ou seja, a razão da autuação foi a presunção de operações anteriores de saídas de mercadorias tributadas, decorrente da falta de registro de notas fiscais de entradas na escrita do contribuinte, pois a presunção legal tem a finalidade de lançar imposto incidente na saída das mercadorias, que, no caso, se deu anteriormente, permitindo que o sujeito passivo obtivesse recurso para realizar aquisições não registradas. Esta é uma das poucas situações que a lei inverte o ônus da prova, ou seja, cabe ao sujeito passivo provar que não houve a ocorrência dos fatos elencados pela lei.

O autuado defende-se desta infração conjuntamente com a infração 2, que trata de crédito fiscal e que adiante analiso. No caso em discussão, elaborou uma planilha com os valores do tributo exigido e solicitou que o mesmo fosse compensado com o imposto que havia recolhido referente às saídas de mercadorias beneficiadas com a isenção e que foram, equivocadamente, por ele tributadas e recolhido o imposto. Este é pedido que não pode ser atendido. Para desconstituí-la, o autuado deveria ter trazido aos autos a comprovação de que os documentos fiscais foram registrados na sua escrita fiscal, conforme art. 123, do RPAF/99. Inclusive, todos os prazos para este procedimento lhe foram dados. Não houve qualquer pronunciamento de sua parte, o que me leva a considerar correta a ação fiscal. Entretanto, na fase de instrução processual, verifiquei que as notas fiscais nº 69.386, emitida em 27/3/02 e a de nº 86.376, de 27/8/02 constavam nos levantamentos da infração primeira, em discussão, e na segunda, relativa a crédito indevido, fato que poderia se inferir que ou os documentos não foram registrados e, por consequência não houve a utilização de crédito fiscal, ou foram registrados e houve a utilização de crédito fiscal.

Para sanar a dúvida o processo foi enviado ao autuante, que confirmou que elas foram equivocadamente inseridas neste item, devendo permanecer na infração segunda. Diante da situação mantenho em parte a autuação no valor de R\$6.898,79, excluindo o ICMS cobrado relativo ao mês de março de 2002 e aquele do mês de agosto de 2002 passa para R\$140,31.

A infração 2 trata da utilização de crédito fiscal relativo à aquisições de mercadorias cujas saídas subseqüentes foram realizadas com a não incidência do imposto. A base legal da autuação encontra-se insculpida no art. 97, I, do RICMS/97. O autuado não contestou o mérito da autuação. Entretanto requereu a compensação do imposto com aqueles constantes de notas fiscais de aquisições, e autuadas, que anexou aos autos (fls. 64/80), afirmando que as saídas das mercadorias haviam sido integralmente tributadas. Apensou aos autos uma planilha com os abatimentos que entendeu correto. Este é pedido que no momento não se pode atender. Se houve, inadvertidamente, tributação das mercadorias, o impugnante deve proceder conforme determina a legislação tributária.

Neste contexto, mantenho a autuação no valor de R\$27.400,57.

Na terceira infração é exigido o tributo tendo em vista a utilização indevida de crédito fiscal pelo fato do contribuinte não ter apresentado à fiscalização o competente documento comprobatório deste direito. Não houve impugnação ao lançamento fiscal. Não havendo lide a ser discutida, mantenho a autuação no valor de R\$2.085,05.

Pelo exposto, voto pela procedência em parte do Auto de Infração no valor de R\$36.384,41.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **017784.0007/04-8**, lavrado contra **RURAL QUÍMICA AGROPECUÁRIA COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$36.384,41**, sendo R\$4.724,73, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre o valor R\$1.087,42 e de 60% sobre R\$3.637,31, previstas no art. 42, III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$31.659,68, acrescido das multas de 70% sobre R\$5.811,37 e de 60% sobre R\$25.848,31, previstas no art. 42, III e VII, “a” da supracitada lei, com os acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2005.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA- JULGADOR