

PROCESSO - A. I. Nº 120457.0033/06-4
RECORRENTE - JAN JAQUES AFONSO PESSOA (CASA DO FAZENDEIRO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0305-02/07
ORIGEM - INFAZ GUANAMBI
INTERNET - 10/09/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0280-11/08

EMENTA: ICMS. 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 com recursos não contabilizados decorrentes de operações (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Refeitos os cálculos, reduzindo-se o valor do débito ainda em sede de Primeira Instância. Infração subsistente em parte. Rejeitada a preliminar de nulidade e mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 2ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0305-02/07, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

1. falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares por contribuinte inscrito na condição de microempresa do sistema SimBahia, sendo lançado imposto no valor de R\$480,00, com multa de 50%;
2. recolhimento de ICMS efetuado a menos a título de “antecipação ou substituição tributária” por microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante [sic], nas aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, sendo lançado imposto no valor de R\$9.502,94, com multa de 50%;
3. “*Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas*”, sendo lançado imposto no valor de R\$39.350,81, com multa de 70%.

Em Primeira Instância, a JJF manteve “*in totum*” a exigência fiscal do item 1, não impugnado pelo sujeito passivo. Quanto ao item 2, o mesmo foi declarado nulo ao argumento de que provada a inclusão, no cálculo da antecipação parcial, de mercadorias cujas operações internas são isentas do imposto, além do que tendo sido declarado pela própria fiscalização a impossibilidade de identificação das espécies de mercadorias e a indicação das MVAs relativamente a cada espécie, o lançamento tornou-se desprovido de certeza e liquidez.

No que pertine ao item 3, objeto do presente Recurso Voluntário, a JJF julgou-o procedente em parte, apresentando os seguintes fundamentos, em síntese:

- I. que a imputação deste item é “*Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas*” e que, diante da constatação de omissão de entradas de mercadorias, tal fato serve de indício para a aplicação da presunção legal de ocorrência de saídas de mercadorias efetuadas anteriormente e não declaradas ao fisco;

- II. que o imposto lançado em função da referida omissão de entradas não é exigido em virtude desse fato em si, mas tendo em vista a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias, haja vista que a existência de entradas de mercadorias não contabilizadas denuncia a falta de contabilização de receitas, ficando evidente que a empresa efetuou pagamentos com Recursos não declarados ao fisco, e esses recursos, até prova em contrário, presumem-se decorrentes de operações (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas;
- III. que em face dos elementos apresentados pela defesa, o fiscal autuante propõe que seja abatida a quantia de R\$205,29, porém não refez o demonstrativo do débito, mas que se torna imperativo que o mesmo seja refeito, abatendo-se do imposto referente ao mês de abril de 2004 – no montante de R\$1.025,35 - a quantia de R\$205,29, restando a ser lançado no referido mês o imposto no valor de R\$820,06, restando a ser exigido neste item o valor de R\$39.145,52.

Irresignado com o Julgado de Primeira Instância, o sujeito passivo, através de advogado regularmente constituído, interpõe o presente Recurso Voluntário - fls. 801 a 812 – onde requer a sua reforma quanto ao item 3 da autuação, trazendo os seguintes argumentos:

- I. Inicialmente alegou que a JJF não apreciou os fundamentos da defesa, o que constitui ofensa à segurança jurídica, que tratou a complexa matéria de forma simples e singela, sequer sendo mencionadas pelo relator as preliminares argüidas na Impugnação, o que torna a Decisão nula, por ofensa ao direito de defesa e ao contraditório;
- II. Alega ser inaplicável a inversão do ônus da prova, pois entende caber ao Fisco provar que as mercadorias e os bens constantes dos documentos fiscais arrolados no Auto de Infração foram efetivamente adquiridos e recebidos pelo recorrente, nos termos do art. 333, I, do CPC. Cita, ainda, J.J Calmon de Passos e alega que seria imprescindível que quando da lavratura do Auto de Infração fossem juntados documentos que respaldassem a pretensão do autuante, e que a documentação encartada nos autos não dá suporte para a pretensão almejada;
- III. Alega, ainda, que o recorrente não efetuou as compras das mercadorias em tela, e afirma que é pacífico na jurisprudência deste Conselho de Fazenda que o documento fiscal não detectado pelo sistema CFAMT não pode ser utilizado para fins de autuação, o que entende ser a hipótese dos autos, informa que tal entendimento já foi aplicado no Auto de Infração nº 298576.003-05-7, lavrado contra o autuado, sendo o mesmo anulado conforme parte do voto que transcreve;
- IV. Afirma que não há qualquer prova nos autos de que as referidas mercadorias transitaram pelo território baiano, e muito menos que ingressaram no estabelecimento do recorrente, e que tais fatos, ou seja, a incerteza de que os fatos considerados sejam reais, põe em risco a validade da tributação pretendida; não tendo o condão de sustentar a autuação as notas fiscais relacionadas nos autos;
- V. Transcreve várias ementas de decisões deste Conselho de Fazenda, concluindo que a jurisprudência dominante é no sentido de somente permitir a cobrança do imposto se nos autos contiver prova suficiente para caracterizar com certeza a infração, e que no presente lançamento de ofício não conseguiu o autuante produzir essa prova, devendo a infração apontada ser afastada por parte desta Câmara de Julgamento Fiscal.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fls. 816 a 818, pronuncia-se pelo Não Provitamento do Recurso Voluntário, ao argumento de que não assiste razão ao recorrente quanto à alegação de cerceamento do direito de defesa, pois o mesmo foi regularmente intimado, inclusive das diligências realizadas, reabrindo-se o seu prazo de defesa, tendo, assim, sido cumprido o devido processo legal e respeitado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Aduz que se trata, sim, de inversão do ônus da prova, pois compete ao sujeito passivo o ônus de provar que não houve o fato infringente originado da previsão em lei da presunção relativa. Observa que a extensa relação das notas fiscais apresentadas no anexo da autuação prova a ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 41, I do RPAF/BA, sendo assente nesta Corte que o documento fiscal detectado pelo sistema CFAMT pode ser utilizado para fins de autuação, sendo esta a hipótese discutida nos autos. Conclui no sentido de que o autuado não provou ter sido vítima de ação de terceiros de má-fé que se utilizaram de seu nome e número de inscrição para a aquisição de mercadorias e bens em outras unidades da Federação.

VOTO

Inicialmente devemos consignar que não merece a mínima guarida o pedido de decretação da nulidade da Decisão proferida pela Primeira Instância, ao argumento de que o Relator não apreciou os fundamentos da defesa, posto que da leitura da Impugnação e do voto exarado pela JJF constata-se que na defesa o sujeito passivo limitou-se a atacar a autuação em seu aspecto formal tão-somente quando ao item 2 da autuação, item este que foi declarado nulo pela JJF, e de forma genérica reportou-se aos princípios da legalidade, razoabilidade e da verdade real. Quanto aos demais itens, apenas no mérito houve manifestação quanto a eles (vide fls. 771), restringindo-se a alegar quanto ao item 1 que todo o imposto devido pelo Regime Simplificado do SimBahia foi recolhido e, quanto ao item 3, que não houve qualquer omissão de saídas, pois todas as notas fiscais foram devidamente registradas em seus livros contábeis.

Assim, como sequer é objeto do presente Recurso Voluntário o referido item 2, posto que anulando “*in totum*” pela JJF, e nem poderia ser objeto desta espécie recursal já que a Decisão de nulidade deste item não lhe foi desfavorável, não acatamos o pedido de nulidade da Decisão Recorrida.

Por outro lado, também nos cabe consignar que nenhuma mácula atinge o referido lançamento de ofício, muito menos ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, posto que a Primeira Instância efetuou as providências e diligências necessárias visando sanear o feito, reabrindo-se o prazo de defesa de 30 dias, permitindo, assim, perfeitamente o exercício destes princípios pelo sujeito passivo.

No mérito, melhor sorte não socorre ao recorrente, posto que a imputação do item 3 da autuação, que trata da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, encontra previsão legal no art. § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, “*in verbis*”:

“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 im procedência da presunção.**” Grifos nossos.*

Trata-se a exigência fiscal de uma presunção legal que, tais como os indícios e as ficções, são espécies de prova admitidas em direito, e delas podendo se valer a Administração Tributária, cabendo ao contribuinte elidi-la, visto que presunção de natureza relativa, como se verifica da parte final do dispositivo citado que atribui ao contribuinte o ônus de provar a im procedência da presunção em lide, ao contrário do que afirma o recorrente, ônus do qual não se desincumbiu o sujeito passivo, frise-se.

Ressalte-se que as notas fiscais que foram capturadas no CFAMT foram entregues ao sujeito passivo, após solicitação da JJF, sendo reaberto o prazo de defesa para que o contribuinte sobre elas de manifestasse, não cabendo, assim, ao caso presente, o entendimento manifestado pelas decisões deste Colegiado transcritas pelo recorrente em sua peça recursal, já que se referem à situação de não apresentação dos documentos fiscais.

Assim, não comprovando o sujeito passivo de forma objetiva que não ocorreu a omissão em tela, e que não adquiriu de fato as mercadorias constantes dos documentos fiscais que amparam a atuação, aliado ao fato de que a mera negativa de cometimento da infração, à luz do quanto determina o art. 143 do RPAF/99, não desonera o contribuinte da responsabilidade pelo pagamento do imposto, além do que, constatado o não registro das mercadorias adquiridas, tal fato constitui uma presunção de omissão de receitas tributadas pelo ICMS, conforme disposto no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, acima transcrito, somos pela manutenção da Decisão recorrida

Do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **120457.0033/06-4**, lavrado contra **JAN JAQUES AFONSO PESSOA (CASA DO FAZENDEIRO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$39.625,52**, acrescido das multas de 50% sobre R\$480,00 e 70% sobre R\$39.145,52, previstas no art. 42, incisos I, “b”, 3 e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, em 20 de agosto de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS