

A. I. - 207143.0008/05-8
AUTUADO - COMERCIAL DE ESTIVAS J. SANTOS LTDA.
AUTUANTE - RENATO RODRIGUES DA CRUZ NETO
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 11.04.2006

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0111-01/06

EMENTA: ICMS. 1. 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. Comprovado pelo contribuinte que parte das notas fiscais constantes da exigência fiscal se encontravam regularmente contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos referentes à parcela remanescente da exigência fiscal. Infração parcialmente subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 06/06/2005, exige do autuado ICMS no valor de R\$13.529,04, acrescido da multa de 70%, e aplica multa no valor de R\$515,27, sob a alegação de cometimento das seguintes infrações pelo autuado:

1- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de janeiro a junho, outubro e dezembro de 2001, janeiro a maio, julho a dezembro de 2002, conforme Anexo 01. Total da Infração: R\$12.5757,21.

2 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, março a maio, julho a setembro, novembro e dezembro de 2001, junho a agosto, novembro e dezembro de 2002. Total da Infração: R\$ 515,27.

3 – Deixou de recolher no prazo regulamentar, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, no exercício de 2001, no mês de março de 2001. Total da Infração: R\$953,83.

O autuado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls.102/113) arguindo preliminares de nulidade do auto de infração pela insuficiência do levantamento fiscal. Afirma que para validade do lançamento é indispensável a identificação do fato gerador do imposto, e que o ato seja motivado. Cita e transcreve José Artur Lima Gonçalves, para se reportar sobre a atividade da fiscalização e da necessidade de se proceder a todo e qualquer levantamento e averiguação necessárias à exata compreensão do fenômeno ocorrido no mundo dos fatos, para chegar a situação fática. Afirma que assim não procedeu o autuante, transcrevendo ementas relativas a julgamentos realizados pelo Primeiro Conselho de Contribuinte do Ministério da Fazenda, que foram improcedentes, pela falta de observância do Princípio da Tipicidade, tendo em vista a superficialidade da investigação. Acrescenta que deixou o autuante de observar que algumas notas fiscais foram registradas em sua contabilidade. Alega, também, que não foi dado um prazo adequado para que pudesse comprovar as suas alegações, assim como a ausência de provas para comprovar a acusação de “dar entrada em mercadorias sem o devido registro”. Insurge-se contra a presunção fiscal dizendo que esta para ser válida e eficaz administrativa e juridicamente, teria que ser materializada, como por exemplo, com a contagem física do estoque que determinaria a comprovação no confronto com o levantamento contábil. Cita e transcreve trecho do voto do Relator Erastóstenes Macedo da Silva, referente ao A.I. nº 110427.0020/03-3, para ratificar o seu entendimento de que a acusação não pode se lastrear unicamente em notas fiscais colhidas em Postos Fiscais, principalmente porque fraudadores se utilizam de dados cadastrais de contribuintes regulares, a fim de sonegar o imposto.

Prossegue a sua peça defensiva, insurgindo-se contra a aplicação da multa de 1% sobre o valor total das notas fiscais objeto da acusação 2, invocando o Princípio da Proporcionalidade das multas, citando e transcrevendo estudo de Paulo Bonavides sobre a proporcionalidade. Sustenta que deve existir um vínculo de proporcionalidade e razoabilidade entre o ilícito e a pena cominada na lei, sem a qual restará inconstitucional. Prossegue o seu arrazoado, citando e transcrevendo texto de Helenilson Cunha Pontes, decisões do STF e do STJ, e o voto vencido do Acórdão CJF nº 11/04. Evoca o artigo 158 do RPAF/99, para requerer o cancelamento da multa imposta.

Assevera que tem o fisco a obrigação de provar o que alega, existindo no presente caso, uma nítida inversão do ônus da prova incabível. Cita e transcreve o artigo 333, I, do CPC, assim como julgamento do STJ, relativo ao Recurso Especial 2005/0032406-8, para corroborar o seu entendimento.

Apresenta requerimento para realização de diligências ou perícia fiscal, a fim de que seja respondida a seguinte quesitação:

- “1.É possível realizar a contagem dos bens constante no estoque físico da requerente e compará-la com o registro contábil?
2. É possível um terceiro contribuinte adquirir atualmente mercadoria em outro Estado da Federação, utilizando-se de dados cadastrais do autuado?
3. Todas as mercadorias adquiridas pela autuada possuem o carimbo de canhotos das notas fiscais com a assinatura do representante ou prepostos da empresa defendente, recebendo efetivamente as mercadorias nelas constantes?
4. Algumas das notas fiscais colhidas no Posto Fiscal possuem fornecedor inexistente ou impossível de encontrar, levando-se em consideração os dados cadastrais anotados no corpo das Notas Fiscais?

5. É possível a SEFAZ/BA solicitar a SEFAZ localizada em outro Estado da Federação e solicitar informações a respeito da emissão de Nota Fiscal originada por contribuinte estabelecido naquele Estado? Caso positivo, sugerimos a realização de diligências diretamente a essa SEFAZ, investigando a materialidade do fato gerador, em decorrência da emissão de uma das Notas Fiscais anexadas aos autos.”

Na informação fiscal apresentada (fl.172), o autuante afirma que diversas notas fiscais destinadas ao contribuinte tiveram as suas vias retidas nos Postos Fiscais, porém, não foram escrituradas nos livros fiscais e contábeis.

Finaliza, mantendo a autuação.

Após análise e discussão sobre as alegações defensivas, esta 1ª JF, em pauta suplementar, deliberou pelo encaminhamento do processo à ASTEC/CONSEF, a fim de que fosse verificado “in loco” se os documentos anexados pelo autuado efetivamente estavam escriturados em seu livro Registro de Entradas.

A diligente da ASTEC/CONSEF, após proceder as devidas verificações elaborou demonstrativo discriminando as notas fiscais que se encontram registradas na escrita fiscal.

A conclusão trazida pela ilustre diligente aponta para a infração 01, o valor de R\$9.778,83, que originalmente era de R\$12.575,21 e para a infração 02, o valor de R\$459,12, que originalmente era de R\$515,27, conforme demonstrativos às fls. 181/182.

Esclareceu, ainda, a diligente da ASTEC/CONSEF, que não foram excluídas as Notas Fiscais nºs 260.604 e 6142, por se encontrarem lançadas nos livros Registro de Entradas das filiais com Inscrição Estadual nºs 29.750.881 e 43.527.658.

Intimado o autuado para dar ciência sobre o resultado da diligência e documentos anexados (fls.184/185), este acusa o recebimento e apresenta tempestivamente em 23/02/06, a sua manifestação sobre o resultado da diligência realizada pela ASTEC/CONSEF.

Na referida manifestação o autuado sustenta que as notas fiscais estavam devidamente registradas no livro Registro de Entradas, porém, por equívoco, foram lançadas no livro da filial e não da matriz. Sustenta que restou satisfeita a obrigação de registrar as referidas notas fiscais, cabendo apenas ser corrigido o equívoco quanto aos registros efetuados.

Finaliza, reiterando o pedido de nulidade do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, rejeito a nulidade argüida pelo autuado, pois considero que o fato gerador do imposto está perfeitamente identificado e o ato devidamente motivado. Entendo inexistir insuficiência do levantamento conforme suscitado pelo autuado, tendo sido lavrado o Auto de Infração com observância do artigo 39, mais seus incisos, alíneas e parágrafos, inexistindo ofensa ao artigo 18, inciso IV, alínea “a”, todos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, estando o enquadramento das infrações e multas aplicadas, de acordo com a legislação vigente, especialmente a Lei 7.014/96 e o RICMS/97.

No mérito, verifico que relativamente à infração 02, o autuado insurge-se contra a aplicação da multa de 1%, por entender ser esta desproporcional ao ilícito praticado, requerendo a sua dispensa com fulcro no artigo 158, do RPAF/99.

Quanto às infrações 01 e 03, alega o autuado que algumas notas fiscais foram registradas, fato não observado pelo autuante, não lhe sendo dado um prazo para que pudesse comprovar as suas alegações.

No intuito de preservar o princípio da verdade material, esta 1ª JJF, deliberou em pauta suplementar, que o processo fosse encaminhado em diligência à ASTEC/CONSEF, a fim de que se verificasse “in loco” se os documentos fiscais anexados pelo autuado estavam escriturados no livro Registro de Entradas, conforme alegado.

O resultado da diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, comprovou assistir razão ao autuado quanto à escrituração de algumas notas fiscais, que foram excluídas da exigência fiscal.

Verifico que a diligente da ASTEC/CONSEF, esclareceu que não excluiu as Notas Fiscais nºs 260.604 e 6142, pois estas se encontravam contabilizadas nos livros Registro de Entradas das filiais com Inscrição Estadual nºs 29.750.881 e 43.527.658.

Entendo que as referidas Notas Fiscais também devem ser excluídas da exigência fiscal, considerando que a imputação diz respeito a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, decorrente da falta de contabilização da entrada de mercadorias. Apesar de ter contabilizado as entradas nos estabelecimentos filiais, há que se observar que a contabilização efetivamente ocorreu na empresa, alcançando as entradas ocorridas, existindo apenas um equívoco, que não pode determinar a procedência da presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Assim, devem ser excluídos os valores relativos às Notas Fiscais nºs 260.604 e 6142.

No que concerne às alegações defensivas sobre a desproporcionalidade da multa de 1%, registro que esta tem amparo no artigo 42, inciso XI, da Lei 7.014/96, cabendo a sua aplicação quando resta comprovado – caso da presente autuação - que o contribuinte incorreu na infração apontada no item 02 do presente Auto de Infração, motivo pelo qual não acolho o pedido de dispensa da multa formulado pelo autuado.

Quanto à alegação de caber ao fisco comprovar a acusação, registro que a Lei 7.014/96, estabelece em seu artigo 4º, § 4º, abaixo transcrito, que a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. Portanto, trata-se de uma presunção legal, cujo ônus da prova é atribuído ao contribuinte, que poderá elidir a acusação através de apresentação de prova em contrário, para determinar a improcedência da acusação.

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Diante do exposto, as infrações 01 e 02 são parcialmente subsistentes e a infração 03, integralmente subsistente, conforme demonstrativo abaixo.

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Val. Histórico/Julgado
05.05.01	10	31/12/2001	09/01/2002	193,2900
05.05.01	10	31/01/2002	09/02/2002	0,0000
05.05.01	10	28/02/2002	09/03/2002	0,0000
05.05.01	10	31/03/2002	09/04/2002	0,0000
05.05.01	10	30/04/2002	09/05/2002	432,2300
05.05.01	10	31/05/2002	09/06/2002	324,5900

05.05.01	10	31/07/2002	09/08/2002	1.194,0600
05.05.01	10	31/08/2002	09/09/2002	0,0700
05.05.01	10	30/09/2002	09/10/2002	415,4400
05.05.01	10	31/10/2002	09/11/2002	492,3900
05.05.01	10	30/11/2002	09/12/2002	73,8100
05.05.01	10	31/12/2002	09/01/2003	184,1500
16.01.02	60	31/01/2001	09/02/2001	0,0000
16.01.02	60	31/03/2001	09/04/2001	0,0000
16.01.02	60	30/04/2001	09/05/2001	19,0200
16.01.02	60	31/05/2001	09/06/2001	66,3000
16.01.02	60	31/07/2001	09/08/2001	7,2500
16.01.02	60	31/08/2001	09/09/2001	0,0000
16.01.02	60	30/09/2001	09/10/2001	37,2600
16.01.02	60	30/11/2001	09/12/2001	9,5000
16.01.02	60	31/12/2001	09/01/2002	5,3700
02.01.02	10	31/03/2001	09/04/2001	953,8300
16.01.02	60	30/06/2002	09/07/2002	53,7100
16.01.02	60	31/07/2002	09/08/2002	92,3800
16.01.02	60	31/08/2002	09/09/2002	98,4000
16.01.02	60	30/11/2002	09/12/2002	19,5300
16.01.02	60	31/12/2002	09/01/2003	50,4000
05.05.01	10	31/01/2001	09/01/2002	604,2400
05.05.01	10	28/02/2001	09/03/2001	317,7300
05.05.01	10	31/03/2001	09/04/2001	326,1500
05.05.01	10	30/04/2001	09/05/2001	732,8100
05.05.01	10	31/05/2001	09/06/2001	616,9500
05.05.01	10	30/06/2001	09/07/2001	383,6900
05.05.01	10	31/10/2001	09/11/2001	0,0000
TOTAL				7.704,55

Voto pela procedência em parte do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207143.0008/05-8**, lavrado contra **COMERCIAL DE ESTIVAS J. SANTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor no valor de **R\$7.245,43**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, inciso III, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$459,12**, prevista no artigo 42, inciso XI, do mesmo Diploma Legal, e dos acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

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

CLARICE ANIZIA MÁXIMO MOREIRA- PRESIDENTE

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR