

AI. N° - 140844.0002/08-3  
AUTUADO - M ROSA DOS SANTOS  
AUTUANTE - NEY SILVA BASTOS  
ORIGEM - INFAC SERRINHA  
INTERNET - 21.05.2009

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0109-02/09**

**EMENTA:** ICMS. 1. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS DECLARADAS EM DMA ENTREGUES A SEFAZ. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. FALTA DE PAGAMENTO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O contribuinte informou a ocorrência de saídas de mercadorias, a título de “outras saídas”, sem tributação. Apesar de intimado à esclarecer e comprovar, documentalmente, as operações, não atendeu a solicitação do fisco, e, ainda, em sua defesa, também não comprovou que essas operações não estavam sujeitas a incidência do imposto. Mantido o lançamento. 2. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTAS. O contribuinte foi multado duas vezes, os dois fatos fazem parte da mesma infração: falta de apresentação de livro ou documento. A multa não é por cada livro ou documento, separadamente, não importa se um ou vários, a infração é uma só. Mantida apenas uma das multas, a primeira. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO DECLARADO (DMA) E NÃO RECOLHIDO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Mantido o lançamento tendo em vista que o próprio autuado declarou o valor do imposto devido, porém não comprovou a efetivação do pagamento. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 30/04/08, lança o valor de R\$2.908.452,91, em razão do cometimento das seguintes infrações:

1. deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, sendo lançado o valor de R\$2.903.972,34, acrescido da multa de 60%;
2. deixou de apresentar documentos fiscais, quando regularmente intimado, sendo lançado o valor de R\$460,00 de multa fixa por descumprimento de obrigação acessória;
3. deixou de apresentar livros fiscais, quando regularmente intimado, sendo lançado o valor de R\$460,00 de multa fixa por descumprimento de obrigação acessória;

4. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária no valor de R\$3.560,57, na entrada no território do Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, por contribuinte com inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada.

O autuado em sua impugnação (fls. 33 a 39), argumenta que o lançamento tributário deve ser revisto, no sentido de buscar a invalidação com a anulação pelo órgão competente, dizendo que há erro de fato, verificado na constatação dos elementos materiais utilizados para fixar a base de cálculo do imposto.

Aduz que o autuante efetuou o levantamento de sua receita sob embasamento fático esclarecido, porém, inespecífico, atribuindo elementos que inexistem em seus registros. Defende que faltou a indicação da origem da receita arbitrada pelo autuante, porque foram indicados apenas os dados da DMA e o ICMS pago, constante do sistema SEFAZ, face a ausência de apresentação dos, livros fiscais solicitados.

Frisa que a lei tributária somente admite o arbitramento na ausência de elementos concretos que permitam a apuração do imposto, e que neste caso, não se pode alegar que fora omissa, por ter deixado de entregar os documentos fiscais solicitados, porque se dirigiu à SEFAZ e justificou que a ausência da entrega ocorreu face a morte do seu contador, alegando que como o escritório de contabilidade ficou fechado não conseguiu reaver a documentação contábil e fiscal, situação que perdura até a data da defesa, conclui.

Expõe que as operações de sisal dentro do Estado são diferidas ou não incidem ICMS, e que para fora do Estado o imposto é pago antecipado, o que ocorreu com as vendas para Paraíba e outros Estados, como demonstrado nas DMA, e que na saída para o exterior é isenta.

Sustenta que sem a comprovação da origem específica de cada receita levantada, o lançamento não tem nenhuma eficácia, porque entende que na condição de autuado tem o direito de saber a origem de tal ato. Argui que a autuação por arbitramento somente seria válido se estivesse correspondendo a igual possibilidade de geração de tais elementos por sua parte, asseverando que do modo que se originou, está nula a deve ser cancelada, argumentando que não há clareza de onde foram levantadas as receitas do Auto de Infração. Em seguida transcreve entendimentos de Celso Antonio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles e súmula do STF, que tratam de atos praticados pelo administrador público. E da sua competência de poder anular os seus próprios atos.

Assevera que há abuso da fiscalização, não apenas quanto a imposição indevida dos impostos e contribuições objeto do Auto de Infração, mas também, no tocante as multas e juros de mora ao estatuir os seus índices, sem observância dos princípios da legalidade, por entender que não havendo fato gerador para a incidência do imposto não há que se aplicar juros e multa.

Conclui pedindo pela improcedência e anulação do Auto de Infração.

O autuante presta sua informação fiscal, fls. 74 e 75, dizendo que intimou o contribuinte, na pessoa do seu procurador (procuração fls. 7 e 8), José Luiz Oliveira Boaventura no dia 14/02/2008, com o intuito de que fosse realizada a auditoria de forma regular, e que aguardou a apresentação da documentação necessária, no prazo da intimação e da prorrogação concedida no dia 20/03/2008 pelo supervisor, a pedido do contribuinte, não sendo atendido.

Registra que, como não foi possível realizar a auditoria com base na documentação só restou realizá-la com base nas informações procedidas pelo próprio contribuinte, através das DMA constantes no sistema da SEFAZ.

Assevera que nas informações fornecidas pelo contribuinte, constantes nas DMA, fls. 12 a 15, constam “Outras Saídas”, sem oferecer à tributação, valores que, entende que se a empresa não

prova que estas saídas correspondem a mercadorias diferidas, como alegou na defesa, elas são tributadas. Acrescenta que no cálculo do imposto devido, foram abatidos valores pagos, constantes no sistema da SEFAZ, fls. 16 a 19. Garante que não se trata de arbitramento de base de cálculo, porque os valores constam das informações prestadas pelo próprio contribuinte.

Esclarece que embora o sujeito passivo alegue em sua defesa que o seu contador era Admilson Pereira dos Santos, e que faleceu no dia 12 de abril de 2007, nas DMA de 2003 a 2006, constam como contadora Aldeci Maria Pereira dos Santos, fls. 12 a 16.

Pontua que, às notas fiscais apensadas ao PAF (fls. 42 a 54), referem-se a documentos emitidos em 2007 a 2008, período este que não se refere ao autuado.

Conclui solicitando a manutenção da ação fiscal.

#### **VOTO**

Inicialmente rejeito o pedido de revisão formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos formadores de minha convicção, de acordo com o art. 147, inciso I, do RPAF/99. A diligência deve ser realizada para trazer aos autos elementos que possam dirimir dúvidas entre a acusação e as provas apresentadas na defesa. No presente caso, ficou demonstrado que o contribuinte foi intimado e na constância da fiscalização, não disponibilizou os livros e documentos fiscais para exames nem trouxe aos autos no ato da defesa, elementos que fundamentassem a realização da revisão solicitada.

Do mesmo modo não acolho a preliminar de nulidade suscitada pelo contribuinte, sob a alegação de que a autuação se deu com arbitramento da base de cálculo, visto que examinando os elementos colacionados aos autos verifico que a autuação foi fundamentada em informações prestadas pelo contribuinte em Declarações de Apuração Mensal do ICMS-DMA, fls.12 a 15. O Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, o contribuinte tomou conhecimento dos fatos narrados, não ensejando qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, tanto assim que o sujeito passivo se defendeu da acusação fiscal. Além disso, no caso específico, a nulidade argüida não está relacionada nas situações previstas no art.18 do RPAF-BA, tendo em vista que os valores da base de cálculo da autuação foram fornecidos pelo próprio contribuinte.

No mérito, o Auto de Infração trata do cometimento de quatro infrações: falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas; falta de apresentação de documentos fiscais; falta de apresentação de livros fiscais, quando regularmente intimado; e falta de recolhimento do ICMS por antecipação na entrada no território do Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso.

Analizando os documentos acostados aos autos, constata-se que o sujeito passivo foi intimado, fl. 07, para apresentar livros e documentos fiscais e contábeis em 14/08/2008, não atendeu a fiscalização alegando que justificou junto à SEFAZ que a ausência da entrega dos livros e documentos fiscais e contábeis solicitados se deu porque com o falecimento do seu contador não conseguiu reaver toda documentação fiscal e contábil, contudo não trouxe aos autos comunicação escrita do fato alegado, acompanhada da comprovação do montante das operações ou prestações escrituradas ou que deveriam ter sido escrituradas.

Observo que o sujeito passivo não entregou os livros e documentos fiscais à fiscalização, mas forneceu à Secretaria da Fazenda através de Declarações e Apurações Mensais –DMA, os valores mensais, de suas operações de entradas e aquisições, bem como de saídas de mercadorias e prestações de serviços.

Em relação à Infração 01, o autuante com base nos valores de saídas informados pelo contribuinte, registrados no campo: "Outras", consolidou os seus montantes anualmente, e

tomando por referência o mês de dezembro dos exercícios de 2003, 2004, 2005 e 2006 fls. 12 a 15, apurou a base de cálculo, aplicou a alíquota interna de 17%, encontrou o ICMS devido, sendo que desse valor compensou o imposto pago em cada período considerado pelo sujeito passivo e lançou o crédito tributário consubstanciado no presente Auto de Infração, cujo procedimento coaduno com o autuante.

Diante do exposto, ao contrário do que alegou o contribuinte, restou comprovada a existência de registros de operações por ele declaradas no campo “Outras” da sua DMA, sem comprovação de pagamento do imposto.

Portanto, não faz qualquer sentido a alegação do sujeito passivo de que não houve comprovação da origem específica de cada receita levantada, e de que o lançamento não tem nenhuma eficácia, por entender que na condição de autuado tem o direito de saber a origem de receitas por ele mesmo declaradas em suas DMA.

Analizando tal afirmativa, concluo que pretende o sujeito passivo que a fiscalização faça prova negativa do seu próprio ato. Ressalto que “ônus da prova é o encargo atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”. Subsidiariamente ao RPAF/99, o Código de Processo Civil institui as regras gerais de caráter genérico sobre a distribuição do encargo probatório as partes, vejamos:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

- I. ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
- II. ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Neste caso específico, consoante demonstrado, o ônus da prova contrária, cabe ao autuado, portanto, está correta a exigência do imposto no valor de R\$2.903.972,34 do contribuinte, que, através de suas DMA informou saídas de mercadorias sem oferecer a tributação, intimado antes da ação fiscal não comprovou através de notas e livros fiscais se encontrar exonerado da exigência tributária. Infração caracterizada.

Quanto às infrações 02 e 03, consoante demonstrado anteriormente, restou comprovado o seu cometimento, visto que o contribuinte intimado, deixou de apresentar os livros e as notas fiscais à fiscalização. Contudo, o sujeito passivo foi multado duas vezes, os dois fatos fazem parte da mesma infração: falta de apresentação de livro ou documento. A multa não é por cada livro ou documento, separadamente, não importa se um ou vários, a infração é uma só. Assim, fica mantida apenas uma das multas, a da primeira imputação, consubstanciada na Infração 02 devendo ser exigido o valor de R\$460,00, por descumprimento de obrigação acessória. Infração caracterizada parcialmente.

No que se refere à infração 04, o contribuinte informou em sua DMA de novembro de 2006, o ICMS substituição tributária (antecipação), devido no valor de R\$3.560,57, sem contudo comprovar o seu recolhimento. Está correta a autuação, tendo em vista que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº 140844.0002/08-3, lavrado contra **M ROSA DOS SANTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.907.532,91** acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “a” e “d”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no inciso XX, dos referidos artigo e Lei, e dos acréscimos moratórios conforme previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR