

A. I. N.^º - 118973.0305/06-0
AUTUADO - LIVRARIA E PAPELARIA KACTUS LTDA.
AUTUANTE - THILDO DOS SANTOS GAMA
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 14. 02. 2008

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N^º 0009-01/08

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Não há elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração. Existência de vícios formais no procedimento. Foram reunidas, numa única exigência, infrações de natureza distintas, tanto presunção de omissão de saídas por entradas de mercadorias não registradas (2001), como omissão de saída (2002 a 2005). Infração nula. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DE DOCUMENTOS SEM OBSERVÂNCIA DA DATA DA EMISSÃO. MULTA. Caracterizada a infração. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente lançamento de ofício foi constituído em 29/05/2006, imputando à referida empresa a prática das seguintes infrações:

1 - falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 5.567,19, relativo às 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 proveniente de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurada mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2001, 2002, 2003, 2004 e 2005. Multa de 70%.

2 - Multa por descumprimento de obrigação acessória por irregularidade na emissão de documentos fiscais, no valor de R\$50,00, relativo ao mês de janeiro de 2004. Consta que há denúncia registrada na SEFAZ.

O autuado apresenta a impugnação, às fls. 147 a 151, afirmando que o estabelecimento comercial da empresa está localizado em um bairro da periferia da cidade de Salvador e tem como principal atividade o comércio varejista de livros e como atividade subsidiária o comércio varejista de artigos de papelaria. É uma micro-empresa registrada no regime SIMBAHIA tendo recolhido de ICMS a quantia fixa de R\$ 210,00 no período de 02/2001 a 03/2003 de R\$ 290,00 no período de 04/2003 a 12/2003, de R\$ 150,00 no período de 01/2004 a 04/2004 e de R\$ 120,00 de 05/2004 a 12/2005. Em decorrência do previsto na legislação fiscal, a maioria dos produtos comercializados são livros e estão sob o instituto da imunidade, conforme prevê a legislação federal e o art. 60 do RICMS.

Alega que o autuante, durante os trabalhos de fiscalização, efetuou levantamento quantitativo por espécie de mercadorias tendo apurado diferença caracterizada como omissão de entradas de mercadorias no exercício de 2001 e omissão de saídas nos exercícios de 2002, 2003, 2004 e 2005.

Assevera que o autuante se enganou quando da tipificação das infrações referentes aos exercícios de 2002, 2003, 2004 e 2005, tendo lavrado o Auto de Infração como omissão de entradas, quando na verdade o fato apurado é de omissão de saídas. Também não apresentou à autuada, cópias dos levantamentos referentes ao exercício de 2003, sendo, portanto, caso de nulidade do item do Auto de Infração por cerceamento ao direito de defesa da autuada. Para lastrear o seu entendimento reproduz parte dos votos dos Acórdãos números CJF 0270-11/05 e CJF n° 0034-12/05.

Conclui que ficará provado, não obstante sua reconhecida capacidade técnica e seu empenho profissional, na execução da fiscalização, o equívoco do autuante ao exigir o valor do imposto apontado no Auto de Infração em epígrafe.

Reconhece a exigência, na infração 01, dos exercícios de 2001 e 2002 e 2005. Já em relação ao exercício de 2003, alega que o autuante não apresentou os demonstrativos que comprovem a acusação fiscal, tendo sido cerceado o seu direito de defesa. Afirma que independente disso, a constituição da mesma é completamente improcedente por motivo de já ter sido constituído e reclamado o ICMS devido através do Auto de Infração 233.048.003/05-0 no valor de 3.568,79, referente a este mesmo exercício, quantia esta acima do cobrado pelo fiscal autuante. O ICMS está sendo cobrado pelo autuante em duplicidade.

Quanto ao exercício de 2004, o autuado reconhece parcialmente a infração e solicita a JJF que seja abatido do total cobrado pelo autuante a quantia de R\$ 28,72 em virtude de já ter sido cobrado o Auto de Infração 233.048.003/05-0 já citado no item anterior.

Reconhece, também, a exigência consubstanciada na infração 02.

Entende que, diante de todo o exposto, fica comprovado, quanto a Infração 01, que o autuante cometeu erros, enganos e equívocos, não tendo apresentado à autuada cópia dos demonstrativos referente ao levantamento do exercício de 2003, ceceando, portanto, o seu direito de defesa, além de constituir crédito tributário em duplicidade neste mesmo exercício, pois o autuado já tinha sido fiscalizado e foi apurado omissão de saídas em valor superior ao apurado pelo autuante nesta fiscalização. Solicita que seja julgada improcedente a parcela referente ao exercício de 2003, no valor de R\$ 2.014,94, por já ter sido motivo de autuação através do Auto de Infração n. 233.048.003/05-0, lavrado anteriormente que cobrou o ICMS referente à omissão de saídas no exercício de 2003, no valor de R\$ 3.568,79.

Solicita, também, que seja deduzido o valor constituído pelo autuante, no exercício de 2004, no valor de R\$ 28,72 referente ao ICMS que já foi cobrado em fiscalização anterior conforme Auto de Infração 233.048003/05-0, resultando, portanto, o valor líquido do ICMS a ser cobrado no valor de R\$ 1.161,25, ou seja (1.189,97 - 28,72).

Requer, por fim, que seja reconhecida a procedência parcial do Auto de Infração n° 118.973.0305/06-0 em consonância com as argüições preliminares, visto que a sua constituição está alicerçada em desacordo com os princípios constitucionais de ampla defesa e do contraditório, bem como pelo fato de não terem sido observadas diversas formalidades de vital importância para existência regular do processo.

O autuante, às fls. 161 a 163 dos autos, alega que foi exigido o recolhimento do 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, no valor de R\$5.567,19. A infração 02 exige a multa por descumpriu obrigação tributária acessória. No valor de R\$50,00.

Afirma que o impugnante alega que o autuante se equivocou ao exigir o valor do imposto apontado no Auto de Infração em epígrafe, mas reconhece, em relação à primeira infração: integralmente o

exigido nos exercícios de 2001, 2002 e 2005, parcialmente a exigência do exercício de 2004, e não reconhece a infração do exercício de 2003.

Afirma que o contribuinte tem razão quanto à infração 01 — 04.05.04, exercício de 2001, no valor de R\$533,65, que conforme o quadro (anexo), abatendo-se os 8% do crédito que tem direito às empresas do SIMBAHIA, fica restando um saldo a recolher aos cofres estaduais, no valor de R\$282,51; e que realmente o contribuinte volta a ter a devida razão, pois houve um equívoco do autuante, quando da lavratura do Auto de Infração, que não separou as omissões de entradas e saídas, passando a anexar ao PAF, os demonstrativos que deixaram de ser observados, porém, estão anexados a peça fiscal, não invalidando a cobrança legal da Omissão, no valor total de R\$5.567,20.

Assevera que existe um processo de denúncia contra a autuada, por ter alterado e deixado em branco, às datas das Notas Fiscais série D-1 e série única, cabendo, por tanto, uma pequena multa formal, que não consta do RICMS, no valor de R\$50,00. Quanto à empresa autuada se referir a atividade de livraria, que sua preponderância é a venda de livros didáticos, não foi considerado no levantamento, foi computadas somente mercadorias tributadas. Conclui, assim, pela procedência do Auto de Infração.

O autuado, às fls. 184 a 186 dos autos, volta a se manifestar, desta vez para contestar a informação apresentada pelo autuante. Alega que é enquadrada no regime SIMBAHIA, e já recolhe mensalmente um valor de ICMS definido em Lei de acordo a sua faixa de enquadramento.

Afirma que na defesa inicial tinha reconhecido parcialmente a infração fiscal, entretanto, diante da contestação fragilizada apresentada pelo autuante, em que o mesmo deixou de abater, principalmente no exercício de 2003, o valor de R\$ 3.568,79, cujo montante já tinha sido reclamado através do Auto de Infração nº 233.048.003/05-0, resolveu fazer uma análise minuciosa do levantamento de estoque fechado, elaborado pelo autuante.

Pede atenção especial ao item com código 12, cujos valores substanciais recaem justamente sobre o papel A-4. Afirma que a maior venda de livros se da entre o período de janeiro a março de cada ano, e, por outro lado, para contrabalancear, nos demais períodos, as vendas são menores. Afirma que tem uma máquina Xerox e 90% do papel A-4 é utilizado para xerox, fato não considerado pelo autuante.

Alega que o autuante, em sua informação fiscal, afirma que o contribuinte tem razão quanto à infração 01 - 04.05.04, exercício de 2001, e que houve um equívoco na lavratura do Auto de Infração, que não separou as omissões de saídas com as de entrada, e que só agora esta anexando a este PAF os demonstrativos que deixaram de ser observados.

Alega que, se Autuante diz textualmente que o contribuinte tem razão, houve um equívoco por parte dele quanto à lavratura do Auto de Infração, e que a preponderância da empresa é venda de livros didáticos, por que, também, não levou em consideração que a empresa possui uma máquina xerox, portanto, uma prestação de serviços, com a utilização de papel A-4. Complementa, assim, que em relação ao item 12 caberia cobrança de ISS e não ICMS.

Entende que existe uma contradição e falta de bom senso por parte do nobre Autuante, uma vez que está querendo tributar uma mercadoria a qual já sofreu pagamento de ICMS em suas entradas. Alega que se cometeu algum deslize pela venda e falta de emissão do documento fiscal, entende que caberia, apenas, uma penalidade formal. Talvez, pela falta de descumprimento de uma obrigação acessória, e não a cobrança indevida de ICMS mais multa. Argumenta que, se for observado em todos os relatórios de levantamento quantitativo de estoques, o maior valor trata-se realmente do papel A-4.

Pede, por fim, a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, às fls. 200 e 201 dos autos, volta a se manifestar, resumindo, inicialmente, as arguições da defesa e sua informação fiscal. Entende que em conformidade com os dados cadastrais, página

08, a atividade da empresa é comércio varejista de livros e não serviços de xerox, como demonstram as DME's (anexos páginas: 17, 40, 75, 98, 124), donde se conclui que a empresa não registra a receita com serviços prestados, logo, a autuada vem sub-repticiamente, alegar que todo o papel A-4 foi consumido nos serviços de Xerox.

Afirma que a autuada faz parte do sistema SIMBAHIA, como microempresa, que está obrigada a registrar o livro caixa, porém deixou de apresentar o referido livro, mesmo sendo intimada (fl. 05) relativo ao movimento dos exercícios de 2001, 2002, 2003, 2004, e 2005, como também deixou de registrar nas DME's (páginas 18, 41), o saldo inicial e final de caixa, sonegando as referidas receitas.

Complementa que o auto de Infração nº 118973.0050/04-5, foi julgado Procedente em Parte pelo Egrégio CONSEF em 18 de abril de 2005, conforme acórdão JJF nº 0126-01/05 pela mesma infração: omissão de saída e de entrada através de levantamento quantitativo de estoques fechado.

Conclui pedido aos julgadores, maior rigor na apuração e comprovação dos fatos, e que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

A 5ª JJF, às fls. 208 dos autos, procurando evitar a alegação de cerceamento do direito de defesa e descumprimento ao princípio da legalidade, propõe a conversão do PAF em diligência a Infaz Atacado, para adoção da seguinte providência:

1 — informar ao autuado, mediante intimação, de que o prazo de defesa foi reaberto (30 dias), podendo o mesmo apresentar todas as provas que alega dispor;

2 - reabertura do prazo de defesa para o auto de infração de nº 118973.0305/06-0.

A Infaz de Origem, através da intimação às fls. 210 dos autos, atende à solicitação efetuada pela 5ª JJF, reabrindo o prazo de defesa do autuado.

O autuado, às fls. 214 a 216, apresenta mais uma vez suas contra razões alegando que o Autuante, em relação à primeira infração, deixou de observar o que diz a Lei 7.357/98 do SIMBAHIA. Afirma que é enquadrado nessa condição, portanto, não está obrigado a fazer escrituração dos livros de registro de entrada e saídas. Observa que quando ele descreve a infração, fala em mercadorias não declaradas, deixou de contabilizar as entradas.

Afirma que, entre 2001 a 2005, o seu estabelecimento comprou aproximadamente 670 (seiscentos e setenta) caixas de Papel A4, ou seja, 6.700 (seis mil e setecentos) resmas. Se o ICMS já foi recolhido quando das entradas das mercadorias em nosso estabelecimento, como é que agora o autuante lavrou um auto de infração. Entende que, se houve algum deslize por parte, pela venda e falta de emissão do documento fiscal, entende que caberia apenas uma penalidade formal.

Diz que 90% do papel A-4 é utilizado para xerox. Coisa que não foi levado em consideração pelo autuante, apesar do mesmo reconhecer este fato.

Aduz que, quanto ao item nº 12, conforme demonstrativo de levantamento de estoque feito pelo autuante, não seria o caso de cobrança do ICMS, e sim ISS. Haja vista que a autuada já vem efetuando mensalmente o recolhimento de mais este tributo junto a Secretaria da Fazenda Municipal de Salvador, e que entre 2001 a 2005 foram emitidas aproximadamente 4.427 (quatro mil quatrocentos vinte sete), ou 88 talões com 50 folhas cada, em Notas Fiscais de Prestação de Serviço, em anexo copias das Receitas de Serviços.

Além do mais, afirma que a sua empresa está enquadrada na condição de microempresa - SIMBAHIA, cujo valor do ICMS vem sendo pago mensalmente na conta de energia elétrica. Isto é, sem contar nas mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, que também paga o ICMS da antecipação tributária parcial.

Afirma está encaminhado cópias de todas as Notas Fiscais de Entrada, parta que os se possa examinar com maior clareza.

Por fim, anui que deixa de anexar apenas as cópias das Notas Fiscais de Prestação de Serviço, tendo em vista se tomar impossível tirar xérox de todas as 4.427 (quatro mil quatrocentos e vinte sete). Além do mais, toda a documentação que não foi possível anexar, está à disposição do fisco, se assim os senhores entender necessário.

Finaliza requerendo que seja reconhecida a Improcedência do Auto de Infração.

O autuante, às fls. 269 e 270, argumenta que o contribuinte continua alegando que o papel A-4 foi todo consumido na atividade de prestação de serviços de xerocópias, mas não comprovou absolutamente nada. Afirma que deveria demonstrar, comprovar, através de notas fiscais de prestação de serviços, todo o papel utilizado nos serviços.

Entende que o contribuinte, dentro do regime de SIMBAHIA, está obrigado a apresentar o livro caixa, mesmo auditoria de caixa, onde provavelmente seria, mas uma vez, demonstrada a omissão de saída.

Assevera que o contribuinte foi denunciado a Sefaz, conforme Processo nº002095/2006-3, Denúncia nº 10381/05, por irregularidades quanto ao não preenchimento de documentos fiscais, facilitando ao calçamento de notas fiscais a consumidor final.

Complementa afirmando que o contribuinte, em sua defesa, à fl. 150, reconheceu as infrações, dos exercícios de 2001 a 2005.

Conclui que o contribuinte reconheceu o seu débito e requer que o Auto de Infração seja julgado Procedente.

A 5º Junta de Julgamento Fiscal, à fl. 276 do Processo Administrativo Fiscal, solicita diligência, para que sejam adotadas as seguintes providências:

identifique, se possível, o volume de Papel A-4 empregado na prestação de serviço de fotocópia, nos exercícios de 2002 a 2005, submetido ao pagamento do ISS, e inclua no levantamento quantitativo de estoque como saídas, elaborando novos demonstrativos de débito.

2 – verifique e informe se as notas fiscais de fls. 230 a 264, objeto do auto de infração, se tiveram o ICMS antecipado sobre elas devidamente recolhido.

Em cumprimento à diligência, acima solicitada, são prestados os seguintes esclarecimentos pela ASTEC:

O autuado apresentou planilhas, indicando os números das notas fiscais de prestação de serviço emitidas, para comprovar as quantidades de fotocópias realizadas, e, assim, poder levantar o volume de papel A-4, empregado na prestação de serviço de fotocópia, nos exercícios de 2002 a 2005, submetido ao pagamento do ISS.

Constatou, entretanto, o diligente, que muitos talões de notas fiscais de prestação de serviços não foram localizados, como informa o autuado, em sua manifestação, às fls. 286 a 288, devido às reformas ocorridas em seu estabelecimento, fato que confirma, pois afirma que presenciou toda desordem, quando esteve, no local, para intimar a empresa. Afirma o diligente que, diante desse fato, o autuado juntou cópias do livro de Registro de Prestação de Serviço e DAMs respectivos (fls. 289 a 371), querendo, com esses documentos, que parte da diferença do Papel A4, utilizada para o serviço de "xerox" fosse apurada pelo valor total da receita de serviço prestado pelo autuado.

Afirma o diligente que não foi possível apurar as quantidades de papéis utilizados na prestação de serviço de fotocópias, por meio da receita de prestação de serviço, considerando que não se trata de receita, exclusivamente, de serviços de "xerox". Deste modo, foram incluídas, como saídas, no le-

vantamento quantitativo de estoque, apenas as quantidades de papeis A4, utilizadas no serviço de photocópias, comprovadas através de notas fiscais de prestação de serviços de “xerox”, como se verifica na planilha na fl. 282.

Relata o diligente que foi identificado, como solicitado, nos talões de notas fiscais de prestação de serviço apresentados, o volume de papel A-4 empregado na prestação de serviço de fotocópia, nos exercícios de 2002 a 2005, submetido ao pagamento do ISS, e o total apurado de cada ano foi dividido por 500, já que o levantamento do autuante foi em “resmas”, e incluído no levantamento quantitativo de estoque como saídas.

Complementa informando que às notas fiscais de entradas, às fls. 230 a 264 do PAF, foram objeto deste Auto de Infração. Aduz que ficou constatado, no exercício de 2003, que nas NF 23624 e 22463 (fls. 233 e 234) não constam entradas de Papel A4, correspondendo a uma diferença de 310 resmas, em contrapartida, não foram indicadas pelo autuante as NF 12169 e 565381 (fls. 238 e 242), deixando, assim, de registrar as entradas de 460 resmas de papéis A4. Foram, assim, acrescentadas, às entradas, a quantidade de 150 resmas (460-310), em relação à quantidade levantada pelo autuante, como demonstrado na planilha à fl. 283.

Relata que foram feitos novos demonstrativos do levantamento quantitativo de estoques, após os ajustes ocorridos nas quantidades entradas e saídas, conforme planilhas às fls. 280 e 281, sendo apurados ICMS a recolher nos valores de R\$ 1.056,80, R\$ 2.149,49, R\$ 1.109,33 e R\$ 912,04, nos exercícios de 2002, 2003, 2004 e 2005, totalizando a infração 01 em R\$ 5.510,17.

Em relação à comprovação do ICMS antecipado, informa que as mercadorias, objeto deste Auto de Infração, não estão sujeitas ao regime de substituição tributária, portanto nada foi comprovado.

Conclui que foi identificado, conforme talões de notas fiscais de prestação de serviço apresentados, o volume de papel A-4 empregado na prestação de serviço de fotocópia, nos exercícios de 2002 a 2005, subsentido ao pagamento do ISS incluído no levantamento como saídas, e, também, foram feitos ajustes nas entradas, de acordo com diferenças constatadas nas entradas das mercadorias, constantes das notas fiscais às fls. 230 a 264 do PAF.

O autuado, às fls. 286 a 288 dos autos, volta a se manifestar, alegando preliminarmente que discorda do parecer, uma vez que não foram levadas em consideração as informações prestadas pela empresa. Afirma: “*Como se pode observar, no ano de 2002, o valor de serviços “xerox” recebido foi de R\$ 8.201,06 (oito mil duzentos e um reais e seis centavos), em 2003 foi de R\$ 6.525,20 (seis mil quinhentos vinte cinco reais e vinte centavos), em 2004 foi de R\$ 3.350,27 (três mil trezentos cinqüenta reais e vinte sete centavos), em 2005 foi de R\$ 3.485,73 (três mil quatrocentos oitenta cinco reais e setenta três centavos), tendo como valor total o montante de R\$ 21.562,26 (vinte um mil quinhentos sessenta dois reais e vinte seis centavos).*”

Entende que se for considerando o montante recebido a título de prestação de serviços “xerox”, ou seja, R\$ 21.562,26 e dividir pelo preço médio de R\$ 13,93, nos anos de 2002, 2004 e 2005, se encontrará um quantidade aproximadamente de 1.548 resmas de papel A-4. Sendo assim, não entende como o autuante informa em seu levantamento quantitativo de estoque que apurou omissão de saídas de 2.540 resmas de papel A-4. Teria, nesse caso, uma diferença de 992 resmas de papel A4. Caberia ai, segundo ele, uma penalidade formal, pela falta da obrigação acessória.

Entende que não ouve omissão de entradas em 2001, por essa razão deixou de incluir este exercício, bem como no exercício de 2003, uma vez que foi lavrado um outro auto de infração n° 233.048.003/05-0 (Sumária de Cartão de Crédito) contra a nossa empresa. Neste exercício foi cobrado um valor de R\$ 3.568,79 (três mil quinhentos sessenta oito reais e setenta e nove centavos), que foi julgado procedente em parte, em 22/08/2007, este valor deveria ter sido abatido pelo Autuante quando da sua fiscalização, e isso ele não o fez.

Afirma que comprou entre 2001 a 2005, aproximadamente 670 (seiscentos e setenta) caixas de papel A-4, ou seja, 6.700 (seis mil e setecentos) resmas. Salientar que nenhuma dessas mercadorias entrou em seu estabelecimento sem documentação fiscal comprobatória. Coisa que também não foi levado em consideração.

Aduz que o ICMS já tinha sido recolhido quando das entradas de mercadorias em seu estabelecimento, como é que agora o Autuante lavrou um Auto de Infração na tentativa de “bi tributar” esta mesma mercadoria. Além do mais, continua ele, a empresa está enquadrada na condição de microempresa - SIMBAHIA, cujo valor do ICMS vem sendo pago mensalmente em conta de energia elétrica.

Alega que, entre o ano de 2001 a 2005, foi pago de ICMS com código de receita 1828 R\$ 11.377,44 (onze mil trezentos setenta sete reais e quarenta quatro centavos). Isto sem contar nas mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, que sofrem também com o ICMS Antecipação Tributária Parcial com código de receita 2175, que nos anos de 2004 e 2005 recolheu um montante de R\$ 6.276,15 (seis mil duzentos e setenta seis reais e quinze centavos), totalizando em R\$ 17.653,59 (dezessete mil seiscentos cinqüenta três centavos), conforme registro no sistema da SEFAZ.

Reafirma que 90% do papel A - 4 é utilizado para tirar xerox e que a prestação de serviços correspondente foi recolhido através do ISS, para a Secretaria da Fazenda Municipal de Salvador.

Requer que o auto de infração seja julgado improcedente.

VOTO

O presente lançamento de ofício traz a exigência tributária, em relação à primeira infração, pela falta de recolhimento do ICMS, relativo às 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 proveniente de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apuradas mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em exercício fechado. Em relação à segunda infração exige multa formal por irregularidade na emissão de documento fiscal.

Argúi o impugnante, preliminarmente, que o autuante se enganou quanto da tipificação das infrações referentes aos exercícios de 2002, 2003, 2004 e 2005, tendo lavrado o Auto de Infração como omissão de entradas, quando na verdade o fato apurado é de omissão de saídas, além de não ter recebido cópias dos levantamentos referentes ao exercício de 2003, sendo, portanto, caso de nulidade do item 01 do Auto de Infração por cerceamento ao direito de defesa da autuada. Para lastrear o seu entendimento reproduz parte dos votos dos Acórdãos números CJF 0270-11/05 e CJF n° 0034-12/05.

Cabe considerar, inicialmente, que o autuado ao dar ciência das informações fiscais às fls. 181 e 375, recebe os levantamentos relativos ao exercício de 2003, não mais se pronunciando sobre esta questão nas demais oportunidades que se manifestou nos autos. Por outro lado, em relação a esta primeira infração, o autuante apurou a diferença das quantidades de entradas de mercadorias, indicando que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações, também, não contabilizadas, no exercício de 2001. Ocorre que, nesta mesma infração, o autuante apurou nos exercícios de 2002 a 2005, omissões de saídas, reunindo, portanto, na infração 01, duas infrações distintas, tanto presunção de omissão de saída por entradas de mercadorias não registradas, como omissão de saídas.

As duas exigências, pois, como visto, têm naturezas distintas, inclusive com forma diferentes de apuração da base de cálculo. A primeira se origina de uma presunção legal relativa, onde o fato presumido é tido como verdadeiro até que a ele se opuser a prova em contrário prevista pelo §4º do art. 4º da Lei 7014/96, resultante da falta de registro das entradas e a segunda se origina da própria falta

de registro das saídas.

O lançamento de ofício, que traz no cerne essa dubiedade em uma única infração é nulo por não determinar com segurança qual a infração atribuída ao autuado, conforme alínea “a” inciso IV do art. 18 do RPAF/BA. Já que foram imputadas infrações de natureza distintas e, portanto, com repercuções jurídico-tributárias diferentes. Assim, considero nula a infração 01.

Ampliado no que alinha o art. 21 do RPAF/BA, recomendo a Infaz de origem que determine a repetição dos procedimentos fiscais, relativos à infração 01, a salvo de falhas.

Quanto à multa de R\$ 50,00, exigida por descumprimento da obrigação acessória, em razão de o autuado não fazer constar a data de emissão da nota fiscal nº 6400, serie D-1, constante na infração 02, não foi contestada. Dispõe o art. 142, do RPAF/99, que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. Desta forma, a infração 02 é totalmente procedente.

“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.”

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente 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 **118973.0305/06-0**, lavrado contra **LIVRARIA E PAPELARIA KACTUS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$ 50,00**, prevista no artigo 42, inciso XXII, da Lei nº 7.014/96, dos acréscimos moratórios, conforme estabelecido pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de janeiro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR