

PROCESSO - A. I. Nº 010119.0005/09-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MARKO LIMA PINTO DA SILVA (TRITECH 2)
RECORRIDOS - MARKO LIMA PINTO DA SILVA (TRITECH 2) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5^a JJF nº 0265-05/10
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 27/12/2011

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0369-11/11

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. OMISSÃO DE ENTRADAS. Constatando-se em um mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com Recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Exercício de 2005. Infração procedente. 2. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. EXTRAVIO. Infração nula em decorrência da apresentação das notas fiscais de aquisições de mercadorias por ocasião da defesa. 3. NULIDADE. ARBITRAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. INOBSErvâNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Não atendidos os requisitos necessários à aplicação desta medida. Item nulo. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CONTRIBUINTE. DOCUMENTO FALSO OU INIDÔNEO. Infração improcedente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime quanto à infração 9. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos de Ofício e Voluntário, interpostos contra a Decisão da 5^a Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, através do qual foram atribuídas ao sujeito passivo nove ilícitos distintos, sendo objeto dos apelos apenas os itens 4, 5, 6 e 9, a seguir reproduzidos:

4. 4. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício – Exercício de 2005. Valor histórico: R\$ 9.578,96; percentual de multa aplicada: 70%. Este item é objeto de Recurso Voluntário.
5. Extraviou Documentos Fiscais – Valor da multa: R\$ 615,00. Este item é objeto de Recurso de Ofício.

6. Deixou de recolher ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil - Valor histórico: R\$ 37.553,93; percentual de multa aplicada: 100%. Este item é objeto de Recurso de Ofício.
9. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documento(s) fiscal(is) falso(s) ou inidôneo(s) - Valor histórico: R\$ 912,61; percentual de multa aplicada: 100%. Este item é objeto de Recurso de Ofício.

A Decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal embasou-se nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

"Na infração 4, está sendo exigido ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entrada. A fiscalização apurou com base na presunção legal prevista no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente, e também não contabilizadas, no exercício de 2005.

O demonstrativo de cálculo das omissões encontra-se nas fls. 151 a 153; o levantamento de saídas e de entradas, fls. 145 a 150, e cópia do livro Registro de Inventário, fls. 181 a 192.

O sujeito passivo ao impugnar a infração aduz que dispõe de elementos suficientes para comprovar todas as operações realizadas no período fiscalizado, ao tempo em que anexa notas fiscais que supostamente não teriam sido escrituradas.

Da análise dos documentos acima mencionados, fls. 247 a 252, vê-se que se trata de DAEs referentes ao pagamento do ICMS antecipação parcial, no mês de dezembro de 2005, bem como de cópia de documento de conferência de lançamentos entradas, fl. 249, do mesmo mês e ano.

Contudo estes documentos não são capazes de influenciar no julgamento da infração em favor da empresa, posto que o que está sendo exigido é o ICMS em decorrência de presunção legal, em decorrência da falta de contabilização de entradas em 2005, quando os seus pagamentos foram efetuados com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no mesmo exercício. Infração mantida.

A infração 5 refere-se à multa prevista no art. 42, XIX, aplicada em razão do extravio de documentos fiscais, no exercício de 2004 (notas fiscais de entradas), fato que também ensejou a aplicação do arbitramento da base de cálculo, naquele exercício, que resultou no ICMS exigido na infração 6.

Consta na fl. 219 declaração do contador e representante legal da sociedade, de que as notas fiscais relativas ao exercício de 2004, foram extraviadas, o que dificultou ao fisco proceder a uma análise e conferência daquela documentação no seu original.

Na defesa, o contribuinte, a fim de elidir o quanto alegado anexa notas fiscais supostamente extraviadas, e requer a realização de diligência fiscal, a fim de comprovar a escrituração de todas as notas fiscais. O demonstrativo das notas fiscais extraviadas está nas fls. 162 a 164.

Realmente, o sujeito passivo anexa notas fiscais de aquisições de mercadorias, DAEs relativos ao pagamento do ICMS antecipação parcial, e Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas, fls. 254 a 351.

Embora estas notas fiscais tenham sido apresentadas por ocasião da defesa, como esta infração está relacionada com a declaração de fl. 219, e não ocorreu o extravio das mesmas, fica anulada a autuação.

Na infração 6 foi aplicado o arbitramento da base de cálculo, com base na declaração de fl. 219, de que teria ocorrido o extravio das notas fiscais de aquisições de mercadorias no exercício de 2004.

Ocorre que, ao apresentar a defesa, o contribuinte trouxe aos autos, as notas fiscais de aquisições que teriam motivado a aplicação do arbitramento, pois este fora efetuado com base no extravio das citadas notas fiscais. Contudo, entendo que a fiscalização, mesmo tendo observado que as notas fiscais de aquisições não foram apresentadas, por ocasião da ação fiscal, não teria ficado impedida de aplicar outros roteiros de Auditoria, tais como o de saídas, conta corrente, Caixa, etc. A contrario sensu, aplicou o art. 937 do RICMS que autoriza a aplicação desta medida extrema, quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação do imposto e não for possível apurar o montante real da base de cálculo, desde que se comprove qualquer dos casos seguintes, previstos nos incisos daquele dispositivo legal, no seguinte caso especificamente o inciso I:

Art. 937. A fiscalização estadual poderá fazer o arbitramento da base de cálculo do ICMS, quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação do imposto e não for possível apurar o montante real da base de cálculo, desde que se comprove qualquer dos casos seguintes:

I - falta de apresentação, ao fisco, dos livros fiscais ou da contabilidade geral, ou sua apresentação sem que estejam devidamente escriturados, bem como dos documentos necessários à comprovação de registro ou lançamento em livro fiscal ou contábil, inclusive sob alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos;

Verifico que o demonstrativo de arbitramento da base de cálculo encontra-se na fl. 165, mas não estão atendidos os requisitos para a aplicação desta medida, portanto aplica o art. 18 do RPAF/99, que estabelece a nulidade por falta de motivação para o lançamento tributário.

Infração nula.

Por último, a infração 9, decorreu da utilização indevida de crédito fiscal, referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos. O demonstrativo da infração encontra-se na fl. 169, e refere-se à três Notas Fiscais nºs 1374 emitida em 21/02/2006; 2.115 emitida em 25/04/2006 e 36.140, de 22/08/2006.

O sujeito passivo pede a nulidade de infração sob o argumento de que não foi apontado o motivo da não aceitação do crédito fiscal das notas fiscais apontadas. Trouxe os documentos fiscais de fls. 354 a 359 do PAF, inclusive com Consulta Pública ao Cadastro SINTEGRA, dos fornecedores. Na informação fiscal, o autuante esclareceu que os créditos fiscais não foram acolhidos, pois teriam sido apresentadas cópias dos documentos fiscais, mas na defesa, as cópias das primeiras vias das notas fiscais estão conferidas com o original, consoante declaração do 6º Ofício de Notas, desta capital. Assim, fica elidida a infração, pela improcedência da mesma.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos."

Por imposição do art. 169, I, "a", do RPAF, a Junta recorreu de ofício a esta Câmara de Julgamento Fiscal.

O contribuinte, de seu turno, interpôs o Recurso Voluntário de fls. 395/403, impugnando apenas a infração 4, nos seguintes termos:

- a. Suscita preliminar de nulidade deste item da autuação, ao argumento de que a fiscalização fez uso de mera suposição, além de não ter feito a descrição da conduta ilícita exaustivamente, o que prejudica o exercício do direito de defesa ante a dificuldade em correlacionar os fatos e a legislação apontada, o que invalida a exigência, a teor do art. 142, do CTN.
- b. No mérito, afirma que, a fim de elidir a acusação fiscal, anexou aos autos o DAE referente ao recolhimento do ICMS exigido, além de juntar cópia de documento de conferência de lançamentos de entradas do mesmo mês e ano, pleiteando, ainda, a realização de Diligência Fiscal para que seja apurada a correção de seus atos, pelo confronto dos citados documentos com os registros contábeis/fiscais da empresa (livro de inventário e Livro de apuração do ICMS).

Afirma que o documento apresentado comprova, ao menos, que parte do ICMS devido fora corretamente recolhido, de modo que o valor pago deve, necessariamente, ser deduzido do crédito constituído pela autuação, caso se entenda pelo cometimento de infringência por parte do recorrente, o que se admite apenas em hipótese.

Assevera que a Junta de Julgamento Fiscal incorreu em equívoco ao concluir pela procedência do lançamento, sem ao menos determinar a realização de diligência para análise dos argumentos e dos documentos apresentados com a impugnação.

Aponta a existência de equívoco na resolução da Decisão de Primeira Instância, tendo em vista a manutenção dos valores relativos às infrações já reconhecidas e pagas.

Ao final, aduz que as suposições feitas pela fiscalização na infração 4 decorrem de inconsistências existentes em sua escrita fiscal, o que enseja a realização de diligência, pugnando, em seguida, pelo provimento do apelo ofertado.

O opinativo elaborado pela PGE/PROFIS, da lavra da procuradora Maria Dulce Baleiro Costa (fl. 409), opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender que o autuante, no que concerne à infração 4, apurou diferenças de entradas e de saídas através de levantamento quantitativo de estoques, exigindo ICMS com base na presunção legal prevista no art. 4º, §4º, da

Lei n° 7.014/96. Aduz que os argumentos recursais são frágeis e desprovidos da necessária comprovação.

Esclarece, ainda, quanto ao valor constante da resolução, que a JJF procedeu corretamente ao incluir os débitos relativos às infrações reconhecidas, que posteriormente serão baixados, quando forem apropriados os pagamentos realizados pelo sujeito passivo.

VOTO

A preliminar de nulidade da infração 4, suscitada pelo sujeito passivo em seu Recurso Voluntário, não merece acolhimento, pois, ao revés do quanto sustenta, a acusação fiscal está corretamente descrita e dá ao contribuinte a informação de que o imposto está sendo exigido pela constatação de omissões de saídas apurada em levantamento quantitativo de estoques de mercadorias em exercício fechado, que revelou diferenças de entradas.

Os dispositivos legais e regulamentares também foram adequadamente indicados e, ainda que assim não tivesse acontecido, é cediço que eventual equívoco na sua indicação não enseja a nulidade do lançamento tributário, desde que, pela descrição dos fatos, seja possível apreender o enquadramento legal (art. 19, do RPAF/99). Ademais, também por norma expressa integrante da legislação tributária estadual, eventuais incorreções ou omissões meramente formais não acarretam a nulidade da autuação, se forem determináveis a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário (art. 18, do RPAF/99).

Vale salientar que, na hipótese vertente, o autuante indicou, como embasamento para a exigência contida na infração 4, o art. 936, do RICMS, que trata do Levantamento Fiscal como ferramenta para apuração do movimento real tributável, além do art. 13, da Portaria n° 445/98, que trata do levantamento quantitativo de estoques e estabelece a conduta que deve ser adotada pelo fiscal quando apurar diferenças de entradas e de saídas. Veja-se, a propósito, a dicção do referido dispositivo:

Art. 13. No caso de existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, duas situações, pelo menos, podem ocorrer:

I - o valor da omissão de saídas é maior do que o da omissão de entradas: nesse caso deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas (RICMS/97, art. 60, II, "a", e §1º), com a multa correspondente (70%), que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas;

II - o valor da omissão de entradas é maior do que o da omissão de saídas, caso em que:

a) deve ser exigido o ICMS correspondente às operações de saídas anteriormente realizadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem lançamento do imposto na escrita, com base no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência daquelas operações sem pagamento do imposto (RICMS/97, art. 2º, § 3º);

b) a base de cálculo é o valor da omissão de entradas, por ser maior do que o valor da omissão de saídas, considerando-se este incluído no valor a ser tributado (RICMS/97, art. 60, § 1º);

c) para efeitos de determinação da base de cálculo de que cuida a alínea anterior, deve-se apurar o valor da receita não contabilizada, que corresponde ao custo das entradas omitidas, em função do preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadorias, não devendo ser computada nenhuma parcela a título de margem de valor adicionado (RICMS/97, art. 60, II, "b");

d) a multa aplicável é a prevista para a prática de omissão de receita apurada mediante levantamento quantitativo (70%), ficando absorvida por esta a multa pelo descumprimento da obrigação acessória;

e) apesar de ter havido omissão de saídas, mas tendo em vista ser o valor da omissão de entradas superior ao das saídas, e considerando que a exigência do tributo é feita neste caso em função do valor da presunção de receitas relativas a operações não contabilizadas, tendo como base de cálculo o valor da omissão de entradas, a verificação da omissão de saídas deve ser também consignada, expressamente, tanto no Auto de Infração como no Termo de Encerramento de Fiscalização, fazendo-se juntada dos papéis de trabalho a ela correspondentes, demonstrando as quantidades, os preços e a apuração do valor da omissão de saídas, para que sirvam como elementos de prova.

Como visto, não há que se falar em cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo, devendo ser repelida a prefacial arguida.

No mérito, melhor sorte não socorre o contribuinte. Consoante dito anteriormente, a exigência impugnada (infração 4) decorre da apuração de diferenças de entradas em levantamento quantitativo de estoques de exercício fechado (2005), exigência que encontra lastro legal no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

§ 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 ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Os documentos a que o sujeito passivo faz referência (comprovantes de recolhimento de ICMS e documentos de conferência dos lançamentos das entradas do mês de dezembro de 2005) não se prestam a elidir a exigência tributária, pois o roteiro de auditoria aplicado tem por objeto a movimentação física de entradas e de saídas de mercadorias em determinado exercício. Apenas a apresentação de notas fiscais de entradas ou de saídas eventualmente não escrituradas, a correção de equívocos quanto à denominação das mercadorias ou outros fatos comprovados que influam no levantamento quantitativo são capazes de modificar o resultado da auditoria.

Os comprovantes de pagamento, não, porque são imprestáveis para justificar o ingresso ou a saída de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais; é dizer, o imposto recolhido refere-se, via de regra, às operações oferecidas à tributação e, portanto, regularmente escrituradas, e não àquelas que foram omitidas à tributação.

Nesse contexto, revela-se despicienda a diligência encarecida pelo sujeito passivo, uma vez que, como visto, os elementos constantes dos autos são suficientes à formação da convicção deste Órgão de Julgamento (art. 147, I, a, do RPAF vigente), além do que já se sabe, de antemão, que o resultado em nada aproveitará o contribuinte.

No que concerne ao Recurso de Ofício, nenhuma censura merece a Decisão alvejada quanto à infração 5, uma vez que a multa aplicada justificava-se pelo extravio de notas fiscais de entrada, fato, este, entretanto, que foi superado pela apresentação de todos os documentos pelo sujeito passivo, em sede de defesa. Não havendo extravio, feneceu o fato que justificava a manutenção da penalidade pecuniária, estando, no particular, correta a Decisão que concluiu pela desoneração.

Quanto à infração 6, comungo do entendimento esposado pela Junta de Julgamento Fiscal. Com efeito, na hipótese vertente, o arbitramento decorreu do extravio das notas fiscais de entrada que ensejaram a multa do item anterior, estando, portanto, embasado no inciso I, do art. 937, do RICMS, que dispõe:

Art. 937. A fiscalização estadual poderá fazer o arbitramento da base de cálculo do ICMS, quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação do imposto e não for possível apurar o montante real da base de cálculo, desde que se comprove qualquer dos casos seguintes:

I - falta de apresentação, ao fisco, dos livros fiscais ou da contabilidade geral, ou sua apresentação sem que estejam devidamente escriturados, bem como dos documentos necessários à comprovação de registro ou lançamento em livro fiscal ou contábil, inclusive sob alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos;

Da análise dos autos, especialmente das planilhas de fls. 162/164, verifica-se que o autuante tinha pleno conhecimento das notas fiscais de entradas que, segundo o sujeito passivo consignou na declaração de fl. 219, teriam sido extraviadas.

Constata-se, ainda, que o autuante teve acesso aos livros Registro de Entradas, Saídas, Inventário e Apuração do ICMS, tanto que trouxe aos autos cópias de alguns deles (fls. 181/218). O preposto fiscal também teve acesso aos arquivos magnéticos do sujeito passivo, o que lhe possibilitou, juntamente com os demais livros e documentos fiscais, a realização de outros roteiros de auditoria, resultando na exigência do ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais

próprios (infração 1), por desencontro entre o valor recolhido e o escriturado em livros próprio (infração 2), por omissão de saídas apurada em levantamento quantitativo de estoques (infrações 3 e 4), por utilização indevida de crédito (infrações 8 e 9), além de multa pela entrada no estabelecimento de mercadorias sem registro na escrita fiscal (infração 7).

Fica evidente, portanto, que o preposto fiscal poderia, pelo menos em tese, realizar outros roteiros de auditoria, sobretudo porque tinha conhecimento das notas fiscais extraviadas, o que enseja a nulidade do lançamento, entendimento este, inclusive, cristalizado na Súmula n° 5, deste Conselho:

ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. ARBITRAMENTO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE APURAÇÃO DO MONTANTE REAL DA BASE DE CÁLCULO.

Não comprovada a impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo através da aplicação dos roteiros normais de fiscalização, inexiste motivo para a adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto, ensejando a nulidade do lançamento.

Se os documentos, livros e arquivos magnéticos apresentados pelo sujeito passivo eram insuficientes para a realização de outros roteiros de fiscalização, cabia ao autuante consignar tal circunstância expressamente em termo, de modo a explicitar a motivação e dar o adequado embasamento para o arbitramento. Está presente, portanto, nesta autuação, um outro vício, igualmente ensejador de nulidade, mas agora de natureza formal.

A legislação tratou do assunto e exigiu, para aplicação do arbitramento da base de cálculo, que o auditor fiscal proceda em conformidade com o art. 939 do RICMS/BA, que determina que este emitirá, antes da lavratura do Auto de Infração, Termo de Fiscalização, circunstanciando detalhadamente a ocorrência que justifica o arbitramento da base de cálculo, transcrevendo-o, na íntegra, no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências do contribuinte, o que não foi feito no caso em análise, já que o termo de fl. 12 não atende às referidas exigências normativas.

Art. 939. Para efeito de arbitramento da base de cálculo do ICMS, o Auditor Fiscal, antes da lavratura do Auto de Infração, emitirá:

I - Termo de Fiscalização, circunstanciando detalhadamente a ocorrência, o qual será transscrito, na íntegra, no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências; ou

II - Termo de Apreensão, quando se tratar de irregularidade constatada no trânsito de mercadorias.

Parágrafo único. O Termo de Fiscalização a que alude o inciso I conterá, entre outras, as seguintes indicações:

- I - a infração cometida;*
- II - o dispositivo regulamentar em que se apóie o arbitramento;*
- III - o elemento que serviu de base à apuração;*
- IV - o valor das saídas ou dos serviços apurados;*
- V - o valor do ICMS;*
- VI - a importância recolhida;*
- VII - o valor dos créditos;*
- VIII - o total a recolher.*

Por todos esses motivos, resta caracterizada a nulidade do item 6 deste Auto de Infração.

Com relação à infração 9, a improcedência da exigência baseou-se no fato de que o sujeito passivo, em sua peça de defesa, anexou aos autos as notas fiscais que legitimam os créditos glosados pelo autuante, além dos documentos comprobatórios da regularidade da situação cadastral dos respectivos emitentes junto às SEFAZ de São Paulo e do Espírito Santo, *ex vi* dos documentos de fls. 353/359. Destarte, acertada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, no particular.

Por derradeiro, merece ser ratificado o posicionamento da PGE/PROFIS quanto à resolução da Junta de Julgamento Fiscal. É que a menção ao valor integral mantido pela Decisão de piso não significa a desconsideração dos pagamentos efetuados pelo sujeito passivo; é apenas uma exigência de sistema, para definir de forma clara o imposto devido para cada infração atribuída

ao sujeito passivo, o que não impede a homologação dos pagamentos realizados após iniciada a ação fiscal, sem agravamento da situação do sujeito passivo.

Ante o exposto, voto pela rejeição das preliminares suscitadas e, no mérito, pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os Recursos de Ofício e Voluntário.

VOTO DIVERGENTE (Quanto ao item 9 – Recurso de Ofício)

Conquanto concorde com o voto proferido pelo Relator em relação aos demais itens que compõem o presente lançamento tributário, divirjo do seu voto quanto à infração constante do item 9, aos seguintes fundamentos:

Inicialmente cabe consignar que o sujeito passivo foi devidamente intimado para apresentar as primeiras vias dos documentos fiscais objeto da autuação, ainda no início da ação fiscal, tendo os apresentados apenas em cópias, o que levou o autuante a, acertadamente, glosar os créditos fiscais respectivos, ao fundamento de que tais documentos eram falsos ou inidôneos, lastreado, portanto, na presunção de que as operações de aquisição não ocorreram.

Registre-se que o início da ação fiscal se deu em outubro de 2009, o Auto de Infração foi lavrado em 17/12/2009, e o presente Recurso de Ofício está sendo objeto de apreciação por esta 1ª CJF no mês de novembro de 2011, e até o presente momento o sujeito passivo não apresentou as cópias originais dos referidos documentos, mesmo passados dois anos.

O que anexou aos autos são as mesmas fotocópias apresentadas quando da ação fiscal, desta feita constando declaração do Tabelionato de Ofício, datada de 13/10/2010, portanto após a lavratura do Auto de Infração, onde consta que estas conferem com os originais.

Ora, para que tenha havido tal declaração é imprescindível que os originais dos referidos documentos fiscais tenham sido apresentados ao tabelionato em referência. Se assim o foi, porque não juntadas aos autos tais originais?

Nesse sentido, tal declaração, ainda que expedida por tabelião, que têm fé pública, não tem o condão de afastar a exigência fiscal em tela, porquanto não elidiu o sujeito passivo a presunção de que as operações não se realizaram, fundamento para a exigência de glosa do crédito sob a acusação da falsidade ou inidoneidade dos referidos documentos.

Registre-se que poderia o sujeito passivo ainda que tivesse extraviado ou perdido os referidos documentos, fato que não alegou em nenhum momento, frise-se, poderia afastar tal presunção, apresentando documentos comprobatórios da efetiva ocorrência da operação de aquisição, a legitimar os créditos lançados, tais como canhoto de recebimento, conhecimentos de transporte das mercadorias acobertadas pelos documentos fiscais objeto da autuação, comprovantes de pagamento destas operações, declaração dos fornecedores atestando a efetiva venda ao seu estabelecimento, etc, mas não o fez.

Logo, como julgar insubstancial a infração imputada, se o sujeito passivo não logrou infirmá-la?

A simples declaração obtida no SINTEGRA de que os fornecedores estavam regulares nos seus respectivos cadastros, não é prova suficiente de que de fato a operação de aquisição tenha ocorrido, e nem tampouco a declaração do Tabelionato de Ofício, a legitimar o crédito fiscal ora glosado.

A fé pública de tal declaração, ou seja, o “...crédito que deve ser dado aos documentos emitidos por autoridades públicas (ou por privados por ela delegados) no exercício de suas funções e que gozam da presunção de que tais documentos são verdadeiros,”, é uma presunção relativa, e não absoluta, além do que não pode ser oposta ao Crédito Tributário, direito que possui o sujeito ativo da relação jurídica em exigir do sujeito passivo o pagamento do tributo ou penalidade pecuniária, e que decorre do surgimento da obrigação tributária, da qual nasce o lançamento.

Assim, ocorrida a obrigação tributária, ou seja, assim considerada como “*obrigação surgida quando se consuma um fato imponível previsto na legislação tributária*”, devidamente constituída através do presente lançamento de ofício, a fé pública da declaração proferida pelo referido Tabelionato não tem o condão de afastar o nascimento desta obrigação.

Neste passo, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, para, modificando a Decisão recorrida, julgar PROCEDENTE a infração descrita no item 9 da peça inicial da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto ao item 9, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 010119.0005/09-7, lavrado contra **MARKO LIMA PINTO DA SILVA (TRITECH 2)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$33.815,09**, acrescido da multa de 50% sobre R\$11.543,84, 60% sobre R\$1.825,89 e 70% sobre R\$20.445,36, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, “b”, III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$3.074,46**, prevista no art. 42, IX, da citada lei, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao item 9 – Recurso de Ofício) – Conselheiros(as): Fábio de Andrade Moura, Denise Mara Andrade Barbosa, Valnei Sousa Freire, Oswaldo Ignácio Amador e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE (Quanto ao item 9 – Recurso de Ofício) – Conselheira: Sandra Urânia Silva Andrade.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – VOTO DIVERGENTE
(Quanto ao item 9 – Recurso de Ofício)

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS