

A. I. N° - 281240.0260/08-0
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS SERENATA LTDA
AUTUANTE - AURELINO ALMEIDA SANTOS
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 14/12/2009

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0380-03/09

EMENTA: ICMS 1. ENTRADA DE MERCADORIA. 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. Não comprovado o registro das notas fiscais. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento a título de antecipação parcial do ICMS, até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada neste Estado, pelo contribuinte credenciado que adquirir, para comercialização, mercadorias não enquadradas no regime da substituição tributária, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Infrações caracterizadas. Rejeitadas as argüições genéricas de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 24/10/2008 para exigir ICMS no valor total de R\$417.191,73, pelo cometimento de duas infrações:

Infração 01. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Exercício de 2006 – meses de fevereiro, e julho a dezembro. Demonstrativo às fls. 8 a 14. ICMS no valor de R\$220.047,05, acrescido da multa de 70%.

Infração 02. Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização. Exercício de 2006 – meses de fevereiro, e julho a dezembro. Demonstrativo às fls. 6, e 15 a 20. ICMS no valor de R\$197.144,68, acrescido da multa de 60%.

Às fls. 57 a 264, vias de notas fiscais oriundas do Sistema Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT. À fl. 265, recibo de entrega, ao contribuinte, das cópias de notas fiscais inclusas no Auto e Infração, bem como das planilhas e demonstrativos componentes do Auto de Infração.

A fl. 270, Termo de Revelia. À fl. 271, a Gerência de Cobrança da Dívida Ativa/SEFAZ solicita a renovação da intimação ao contribuinte, por impossibilidade de identificação do signatário da cientificação do Auto de Infração. Às fls. 274 e 275, Intimação ao contribuinte com a reabertura

do prazo de impugnação, e Aviso de Recebimento - AR expedido pelos correios. Às fls. 278 e 279, novas Intimações ao contribuinte, com recibo de entrega assinado pelo contribuinte à fl. 279.

Às fls. 281 a 285 o sujeito passivo ingressa com Impugnação ao lançamento de ofício. Inicialmente descreve as imputações e, em seguida, alega que as notas fiscais objeto da autuação decorrem de uma fraude praticada contra o contribuinte, argumentando que as mercadorias relatadas nos documentos fiscais objeto das imputações 01 e 02 não teriam sido adquiridas por si, autuado. Afirma que o seu CNPJ estaria sendo usado por terceiros para adquirir mercadorias em seu nome. Diz que já está tomando as medidas cabíveis para denunciar tal fato e requer a juntada posterior da *notitia criminis*.

Em relação à Infração 01, diz que não há que se falar em receitas decorrentes de vendas omitidas, pois afirma que estas aquisições foram arcadas por terceiros que utilizaram o CNPJ do contribuinte. Alega que está sendo vítima de uma fraude, e que a constatação de omissão de saídas somente poderia ser verificada com certeza se fosse realizado o levantamento quantitativo de estoque. Argüi não ser cabível a presunção de omissão de saídas em razão da omissão de entradas, aduzindo não serem seus os recursos com os quais foram adquiridas as mercadorias. Diz que os indícios que justificam esta presunção não são capazes de assegurar a ocorrência do fato gerador. E que a simples não escrituração das entradas de mercadorias não tem o condão de indicar que estes recursos advieram de saídas de mercadorias omitidas. Advoga a tese de que esta presunção de ocorrência do fato gerador é totalmente inconstitucional e ilegal, pautando-se nos princípios constitucionais da estrita legalidade tributária e da tipicidade tributária, e alega a ofensa ao artigo 113, §1º, Código Tributário Nacional. Ressalta que a doutrina pátria, a exemplo de ensinamentos de José Artur Lima e Geraldo Ataliba, entende, de maneira pacífica, que não se permite tributar a não ser que o fato descrito na hipótese tenha efetivamente ocorrido.

Em relação à Infração 02, repete a alegação defensiva utilizada para a Infração 01, de que as mercadorias não foram por si adquiridas, e sim por terceiros que se utilizaram, de forma fraudulenta, dos seus dados para adquirir mercadorias. Conclui pedindo pela improcedência do Auto de Infração.

À fl. 288 o autuante presta Informação Fiscal não acatando o pleito defensivo. Alega que o levantamento foi feito a partir do monitoramento fiscal, e que ficou evidenciado com base nas notas fiscais capturadas pelo sistema CFAMT que o contribuinte não escriturou o livro Caixa, não informou as aquisições de mercadorias e não escriturou as notas fiscais no livro Registro de Entradas. Afirma que foi efetuada uma diligência fiscal para determinar e identificar o tipo do produto comercializado, e alega ter ficado comprovado que o contribuinte comercializa as mercadorias constantes nas notas fiscais que embasam as imputações, aduzindo para tanto que o estabelecimento do contribuinte estava repleto de mercadorias descritas nas notas fiscais, o que foi registrado em fotografias anexadas às fls. 288 a 295. Conclui pedindo pela procedência do Auto de Infração.

À fl. 300, Termo de Intimação e AR documentando a entrega, ao contribuinte, da informação fiscal e dos documentos anexados às fls. 288 a 295 do processo.

O contribuinte manteve-se silente, e o PAF foi encaminhado para julgamento.

VOTO

Preliminarmente, no que tange à argüição genérica de nulidade do presente lançamento de ofício, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido cópias dos demonstrativos e dos documentos fiscais atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa. Arguição de nulidade rejeitada.

Quanto ao pedido para juntada posterior de documentos, assinalo que, nos termos do artigo 123 do RPAF/99, os documentos devem ser apresentadas quando da impugnação ao lançamento de ofício. Não é vedado, contudo, que o contribuinte faça a juntada posterior de documentos de que passe a dispor posteriormente à mesma, inclusive em grau de recurso, para apreciação por este CONSEF.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de legalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

No mérito, o Auto de Infração foi lavrado em razão das imputações descritas no relatório que antecede este voto. Quanto à alegação defensiva de que as notas fiscais capturadas no sistema CFAMT não lhe seriam destinadas, e que o seu CNPJ estaria sendo indevidamente utilizado por terceiros, embora seja possível que tal situação de utilização indevida de dado do contribuinte estivesse ocorrendo, tal afirmativa não está provada neste processo. Ademais, conforme exposto pelo autuante, foi realizada diligência ao estabelecimento do contribuinte, tendo sido constatada estocagem de mercadorias tais como as que estão descritas nos documentos fiscais que embasam as imputações. O preposto do Fisco acosta, a este processo, cópias de fotografias tiradas no estabelecimento do contribuinte, das quais o mesmo recebeu cópia, tendo mantido-se silente a respeito deste dado, ao receber também a cópia da informação fiscal, na qual o fato está afirmado. Assim, não acato a alegação defensiva de que as mercadorias não lhe estariam destinadas.

Em relação à Infração 01, omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas nos meses de fevereiro, e julho a dezembro/ 2006, com demonstrativo do levantamento fiscal às fls. 8 a 14, o contribuinte não nega a falta de escrituração e da contabilização das notas fiscais objeto da imputação, apenas nega que tenha comprado e recebido tais mercadorias. Uma vez comprovada a aquisição, não foram contabilizados os pagamentos,

Verifico que as cópias das notas fiscais oriundas do CFAMT, destinadas ao sujeito passivo e emitidas por fornecedores diversos, foram entregues ao contribuinte, e reaberto o seu prazo de defesa, conforme atestam os documentos de fls. 265 e 274 a 279.

Observo que o autuado, no período objeto da autuação, encontrava-se inscrito no cadastro de contribuintes desta SEFAZ sob regime normal de tributação, portanto obrigado à escrituração fiscal e contábil.

Contudo, como o autuado admite não ter registrado as notas fiscais coletadas no Sistema CFAMT e anexadas ao processo às fls. 57 a 264, e não comprova que não adquiriu as ditas mercadorias para comercialização, não foi ilidida a imputação.

Vale salientar que o contribuinte, ao afirmar textualmente que as notas fiscais não lhe eram destinadas, confirmou a não inclusão dos referidos documentos fiscais em seus registros fiscais e contábeis, não tendo oferecido estes valores à tributação.

O fato de não ter contabilizado as notas fiscais de entradas elencadas nos levantamentos fiscais anexados ao processo autoriza a presunção legal de que o sujeito passivo praticou a omissão de saídas anteriores de mercadorias sem pagamento do imposto. A Lei nº 7.014/96, no §4º de seu artigo 4º, assim dispõe, bem como prevê que é ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. O defendant não apresentou qualquer documento para contrapor ao levantamento fiscal, pelo que considero devido o imposto cobrado.

Infração 01 procedente.

No que tange à Infração 02, falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização nos meses de fevereiro, e julho a dezembro/2006, com demonstrativo do levantamento fiscal às fls. 6, e 15 a 20, de igual maneira o contribuinte não nega a falta de recolhimento do imposto, aduzindo apenas que as mercadorias não lhe seriam destinadas. Uma vez não provada esta alegação defensiva, conforme já abordado neste voto, resta procedente também esta imputação.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281240.0260/08-0**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS SERENATA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$417.191,73**, acrescido das multas nos percentuais de 60% sobre R\$197.144,68 e de 70% sobre de R\$220.047,05, respectivamente previstas no artigo 42, incisos II, alínea “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR