

A. I. Nº - 269610.0023/09-0
AUTUADO - INÁCIA GOMES DE MACÊDO SOUZA
AUTUANTE - GILSON GILENO DE SÁ OLIVEIRA
ORIGEM - INFAS ITABERABA
INTERNET - 30. 09. 2010

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0264-01/10

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Notas fiscais coletadas através dos sistemas CFAMT/SINTEGRA não fornecidas em cópias ao autuado, apesar de realização de diligência nesse sentido. Cerceamento do direito de ampla defesa do contribuinte e inobservância do devido processo legal. Infração nula. 2. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Infração caracterizada. 3. MUDANÇA DE ENDEREÇO. FALTA DE COMUNICAÇÃO A REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA. MULTA. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2009, exige crédito tributário no valor de R\$ 17.991,55, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Falta de recolhimento do imposto constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, nos exercícios de 2005, 2006 e 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 14.771,55, acrescido da multa de 70%;
2. Deixou de apresentar documentos fiscais quando regularmente intimado, em 15/04/2009, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 2.760,00. Consta que o contribuinte deixou de apresentar, após a 1^a, 2^a e 3^a intimações, livros caixa, comprovantes de despesas e de pagamentos, cópias das declarações de IRPJ e IRPF;
3. Deixou de comunicar mudança de endereço do estabelecimento na repartição fiscal competente, em 30/06/2007, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 460,00. Consta que o contribuinte mudou-se do nº 40 para o nº 422 da Praça Miguel Brito.

A autuada apresentou defesa às fls. 848 a 869, arguindo, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que a autuação padece de vício insanável, por ter a Fiscalização descumprido o art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF). Afirma o impugnante que desconhece os valores que serviram de base para o levantamento e apuração do crédito tributário.

Observa que a infração 02 tem como base a falta da apresentação de documentos fiscais, quando regularmente intimado, deixando de apresentar, após a 1^a, 2^a e 3^a intimações, livros caixa, comprovantes de despesas e pagamentos, cópias de declarações de IRPJ e IRPF, donde se presume que os valores que serviram de base de cálculo foram extraídos de relatórios do CFAMT e SINTEGRA, dos quais não teve conhecimento, na fase fiscalizatória nem quando do encerramento do levantamento fiscal, já que sequer fora legitimamente intimado.

Aduz que é comum o preposto fiscal ao constatar uma suposta infração baseada em informações colhidas no SINTEGRA/CFAMT, fornecer ao contribuinte a listagem cor e do documento fiscal para conferência e verificação da empresa que

o exame, esta responder se realmente efetuou ou não aquelas aquisições de mercadorias constantes dos relatórios apresentados pelo Fisco.

Sustenta que, no presente caso, o autuante não lhe oportunizou fazer a referida verificação, ou seja, lavrou o Auto de Infração sem fornecer os relatórios de notas fiscais coletadas no sistema CFAMT/SINTEGRA, sem sequer perguntar se realmente houve ou não aquelas compras indevidamente indicadas listadas nos relatórios CFAMT e SINTEGRA, constituindo tal prática cerceamento do direito de defesa.

Argui, ainda, a nulidade da autuação, por ter recebido os anexos sem a prova material da aquisição das mercadorias, que totalizou os valores de R\$ 680.314,76 em 31.12.2003 e R\$ 803.532,35 em 31.12.2004, valores estes que geraram a multa de R\$ 34.015,73 e R\$ 40.176,61, respectivamente, ou seja, 5% sobre os valores que serviram de base de cálculo. Acrescenta que, os valores apontados serviram de base de cálculo para a apuração da infração e têm como base a diferença encontrada entre estes valores e os declarados através da DME. Diz que diante do que recebeu, denota cerceamento e prejuízo da defesa, motivo pelo qual requer a conversão do processo em diligência, a fim de que possa receber tais anexos e demonstrativos para providenciar impugnação amparada no devido processo legal, na ampla defesa e no contraditório. Requer, também, que sejam fornecidas as cópias de todos os canhotos das notas fiscais relacionadas nos referidos relatórios, cujas compras lhe são atribuídas, sob pena de nulidade da autuação, tendo em vista que declarou corretamente os valores das suas compras e vendas nas DME, tida como irregular.

Prosseguindo, assevera que a Fiscalização deixou de dar o devido cumprimento às disposições do Código Tributário Nacional, em seus artigos 108, inciso I e 196, que obriga a lavratura do Auto de Infração no local da verificação da infração, isto é, no próprio estabelecimento fiscalizado, conforme o melhor entendimento doutrinário, tornando-o ineficaz e nulo de pleno direito, quando lavrado na própria Repartição Fiscal, como ocorreu no presente caso, aplicando-se a mesma regra aos autos lavrados em escritório do Agente Fiscal ou em qualquer outro local diverso do estabelecimento fiscalizado.

Frisa que não houve qualquer impedimento ou motivo relevante para que o procedimento normal e usual da fiscalização se processasse no local da sede da empresa fiscalizada, não havendo razão para que a lavratura se realizasse em local diverso, até porque, este procedimento pode dar margem à quebra da segurança jurídica e põe em risco a própria seriedade que deve existir nas relações fisco-contribuinte e nos demais atos administrativos da fiscalização, com visível desprezo ao próprio princípio do contraditório, pois, durante as diligências de fiscalização, o contribuinte tem direito sagrado de se fazer representar, e se necessário, também pelo seu advogado, conforme art. 5º, LV, 133 da Constituição Federal.

Afirma que, sendo o Auto de Infração lavrado fora do local, sem sequer serem pedidas ou solicitadas explicações ou esclarecimentos por escrito, de eventuais falhas ou irregularidades, é inegável a quebra do contraditório e prejuízo para a sua defesa, o que fulmina de nulidade da autuação.

Invoca o princípio da legalidade, para sustentar que o autuante cometeu irregularidade insanável, pois baseia a autuação em normas regulamentares e não em lei, tornando a presente autuação nula por vício formal, reproduzindo o art. 5º da Constituição Federal e o art. 97, inciso V do CTN, assim como, entendimento dos Tribunais Judiciários, no sentido de que “somente à lei é dado estabelecer ou disciplinar obrigações tributárias, definir infrações e cominar penalidades”. Aduz que podem fazê-los os Decretos regulamentares ou os atos administrativos.

Conclui dizendo que o Auto de Infração, em face da nulidade absoluta, não pode surtir nenhum efeito no mundo jurídico, contudo, ainda que se admita a mais le prosperar, face à sua clara e notória nulidade, todas as razões apres mérito, são inconsistentes conforme diz passará a demonstrar.

Relativamente à infração 01, sustenta que não assiste razão ao autuante, considerando que todos os documentos solicitados foram entregues no prazo assinalado e/ou permitido verbalmente, além do que, o preposto fiscal sequer lista aqueles documentos que deixaram de ser entregues, sendo a descrição dos fatos totalmente genérica, descabendo a exigência fiscal baseada nos artigos 142, inciso IV e art. 934, § 1º do RICMS.

No que concerne à infração 02, reitera que o Auto de Infração é nulo de pleno direito, uma vez que não há elementos suficientes para determinar com segurança a infração considerando que, sequer teve ciência das intimações dispostas ao mesmo, tendo em vista que as intimações recebidas foram por ilegítima parte, como consta na falta da assinatura do Demonstrativo de Débito assinado pelo autuante. Diz que de acordo com os anexos, que são partes integrantes do Auto de Infração intimações que não foram recebidas pelas partes responsáveis tendo em vista que, não houve como estar ciente dos fatos recordados pelo fisco, já que a mesma acreditava e confiava no correto controle fiscal de sua empresa.

Requer a improcedência deste item da autuação.

Rechaça a infração 03, afirmando que também, descabe a exigência fiscal, tendo em vista que recolheu corretamente o ICMS durante o exercício questionado, tornando-se desprezada a questão da relevância jurídica a respeito da falta na comunicação na repartição fiscal competente.

Prosseguindo, invoca o art. 3º do Código Tributário Nacional, reproduzindo-o, assim como o artigo 5º, inciso II da Constituição Federal e o artigo 97, inciso V do CTN, para sustentar que somente a lei pode estabelecer a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas.

Afirma que, pelo caráter da eventualidade, caso prospere a autuação, ocorreu inadequada capitulação da multa aplicável, por ser das mais graves previstas na legislação e inaplicável ao caso em testilha, bem como em razão do erro na consideração da base de cálculo.

Reportando-se aos percentuais das multas impostas, diz que são exorbitantes e absolutamente arbitrárias, citando e transcrevendo Sacha Calmon Navarro e José Eduardo Soares de Melo. Diz que a multa imposta é demasiadamente alta, uma vez que fere os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do não-confisco, como decorrência da proteção constitucional ao direito de propriedade, conforme o art. 5º, XXII e 170, II da Constituição Federal. Evoca e reproduz posição do ministro Gilmar Mendes, nesse sentido. Cita, ainda, o Recurso Extraordinário n.º 18.331, do Supremo Tribunal Federal, cujo relator foi o Magistrado Orosimbo Nonato, reproduzindo parte do voto. Reporta-se, também, sobre o julgamento da ADIN ajuizada em face da exigência de multa em percentual exorbitante, cuja decisão do Supremo Tribunal Federal reproduz.

Manifesta o entendimento de que não havendo infração, como restou provado, o Auto de Infração sequer deveria ter sido lavrado, contudo, caso persista a penalização, face a eventualidade, requer a aplicação de critério justo e equitativo na fixação da multa, livre de conotação confiscatória da qual foi revestida no referido Auto de Infração.

Continuando, assevera que há equívoco na base de cálculo adotada, pois o percentual de 5%, incidiu sobre o montante das entradas fictícias baseadas no SINTEGRA e CFAMT, significando dizer que essa base cálculo para a aplicação da multa está equivocada.

Diz que, prevalecendo a autuação quanto à aplicação da sanção, o lançamento deve ser retificado, devendo ser aplicado os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, tipicidade, bem como observado que não houve ilegalidade ou mesmo lesão ao Fisco, dolo, fraude, simulação ou erro que possibilitasse obter vantagem indevida ou o não pagamento de tributos, passível, portanto de dispensa ou de redução.

Assevera que há necessidade de realização de perícia contábil, a finalidade do procedimento fiscal, como única forma de demonstrar o que o contribuinte adotou, estando em perfeita sintonia com a legislação tributária.

Salienta que muitas das alegações denotam de supostas informações obtidas em arquivos magnéticos, cuja improcedência se torna possível por não se ter uma fonte segura da emissão dessas informações, uma vez que, não foram assinadas digitalmente, portanto, sem qualquer valor jurídico, devendo prevalecer, assim, a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal e o equilíbrio entre as partes.

Requer a realização de perícia contábil, apresentando as seguintes questões:

- “a) *Informe Sr. Perito se o Fiscal entregou ao autuado os relatórios de notas fiscais SINTEGRA e CFAMT?*
- b) *Informe Sr. Perito se o Fiscal entregou as notas fiscais captadas no CFAMT ao autuado?*
- c) *Informe Sr. Perito se o Fiscal entregou ao autuado os canhotos das notas fiscais constante no relatório SINTEGRA e CFAMT?*
- d) *Informe Sr. Perito se a falta de entrega de relatório ao autuado compromete o lançamento de ofício?*
- e) *Informe Sr. Perito qualquer outra questão relevante para a elucidação da causa.”*

Conclui afirmando que diante dos argumentos apresentados e as provas realizadas, o Auto de Infração deve ser declarado nulo de pleno direito nos termos do art. 18, IV, a, do RPAF/BA, ou eventualmente, no mérito, ser julgado improcedente.

Protesta pela produção de todas as provas admitidas, notadamente, documental e pericial, conversão do feito em diligência, inclusive eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários à Fiscalização, que efetivamente se equivocou em não lhe fornecer os relatórios de notas fiscais.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 887 a 892, na qual, inicialmente, apresenta uma sinopse da defesa apresentada pelo contribuinte, para depois contestar as razões defensivas.

Afirma que a defesa do contribuinte é meramente retórica, pois, verifica-se facilmente que nas fls. dos autos, constam os documentos CFAMT e SINTEGRA, que documentam as entradas não informadas.

Sob o título “ÔNUS DA PROVA”, manifesta o seu entendimento sobre a alegação defensiva, relativa aos documentos coletadas através do CFAMT/SINTEGRA.

Diz que a legislação processual prevê que o ônus da prova cabe a quem alega, assim, se o Fisco juntou documentos obtidos no CFAMT e SINTEGRA, cabe ao contribuinte o ônus de provar a suposta não veracidade destes documentos.

Sustenta que, não pode restar qualquer dúvida de que relatórios do CFAMT e do SINTEGRA são documentos e, como tais, gozam de presunção de veracidade. Aduz que a desconstituição de veracidade de documentos juntados como prova passa pela alegação e comprovação de falsidade ideológica ou de falsificação documental. Em caso contrário, vigem as provisões do CC e do CPC.

Observa que o SINTEGRA corresponde a declarações de terceiros contribuintes passadas por meio magnético, informando sobre suas movimentações e as operações que realizam com outros contribuintes ou com consumidores. Acrescenta que é um documento de natureza essencialmente declaratória e, a princípio, isento de ânimos, que constitui por excelência prova documental. Enfatiza que “*o mesmo sistema informatizado que imprime as Notas Fiscais do fornecedor da autuada é o mesmo sistema informatizado que sumariza as informações das Notas Fiscais deste fornecedor e que gera o seu arquivo do SINTEGRA.*”

Afirma que, desta forma, inexiste diferença entre a informação constante do arquivo SINTEGRA e a informação constante em cada Nota Fiscal, de sorte que o contribuinte dizer que não confirma a operação constante no SINTEGRA é o mesmo que ele dizer que não re em uma Nota Fiscal. Consigna que, neste ponto, cabe refletir que ac risco da atividade empresarial. Assim sendo, o Fisco não pode deixar

boa-fé, pelo qual os documentos emitidos com declarações de terceiro são prova documental para todos os efeitos de direito e fazem prova contra o contribuinte. Diz que, assim como acontece com Nota Fiscal não reconhecida, se o contribuinte não reconhece as informações constantes no SINTEGRA (em tese, iguais às das Notas Fiscais correspondentes, pois geradas pelo mesmo sistema) cabe a ele também, nesta hipótese, alegar e comprovar falsidade ou fraude documental destes documentos para desconstituir a presunção *juris tantum* de veracidade de que goza os documentos declaratórios do SINTEGRA.

Reportando-se sobre o CFAMT, diz que é um documento de listagem das 2^{as} e/ou 3^{as} vias de Notas Fiscais capturadas no trânsito, por servidores públicos ou por alguém a seu serviço. É elaborado de forma neutra, pois quem os digita nem imagina se algum dia algum contribuinte irá por em dúvida o conteúdo daquelas Notas Fiscais, sendo inegavelmente um documento.

Assevera que pensar de outra forma é passar uma esponja sobre o princípio da supremacia do interesse público, sobre a teoria do risco empresarial e sobre a regra processual de distribuição de ônus da prova.

Reitera que o Fisco provou documentalmente de forma inequívoca as entradas omitidas. Se o contribuinte entende e alega que as várias declarações de vários fornecedores são falsas ou que as digitações de 2^{as} e/ou 3^{as} vias de Notas Fiscais capturadas no trânsito também são falsas, atrai ele para si o ônus de provar que as suas alegações são verdadeiras. Especialmente, quando o mesmo fornecedor afirma ter vendido mercadorias que, ora a autuada admite ter recebido e ora afirma não ter ficado comprovado o recebimento. Destaca que, a parte não pode fazer a divisão da prova que é una, alegando ser verdadeira a porção que lhe aproveita e falsa a porção que prejudica seus interesses.

Frisa que as cópias das Notas Fiscais representam elementos de prova adicional e não necessária para o Fisco, já que os fatos já se encontram provados pelos documentos juntados. Afirma que a lei não exige do Fisco a obrigatoriedade de provar as suas alegações por dois meios diferentes.

Salienta que o exíguo ou inexistente interesse de fornecedores ou de digitadores em declarar a existência de operação que não ocorreu. Para que? E as informações são acompanhadas de CNPJ e Inscrição Estadual que têm dígitos verificadores. Se algum algarismo é trocado, o sistema causa um bloqueio até a informação ser corrigida.

Consigna que: “...se for certo que o CONSEF vem exigindo que o fisco prove por dois meios diferentes as imputações fiscais, certo será também que tal interpretação causa um desserviço à coisa pública, já que tal entendimento não encontra amparo legal e deve ser reformado, vez não existir exigência legal neste sentido.”

Continuando, passa a abordar os pontos levantados pelo impugnante, apresentando as suas contestações.

No que concerne à alegação defensiva de que não foram entregues os documentos que serviram de base para a exigência fiscal e que os valores que serviram de base para a apuração do débito são desconhecidos, sustenta que o autuado, através de sua representante, teve acesso ao PAF, dele podendo tirar cópia das peças que entendeu como devidas. Acrescenta que, o autuado recebeu cópia dos demonstrativos, conforme consta no PAF. Assim, mesmo que se entendesse como irregularidade a alegação do impugnante, tal irregularidade seria facilmente sanada pela entrega de cópia integral dos autos à autuada e reabertura do prazo de defesa.

Diz que, presume a autuada que os valores utilizados para a apuração tiveram como base relatórios do CFAMT e do SINTEGRA que não foram entregues, que não foi legitimamente intimada, o que constitui cerceamento de defesa. Reitera que, a autuada, através de sua representante, teve acesso ao PAF, dele podendo tirar cópia das peças que entendeu como devidas, e demonstrativos, conforme consta no PAF. Salienta que, mesmo irregularidade a alegação da autuada, tal irregularidade seria facilmente sanada pela entrega de cópia integral dos autos à autuada e reabertura do prazo de defesa.

cópia integral dos autos e reabertura do prazo de defesa. Acrescenta que, mesmo supondo-se que a autuada não foi legitimamente intimada, o que difere do PAF, o comparecimento espontâneo da parte ao processo supre a intimação.

Quanto à alegação defensiva de que não recebera os anexos, diz que em oposição ao que antes afirmara, a autuada confirma ter recebido anexos, embora sem a prova material da aquisição de mercadorias, pelo que pede o recebimento de anexos, demonstrativos e canhotos de notas fiscais mencionadas nos relatórios. Frisa que, conforme relatado acima, a infração respectiva já se encontra documentada pelos relatórios SINTEGRA e CFAMT, cabendo à autuada fazer a contra-prova, alegando e comprovando erro ou falsidade documental ou falsidade ideológica.

Com relação à arguição defensiva de que o Auto de Infração é nulo porque não ter sido lavrado no estabelecimento do contribuinte e porque não foram pedidas explicações por escrito de eventuais falhas ou irregularidades, o que leva à quebra do contraditório, observa que o Auto de Infração só pode ser lavrado no sistema informatizado SEFAZ, o que constitui atualmente óbice insuperável à lavratura deste no estabelecimento do contribuinte, que não dispõe deste sistema. Salienta que, indubidousamente, a falta de pedido de explicações por escrito de eventuais falhas ou irregularidades não leva à quebra do contraditório, pois o contribuinte irá contraditar as conclusões obtidas pelo autuante no âmbito da defesa.

No respeitante à arguição defensiva de que o Auto de Infração é nulo porque se baseia em disposições regulamentares, em vez de em disposições legais, diz restar claro do exame do processo que tal não ocorreu, tendo em vista que, para cada infração, consta o preceito legal correspondente, tanto na tipificação da infração, como da multa.

No tocante à alegação defensiva relativa ao mérito da infração 01, de que não merece prosperar porque todos os documentos solicitados foram entregues no prazo assinalado, sustenta que o afirmado não guarda relação com a infração, pois não foram calculadas omissões de saída, com base em falta de entrega de documentos.

Relativamente à alegação defensiva referente à infração 02, afirma que nos autos constam as 3 intimações assinadas por representante da empresa, sendo irrelevante para caracterizar esta infração se faltasse assinatura do Demonstrativo de Débito pelo Auditor Fiscal ou se os anexos não foram recebidos pela parte responsável, o que não ocorreu.

Quanto ao argumento defensivo atinente à infração 03, diz que este não guarda relação com a autuação. Salienta que a confessada falta de comunicação de mudança de endereço é obrigação acessória, que independe do recolhimento de ICMS, inexistindo autorização legal para que o contribuinte possa mudar-se quando quiser e para onde quiser, sem informar o fato ao Fisco, desde que recolha imposto.

No tocante à alegação do defensor sobre as multas impostas, diz que não cabe à instância administrativa ponderar se as multas aplicadas (70%, 50% e 5%) são exorbitantes.

Ressalta que a autuada não impugnou especificamente nenhum dos valores constantes nos demonstrativos.

Conclui mantendo integralmente o Auto de Infração.

A 1^a JJF, considerando que no levantamento fiscal levado a efeito pelo autuante foram arroladas notas fiscais coletadas nos sistemas CFAMT/SINTEGRA, cujas cópias o autuado alegara não ter recebido, converteu o processo em diligência à INFRAZ/ITABERABA (fl.897), a fim de que fossem adotadas as seguintes providências:

1. Intimasse o contribuinte, entregando-lhe no ato da intimação, cópia das notas fiscais arroladas na autuação coletadas através e dos demonstrativos elaborados pelo autuante.

2. Na oportunidade, fosse informado ao autuado **da reabertura do prazo de defesa 30 (trinta dias, a contar da ciência do recebimento da intimação)**, para que não ficasse caracterizado o cerceamento do direito de ampla defesa do contribuinte.

Em seguida, deveria ser dada ciência ao autuante para que elaborasse nova informação fiscal, abrangendo todos os aspectos da defesa, com fundamentação, considerando o disposto no art. 127, § 6º do RPAF/99.

O autuante se pronunciou às fls. 903 a 906, se insurgindo, peremptoriamente, contra a solicitação contida na diligência, nos seguintes termos:

“1. Considerando que a legislação prevê que é defeso ao servidor público praticar ato que entenda manifestamente ilegal;

Considerando que a legislação processual prevê que o ônus da prova cabe a quem alega, sendo que o fisco juntou aos autos documentos CFAMT e SINTEGRA, e, se o contribuinte os impugna, cabe a ele o ônus de provar a suposta não veracidade destes documentos;

Considerando que relatórios do CFAMT e do SINTEGRA são documentos e, como tais, gozam de presunção de veracidade e que a desconstituição de veracidade de documentos juntados como prova passa pela alegação e comprovação de falsidade ideológica ou de falsificação documental, o que não restou alegado, nem comprovado;

(O SINTEGRA corresponde a declarações de terceiros contribuintes passadas por meio magnético, informando sobre suas movimentações e as operações que realizam com outros contribuintes ou com consumidores. É um documento de natureza essencialmente declaratória e, a princípio, isento de ânimos, que constitui por excelência prova documental. Vale enfatizar que o mesmo sistema informatizado que imprime as Notas Fiscais do fornecedor da autuada é o mesmo sistema informatizado que sumariza as informações das Notas Fiscais deste fornecedor e que gera o seu arquivo do SINTEGRA.

Desta maneira, não há diferença entre a informação constante do arquivo SINTEGRA e a informação constante em cada Nota Fiscal, de sorte que o contribuinte dizer que não confirma a operação constante no SINTEGRA é o mesmo que ele dizer que não reconhece a operação constante em uma Nota Fiscal. Neste ponto, cabe refletir que ao contribuinte é endereçado o risco da atividade empresarial. Assim, o fisco não pode deixar de considerar o princípio da boa fé, pelo qual os documentos emitidos com declarações de terceiro são prova documental para todos os efeitos de direito e fazem prova contra o contribuinte. Agora, assim como acontece com Nota Fiscal não reconhecida, se o contribuinte não reconhece as informações constantes no SINTEGRA (em tese, iguais às das Notas Fiscais correspondentes, pois geradas pelo mesmo sistema) cabe a ele também, nesta hipótese, alegar e comprovar falsidade ou fraude documental destes documentos para desconstituir a presunção juris tantum de veracidade de que goza os documentos declaratórios do SINTEGRA.

Já o CFAMT é um documento de listagem das 2^{as} e/ou 3^{as} vias de Notas Fiscais capturadas no trânsito, por servidores públicos ou por alguém a seu serviço. É elaborado de forma neutra, pois quem os digita nem imagina se algum dia algum contribuinte irá por em dúvida o conteúdo daquelas Notas Fiscais. É inegavelmente um documento.

O fisco provou documentalmente de forma inequívoca as entradas omitidas. Se o contribuinte entende e alega que as várias declarações de vários fornecedores são falsas ou que as digitações de 2^{as} e/ou 3^{as} vias de Notas Fiscais capturadas no trânsito também são falsas, atraí ele para si o ônus de provar que as suas alegações são verdadeiras.)

Considerando que a lei não exige que um fato seja provado por mais de uma forma ou de um documento, sendo tal exigência contrária à lei;

entende o autuante estar sendo compelido a comandar manife-

Como o autuante não está informado se esta questão, pacificada no âmbito do CONSEF, como informa o Sr. Conselheiro, está pacificada no âmbito da administração fazendária, representa o autuante ao Sr. Inspetor para que seja esta questão dirigida às instâncias fazendárias superiores, se possível, com o concurso da procuradoria, para, talvez, em reunião com o CONSEF, seja adotada uma posição uniforme sobre o assunto ou que, talvez, se dê início ao processo legislativo, que altere a legislação, para deixar claro que no processo tributário baiano, e apenas neste, fato precisa ser provado por duas ou mais vezes.

Vale ressaltar que o nobre conselheiro, em sua explanação, não esclarece a dúvida suscitada (sobre a base legal para a exigência de que fato precise ser provado por duas ou mais vezes), limitando-se a dizer que o assunto está pacificado no CONSEF (o que não impede que ele mude de entendimento) e a utilizar o poder hierárquico para demandar a entrega das cópias de notas fiscais.

Enfatiza-se ainda que esta questão vem afligindo todo o grupo fisco, em face de retrabalho em situação não exigida por lei, e a arrecadação tributária, em vista da desconstituição de débitos, sob argumentos não embasados em lei.

Por fim, a ampla defesa e o contraditório, como princípios, não têm aplicação em amplitude irrestrita ao ponto de defender a posição dos que têm contra si prova das alegações feitas pelo fisco e de contradizer a supremacia do interesse público frente ao particular, para exigir do particular que faça prova apenas uma vez e exigir da coletividade que prove os fatos por duas ou mais vezes.

III – CONCLUSÃO

Prezado Inspetor Fazendário:

Em conclusão, pede o autuante que o presente petitório seja encaminhado às instâncias pertinentes.

Ao final, encarece ao Sr. Inspetor que o presente zelo não seja interpretado como desobediência ou desídia, por não ser caso.”

Submetida a matéria à discussão em pauta suplementar, os Julgadores da 1ª JJF, por unanimidade, decidiram que o Auto de Infração deveria ser julgado com os elementos existentes nos autos, haja vista que a diligência não fora cumprida, pelas razões sustentadas pelo autuante.

VOTO

Incialmente, cabe-me apreciar as preliminares de nulidade argüidas pelo impugnante, por ter o Auto de Infração sido lavrado fora do estabelecimento; por se basear em disposições regulamentares, em vez de em disposições legais; e, por não terem sido entregues os documentos que serviram de base para a exigência fiscal coletados nos sistemas CFAMT/SINTEGRA.

No que concerne à argüição de nulidade do Auto de Infração, por ter sido lavrado fora do estabelecimento, não há como prosperar a pretensão defensiva, haja vista que o artigo 39, §1º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, estabelece que o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração. Assim, considerando que o Auto de Infração foi lavrado na repartição fazendária, houve atendimento à referida disposição regulamentar.

Na realidade, o local da lavratura do Auto de Infração não tem nenhuma relevância para sua validade, desde que, seja respeitado o devido processo legal e o direito do contribuinte de ampla defesa, com a sua ciência e entrega de todos os elementos que serviram de base à autuação. Assim sendo, não acolho a nulidade sob esse argumento.

No respeitante à argüição de nulidade do Auto de Infração, p regulamentares, em vez de disposições legais, também não merece impugnante, tendo em vista que, o enquadramento das infrações e a 1

conformidade com as disposições legais e regulamentares. Ademais, nos termos do art. 19 do RPAF/99, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. Assim, não acolho a nulidade arguida sob esse argumento.

Quanto à argüição de nulidade, por não terem sido entregues os documentos que serviram de base para a exigência fiscal coletados nos sistemas CFAMT/SINTEGRA, constato assistir razão ao impugnante.

Em verdade, o CONSEF já pacificou o entendimento de que o levantamento fiscal fundamentado em notas fiscais oriundas dos sistemas CFAMT/SINTEGRA, somente pode ser validado se as cópias dos referidos documentos forem entregues ao contribuinte. Isto porque, a não entrega das notas fiscais implica em cerceamento do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte.

A título ilustrativo, reproduzo abaixo as ementas dos Acórdãos CJF nºs 0376.11/08 e 0230-12/10, referentes à matéria em apreço:

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0376-11/08

EMENTA: *ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Notas fiscais coletadas através do sistema CFAMT não fornecidas em cópias ao autuado, apesar de realização de diligência nesse sentido. Cerceamento do direito de ampla defesa do contribuinte e inobservância do devido processo legal. Infração nula. 2. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO. Descumprida a diligência determinada pela Junta de Julgamento Fiscal, no sentido de reabrir o prazo de defesa do contribuinte para se manifestar sobre os novos demonstrativos elaborados pelo autuante e os documentos acostados à sua manifestação, fica caracterizado o cerceamento ao seu direito de defesa, o que enseja a manutenção da Decisão que decretou a nulidade dessa infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão não unânime.*

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0230-12/10

EMENTA: *ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. A comprovação de que as mercadorias não se encontravam subordinadas ao regime de substituição tributária elide a autuação. Infração descaracterizada. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. Não foram trazidos aos autos nem disponibilizados ao sujeito passivo os elementos de prova em favor do lançamento, que se referem às notas fiscais coletadas através do Sistema CFAMT. Infração nula. 3. ENTRADAS DE MERCADORIAS CONSIDERADAS COMO NÃO LANÇAMENTO E PAGAMENTO*

IMPOSTO. Documentos juntados pelo autuado elide parcialmente a acusação. Infração parcialmente caracterizada. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. MULTA. OMISSÃO DE DADOS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. De acordo com o RICMS/97 sendo constatadas inconsistências nos arquivos magnéticos, deve ser apresentada uma nova intimação para correção das inconsistências, sendo fornecida ao contribuinte listagem diagnóstica e relatório detalhado das ausências para que sejam realizadas as devidas correções no prazo de 30 dias. Não tendo sido intimado o sujeito passivo de forma específica para proceder à correção dos dados inconsistentes verificados nos arquivos magnéticos, impõe-se a nulidade da autuação, por ter sido praticada com preterição ao direito de defesa, em razão da inobservância do devido processo legal. Infração nula. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

Cumpre observar que, por se tratar de um vício sanável, a 1^a Junta de Julgamento Fiscal, após discussão em pauta suplementar, converteu o processo em diligência, a fim de que fosse entregue ao autuado cópia das notas fiscais arroladas na autuação, coletadas através dos sistemas CFAMT/SINTEGRA, inclusive, informando-o da reabertura do prazo de defesa 30 (trinta) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação, para que não ficasse caracterizado o cerceamento do direito de ampla defesa do contribuinte. Foi solicitado, ainda, que deveria ser dada ciência ao autuante para que elaborasse nova informação fiscal, abrangendo todos os aspectos da defesa, com fundamentação, considerando o disposto no art. 127, § 6º do RPAF/99.

Ocorre que, a diligência não foi cumprida, em razão de ter o autuante se insurgido contra o entendimento do CONSEF, inclusive, afirmando que: “Se for certo que o CONSEF vem exigindo que o fisco prove por dois meios diferentes as imputações fiscais, certo será também que tal interpretação causa um desserviço à coisa pública, já que tal entendimento não encontra amparo legal e deve ser reformado, vez não existir exigência legal neste sentido.”

O art. 2º do RPAF/BA, determina que *na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.*

Ora, inexiste dúvida de que as decisões do CONSEF, contra as quais o autuante se insurge, estão fundamentadas em disposições legais, além de respeitaram os princípios que norteiam o processo administrativo fiscal e a relação jurídico-tributária entre o sujeito ativo e o sujeito passivo. Assim é que, os princípios da legalidade objetiva, da garantia de ampla defesa e do contraditório, exigem que as cópias das notas fiscais arroladas na autuação sejam entregues ao contribuinte, para que este possa impugnar ou não os citados documentos fiscais.

Observo que na infração 01- *Falta de recolhimento do imposto constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa-*, a omissão de saídas de mercadorias apontada nesta infração, decorre da presunção de que ocorreram saídas anteriores sem pagamento do imposto, em função da constatação de existência de saldo credor de caixa, estando prevista no artigo 2º, §3º, V do RICMS/97, regra emanada do §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, que dispõe:

“Art.4º. (...)

(...)

§4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”

Nessa situação, a legislação do ICMS presume que tais recursos são decorrentes de operações de comercialização (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, conforme determina o artigo 4º, §4º, da Lei n. 7.014/96, acima transscrito.

Portanto, trata-se de uma presunção relativa, cabendo ao sujeito passivo da relação tributária, querendo, apresentar todos os elementos de provas hábeis, no intuito de elidir a acusação fiscal.

Porém, no presente caso, o não atendimento da diligência solicitada por esta 1ª JJF, isto é, a não entrega das notas fiscais coletadas nos sistemas CFAMT/SINTEGRA, impossibilitou ao contribuinte o exercício pleno do seu direito de ampla defesa e, consequentemente, de provar ou não a improcedência da presunção, cujo ônus lhe é atribuído pela lei, desde que receba todos os elementos que compõem a peça acusatória. Assim sendo, considero nula a infração 01, ao tempo em que, recomendo a autoridade competente a repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do RPAF/99.

No que concerne à infração 02 - *Deixou de apresentar documentos fiscais quando regularmente intimado*,-observo que assiste razão ao autuante, haja vista que o autuado foi intimado em três oportunidades para apresentar livros caixa, comprovantes de despesas e de pagamentos, cópias das declarações de IRPJ e IRPF, não atendendo as intimações. Vale observar, que esta infração não diz respeito à notas fiscais referentes aos sistemas CFAMT/SINTEGRA, conforme suscitado pelo impugnante, sendo correta a exigência fiscal. Infração mantida.

Quanto à infração 03, verifico que a exigência fiscal se apresenta correta, haja vista que o contribuinte deixou de cumprir a obrigação acessória de comunicar à repartição fazendária de sua circunscrição, a mudança de endereço, sendo irrelevante se cumpriu a obrigação principal de pagamento do imposto devido, conforme alegado. Infração mantida.

Diante do exposto, a infração 01 é nula, e as infrações 02 e 03 subsistentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269610.0023/09-0, lavrado contra **INÁCIA GOMES DE MACÊDO SOUZA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$3.220,00**, previstas no art. 42, incisos XV e XX da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05. Recomenda-se que seja renovado o procedimento fiscal em relação ao item julgado nulo.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR