

A. I. N° - 299762.0177/06-4
AUTUADO - COMERCIAL DE ESTIVAS J. SANTOS LTDA.
AUTUANTE - JONALDO FALCÃO CARDOSO GOMES
ORIGEM - INFAZ JACOBINA
INTERNET - 20.12.2006

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0407-01/06

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. Infração parcialmente subsistente. Rejeitada a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/09/2006, atribui ao contribuinte o cometimento de irregularidade decorrente de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de fevereiro, março e junho de 2003, outubro e dezembro de 2004, maio a agosto, novembro de 2005, exigindo ICMS no valor de R\$3.575,52, acrescido da multa de 70%.

O autuado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls.24/42), esclarecendo inicialmente, que o seu objetivo social consiste no comércio varejista de estivas e cereais em geral, sendo, consequentemente, contribuinte do ICMS. Reportando-se ao direito, sustenta a impossibilidade de presunção de omissão de receita tributável, invocando a jurisprudência do fisco baiano, no sentido de que as notas fiscais coletadas nos postos fiscais do Estado, apenas fazem prova de que as mercadorias constantes no documento circularam, e que, por evidência, essas provas não se prestam para comprovar que tais mercadorias ingressaram no estabelecimento do destinatário. Acrescenta que foi exatamente, o que ocorreu na presente autuação, pois o fisco valeu-se das notas fiscais de saída de mercadorias colhidas nos postos fiscais, sem verificar se as referidas mercadorias ingressaram realmente no estabelecimento do autuado. Diz que as notas fiscais somente fazem prova de que houve a circulação física de mercadorias, porém, não comprova a transferência de titularidade das mercadorias.

Assevera que, no presente caso, ocorreu o que normalmente acontece com outras empresas baianas, que têm os seus dados cadastrais utilizados indevidamente por outras empresas situadas noutras unidades da Federação, para vender mercadorias que nunca ingressam no estabelecimento. Exemplifica o seu entendimento, citando a infração relativa ao mês de junho de 2003, dizendo que de duas compras, uma no valor de R\$1.055,22 e outra no valor de R\$1.084,88, pode ser comprovado a devolução através das Notas Fiscais de devolução n°s 207211 (fls.55/56) e 205636 (fls.58/59), cujas mercadorias “compradas” foram devolvidas, sem terem ingressado no seu estabelecimento. Acrescenta que o mesmo ocorre no mês de dezembro de 2004, quando se verifica que uma compra no valor de R\$462,64, as mercadorias discriminadas no documento fiscal não foram adquiridas pelo autuado, conforme faz prova a Nota Fiscal de devolução n°. 268236 (fls.61/62). Reportando-se à exigência referente ao mês de fevereiro de 2003, sustenta que a compra fora efetuada por outra empresa, com razão social, endereço e CNPJ, completamente

diversos do autuado, conforme se verifica na Nota Fiscal nº. 483119, cópia anexada à fl.64. Assevera que as provas juntadas aos autos servem para determinar que as notas fiscais que fundamentam a presente autuação não se prestam para sustentar a pretensão do fisco. Indica, ainda, como fator que implica na anulação da suposta infração, a exigência estar pautada na presunção de entrada de mercadorias sem escrituração.

Cita e transcreve a jurisprudência pátria, Acórdão nº. 10/98, o entendimento das Juntas de Julgamento Administrativas, Processo fiscal nº. 13746-00101/90-84, além de posição doutrinária de Hugo de Brito Machado e James Marins, para sustentar que o lançamento só goza de presunção de liquidez e certeza após a sua regular ocorrência, o que não se operou no presente caso, configurando grave lesão ao princípio magno da segurança jurídica e o da verdade material.

Argüi o caráter confiscatório das multas e atualizações impostas, sustentando que estas ferem a Constituição, ressaltando que os Ministros Aliomar Baleeiro e Bilac Pinto, execraram penas dessa natureza no RE 80.093-SP. Cita e transcreve manifestação doutrinária de Sampaio Dória, Bilac Pinto, Aliomar Baleeiro, Hugo de Brito Machado, bem como precedentes jurisprudências do TRF e STJ, para reforçar o seu entendimento sobre o aspecto confiscatório das multas, atualizações e juros, que entende deve ser reduzida substancialmente, ou mesmo ser declarada nula.

Conclui, sustentando que o ônus da prova no processo administrativo fiscal incumbe à Fazenda Pública, motivo pelo qual eventuais ausências de provas, acerca de infrações à lei tributária, ensejam a desconstituição do Auto de Infração; não se pode presumir a ocorrência do fato gerador do ICMS no presente caso; as multas e atualizações monetárias aplicadas pelo Fisco estadual têm manifesto caráter confiscatório, haja vista que equiparam-se ao valor do débito principal, afrontando a Constituição Federal.

Pede, afinal, que a impugnação apresentada seja julgada inteiramente procedente para determinar a desconstituição do presente Auto de Infração, uma vez que eivado de vícios e nulidades, conforme exposto anteriormente, devendo ser extinto o crédito tributário. Caso não seja esse o entendimento, que seja reduzida substancialmente as multas e atualizações impostas, haja vista o caráter confiscatório do percentual de 70%.

Na informação fiscal apresentada (fls.80/81), o autuante esclarece que foram identificadas notas fiscais de entradas, coletadas nos postos fiscais e relacionadas pelo sistema CFAMT, não registradas nos livros do autuado, caracterizando a presunção de vendas realizadas anteriormente e não declaradas, citando e transcrevendo o artigo 2º, §3º, IV, do RICMS/97. Reporta-se e transcreve os artigos 50, inciso I, e 60, I, também do RICMS/97, para afirmar que a base de cálculo é o valor total dos custos das entradas, e a alíquota aplicável a interna. Diz que a multa de 70%, encontra-se prevista no RICMS/97, não cabendo ao CONSEF, apreciar a sua constitucionalidade, se confiscatória ou não.

Prosseguindo, reconhece a procedência das alegações defensivas referentes às devoluções feitas pelo autuado, excluindo da exigência as notas fiscais indicadas, conforme abaixo:

Nota Fiscal nº. 2072211 de 30/06/2003, valor de R\$1.055,22, ICMS R\$179,39;

Nota Fiscal nº. 205636 de 15/06/2003, valor de R\$1.084,88, ICMS R\$184,43;

Nota Fiscal nº. 268236 de 08/12/2004, valor de R\$462,64, ICMS R\$78,65.

VOTO

O Auto de Infração em lide imputa ao autuado o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

Inicialmente, cumpre-me registrar que, não consta nos autos a confirmação expressa de recebimento pelo autuado, quando da intimação do Auto de Infração, de cópias das notas fiscais coletadas no sistema CFAMT, o que determinaria o retorno do processo à INFAZ de origem, para entrega das referidas cópias, conforme entendimento já pacificado neste CONSEF, no intuito de assegurar ao sujeito passivo o direito a ampla defesa.

No entanto, no presente caso, não há dúvida que o autuado teve conhecimento de todas as notas fiscais arroladas na autuação, considerando que, ao atacar a acusação fiscal, reporta-se às Notas Fiscais nº.s 207211, 205636 e 268236, e suas respectivas Notas Fiscais de devolução nº.s 208.036, 206.938 e 270.190, como também se reporta à Nota Fiscal nº.s 483.119, sustentando que esta diz respeito a destinatário diverso do estabelecimento autuado, valendo salientar, que na peça defensiva foram acostadas cópias de todas as notas fiscais acima referidas.

Assim, considerando que não houve cerceamento ao direito a ampla defesa do contribuinte, e em observância ao princípio da economia processual, o presente processo seguiu o seu curso normal para julgamento, sem a necessidade de realização de diligência, conforme decidido pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após discussão em Pauta Suplementar.

A imputação cuida de presunção referente à ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar entradas de mercadorias não registradas, estando prevista no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96, conforme abaixo transcrito:

“Art. 4º ...

(...)

§ 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”.

Do exame das peças processuais constato que, na peça defensiva, o autuado alega não ter realizado as operações de compras das mercadorias constantes nas notas fiscais acostadas ao PAF, contudo, não apresenta qualquer elemento de prova, à exceção das Notas Fiscais nº.s 207211 de 30/06/2003, no valor de R\$1.055,22, com ICMS de R\$179,39 205636 de 15/06/2003, no valor de R\$1.084,88, com ICMS de R\$184,43; 268236 de 08/12/2004, no valor de R\$462,64, com ICMS de R\$78,65. Tais notas fiscais dizem respeito à compras que não se concretizaram, considerando que houve a devolução através das Notas Fiscais nº.s.208.036, 206.938 e 270.190, respectivamente, sendo inclusive, acatadas pelo autuante e excluídas da exigência fiscal. Constato, ainda, que apesar de o autuante não haver excluído o valor do ICMS referente à Nota Fiscal nº.483.119, o destinatário é contribuinte diverso do autuado, cabendo a exclusão do valor de R\$69,48, consignado no demonstrativo de débito do Auto de Infração, referente a esta nota fiscal.

Quanto à alegação defensiva referente às demais notas fiscais, ou seja, de não ter realizado as operações de compras das mercadorias por elas acobertadas, vale registrar, que o Conselho de Fazenda do Estado da Bahia - CONSEF, através de diversos Acórdãos publicados, já consolidou a jurisprudência em relação a aplicação da presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sempre que a escrituração indicar entradas de mercadorias ou bens não registrados, comprovado pelas vias de notas fiscais retidas através do CFAMT.

Diante do exposto, entendo que a autuação está de acordo com a legislação vigente, pois restou comprovado que no período da autuação diversas notas fiscais não foram registradas pelo

autuado. Contudo, do valor do ICMS originalmente reclamado de R\$3.575,52, deve ser deduzido os valores de R\$179,39, R\$184,43, R\$78,65 e R\$69,48, referentes, respectivamente, às Notas Fiscais nº.s 207211, 205636, 268236 e 483.119, restando o ICMS devido no valor de R\$3.063,57, passando o Demonstrativo de Débito do Auto de Infração a ter a seguinte conformação:

Ocorrência	Valor histórico (R\$)	Valor devido (R\$)
02/03	69,48	-0-
03/03	233,33	233,33
06/03	363,82	-0-
10/04	937,55	937,55
12/04	78,65	-0-
05/05	137,84	137,84
06/05	183,96	183,96
07/05	643,59	643,59
08/05	488,33	488,33
11/05	438,97	438,97
	TOTAL	3.063,57

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 **299762.0177/06-4**, lavrado contra **COMERCIAL DE ESTIVAS J SANTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$3.063,57**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2006.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR