

A. I. N° - 108875.0032/06-4
AUTUADO - GRAÇA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO MATTOS DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 16. 07. 2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0207-01/07

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE O IMPOSTO LANÇADO NOS LIVRO DE REGISTRO DE SAIDAS E O LANÇADO NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Argumentos defensivos insuficientes para afastar a exigência fiscal. Infração caracterizada. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE REGISTRO. 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. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. Não acolhidas as arguições de nulidade e indeferido o pedido de perícia. Existência de previsão legal para a multa aplicada pelo descumprimento de obrigação principal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/12/2006, atribui ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades:

01 – recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores lançados no livro de Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de novembro de 2004, no valor de R\$2.474,37, com aplicação da multa de 60%;

02 – omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas não registradas. Entradas de mercadorias levantadas a partir das notas fiscais capturadas pelo sistema CFAMT, totalizando o débito de R\$ 7.240,24, com aplicação da multa de 70%, referente aos meses de março, junho, agosto, setembro a novembro de 2004, fevereiro a julho, setembro, novembro e dezembro de 2005.

O autuado, apresentou impugnação às folhas 69 a 72 dos autos, reconhecendo de pronto o erro relativo à infração 01 e, portanto, o débito reclamado.

Quanto à infração 02 o autuado se insurge alegando que o levantamento se baseia em documentos fiscais, fugindo da definida presunção legal prevista no §4º do art. 4º da Lei 7.014/96, não havendo, portanto, a presunção alegada. Cabendo ao autuado trazer aos autos as provas das acusações registradas.

Argui que não é obrigado a produzir provas contra si e que o direito de se auto-incriminar é garantido em ao menos três incisos vizinhos ao art. 5º da CF: direito à ampla defesa, da presunção da inocência e de permanecer calado.

Entende que essa presunção de inocência, transfere a obrigação para o Estado de apresentar as provas de sua acusação.

Afirma que as notas arrecadas pelo sistema CFAMT não são do seu conhecimento, e que o fisco autuante trouxe aos autos cópias de 2ª ou 3ª vias de notas fiscais em que a autuada aparece como destinatárias das mercadorias, não significando, com isso, que ele tenha adquirido os produtos indicados nas referidas notas. Havendo necessidade de que o autuante apresente outros elementos para provar que houve essa aquisição e pagamentos destas.

Entende que não é por outra razão que o art. 46 do RPAF estabelece que devem ser apresentados os elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros.

Transcreve o inciso II do §4º do art. 28 do RPAF, para ratificar seus argumentos de que o autuante deveria apresentar as provas necessárias à demonstração do fato argüido.

Apresenta um quadro com a relação das notas fiscais escrituradas e requer a observação do §1º do art. 18 do RPAF-BA, na hipótese de juntada de novos elementos serem trazidos ao processo em lide.

Requer a procedência da infração 01 e a improcedência da infração 02.

O autuante às fls. 87 a 88 dos autos, apresenta sua informação fiscal, alegando que consta no RICMS que a falta de registro de notas fiscais nos livros Registros de Entradas e demais livros fiscais e contábeis, enseja a presunção de saída tributária anterior como postula o art. 2º, §3, inciso IV do citado Regulamento, resultando no enquadramento legal firmado à folha 2 do auto.

Reconhece o erro em relação às notas efetivamente lançadas, demonstrada pelo autuado, e apresenta novos demonstrativos de débito ajustados.

O autuado volta a se manifestar às fls. 97 a 107, alegando que o auto de infração não trás o Termo de Início de fiscalização, ferindo o art. 28, I e §1º do RPAF.

Entende ainda que a o valor da infração 01 fora levantado sem a devida perícia, ensejando assim a sua anulação, tendo em vista a impossibilidade de se saber se este é o quanto devido ou não.

Em relação à segunda infração pede prova pericial para a correta apreciação da matéria em causa.

Afirma que o auto não demonstra claramente o quanto devido, solicita os créditos das notas remanescentes que não foram registradas, além de não ter considerado que seu regime de apuração é de EPP. Entende que as notas apresentadas são apenas indícios e os ajuste efetuado pelo autuante em sua informação fiscal demonstra que o auto está eivado de vícios.

Considera que o autuante é incompetente para o exercício de sua função, haja vista não ser contador inscrito no C.R.C, sendo nulo o presente Auto de Infração. Cita vários dispositivos legais que entende amparar os seus argumentos e transcreve decisão do S. T. F, RE 7.9149, para ratificá-lo.

Insurge-se contra as multas, alegado que com a vigência da Lei 9.298/96 a multa por inadimplemento no Brasil passou para o máximo de 2%, considerado a multa de 70% um enriquecimento sem causa por parte da Fazenda Pública Estadual, além de ser confiscatória. Trás o entendimento de Sacha Calmon, onde afirma que quando é atingindo violentamente o patrimônio do contribuinte caracteriza-se como confisco, por isso inconstitucional.

Pede revisão da ação fiscal e perícia contábil na forma do art. 145 RPAF, passando a relacionar os quesitos para serem respondidos pelo perito:

- 1 – O procedimento Administrativo analisou todos os documentos fiscais de compra e venda cotejando-os com as operações de venda?
- 2 – é possível precisar se as mercadorias ensejadas nas notas fiscais foram recebidas ou comercializadas pela autuada?

3 – O contribuinte é obrigado a efetuar o pagamento do ICMS de ativo, como é o caso da nota fiscal de impressora fiscal anexa?

4 – As vendas totais do estabelecimento autuado, no período fiscalizado, são superiores ou inferiores às vendas apuradas através destas notas fiscais?

5 – A receita bruta do autuado autoriza o seu enquadramento no SIMBAHIA?

Conclui requerendo a nulidade pelas ilegalidades formais ou a improcedência, por não terem ocorridas as infrações apontadas ou a improcedência parcial, devendo ser considerados os ativos e os créditos, perfazendo um valor devido de R\$ 301,96, além de considerar a ilegalidade das multas aplicadas, devendo ser fixado o equivalente a 2%.

O autuante volta a se pronunciar às fls. 136 a 138, reiterando os argumentos da informação anterior.

VOTO

Auto de Infração em tela exige na primeira infração o recolhimento a menos do ICMS, apurado em decorrência de desconhecimento entre os valores lançados no livro de Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

Exige, na segunda infração, o imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas constantes das notas fiscais colhidas no CFAMT, não registradas. Uma vez que 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.

Observo que o sujeito passivo não impugnou, em sua primeira manifestação, o lançamento referente à primeira infração, concordando com os termos do lançamento tributário. Já na em sua segunda manifestação, após a informação fiscal, questiona a multa e pede perícia.

No que se refere à infração 02, em sua primeira manifestação, o autuado argui, em síntese, que desconhece as notas fiscais acostadas aos autos e que cabe ao autuante demonstrar que ele efetivamente adquiriu as mercadorias e efetuou os respectivos pagamentos. Tem o direito a presunção de inocência e que cabe ao Estado o ônus da prova. Trazendo, por fim, uma relação das notas fiscais que efetivamente foram escrituradas em seus livros.

Em sua segunda manifestação, entretanto, constante às fls. 97 a 107, alega que o Auto de Infração não trás o Termo de Início de Fiscalização, solicita perícia, para a correta apreciação da matéria e valores reclamados em causa, solicita os créditos das notas remanescentes que não foram registradas, além de não ter considerado que seu regime de apuração é de EPP, e que as notas apresentadas são apenas indícios.

Considera o autuante legalmente incompetente para o exercício de suas funções, insurge-se contra as multas, alegando serem confiscatórias. Pede revisão da ação fiscal e perícia contábil na forma do art. 145 RPAF, passando a relacionar os requisitos para serem respondidos pelo perito.

Cabe inicialmente analisar a arguição de que o autuante não lavrou o Termo de Início de Fiscalização, fato que não prejudica em nada o autuado, até porque o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais acostado às fls. 7, 8 e 9, serve para demarcar o início da ação fiscal, ao teor do disposto no art. 28, II, do RPAF/99.

O autuante é Auditor Fiscal do Estado da Bahia, sob cadastro nº 131088757, competindo ao mesmo, nos termos da Legislação Estadual vigente, o lançamento do crédito tributário, não havendo nenhum elemento trazido aos autos que demonstre ser, o referido auditor, incompetente para lavrar o presente Auto de Infração.

Rejeito, preliminarmente, as arguições de nulidade por não encontrar amparo em nenhum dos dispositivos alinhados no art. 18 do RPAF.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas.

No mérito, em relação à primeira infração o autuado reconhece o erro na divergência dos lançamentos entre os livros Registros de Saídas e o de Apuração. Quanto à multa o autuante fixou corretamente em 60%, conforme alínea “a” do inciso II, art. 42 da Lei 7014/96. Observando considerações sobre as alegações de confisco, no fim do voto. A infração 01, portanto, é totalmente procedente.

Quanto à infração 02, cabe, inicialmente, analisar o entendimento do autuado em relação à prova, lembrando que, no presente caso, estamos diante de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil. As presunções podem ser absolutas, que não admitem prova contrária ou as relativas, consideradas verdadeiras até prova em contrário, o fato presumido é tido como verdadeiro até que a ele se opuser a prova em contrário.

Estamos, portanto, na infração sob análise, diante de uma presunção legal relativa, prevista pelo §4º do art. 4º da Lei 7.014/96, cabendo ao impugnante o ônus da prova, trazendo aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos, como fez o autuado, ao comprovar a escrituração de parte das notas fiscais de entradas.

A solicitação de concessão dos créditos das notas remanescentes que não foram registradas, não cabe no presente caso, tendo em vista está sendo reclamado o imposto devido das saídas omitidas anteriormente, que serviram para auferir os recursos necessários para os pagamentos das notas fiscais não registradas pelo autuante.

Não caba maior sorte ao autuado quando pleiteia a exclusão das notas contendo ativos imobilizados, pois não se está reclamando o imposto deles e sim das saídas que serviram para auferir recursos necessários para pagamentos das notas de entradas não registradas.

Quanto ao fato do autuado não ter considerado o regime de apuração de EPP, SimBahia, o fez tendo em vista que o impugnante não se encontrava enquadrado no referido regime à data da autuação.

Quanto a arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório, é importante lembrar que o art. 150, IV da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Em conformidade com o entendimento do professor **ORLANDO GOMES**, em sua obra Limitações ao Poder de Tributar, atualizada pela Professora Mizabel Derzi, o referido dispositivo constitucional não impede, entretanto, a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que lesou o fisco, prejudicando os superiores interesses da coletividade.

Além do mais, este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da legislação tributária estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Dite do acima alinhado, considero que a infração 02, foi devidamente ajustada em seus valores pelo autuante às fls. 89 a 96, resultando, na procedência total da infração 01, com a manutenção do seu valor em R\$ 2.474,37 e da procedência parcial da infração 02 que passa a reclamar o valor de R\$ 4.530,99.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no total de R\$ 7.005,36.

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 **108875.0032/06-4**, lavrado contra **GRAÇA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.005,36**, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.474,37 e 70% sobre R\$4.530,99, previstas, respectivamente, nos incisos II, alínea “a” e III do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de julho de 2007

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR