

A. I. N° - 180460.0010/08-1
AUTUADO - ERIVALDO BATISTA SANTOS
AUTUANTE - JOSÉ FERREIRA FILHO
ORIGEM - INFAC ILHÉUS
INTERNET - 12/05/2009

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0098-03/09

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. MULTA. Fato demonstrado nos autos. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Imputação não impugnada pelo sujeito passivo. 3. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Imputação não impugnada pelo sujeito passivo. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. FALTA DE PAGAMENTO. A chamada “antecipação parcial” tem previsão legal. Este órgão não tem competência legal para apreciar ilegalidade ou constitucionalidade do direito posto. Mantido o lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 25/6/08, diz respeito aos seguintes fatos:

1. entrada, no estabelecimento, de mercadorias sujeitas à tributação [pelo ICMS] sem o devido registro na escrita fiscal [descumprimento de obrigação acessória], fato apurado mediante Notas Fiscais capturadas pelo sistema CFAMT, sendo por isso aplicada multa de R\$ 1.120,66, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não registradas;
2. recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de divergência entre os valores recolhidos e os registrados no livro de apuração do imposto, fato detectado no “C/C” [leia-se: conta corrente fiscal], sendo lançado tributo no valor de R\$ 11.256,31, com multa de 60%;
3. falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo lançado tributo no valor de R\$ 7.670,60, com multa de 50%;
4. falta de recolhimento de ICMS a título de “antecipação parcial”, relativamente a aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, sendo lançado tributo no valor de R\$ 54.421,47, com multa de 60%.

O contribuinte apresentou defesa alegando que não comprou as mercadorias objeto do item 1º deste Auto de Infração. Reclama que o fiscal o acusou de ter dado entrada de mercadorias no seu estabelecimento sem registro na escrita fiscal, porém não anexou ao processo a prova material desse ilícito. Alega também que a acusação teve como alicerce a informação de que as Notas Fiscais foram obtidas de fornecedores através de “circularização”. Argumenta que a mera existência de Notas Fiscais tendo determinado contribuinte como destinatário não faz prova de que ele adquiriu as mercadorias, pois não raras vezes fraudadores lançam mão de registros cadastrais de contribuintes em dia com o fisco para efetuar o transporte ilegal de mercadorias. Reclama que se trata de mera presunção fiscal, não sendo admissível que o autuante inverta o ônus da prova para exigir que o autuado venha a fazer prova de fato negativo. Argumenta que quem acusa tem que dizer de que acusa, e é princípio secular de direito que o ônus da prova é de quem acusa. Frisa que o autuante não provou que as mercadorias em questão foram adquiridas pelo autuado, muito menos que as mercadorias entraram em seu estabelecimento, nem trouxe aos autos os “canhotos” das Notas Fiscais com a assinatura de representantes ou prepostos da empresa recebendo as mercadorias. Sustenta que por essas razões a acusação é nula e

improcedente, pois o Auto de Infração não pode ser lavrado com base em presunções, mas em fatos alegados e provados, pois sua lavratura implica retirada do patrimônio do autuado.

Dá como fundamentos os incisos XXII e LV do art. 5º da Constituição. Cita doutrina acerca do ônus da prova. Frisa que no processo administrativo fiscal o ônus da prova é regulado pelos princípios fundamentais da teoria da prova, expressos pelo CPC, cujas normas são aplicáveis no processo administrativo. Destaca que no processo administrativo de lançamento tributário o autor é o fisco, e a ele incumbe o ônus de provar a ocorrência do fato gerador da obrigação, haja vista que, na linguagem do CPC, incumbe ao autor o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito. Aduz que, em contrapartida, se o contribuinte, na defesa, em vez de negar o fato, alega ser imune ou isento ou já ter sido desconstituída total ou parcialmente a situação de fato ou já haver pago o tributo, é seu o ônus de provar o que alegou, pois a imunidade e a isenção, por impedirem o nascimento da obrigação, constituem, na linguagem do CPC, fatos impeditivos do direito do fisco, e a desconstituição total ou parcial do fato gerador pelo pagamento é fato modificativo ou extintivo daquele direito. Assinala que, sendo violadas as regras concernentes ao ônus da prova, pode dar-se a nulidade, sem questionar-se o mérito.

Destaca aspectos que considera constituírem os pressupostos do Auto de Infração: a) ter fundamentação fática, concreta e real, ocorrida e verificada; b) ser embasado em motivos reais, idôneos e existentes; c) não ter objetivo imoral (pressão, ameaça ou extorsão) ou ilícito (vingança, pressão econômica, injunção política); d) não decorrer de desvio de finalidade nem abuso de poder; e) não conter exigência fora das hipóteses expressas na legislação; f) ser lavrado no local da verificação da ocorrência.

Quanto aos lançamentos dos itens 2º e 3º do Auto de Infração, diz que a imputação está sendo investigada junto ao contador da empresa, e logo que tiver uma solução este órgão julgador será imediatamente informado.

Com relação ao item 4º, reclama que a exigência fiscal é inconstitucional, cruel e descabida. A seu ver, a chamada “antecipação parcial” para os pequenos e médios empresários bate de frente com o art. 179 da Constituição, pois o governo fez exatamente o inverso, uma vez que, ao invés de eliminar ou reduzir tributos, os aumentou. Sustenta que as Portarias 114/04 e 249/04 são ilegais e inconstitucionais. Argumenta que, neste caso, o imposto não foi antecipado, mas os lançamentos foram efetuados nos livros de entradas, de saídas e de apuração, atendendo ao regime normal de tributação. Lembra que o ICMS é um imposto não cumulativo, com sistema de apuração mensal, de modo que a obrigação tributária só nasce no último dia do mês da competência, após a compensação dos débitos e créditos.

Pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O fiscal autuante prestou informação dizendo que, no caso do item 1º deste Auto, as provas foram acostadas ao processo por ocasião da lavratura [do Auto de Infração], tendo sido fornecidos todos os demonstrativos e levantamentos ao autuado no ato da ciência. Considera não restar qualquer dúvida quanto ao destino das mercadorias constantes nas Notas Fiscais, pois, além de nelas constarem os dados do destinatário e da transportadora, se trata de fornecedores do autuado durante todo o período fiscalizado, as mercadorias transitaram pelos postos fiscais da Bahia e fazem parte da atividade comercial do autuado, de modo que não há por que se falar em falta de provas ou presunção.

No tocante aos itens 2º e 3º, embora os lançamentos não tenham sido impugnados pelo sujeito passivo, o fiscal aponta elementos para demonstrar o acerto da autuação.

Quanto ao item 4º, observa que o art. 179 da Constituição citado pela defesa diz respeito à tributação aplicada às microempresas e às empresas de pequeno porte, porém o autuado é uma empresa normal, de modo que não se aplica o citado dispositivo constitucional. Aduz que não tem competência para comentar sobre ilegalidade ou inconstitucionalidade, mas tão-somente para analisar a aplicação da legislação tributária.

Opina pela procedência dos lançamentos.

Em face da alegação da defesa de que a acusação do item 1º teve como alicerce Notas Fiscais obtidas de fornecedores através de “circularização”, e tendo em vista que dentre os documentos às fls. 10 a 17 há alguns que são cópias reprográficas, os autos foram remetidos em diligência à repartição de origem para que o fiscal autuante informasse se as Notas Fiscais listadas à fl. 9 foram todas obtidas através do sistema CFAMT. Caso houvesse documentos que não foram obtidos através do CFAMT, o autuante deveria especificar quais são esses documentos e informar de que modo eles chegaram às suas mãos.

Na mesma diligência foi solicitado que o órgão preparador desse ciência do resultado da diligência ao sujeito passivo, fornecendo-lhe, no ato da intimação, mediante recibo, cópia da informação prestada pelo fiscal autuante em virtude da diligência e cópias das peças às fls. 9 a 17, e que fosse reaberto o prazo de defesa (30 dias).

Em atendimento à diligência, o fiscal autuante informou que no caso do item 1º deste Auto a penalidade tomou por base Notas Fiscais do CFAMT e mais duas outras que foram apresentadas pelo autuado junto com as demais Notas Fiscais de seus arquivos mas não escrituradas no livro Registro de Entradas, sendo estas duas Notas as que aparecem no processo em cópias reprográficas. Aduz que teve o cuidado de verificar que, além de se tratar de Notas Fiscais do CFAMT, todas são emitidas por fornecedores do autuado e dizem respeito a mercadorias compatíveis com a sua atividade. Afirma que não houve “circularização”.

Foi dada ciência do resultado da diligência ao sujeito passivo, com entrega de cópias dos novos elementos.

O autuado não se manifestou.

VOTO

Foram impugnados apenas os lançamentos dos itens 1º e 4º.

O fato em discussão no item 1º diz respeito à entrada, no estabelecimento, de mercadorias sujeitas à tributação pelo ICMS sem o devido registro na escrita fiscal, fato apurado mediante Notas Fiscais capturadas pelo sistema CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito), sendo por isso aplicada multa de R\$ 1.120,66, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não registradas.

O contribuinte alega na defesa que não comprou as mercadorias. Diz que o fiscal não teria anexado ao processo a prova material desse ilícito e que as Notas Fiscais teriam sido obtidas de fornecedores através de “circularização”.

Mediante diligência, foi esclarecido que as Notas Fiscais não foram obtidas por meio de “circularização” – elas foram retidas nos postos fiscais deste Estado através do sistema CFAMT, exceto duas, que foram apresentadas pelo autuado.

O sistema CFAMT é um mecanismo de controle oficial do fisco baiano que prova que as mercadorias circularam neste Estado. Os emitentes dos documentos, de acordo com o fiscal autuante, são fornecedores habituais do autuado, e as mercadorias são compatíveis com sua atividade comercial. O autuado recebeu cópias das Notas Fiscais, bem como dos demonstrativos elaborados pela fiscalização, conforme instrumento à fl. 328. Nas Notas Fiscais constam os nomes dos transportadores. Não está sendo invertido portanto o ônus da prova, como alega a defesa.

Considero caracterizada a infração.

Os lançamentos dos itens 2º e 3º do Auto de Infração não foram impugnados objetivamente pelo autuado.

Quanto ao item 4º, cumpre notar que a invocação do art. 179 da Constituição não faz sentido, pois no período considerado o autuado não figurava como microempresa ou empresa de pequeno porte.

A chamada “antecipação parcial” tem previsão legal. Este órgão não tem competência para apreciar ilegalidade ou constitucionalidade do direito posto.

Mantenho o lançamento do item 4º.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **180460.0010/08-1**, lavrado contra **ERIVALDO BATISTA SANTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 73.348,38**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 7.670,60 e de 60% sobre R\$ 65.677,78, previstas no art. 42, incisos I, “a”, e II, “b” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 1.120,66**, prevista no inciso IX do art. 42 da supracitada lei, mais os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – JULGADORA