

A. I. Nº - 269103.1201/06-0
AUTUADO - CAFÉ DUAS ESTRÊLAS INDÚSTRIA E COM. IMPORT. E EXPORT. LTDA.
AUTUANTE - PAULO DANILO REIS LOPES
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 25.09.07

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0268-04/07

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Fato demonstrado nos autos. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos dessas entradas com recursos não contabilizados decorrentes de operações de saídas anteriormente realizadas e também não contabilizadas. **2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO.** Deixou de recolher o imposto lançado no RAICMS e declarado na DMA. Infração não impugnada. Não acolhidas as arguições preliminares e indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 14/12/06, no valor total de R\$ 11.846,46, apura os seguintes fatos:

1. falta de recolhimento de ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2005), sendo lançado imposto no valor de R\$ 5.108,11, com multa de 70%;
2. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares com a escrituração regular das operações no livro de Registro de Apuração de ICMS, além das respectivas DMAs – Declaração Mensal do ICMS, nos meses de maio (R\$ 2.659,11), junho (R\$ 3.421,68) e julho (R\$ 657,56) de 2006, com multa de 50%.

O contribuinte apresentou impugnação pedindo preliminarmente a improcedência do Auto de Infração, alegando que o fisco utilizou-se, indevidamente, de presunção que não passa de mera conjectura. Discorre sobre o vocábulo presunção afirmando que o mesmo “é empregado na terminologia jurídica para exprimir a dedução, a conclusão ou a consequência, que se tira de um fato desconhecido ou duvidoso.”. Assevera que o ordenamento jurídico brasileiro admite presunções, mas que somente tem validação quando estabelecidas por lei, por conseguinte, as “presunções jurídicas não podem ser estabelecidas por Decreto”, considerando que este não é um ato emanado do Poder Legislativo, que detém o poder de legislar.

Sendo assim, considera o sujeito passivo, não pode ser válida a presunção estabelecida por Decreto pelo Executivo Estadual, objetivando cobrar imposto em hipótese não prevista na Lei que institui o tributo. Afirma ainda ser a presunção uma prova considerada indireta, partindo-se da ocorrência de fatos secundários, indiciários e que aponta para o fato principal e desconhecido.

Coleciona fragmentos das obras de Augusto Becker, Leonardo de Paola com entendimentos acerca da necessidade de correlacionar de maneira segura o fato indiciário e conhecido com o fato provável e desconhecido para que a presunção legal resulte válida.

Traz à discussão o fato de que a lei fiscal deve conter, em prestígio ao Princípio da Legalidade, de forma clara e completa todos os elementos estruturais do tributo. Ratifica que a norma jurídica tributária deve ser de forma inequívoca e o “legislador tipificar o fato gerador, as alíquotas, a base de cálculo, a cominação de penalidades, os deveres fiscais etc.”

Faz novas considerações acerca da expressa disposição da Constituição Federal e do Código Tributário Nacional de que somente a lei emanada do órgão político legislativo pode estabelecer sobre matéria presuntiva. Sendo a lei tributária obscura ou omissa, tendo em vista o princípio da tipicidade fechada, não pode o Poder Executivo integrar a lei. Assevera que nem mesmo o Poder Judiciário, em casos de lacunas, deve decidir de acordo com a analogia, costumes ou princípios gerais de direito, decidindo pela aplicação do princípio “nullum tributum sine lege.”

No mérito, alega que o tributo não é devido e que não ocorreu saída de café, conforme consignadas pelo Auditor Fiscal. Reitera, com versão de sua lavra de que “não ocorreram as alegadas operações de saídas de café (vendas) menores do que aquelas verificadas nas notas fiscais de venda do exercício de 2005, nem omissão de entrada durante aquele exercício, nem tampouco o fato levaria a presunção legal de omissão de saída de mercadorias”

Conclui aduzindo dizendo que fraude não se presume e que o ônus da prova incumbe a quem alega. Pede que seja absolvido de qualquer penalidade e, considerando que a prova pericial é essencial para o deslinde da questão, requer a produção da prova pericial.

O autuante prestou sua informação fiscal, à fl. 29, dizendo que a apuração foi feita com fundamento nas normas citadas no auto de infração e que sua atividade fiscal é estritamente vinculada. Insiste ainda que a sociedade empresarial autuada argumenta exaustivamente com farta doutrina a improcedência da presunção legal de omissão de saídas, concluindo que, independente do entendimento doutrinário, que o referido é de lei e que o auto de infração deve ser julgado procedente em sua totalidade.

VOTO

O autuado requereu a produção de prova pericial, considerando-a imprescindível para o deslinde da questão. Perícia, conforme indica o art. 150, II RPAF, implica realização de vistoria ou exame de caráter técnico e especializado que se presta ao esclarecimento de certos fatos e efetuada por pessoa de reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada. Não vislumbro, entretanto, tal necessidade, tendo em vista que a solução da matéria em questão independe de tal providência. Por outro lado, sequer o autuado informou quais pontos suscitariam a providência pericial. Indefiro, portanto, tal pedido, nos termos do art. 147, §2º, II, RPAF.

Alega, ainda, o sujeito passivo, ofensa aos princípios da legalidade e da tipicidade que, mais precisamente, é denominado princípio da tipicidade cerrada. Por este, afirma, que é corolário do princípio da estrita legalidade, não basta que o ente tributante atue dentro dos ditames da lei, mas também, que o fato jurígeno esteja estritamente subsumido na disposição legal.

Com relação à pretensa ofensa ao Princípio da Legalidade não a enxerguei. A idéia da estrita legalidade decorre do próprio Estado de Direito, segundo a qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei expressa que assim determine. E, exatamente a lei, como frisou o defendente, como ato normativo dotado de generalidade, abstração e provindo do Poder Legislativo.

Na ação fiscal, esse princípio teve a necessária acolhida, conforme a estrita legalidade tributária, do art. 150, I, CF/88, em face de se prestar como restrição ao Estado em relação aos direitos

fundamentais da propriedade, patrimônio e da liberdade do indivíduo. Tal Regramento é direcionado ao próprio Estado, consistente em deixar de fazer o que a lei não determine. Na lide, o comportamento fiscal foi em obediência estrita da Lei 7.014, de 04.12.96, que estabelece os aspectos da regra tributária do ICMS na Bahia, de que tratam o art. 155, II, §§ 2º e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei Complementar nº 87, de 13.09.96.

No mérito, o sujeito passivo apresentou contestação unicamente referente ao primeiro item, apesar de protestar pela improcedência do auto de infração como um todo. Neste item foi feita uma auditoria no estoque de café, através levantamento quantitativo por espécies de mercadorias no estabelecimento do autuado, no exercício de 2005.

Nas razões defensivas, o sujeito passivo praticamente limitou-se, de forma repetida, a questionar a validade da regra presuntiva utilizada pelo Auditor Fiscal no seu trabalho. Quando fez um breve pronunciamento sobre questões meritórias limitou-se a afirmar que não omitiu o registro de entrada de mercadorias e não incidiu na presunção de omissão de saída, mediante levantamento por estoques de mercadorias.

O Auditor procedeu ao levantamento nos termos da legislação em vigor com o demonstrativo da auditoria do estoque à fl. 8 e o levantamento quantitativo às fls.10/65, apurando-se ao final a omissão de entradas de 15.024 quilos de café, que serviu de base para a aplicação da presunção legal de ocorrência de saídas de mercadorias efetuadas anteriormente e não declaradas ao fisco. O imposto lançado em função da referida omissão de entradas não é exigido em virtude desse fato em si, mas sim porque incide tal evento na presunção legal de omissão de saídas de mercadorias, nos termos da Lei nº 8.542, de 27/12/2002, que alterou o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, cabendo ao autuado o ônus de ilidir a presunção fazendo prova em contrário. A desconstituição da presunção não ocorreu, nenhuma prova foi trazida aos autos.

Com relação a segunda infração, consistente na ausência de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentar e relativo aos meses de maio/06, junho/06 e julho/06, que totalizaram R\$ 6.738,35, o sujeito passivo não teceu quaisquer comentários sobre o imposto lançado e que não foi efetivamente recolhido. Mantenho o lançamento do item 1º, em conformidade com a explanação anterior e o item 2º não recolhido e igualmente não impugnado.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269103.1201/06-0**, lavrado contra **CAFÉ DUAS ESTRELAS INDÚSTRIA E COM. IMPORT. E EXPORT. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 11.846,46**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 6.738,35 e de 70% sobre R\$ 5.108,11, previstas no art. 42, II, “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de setembro de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR