

PROCESSO - A. I. N° 278999.0001/07-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e EDIVALDO NEVES DE OLIVEIRA (O BARATEIRO)
RECORRIDOS - EDIVALDO NEVES DE OLIVEIRA (O BARATEIRO) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0323-01/08
ORIGEM - INFRAZ BRUMADO
INTERNET - 20/05/2009

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0109-12/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIAÇÃO DE ARGUMENTOS DEFENSIVOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. É nula, por cerceamento de defesa, a Decisão que deixar de apreciar alegação contida na impugnação apresentada. A referida omissão não pode ser suprida por esta Câmara de Julgamento Fiscal, pois implicaria em supressão de instância. A Decisão é nula, nos termos do art. 18, II, do RPAF/99. O processo deve retornar à Primeira Instância para nova Decisão. **PREJUDICADA** análise do Recurso de Ofício. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0323-01/08, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99 e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, inconformado com a referida Decisão, com base no art. 169, I, “b”, do citado Regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 30/03/2007, exige ICMS no valor de R\$499.510,71 em decorrência do cometimento de oito infrações imputadas à empresa autuada. No entanto, o recorrente somente apresenta impugnação quanto às infrações 1, 2 e 3, infrações estas motivadoras de igual maneira do Recurso de Ofício, já que para as demais a Decisão foi pela total procedência. As irregularidades apontadas são as seguintes:

1. Falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de janeiro a maio, julho a outubro e dezembro de 2003, janeiro, março a dezembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$435.075,86, acrescido da multa de 70%. Consta que o autuado adquiriu mercadorias e bens de diversos fornecedores, conforme discriminado no ANEXO I, e não procedeu ao devido registro em seus livros próprios, conforme atestam cópias dos livros Registros de Entradas de Mercadorias e Registro de Apuração do ICMS, apenas ao presente Auto de Infração. Não obstante muitas dessas aquisições não constarem no sistema CFAMT, diversos documentos anexados aos autos provam a aquisição de tais mercadorias pelo autuado.
2. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a maio, julho, setembro, outubro e dezembro de 2003, janeiro, março a dezembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$5.088,83, acrescido da multa de 60%.

3. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de junho, agosto e setembro de 2003, e julho de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$46.897,78, acrescido da multa de 60%.

Após analisar todos os argumentos apresentados pela empresa quando de sua impugnação ao lançamento fiscal, ser ouvido o fiscal autuante, bem como, ter sido solicitada diligência fiscal com reabertura do prazo de defesa, a 1^a JJF decidiu pela Procedência Parcial da autuação.

Preliminarmente houve a ressalva de que o *Auto de Infração foi lavrado em completa observância às disposições do RPAF/99, especialmente do seu artigo 39. Os documentos que constituem a peça acusatória foram acostados aos autos e em cópias entregues ao autuado, conforme recibos. Aqueles documentos não apresentados ao contribuinte, inclusive, as notas fiscais arroladas na autuação coletadas no sistema CFAMT/SINTEGRA, foram entregues com a realização de diligência solicitada por esta 1^a Junta de Julgamento Fiscal. O autuado acusou a ciência e recebimento de todas as peças do processo, bem como teve preservado o seu direito de ampla defesa e do contraditório, com a reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, por ter o autuante apresentado novos demonstrativos e entregue notas fiscais anteriormente não apresentadas.* Assim, não existia nulidade a ser declarada do lançamento fiscal.

Foi verificado de que o autuado atacou conjuntamente as infrações 1, 2 e 3, já que sua sustentação foi de que não efetuou as compras de mercadorias e bens indicados nestes itens da autuação. Não aceitando este argumento com a ressalva de que foram realizadas correções e ajustes que se fizeram necessários para exigência dos valores efetivamente devidos, abordaram as questões relativas à infração 1. Em relação aos documentos fiscais coletados junto ao CFAMT, pontuaram que é *entendimento deste CONSEF, em reiteradas decisões, de que as notas fiscais coletadas pelo Fisco nos Postos Fiscais do trajeto das mercadorias destinadas ao contribuinte, indicando todos os dados cadastrais do destinatário, se apresentam como prova suficiente de que tais mercadorias foram remetidas pelo fornecedor e, consequentemente, lhe foram entregues, salvo contraprova de ônus do próprio contribuinte que venha elidir as existentes nos autos.* Para corroborar este argumento houve a citação de Decisão da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão CJF N° 0109-11-07 e que no presente caso o imposto está sendo exigido com base na presunção legal prevista no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96. E, como se trata de uma presunção legal relativa, o ônus da prova é efetivamente invertido, cabendo ao contribuinte demonstrar a sua improcedência, o que ocorreu parcialmente, haja vista os erros apontados e as correções e ajustes efetuadas pelo fisco.

Em relação às notas fiscais coletadas no sistema SINTEGRA, efetivamente razão assistia ao autuado quando diz que para validação do ato há de ser comprovada a acusação fiscal, consoante decisões deste CONSEF que menciona. Entretanto, no presente caso, o autuante não apresentou, simplesmente, cópias das notas fiscais, mas também formalizou solicitação aos diversos fornecedores sobre as transações comerciais realizadas. Estes enviaram tais comprovações (declaração com juntada de cópias das notas fiscais e dos registros de pagamentos realizados pelo autuado). Foi apontado como exemplo a solicitação à fl. 1404, onde se vê que o autuante formalizou o pedido ao fornecedor Docile Alimentos Ltda., a fim de que este prestasse informação sobre as notas fiscais que identifica, tendo o referido fornecedor além de informado o nome do seu representante que realizou as vendas, enviado cópias das notas fiscais, dos conhecimentos de transporte rodoviário de cargas e dos comprovantes de pagamentos bancários realizados pelo autuado em seu favor, não restando dúvida que as mercadorias vendidas pelo fornecedor Docile Alimentos Ltda. foram efetivamente adquiridas pelo autuado.

No entanto, como nem todos os fornecedores atenderam a solicitação, não poderia prevalecer a acusação fiscal em relação às suas notas fiscais, que foram excluídas da autuação. Também foram excluídos os documentos fiscais que, comprovadamente, se encontravam devidamente

escriturados. Assim, *após as correções e ajustes efetuados na forma acima explicitada, o valor do ICMS originalmente exigido de R\$ 435.075,86 fica reduzido para R\$ 280.414,11, conforme o novo demonstrativo elaborado pelo autuante (Anexo I), às fls. 1684 a 1687, contendo exclusivamente as notas fiscais arroladas na autuação coletadas no sistema CFAMT, cujas cópias foram entregues ao autuado, e as notas fiscais do SINTEGRA circularizadas junto aos fornecedores, com a confirmação da realização da operação. Infração parcialmente subsistente.*

Esta mesma posição foi externada para as infrações 2 e 3. Entretanto, em relação à infração 2, o diligente fiscal excluiu as notas fiscais computadas em duplicidade, bem como notas fiscais arroladas na autuação cujas cópias não constam nos autos, tendo considerado apenas as notas fiscais arroladas no sistema CFAMT e as notas fiscais do SINTEGRA cujas comprovações foram formalizadas junto aos fornecedores, com a confirmação da realização das operações, resultando na redução do débito para R\$3.554,84, valor este acatado como o efetivamente a ser exigido. E, quanto à infração 3, como o fornecedor não fez a comprovação, mesmo solicitado, da transação através da Nota Fiscal nº 416586, este documento fiscal, de igual sorte, foi excluído da autuação, a exigência apenas quanto às Notas Fiscais nºs 24581, 170040 e 61985, no valor total de R\$41.999,38, referente aos meses de junho e agosto de 2003 e julho de 2004. Houve a ressalva de que, apesar de o autuado alegar não ter adquirido os veículos, os documentos fiscais juntados aos autos não permitem qualquer dúvida sobre as aquisições realizadas.

O contribuinte, após ciência da Decisão prolatada pela JJF (fls. 1731/1732) apresentou Recurso Voluntário (fls. 1735/1759), afirmando que a 1ª Instância deste Colegiado não havia apreciado, “de forma acurada” os fundamentos jurídicos ali expostos, alinhados aos fatos e corroborados com as provas, apresentados em sua defesa. Assim, ao não haver observância do que dispõe o art. 5º e 92 da Constituição Federal, considerou-se prejudicado. Disse que como a matéria em análise é complexa, exige do julgador maior análise e argumentação fática e jurídica.

Em seguida, passou a enfrentar suas razões de defesa. Aduziu que na peça acusatória não havia qualquer prova cabal de que as mercadorias foram adquiridas pelo recorrente, o que por si só, afastava qualquer cobrança de imposto. Observou que a lei impõe, para os bens móveis, a prova de sua entrega, sem a qual não se pode afirmar que houve as suas transferências e, muito menos a existência de crédito tributário. E, no caso, entendeu não se aplicar a inversão do ônus da prova, cabendo ao fisco provar que as mercadorias e os bens constantes dos documentos fiscais arrolados no auto, efetivamente, foram adquiridos e recebidos pela empresa. Para corroborar suas colocações trouxe aos autos entendimentos do jurista J.J. Calmon de Passos e afirmou que a juntada de documentos apensada aos autos não dava suporte à pretensão do fisco, pois eles não traziam qualquer prova de que as ditas mercadorias transitaram pelo território baiano, e, muito menos de que ingressaram no estabelecimento do recorrente, tudo não passando de mera suposição.

Dizendo não estar fazendo acusações, observou que não estava isento de ser vítima da ação de terceiros, de má-fé, que utilizam seu nome e inscrição estadual para adquirir mercadorias e bens em outras unidades de federação a sua revelia.

Discorreu, em seguida, sobre o fato gerador do ICMS, o qual, disse, somente pode ocorrer com a realização de todos os aspectos previstos e tipificados nas normas de incidência, *uma vez que as relações jurídicas devem se pautar por critérios de segurança e certeza, sendo defeso os lançamentos tributários louvados em simples suposições, em virtude dos princípios da tipicidade cerrada e da legalidade e da verdade material*. Assim, o desconhecimento dessa realidade fática, colocava em risco a validade da tributação pretendida, levando a fiscalização à perda de tempo com a sucumbência das acusações.

Apresentando seu entendimento sobre as provas em matéria de direito e tecendo considerações sobre as presunções absolutas e relativas, afirmou que a fiscalização tem se comportado sem lastro legal, apenas baseando suas acusações em simples suposições, como no caso ora recorrido. Entendeu ser aplicável, no caso em lide, a regra de que o ônus da prova incumbe a quem alega

(art. 333, inciso I, do CPC), tendo em vista as determinações constitucionais bem como a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Continuando seu raciocínio afirmou:... é cediço que a hipótese em que existe a inversão do ônus da prova no direito tributário se opera quando, por transferência, compete ao sujeito passivo o ônus de provar que não houve o fato infringente, onde urge ressaltar que sempre essa inversão se origina da existência em lei de uma presunção relativa (*Juris tantum*), pois, com exceção da existência de uma presunção tipificada em lei, o ônus da prova caberá sempre a quem acusa. Em assim sendo, o simples indício de infração não autoriza a fiscalização a lavrar um Auto de Infração arrimado apenas em uma presunção não contemplada em lei de que houve o ilícito, sob pena de se estar cobrando um imposto que não se sabe se realmente é devido.

E, como se tudo isto não bastasse, o fisco no afã de tributar elencou várias notas fiscais de entradas de mercadorias que estão devidamente registradas nos livros fiscais e contábeis do recorrente, consoante comprovavam os documentos apresentados. Além do mais, não provou que as mercadorias deram entrada no estabelecimento autuado para uso e consumo.

Após tais colocações, voltou a falar sobre o princípio da legalidade entendendo como “pilar da sustentação do Direito Tributário” e sem o qual não se pode falar em tributar e muito menos em fato gerador. E, no caso guerreado, o fisco quer transforma uma relação de notas fiscais, adquiridas ao arrependimento da lei, em fato gerador da obrigação principal, ferindo de morte o citado princípio. Com esta afirmativa, discorreu sobre fato gerador de imposto, transcrevendo o art. 114, do CTN e comentários do tributarista Hugo de Brito Machado.

Reafirmou não restar dúvida quanto à inexistência do fato gerado, pois a relação de notas fiscais apresentadas não possui o condão de sustentar a acusação, já que não definida em lei, sendo abuso de poder. Disse que o Auto de Infração não preenche os requisitos insertos no inciso II, do art. 41, do Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, já que nele não constam os documentos essenciais para sustentar a acusação. Neste caminho de raciocínio trouxe no bojo de seus argumentos diversos Acórdãos deste Colegiado.

Passou em seguida a discorrer sobre o cumprimento da obrigação tributária. Transcrevendo o art. 113, do CTN (definição de uma obrigação tributária), ensinamentos de Hugo de Brito Machado e que sua contabilidade foi escriturada de acordo com as Normas Brasileira de Contabilidade, através de profissional habilitado, entendeu como óbvio que a obrigação tributária (principal e acessória) havia sido devidamente cumprida, e que o Auto de Infração encontrava-se eivado de vícios insanáveis, devendo, no mérito, ser extinto. Com estes argumentos, afirmou que impugnava, em sua totalidade, os documentos anexados ao processo pelo diligente fiscal, ou seja, anexos I e II, cópias das Notas Fiscais de nºs 989, 993, 998, 1003, 1004, 1005 e 1007, 1065 a 1083 e cópias dos Documentos nºs 1198 a 1657. Em seguida, ressaltou que sua contabilidade foi posta à disposição do fisco e se caso dúvidas houvesse quanto aos seus registros, perícia e/ou auditoria deveria ter sido realizada conforme previsão legal e em descompasso ao que dispõe o art. 5º, II da Constituição Federal.

Dizendo não ser obrigado a confirmar compras que jamais realizou e que a lei não o obriga a pagar tributo com base em relação de notas coletadas pelo fisco ao arrependimento da lei, pois a ninguém é dado o direito de enriquecer sem causa, nem mesmo o Estado, trouxe extensa doutrina que entendeu pertinente à matéria em discussão, ou seja: sob o poder de tributar, que é ato vinculado à lei, ter que obedecer ao princípio da legalidade e da segurança jurídica, ter base no princípio da verdade real, não podendo a autoridade administrativa dar à lei, que cria exações, uma interpretação extensiva. Nesta sua argumentação, além de transcrever ensinamentos de juristas e norma legal evidente, fez uma comparação quando interpretou os princípios da verdade real.

Pelo exposto, requereu a reforma total do Acórdão recorrido.

A PGE/PROFIS (fls. 1767/1768) opina, pela lavra da Dra. Maria Dulce Baleiro Costa, pelo Não Provimento do Recurso Voluntário. Após relatar os fatos ocorridos no processo, ressalta que o

recorrente se insurge, exclusivamente, contra as infrações relativas às notas fiscais coletadas pelo CFAMT e obtidas pelo SINTEGRA, negando o recebimento das mercadorias nelas consignadas. Silencia quanto às demais irregularidades apontadas no Auto de Infração - infrações 4 a 8.

Em assim sendo, a questão a ser analisada era a comprovação, ou não, das aquisições interestaduais apontadas no Auto de Infração. Indicando que na instrução em primeira instância, foram trazidas aos autos cópias das notas fiscais coletadas junto ao CFAMT e SINTEGRA, estas acrescidas de documentos (conhecimento de transportes, comprovantes de pagamentos, etc, entregues pelos fornecedores para atestar as operações realizadas), após intimação à empresa, entendeu que a instrução processual, no caso, atendeu aos ditames legais, pois foram produzidas as provas necessárias e que cabiam ao fisco para comprovar as aquisições interestaduais.

Por sua vez e de forma acertada, a JJF *excluiu da autuação as notas fiscais obtidas pelo SINTEGRA desacompanhadas de demais elementos que justificassem as aquisições interestaduais, numa demonstração inequívoca de que, a exemplo do entendimento já externado por essa subscritora, os dados constantes no SINTEGRA de forma exclusiva não fazem prova das aquisições pelos contribuintes baianos, já que são documentos produzidos unilateralmente, sem que haja prova, ao menos, da circulação nesse Estado, de tais mercadorias.* Afora que o recorrente não apresenta qualquer argumento ou documento para corroborar a sua alegação de negativa de aquisição das mercadorias, se limitando a negar os fatos a ele imputados.

Em sendo assim, afirmou que *a JJF fez um trabalho minucioso, observando os princípios da verdade material e ampla defesa, fazendo remanescer as notas fiscais cujas provas indicam as aquisições pelo autuado sem a correspondente contabilização, o que autoriza a presunção legal de saídas anteriores tributadas sem o recolhimento do ICMS, na forma o art. 4º, parágrafo 4º, da Lei nº 7.014/96.*

VOTO

Passo a analisar o Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, no sentido de o desonerar do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração e, consequentemente da reforma da Decisão de 1ª Instância que a entendeu caracterizada por evidentes elementos de insegurança jurídica.

O recorrente impugna conjuntamente as infrações 1, 2 e 3. Entretanto, em relação à infração 2, traz o argumento de que o fisco não havia comprovado que tais mercadorias deram entrada no seu estabelecimento para uso e consumo.

A infração 2 trata da falta de pagamento da diferença de alíquota sobre mercadorias adquiridas para uso e consumo. Desde a defesa inicial (fl. 1146) traz a alegação acima referida. O autuante, quando da informação fiscal (fl. 1662) embora indique este argumento, não o rebateu. Quando de sua nova manifestação, após ciência da diligência realizada, novamente a empresa traz o mesmo argumento. Por sua vez, a JJF embora tenha consignado no relatório do Acórdão proferido esta situação, em qualquer momento enfrentou o argumento (fl. 1724).

Friso que para a garantia do pleno exercício do direito de defesa é fundamental que os argumentos sustentados pelo contribuinte sejam apreciados e, com a devida fundamentação, rechaçados ou não. E, no caso em tela trata de argumento que pode influenciar diretamente no valor do ICMS a ser exigido.

Estando clara a omissão contida na Decisão recorrida e, como não é possível ser suprida por esta Câmara de Julgamento Fiscal, sob pena de supressão de instância, a Decisão recorrida, quanto a este item, é nula, por cerceamento de defesa, nos termos do disposto no art. 18, inc. II, do RPAF/99, devendo o processo retornar à primeira instância para nova Decisão a salvo de falhas.

Diante da situação, neste momento resta PREJUDICADA a análise e Decisão da impugnação referente às infrações 1 e 3 e em sua totalidade a apreciação do Recurso de Ofício e, PROVER o Recurso Voluntário para declarar NULA a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADA a análise do Recurso de Ofício interposto e PROVER o Recurso Voluntário apresentado para declarar NULA a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 278999.0001/07-2, lavrado contra EDIVALDO NEVES DE OLIVEIRA (O BARATEIRO), devendo o processo retornar à Primeira Instância para nova Decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUEURQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS