

PROCESSO - A. I. N ° 108875.0032/06-4
RECORRENTE - GRAÇA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (GRAÇA SUPERMERCADO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JFJ nº 0207-01/07
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 26/02/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0011-12/08

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE O IMPOSTO LANÇADO NOS LIVROS REGISTRO DE SAÍDAS E O 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. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão que foi contrária parcialmente às pretensões do contribuinte, que o interpõe com o objetivo de modificar o resultado.

O lançamento de ofício em lide, lavrado em 31/12/2006, atribui ao contribuinte o cometimento de duas irregularidades:

1. 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%;
2. 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.

Em sua Decisão o Sr. relator observa que o contribuinte quando da sua primeira intervenção no PAF não impugnou o lançamento referente à primeira infração, concordando com seus termos. Porém, quando da sua segunda manifestação, após a informação fiscal, questiona a multa e pede perícia.

Analisando inicialmente a arguição aquela autoridade julgadora diz que o fato do autuante não ter lavrado o Termo de Início de Fiscalização, não prejudicou em nada o autuado, até porque o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais acostado às fls. 7, 8 e 9, serviu para demarcar o início da ação fiscal, ao teor do disposto no art. 28, II, do RPAF/99.

Reafirma que 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.

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

Na mesma linha e com base no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indeferiu a solicitação de diligência e perícia, pois entendeu que os elementos existentes no processo eram suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, e que a prova do fato não dependia do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas.

Quanto ao mérito, em relação à primeira infração diz que o autuado reconhece o erro na divergência dos lançamentos entre os livros Registros de Saídas e o de Apuração. Quanto à multa entendeu que o autuante fixou corretamente em 60%, conforme alínea “a” do inciso II, art. 42 da Lei 7014/96. Concluiu que a infração 1 é procedente.

Quanto à infração 2, o Sr. relator observa inicialmente, que caberia analisar o entendimento do autuado em relação à prova, lembrando que, no presente caso, estávamos diante de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil.

Observa que na infração sob análise estamos diante de uma presunção legal relativa, prevista pelo §4º do art. 4º da Lei nº 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.

Salienta que 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. No mesmo caminho encontra-se o pedido de 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. Informa ainda que 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 à arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório, lembra 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. Traz a baila entendimentos doutrinários sobre o assunto. E acrescenta: *“Além do mais, este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da legislação tributaria estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.”*

Conclui que a infração 2, foi devidamente ajustada em seus valores pelo autuante (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 2 que passa a reclamar o valor de R\$4.530,99.

Vota, no que foi acompanhado pelos demais membros da JJF, pela Procedência em Parte do Auto de Infração, no total de R\$7.005,36.

Como dissemos, o contribuinte inconformado interpõe o presente Recurso Voluntário em alentado arrazoado (fls. 157 a 176) colocando inicialmente que o lançamento *“não passa data vênica da máxima representação da ilegalidade e do abuso de poder”*. Diz que a JJF agiu de forma abusiva e contrária as mais comezinhas regras de Direito Constitucional, deixou de acatar os documentos juntados pela defesa e afirma *“Se não há como vinculá-las (ICMS cobrados deve*

haver contrapartida do Crédito Tributário) também não há como fazer desvinculação, se analisarmos a situação pelo princípio do in dubio contra fisco largamente utilizada em nosso Direito Tributário”. Após breves comentários sem apresentação das provas correspondentes ele volta a afirmar a “imprescindibilidade da prova pericial para correta apreciação da matéria in casu”. Diz que o Auto de Infração não demonstra discriminadamente o quanto devido o que importa em falta de transparência do ato administrativo. Destaca que “caso fosse julgado devido o pagamento deste ICMS, teria que ser abatido o crédito do ICMS constante nas notas fiscais ensejando assim a redução do valor em R\$2.501,62 acrescido do valor cobrado a maior sobre ativos (nota Urano) no valor de R\$1.727,41 perfazendo um valor devido para este Auto de Infração em R\$301,96”. Diz que houve cerceamento de defesa quando de forma arbitrária foi indeferido o seu pedido de perícia cita e transcreve decisões do Conselho de contribuintes sobre nulidade de lançamento por recusa de pedido de sujeito passivo quanto à perícia.

Em seguida comenta a respeito do princípio da legalidade repetindo o que já havia posto quando da impugnação sobre ser o autuante 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 inclusive Decisão do S.T.F, RE 7.9149, para ratificá-lo.

Volta a mencionar vícios formais que invalidariam o lançamento como a ausência do termo de início de fiscalização, incompetência do Auditor.

Menciona mais uma vez sobre a abusividade das multas e acréscimos que lhe foram imputados, da necessidade da revisão da ação fiscal e da perícia repetindo os quesitos já apresentados quando da impugnação:

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 pelo autuado?
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 Sim Bahia?

Em conclusão pede que “caso entenda que seja devido o Auto de Infração em epígrafe, que seja dado improcedência parcial, deduzindo dos valores apurados o quanto referente a cobrança do ICMS dos ativos e dos crédito encontrados nas notas fiscais (planilha anexa) perfazendo um valor devido de R\$301,960.” Solicita que seja dado Provimento ao Recurso Voluntário.

O Sr. procurador após breve relatório sobre o até aqui ocorrido acrescenta que em seu Recurso Voluntário o autuado repete *ipisi liters* os argumentos de sua defesa. Quanto à infração 1 diz estar claro o reconhecimento do autuado.

Quanto à infração 2 diz que as notas fiscais estão anexadas e trata-se de uma “presunção legal absoluta também camada de presunção *jûris et de jure*, consideração que a própria lei faz de conseqüências deduzidas de atos e fatos considerando-as verdadeiras, ainda que haja prova em contrário, como ocorre na coisa julgada”.

Comenta também a respeito da impropriedade do argumento de que os auditores fiscais não têm competência para exercer a atividade de auditoria.

Manifesta-se no sentido de que não procedem os argumentos quanto a confiscatoriedade das multas aplicadas, a incompetência legal do CONSEF para tratar do assunto e o sentimento protelatório do autuado no feito, “haja vista a sua busca incessante em trazer ao comento

elementos inoportunos que nada trazem de novo e válido ao cotejo, ao ponto de elucidação, discorrendo apenas sobre aspectos, outros, impertinentes.”

Conclui seu opinativo observando “*que todos os argumentos já foram analisados em primeira instância, motivo pelo qual não tem o poder de modificar a Decisão guerreada a qual está correta*”.

Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário e manutenção da Decisão recorrida.

VOTO

Como vimos, o lançamento de ofício em tela exige na primeira infração o recolhimento a menos do ICMS, apurado em decorrência de desconcontro 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.

Como colocou o Sr. representante da PGE/PROFIS o recorrente quase nada acrescenta em sua peça. Limita-se a repetir *ipisi liters* os argumentos já apresentados em sua tentativa de impugnação e que foram devidamente analisados pela JJF.

Embora num primeiro momento reconheça a infração 1, pois não a impugnou, no Recurso Voluntário agora analisado apresenta uma espécie de defesa.

Procedendo a uma nova análise das suas razões entendo que a autuação ocorreu dentro da legalidade e não houve qualquer abuso de poder.

A JJF agiu de forma correta e não contrariou nenhuma regra de Direito Constitucional e não só aceitou como analisou devidamente todos os documentos apresentados pelo contribuinte.

O recorrente não demonstra que houve desrespeito ao princípio da não-cumulatividade do ICMS nem tampouco dúvidas sobre o lançamento.

O pedido de prova pericial indeferido pela JJF e agora repetido deve ter o mesmo desiderato: não há necessidade de produção de prova pericial. Os documentos e as informações trazidas ao PAF são suficientes para correta apreciação da matéria in casu.

O Auto de Infração demonstra discriminadamente o quanto devido, e não há provas de que faltou transparência ao ato administrativo do lançamento.

A referência mais uma vez a uma nota fiscal relativa a bens do ativo nos leva a fazer a mesma apreciação já ocorrida na JJF: não se está reclamando o imposto dela e sim das saídas que serviram para auferir recursos necessários para pagamentos das notas de entradas não registradas.

Não constitui cerceamento de defesa o indeferimento do seu pedido de perícia, pois foi esta largamente comprovada a sua desnecessidade. Também não procede o argumento de incompetência para procedimento de auditorias por parte do Auditor Fiscal. O exercício da atividade, como já foi colocado vincula-se a uma atividade legalmente prevista a ser exercida por funcionários ocupantes de uma carreira típica de Estado.

Não há vícios formais que invalidem o lançamento. A ausência do termo de início de fiscalização e a suposta incompetência do Auditor já foram devidamente analisadas pela JJF e aqui ratificamos o quanto dito pelo Sr. relator naquele órgão julgador.

Não houve, como argumenta o recorrente abusividade das multas e dos acréscimos que lhe foram imputados. Sendo matéria de reserva legal, a sua aplicação ocorreu dentro dos parâmetros previstos. Quanto aos quesitos já apresentados quando da impugnação consideramos que foram

ali, devidamente respondidos.

Quanto à infração 2 concordamos com a Decisão da JJF: estamos diante de uma presunção legal relativa, prevista pelo §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, cabendo ao recorrente o ônus da prova, trazendo aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos, como fez por sinal, o autuado, ao comprovar a escrituração de parte das notas fiscais de entradas.

Acompanho o opinativo da PGE/PROFIS no sentido de que não procedem os argumentos quanto à confiscatoriedade das multas aplicadas. Não há competência legal do CONSEF para tratar do assunto.

Concluo o meu voto no sentido de que deve ser mantida a Decisão da JJF e, o conseqüente, NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108875.0032/06-4**, lavrado contra **GRAÇA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (GRAÇA SUPERMERCADO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total 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, “a” e III, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Helcônio de Souza Almeida, Nelson Antônio Daiha Filho, Álvaro Barreto Vieira Márcio Medeiros Bastos e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO - Conselheiro: Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO – REPR. DA PGE/PROFIS