

A. I. N° - 147365.0059/08-1
AUTUADO - COMERCIAL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO FONTES BRITO LTDA
AUTUANTE - ROVENATE ELEUTÉRIO DA SILVA
ORIGEM - INFRAZ JEQUIÉ
INTERNET - 30.10.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0323-04/08

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. 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. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME (DECLARAÇÃO DO MOVIMENTO ECONÔMICO DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE). ENTRADAS NÃO DECLARADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração não elidida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 19/02/2008, exige o pagamento do valor de R\$7.050,59, em decorrência das seguintes constatações:

- 1 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis através de mercadorias não registradas, sendo exigido o imposto de R\$394,01, acrescido da multa de 70%;
- 2 - Omissão de entradas de mercadorias no estabelecimento Informações Econômico-Fiscais apresentadas através da DME – Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, nos exercícios de 2003 e 2004, sujeitando-se à multa no valor de R\$6.656,58, equivalente a 5% sobre o valor de R\$133.131,60, conforme demonstrativos e documentos às fls. 14 e 17.

Em sua impugnação tempestiva, fls. 22 a 29, o autuado, depois de descrever as infrações cujo cometimento lhe foram atribuídas, apresenta as ponderações a seguir sintetizadas.

Com relação à infração 01 diz que:

- 1 - Não adquiriu as mercadorias descritas nas notas fiscais e elencadas no levantamento fiscal, e que por isso, ocorreu a falta de registro, tanto nas entradas, quanto nas saídas;
- 2 - Apesar da veracidade da presunção conferida pela lei aos dados levantados pelo CFAMT, observa que não se trata de presunção absoluta. Acrescenta que é notório o conhecimento de fraudes envolvendo a circulação de mercadorias pelas rodovias do Estado da Bahia. Assegura que essas fraudes na sua maioria são praticadas com o único objetivo de burlar o fisco, fazendo com que a cobrança dos tributos seja imposta a contribuintes diversos daquele que adquiriu a mercadoria, utilizando para tanto, os dados cadastrais de terceiros na hora da aquisição;
- 3 - Afirma que no presente caso, as mercadorias, consoante as notas fiscais coletadas no CFAMT circulou com seus dados cadastrais, no entanto, as referidas mercadorias não ingressaram em seu estabelecimento;

4 - Assegura que o fisco tem a obrigação de fiscalizar a ocorrências de fatos geradores e primar pela correta aplicação da Lei. Diz-se vítima de fraude por terem se apoderado de seus dados cadastrais e adquiriram mercadorias fazendo com que a responsabilidade sobre ele recaísse. Ressalta que para se defender teria que apresentar prova negativa de seu não cometimento do fato que lhe fora imputado. Transcreve o art. 333 do Código de Processo Civil para asseverar que o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu quanto à existência de fatos impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor;

5 - Observa ainda que outros meios dispõe o autuante de comprovar se as mercadorias adentraram o estabelecimento do autuado, o que, não fora comprovado pela fiscalização;

6 - Destaca ainda que mesmo se as mercadorias tivessem entrado em seu estabelecimento, o autuante equivocou-se na aplicação da multa de 70% prevista no inciso III do art. 42 da Lei nº 7.014/96, pois entende que, caso tivesse praticado a dita infração, a multa a ser aplicada seria a de 1% prevista no inciso XI do mesmo artigo e lei, o qual transcreve literalmente;

7 - Ressalta, por fim, que o levantamento efetuado pelo autuante é equivocado e insubstancial, não podendo prevalecer sem afrontar os princípios gerais de direito, bem como as disposições relativas ao regulamento do processo administrativos fiscal, transcrevendo, inclusive o art. 2º do RPAF-BA/99.

Conclui requerendo a nulidade dessa infração, já que imputa ao autuado fato não comprovado, e aplica-lhe pena extremamente maior do que a que poderia ser aplicada caso houvesse cometido a infração.

Quanto à infração 02 aduz que, como já explanara anteriormente, restou amplamente evidenciado que as mercadorias constantes das notas fiscais datadas de 2003 não foram adquiridas pelo autuado, que, por sua vez, não estava obrigado a registrar tais entradas que não aconteceram, tampouco constá-las da sua DME.

Já no tocante ao exercício de 2004, esclarece que, de fato, adquiriu um veículo em dezembro do citado ano, porém o veículo adquirido em dezembro de 2004, conforme data na nota fiscal, só adentrou em seu estabelecimento no ano de 2005, devido ao tempo previsto para o frete que fora prolongado pelas festas de final de ano.

Afirma que mais uma vez restou consubstanciado a falta de subsistência do levantamento do autuante, o que, mais uma vez, enseja a sua nulidade de pleno direito, haja vista a visível afronta ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como aos princípios incidentes sobre a ordem tributária. Elenca, destacando o alcance e a capitulação de cada um deles na Constituição Federal dos seguintes Princípios atinentes à ordem tributária, quais sejam: da Legalidade, da Segurança Jurídica, do Não Confisco; da Igualdade e da Capacidade Contributiva.

Refuta também a multa imposta aduzindo ser indevida e fere ao princípio da capacidade tributária, pois não tendo agido no sentido de fraudar, não há multa a ser imposta.

Por fim, em relação à infração 02, afirma que, em face da carência de autenticidade das alegações levantadas pela fiscalização, bem como a sua insubstância material e equívocos comprovadamente demonstrados, já que se encontram eivadas de erros insanáveis, não podendo, dessa forma, convalescer, posto que, como já dito, existe desconformidade com o RPAF-BA/99 e com os princípios gerais de direito incidentes sobre o processo administrativo.

Conclui sua impugnação, por entender que devem ser acolhidas suas teses defensivas, pois, restaram demonstradas as razões e os fundamentos fáticos da questão, requer a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal, fls. 33 a 37, o autuante, depois de discorrer acerca das razões apresentadas pela defesa, apresenta as suas ponderações acerca de cada uma das infrações.

Afirma que o autuado sem trazer ao processo qualquer elemento, evidência ou prova de suas alegações afirma, simplesmente, que não adquiriu as mercadorias constantes das três vias de notas fiscais capturadas pelo CFAMT, sendo: em 2003 - sete notas fiscais: uma da Bahia, uma de São Paulo, uma da Paraíba, uma do Paraná e três de Minas Gerais, com presunção de omissão de saídas; também em 2003 – duas notas fiscais da Bahia - mercadorias substituídas -, com multa formal pela omissão na DME; em 2004 - duas notas fiscais: uma da Bahia - mercadoria substituída - e uma de São Paulo – veículo automotor para Ativo Imobilizado, com multa formal pela omissão na DME.

Assevera que mesmo reconhecendo a existência de práticas fraudulentas envolvendo o uso de dados cadastrais de terceiros por parte de contribuintes inescrupulosos, não acredita que nove diferentes empresas, de cinco diferentes estados da federação acima referidos, circularam mercadorias para o destinatário autuado, sendo tais mercadorias próprias da sua atividade econômica, tendo, porém, havido suposto desvio para outros destinatários. Acrescenta que admitida essa hipótese, todas essas empresas fornecedoras teriam cometido crime de estelionato, o que requereria queixa crime e/ou ação judicial por parte do contribuinte vitimado.

Ressalta que, contatada como fora a omissão de registro ou de declaração no movimento econômico dessas notas, com a respectiva presunção legal de omissão de saídas e com as correspondentes multas, em função de serem mercadorias tributadas normalmente ou substituídas, assevera não lhe caber o ônus da prova, uma vez que os elementos que deram fundamento à caracterização da infração são as próprias vias das notas fiscais comprovadamente transitadas no território baiano a caminho do destinatário em questão, porque colhidas nos postos fiscais e lançadas no CFAMT.

Sustenta que, no tocante, especificamente, ao caso da nota fiscal de aquisição do veículo automotor caminhão Mercedes-Benz, no valor de R\$126.370,00, até a conclusão do trabalho fiscal com a lavratura do auto em 19/02/2008, não constava, tanto na DME de 2004 como na de 2005, fls. 38 a 41 seu lançamento, conforme provam as consultas ao INC anexas, feitas em 31/01/2008 e 14/07/2008.

A afirmação do autuado de que o veículo adentrou em seu estabelecimento nos primeiros dias de 2005 pode ter procedência, uma vez que o primeiro emplacamento, conforme consulta anexa, fls. 44 a 46, à Gerência de IPVA - GIPVA, ocorreu em 14/01/2005. No entanto, seu esclarecimento de que foi devidamente registrado na DME é falso, porque tal registro só ocorreria após a lavratura do Auto de Infração, ou seja, em 26/03/2008, através de DME retificadora, consoante comprova consulta realizada no INC-SEFAZ, da DME, realizada em 14/07/08, fls. 42 e 43.

Conclui mantendo a ação fiscal em sua integralidade.

VOTO

Inicialmente me manifesto examinando as ponderações do autuado no bojo de sua defesa, apesar de apresentadas de forma difusa, como preliminar de nulidade. Assegura o autuado que o procedimento fiscal afrontou o ordenamento jurídico brasileiro bem como os princípios sobre a ordem tributária – elencando os princípios: da Legalidade, da Segurança Jurídica, do Não Confisco; da Igualdade e da Capacidade Contributiva. Entretanto, não cuidou, apesar de consignar suas origens no texto constitucional, de indicar claramente sob que aspecto, tais princípios foram ofendidos. O que constato nos autos é que o procedimento fiscal, ao realizar o levantamento com base nas notas fiscais, interceptadas nos Postos Fiscais, e a caminho do destinatário, ora autuado, constando integralmente seus dados cadastrais e, tratando-se de mercadorias de seu ramo de comércio, afigura-se consentâneo com a legislação pertinente, eis que, ao constatar a falta de registro e inclusão na DME, enquadrou corretamente nas previsões contidas no RICMS-BA/97. Além de devidamente caracterizada, a acusação fiscal é suportada pelas

notas fiscais capturadas pelo CFAMT, colacionadas aos autos e de inteiro conhecimento do autuado, que exercera plenamente seu direito de defesa. Assim, por também não restar comprovado nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, rejeito a preliminar de nulidade requerida nas razões jurídicas de defesa, por não se enquadrar em nenhum dos incisos do art. 18 do RPAF-BA/99.

Quanto ao mérito, os presentes autos cuidam das seguintes infrações: omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de mercadorias não registradas - infração 01 e da omissão de entradas de mercadorias no estabelecimento nas Informações Econômico-fiscais apresentadas através da DME - Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, cujo valor exigido corresponde à multa de 5% sobre a omissão de entradas de mercadorias omitida nos exercícios de 2003 e 2004 - infração 02.

Pelo argumento defensivo nota-se que o autuado em ambas as infrações concentrou suas argumentações tentando mostrar a não aquisição das mercadorias constantes nas notas fiscais relacionadas, argumentando ter sido vítima de fraudadores que utilizaram seus dados cadastrais, e que, apesar da presunção de veracidade conferida pela lei aos dados levantados pelo CFAMT, aduziu não se tratar de presunção absoluta.

Centrado na mera alegação de que terceiros utilizaram seus dados cadastrais de má fé, não cuidou de carrear aos autos comprovações que poderiam ser obtidas junto aos remetentes das mercadorias e dos transportadores para evidenciar que efetivamente não adquirira as mercadorias relacionadas no levantamento fiscal. Ao contrário, optou pela inércia em relação a essa iniciativa, mesmo revelando na própria defesa ter conhecimento fortes ameaças à sua empresa, através da ocorrência de inúmeras fraudes envolvendo a circulação de mercadorias no Estado da Bahia. Entendo que, caso o autuado assim pretendesse, tivera assaz oportunidade para consubstanciar suas alegações com o intuito de transformá-las em provas robustas capazes de elidir a acusação fiscal, no entanto assim não procedera. Convém ressaltar ainda, a extrema dificuldade operacional da fraude, sugerida como tendo sido ocorrida pela defesa para se eximir da acusação fiscal, vez que, terá de existir o conluio com o transportador para entrega da mercadoria em local distinto do constante da nota fiscal que, incorrerá em elevado risco, pois se flagrado na operação será alcançado pela responsabilidade solidária, prevista no RICM-BA-97.

Saliento que o art. 123, do RPAF-BA/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Consoante previsão expressa no artigo 19, §§ 1º e 2º, da citada Lei nº 7.357/98, o crédito fiscal deve ser apurado utilizando-se o percentual de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, constato que no presente caso, o autuante considerou corretamente o crédito fiscal a que faz jus o autuado.

Com relação às multas sugeridas pelo autuante e questionadas pela defesa, verifico que foram devidamente tipificadas, pois, estão em total consonância com os incisos III e XII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Portanto, por tudo quanto supra enunciado, considero que as duas infrações estão devidamente caracterizadas, pois estão relacionadas todas as notas fiscais de compras, sendo discriminadas em planilhas próprias fls. 06, 14, 17, acompanhadas das referidas terceiras vias recolhidas pelo CFAMT, e não apresentadas à fiscalização a comprovação da inclusão dessas notas fiscais na DME, através das primeiras vias das referidas notas fiscais. Quanto à aquisição do um veículo automotor, nota fiscal nº 767772 de 21/12/04, fl. 19, também não informada tempestivamente na

DME de 2004 e nem na DME de 2005 como sustentou a defesa, restou patente nos autos que o contribuinte somente informara, extemporaneamente, através de DME – Retificadora em 26/03/2008, fls. 42 e 43, portanto após a autuação.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 147365.0059/08-1, lavrado contra **COMERCIAL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO FONTES BRITO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$394,01**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$6.656,58**, prevista no inciso XII-A, do supracitado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR