

PROCESSO - A. I. Nº 281240.0031/04-9
RECORRENTE - RUI CEZAR MAGNAGO (DEPÓSITO DE MADEIRA EUNÁPOLIS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0027-04/06
ORIGEM - INFRAZ JEQUIÉ
INTERNET - 28/12/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0461-11/06

EMENTA: ICMS. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 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. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração parcialmente caracterizada, após correção. Rejeitado o pedido de realização de perícia contábil. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente PAF traz Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 4ª JJF, contida no Acórdão JJF Nº 0027-04/06. Trata-se de Auto Infração, lavrado em 07/12/2004, para exigir do autuado ICMS no valor de R\$22.072,99, acrescido da multa de 70%, em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

A 4ª JJF decidiu pela Procedência em Parte do Auto de Infração pelas razões a seguir:

Na análise das preliminares de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, foi verificado que em momento algum, o autuado ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório (conforme alegou em sua impugnação à autuação), pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF, com a entrega de todos os papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário das infrações imputadas.

Em relação a um erro de grafia existente no Auto de Infração quanto à moeda vigente à época dos fatos geradores do imposto, especificamente na planilha de fl. 07, a JJF entendeu que não houve prejuízo à defesa do contribuinte, haja vista que em todos os demais demonstrativos, inclusive no demonstrativo de débito, a moeda nacional encontra-se corretamente discriminada.

Ressaltou, ainda, a JJF que o fato de o contribuinte ter se manifestado, após o prazo de 30 dias, quanto ao recebimento de cópias das notas fiscais, capturadas pelo CFAMT, não obstou ao conhecimento de sua defesa, anteriormente apresentada, sendo-lhe apenas facultado que apresentasse novas razões com relação aos documentos juntados ao PAF.

Na análise mérito, aquela 4ª Junta de Julgamento Fiscal asseverou que o contribuinte omitiu da sua escrita, o registro de diversas notas fiscais, referentes a entradas de mercadorias tributadas, oriundas de outras unidades da Federação, tendo sido apurado através do sistema de controle interno de informações da SEFAZ, originando assim, a presunção legal de que houve omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Além disso, aponta que, em sua peça de defesa, o contribuinte limitou-se a negar a aquisição das mercadorias procedentes de outras unidades da Federação, buscando se isentar da responsabilidade acerca da acusação, contudo, foi verificado que as notas fiscais, objeto da infração (anexadas às fls. 76 a 237) foram emitidas por empresas regularmente inscritas nos órgãos de fiscalização, tendo como destinatário o sujeito passivo, e por serem contratos de fornecimento de mercadorias, são válidas, como prova de circulação no território nacional, e do

respectivo ingresso no estabelecimento destinatário, até que se prove o contrário, o que não foi feito até o momento, pois não foram apresentados elementos que invalidem os documentos fiscais em questão.

Apoiada no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/94, a JJF afirmou que a ocorrência de entradas de mercadorias não contabilizadas, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, fato probatório que não ocorreu por parte do autuado.

Houve diligência solicitada à ASTEC, com os objetivos de:

- 1) apurar o ICMS devido, mediante a aplicação de percentuais específicos sobre a receita bruta mensal;
- 2) Elaborar novo demonstrativo de débito relativo ao período de janeiro de 1999 a novembro de 2000. A referida diligência foi cumprida com a emissão do Parecer nº 224/2005, acostado às fls. 264 a 266, o qual enquadra a empresa nas faixas respectivas previstas no RICMS, “*adotando para tal demonstrativo como receita bruta ajustada os valores registrados como entrada de mercadorias informado pelo contribuinte na DME, somado com as notas fiscais omitidas*”. O critério adotado seguiu as disposições do art. 384-A, § 5º do RICMS, desprezando os valores relativos às vendas registradas na DME, e considerando, unicamente, os valores das entradas.

A JJF concordou com o resultado da diligência, já que em se tratando de contribuinte inscrito no SimBahia, procedeu-se aos ajustes em função da receita bruta, nos exercícios de 1999 e de 2000, considerando os valores existentes nas notas fiscais de aquisições de mercadorias.

Nos demais exercícios, estando o autuado enquadrado no SimBahia, na condição de Empresa de Pequeno Porte, e tendo em vista a regra estabelecida no art. 408-S do RICMS/97, a exigibilidade do imposto foi efetuada aplicando a alíquota normal, de 17%, e considerado o crédito de 8% sobre o valor das saídas apuradas, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos, conforme previsto no § 1º do art. 19, da Lei nº 7.753/98. Dessa forma, a Junta de Julgamento Fiscal entendeu que os cálculos efetuados pelo autuante estão de acordo com a legislação em vigor e assim, o Auto de Infração, em exame, passa a ter os seguintes valores:

Exercício de 1999 – R\$ 2.343,99

Exercício de 2000 – R\$ 3.596,80

Exercício de 2001 – R\$ 5.439,97

Exercício de 2002 – R\$ 3.610,13

Com estes fundamentos, a JJF votou pela Procedência em Parte do Auto de Infração, em Decisão unânime, devendo ser reduzido o valor da autuação para R\$14.990,89, sendo o valor de R\$2.343,99, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, e dos acréscimos moratórios, e R\$12.646,90, acrescido de idêntica multa, e dos acréscimos legais.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, o Autuado interpôs Recurso Voluntário através de peça elaborada por advogados devidamente constituídos (fls. 286 a 294).

No seu Recurso Voluntário o autuado nega veementemente a falta de contabilização de saídas de mercadorias, alegando ser a autuação “*a máxima representação da ilegalidade e do abuso de poder*”. O foco das razões de defesa do sujeito passivo está na alegação de que as informações utilizadas pelo autuante foram originadas por terceiros e que jamais houve, sequer, a aquisição das mercadorias objeto da autuação, motivo pelo qual não poderiam ter sido emitidas as notas fiscais de saída. Alega também que a JJF preferiu acolher as informações prestadas por terceiros, de forma unilateral, em vez de reconhecer a verdade material apresentada pelo autuado. Entende o mesmo que o Auto de Infração lavrado contra si não pode prosperar, pois está eivado de vícios e não merece análise mais profunda em seu mérito.

Afirma que a ação fiscal que originou a autuação, não realizou um completo trabalho de fiscalização, vez que foi feita “*de forma superficial e precipitada*”, já que o auditor “*preferiu lançar mão de critérios subjetivos e arbitrários, a realmente encarar e examinar minuciosamente a documentação fiscal e contábil do autuado*”.

Aponta também que o Auto de Infração imputa diversas multas ao sujeito passivo, contudo nenhuma delas reveste-se de amparo legal, vez que o autuado escriturou regularmente o imposto em sua contabilidade fiscal, não tendo, jamais a intenção de sonegação. Citou *decisum* da 1ª Turma do TRF 5ª Região, relatada pelo Juiz Hugo Machado na qual se lê: *A denúncia espontânea, capaz de excluir a responsabilidade por infração da legislação tributária, é apenas aquela feita antes de qualquer procedimento administrativo (...).* Afirma ainda que os tributos devidos foram recolhidos, o que demonstra a intenção de não praticar a evasão fiscal e que, além disso, a autuação é ilegítima e fragilmente fundamentada na presunção, sendo necessária a revisão da “indigitada ação fiscal”. Apegando-se ao princípio da ampla defesa e ao art. 145 do RPAF, requer a instalação de uma perícia contábil.

Citando o princípio da legalidade originado na Constituição Federal, traz aos autos a discussão acerca da legitimidade do auditor que levou a efeito a ação fiscal em tela. Alegando que todo agente público deve possuir qualidades e habilitação técnica compatíveis e exigíveis para a função, afirma ser o presente feito nulo, devido a sua efetivação por servidor incompetente, ao arrepio do art. 10 c/c art. 59 do Decreto nº 70.235/72, dos arts. 25 e 26 do Decreto Lei nº 9.295/46, art. 26 da Lei nº 6.385/76, § 5º do art. 163 da Lei nº 6.404/76 c/c os arts. 1º e 3º item 36 § 1º da Resolução C.F.C. nº 560/83. Cita também a seguinte jurisprudência do STF: RTJ 75/524-529; RTJ 105/1.118.

Apega-se aos dispositivos constitucionais que permitem o livre exercício das profissões, desde que seja atendida a qualificação profissional (art. 5º, XIII e art. 22, XVI). Cita também o Decreto nº 7.629/99 deste Estado da Bahia, que considera em seu art. 18, I nulos os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente. Por fim, alegando que o fiscal subscritor do Auto de Infração ora sob análise não comprovou sua condição de contador inscrito no respectivo Conselho de Fazenda, requer a declaração de nulidade de pleno direito do presente Auto de Infração.

Em relação às multas aplicadas, o autuado busca guarida na Lei nº 9.298/96, invocando a determinação daquele diploma no sentido de serem exigidas multas de no máximo 2%, em virtude da nova realidade econômica do País. Apoiado neste entendimento e interpretação que faz da norma legal, afirma que aplicação dos percentuais de multa pelo fisco baiano constitui-se em enriquecimento sem causa por parte da Fazenda Pública Estadual e, que afora isso, aplicação das referidas penalidades afigura-se como odiosa forma de confisco, em virtude da aplicação de multa de 100%. Para fundamentar melhor o seu entendimento, traz citações de doutrinadores de calibre, como Sacha Calmon Navarro Coelho e outros.

Insiste em repetir os mesmos argumentos de que as notas fiscais utilizadas pela fiscalização representam “falsas” entradas e que o autuado nunca realizou operações comerciais com as empresas emitentes dos referidos documentos fiscais e que dessa forma, a presunção de saídas está maculada.

Como último argumento, alega que o agente autuante consignou correção monetária e acréscimo moratório e multa, fato esse que configura *bis in idem* e que, além disso, representa enriquecimento ilícito do Estado.

Sob os argumentos acima narrados, o autuado requer o “cancelamento” e consequente arquivamento do presente Auto de Infração. Requer ainda, independente do julgamento de procedência do seu Recurso Voluntário, que sejam as multas fixadas dentro do percentual de 2% determinados pela Lei nº 9.298/96.

Os autos aportaram na PGE/PROFIS, que exarou o Parecer acostado às fls. 306 e 307. O ilustre representante daquela Procuradoria, Dr. João Sampaio Rego Neto, afirmou que as infrações são relacionadas à matéria de fato, sendo fundamental a contra-prova, por parte do sujeito passivo, para que sejam afastadas as imputações. Observa que o recorrente apenas tentou desqualificar a autuação através do questionamento da autenticidade das notas fiscais capturadas pelo CFAMT, afirmando que nunca recebeu as mercadorias indicadas naquela documentação fiscal.

Ressaltou também o procurador que segundo a informação fiscal trazida pelo autuante, a empresa apresentou DME “zerada”, em período no qual efetivamente procedeu a movimentação

econômica, não exibiu os livros fiscais solicitados sob alegação de extravio, além de ser reincidente em práticas de sonegação e fraude fiscal. Antes de concluir o seu opinativo acerca do Recurso Voluntário, o representante da PGE/PROFIS corroborou a solicitação do auditor fiscal no sentido de que este CONSEF ofereça representação ao MP por indícios de crime de sonegação e fraude fiscal, mediante as provas que podem ser extraídas dos próprios autos.

Quanto ao mérito da presente demanda administrativa, a PGE/PROFIS, através de seu preposto, observou que a 4^a JJF acatou, em sua totalidade, o Parecer da ASTEC, elaborado por fiscal estranho ao feito, em cumprimento à diligência solicitada no curso do presente PAF. Afirma, de logo, entender que não cabe reparo à Decisão de Primeira Instância. Observou também que o recorrente limitou-se a repetir as alegações de impugnação do Auto de Infração, não trazendo aos autos elementos documentais novos a fim de elidir as infrações. Ressaltou a seara pela qual enveredou o recorrente, ao tentar questionar, em sede administrativa, a legitimidade do servidor para o exercício do cargo que ocupa, em virtude da SEFAZ-BA não exigir a inscrição dos auditores no CRC.

Por último cita a disposição do processo administrativo fiscal no sentido de que “*a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*”. Com isso afirma não ver pertinência nas nulidades apontadas pelo autuado e conclui o Parecer opinando pela manutenção, na íntegra, da Decisão de primeiro grau.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto para atacar a Decisão da 4^a JJF, que manteve em parte as penalidades impostas pelo Auto de Infração lavrado em 07/12/2004, para exigir do autuado ICMS no valor de R\$22.072,99, acrescido da multa de 70%, em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas. A Decisão unânime ora desafiada determinou a redução do valor do imposto para R\$14.990,89, sendo o valor de R\$2.343,99, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, e dos acréscimos moratórios, e R\$12.646,90, acrescido de idêntica multa, e dos acréscimos legais.

Da análise dos autos do presente PAF, observo que na documentação anexa ao Auto de Infração (fls. 07 a 47) existe discrepância nos valores das DMEs apresentadas pelo autuado e os valores de operações, cujas notas fiscais foram captadas pelo sistema CFAMT. A título ilustrativo, indico a DME de fl. 11, referente ao exercício de 1999, com valor total de R\$67.665,14. Para este mesmo período o demonstrativo do CFAMT, à fl. 17, aponta uma movimentação de R\$117.199,59. Na DME de fl. 22 existe um valor total indicado de R\$66.031,34 para o período de 2000, enquanto que o sistema CFAMT confirma um valor de R\$144.267,37 para o mesmo período.

De fato, por todas as irregularidades apuradas pelo auditor fiscal, segundo o demonstrativo de fl. 07, chegou-se ao valor da autuação em R\$22.072,99. Contudo, a planilha acostada aos autos sofreu um mero erro formal de digitação, pois os valores impressos não indicam a moeda corrente no País, mas sim Cruzeiros Reais. Noto que os valores numéricos inseridos na referida planilha são rigorosamente os mesmos apurados em cada um dos períodos fiscalizados, ocorrendo tão somente o erro quanto à indicação da moeda apenas na fl. 07, estando todos os demais demonstrativos e planilhas anexadas aos autos com a expressão correta em REAIS. Assim, comungo com a rejeição da alegação de nulidade apontada pelo autuado, pois o simples e superável erro material não macula todo o processo conforme alegado.

Quanto à primeira alegação inserida na peça de Recurso Voluntário, qual seja a de que a documentação produzida no âmbito do Auto de Infração foi originada por terceiros, de forma unilateral e sem qualquer participação da empresa, observo que o autuado não trouxe qualquer elemento de prova para tentar elidir as infrações.

No item “Dos Prolegômenos” da sua petição recursal, o sujeito passivo, de igual forma, traça alegações quanto à sua idoneidade e regularidade em relação às suas obrigações fiscais, bem como quanto à ilegalidade das penalidades impostas, contudo novamente restringe-se apenas a discorrer sobre os fatos sem acostar ao menos um documento para fazer prova das alegações.

Em relação à necessidade de perícia contábil requerida à fl. 289, julgo que não seja necessária, pois os elementos constantes dos autos são suficientes para formar o meu convencimento. Rejeito, portanto, o pedido.

No tocante à ilegitimidade do fiscal autuante para atuar no feito, considero que houve excesso por parte do autuado na sua fundamentação jurídica, incidindo, portanto, em flagrante erro, quando não em distorção da realidade dos fatos. Em primeiro, a esfera administrativa não se presta a tal discussão e, em segundo, houve confusão entre Direito Público e Direito Privado, já que disposições normativas direcionadas à atividade de profissionais graduados em Ciências Contábeis e inscritos no CRC, no âmbito das sociedades empresárias, não atingem a atividade dos auditores do fisco, à qual é regulada por outros dispositivos legais.

Quanto à ilegalidade das multas e dos demais acréscimos alegada pelo autuado, aponto que mais uma vez houve confusão entre as esferas de Direito Público e Privado, pois o sujeito passivo afirma que com o advento da Lei nº 9.298/96, as multas máximas no Brasil devem ser de 2%. Ocorre que o citado diploma legal, com apenas três artigos, veio ao mundo jurídico para alterar o art. 52 da Lei nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor e, portanto regula a aplicação de multas decorrentes de inadimplemento de obrigações no âmbito privado, em especial, entre consumidor e fornecedores de produtos e serviços. Além do mais, não obstante a citação da mais abalizada doutrina pátria, os argumentos do autuado em relação à natureza confiscatória da autuação e de enriquecimento sem causa por parte da Fazenda Pública Estadual, não procedem. Vejo nos referidos argumentos mais uma tentativa sem consistência, no sentido de elidir as infrações, vez que não são apoiados em qualquer elemento novo de prova.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e manutenção na íntegra da Decisão da 4ª JJF no sentido de manter em parte a autuação, nos termos da Resolução do Acórdão JJF nº 027-04/06.

Em relação ao opinativo da PGE/PROFIS, acerca da representação ao Ministério Público, julgo que o presente PAF deva ser encaminhado ao órgão competente para as devidas providências.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 281240.0031/04-9, lavrado contra **RUI CEZAR MAGNAGO (DEPÓSITO DE MADEIRA EUNÁPOLIS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.990,89**, sendo R\$2.343,99, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, e dos acréscimos moratórios, e R\$12.646,90, acrescido de idêntica multa, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

GUILHERME CORRÊA DA FONSECA LIMA - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS