

A. I. N° - 233014.0155/09-2
AUTUADO - HAWAI INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.
AUTUANTE - WILSON APARECIDO OLIVEIRA BASTOS
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET - 29.03.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0040-04/11

EMENTA: ICMS. 1. DME. OMISSÃO DE DADOS. MULTA. **2.** ARBITRAMENTO. PRÁTICA DE SONEGAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. As diferenças apontadas decorrem de valores contidos no relatório do SINTEGRA, que não constitui prova suficiente de ocorrências efetivas das operações. Falta de adoção de procedimentos legais que precedem o arbitramento do imposto mediante lavratura de Auto de Infração. Incerteza na constituição da base de cálculo com fundamento nos valores contidos no relatório SINTEGRA. Preterição do direito de defesa do contribuinte por não fornecer ao recorrente os documentos fiscais que dão suporte ao lançamento e falta de obediência ao devido processo legal conduzem a nulidade do lançamento de ofício. Indeferido o pedido de realização de diligência fiscal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/03/10, exige ICMS no valor de R\$42.291,72, acrescido de multa de 100%, além da aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$5.190,48 relativo às seguintes infrações:

01. Omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas informações Econômico-Fiscais apresentadas através de DME, tendo sido aplicada multa - R\$5.190,48.
02. 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 - R\$42.291,72.

O autuado na defesa apresentada (fls. 34/47), inicialmente discorre sobre as infrações e afirma que em que pese o esforço e dedicação do autuante não houve as infrações imputadas.

Comenta os fundamentos jurídicos da obrigação de pagar tributos, necessidade de identificar a hipótese de incidência com base em elementos: Pessoal, material, espacial e temporal.

Alega que sem que todos estes elementos tenham sido verificados, é impossível nascer o dever de pagar tributos nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN).

Ressalta que o procedimento administrativo deve obedecer aos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada configurando conteúdo material da norma legal, conforme preconiza o professor Alberto Xavier. Tece comentários sobre o imposto incidente sobre as operações de circulação de mercadorias, normatizado pela Lei Complementar 87/96 e afirma que cumpre dessa forma “demonstrar que são totalmente inverossímeis os fatos elencados pela Autuante no Auto de Infração que ora se combate”.

Discorre sobre a presunção da ocorrência de fato gerador do ICMS (art. 2º, §3º do RICMS/BA), salientando que a mesma admite prova em contrário. Indaga se o legislador ordinário pode utilizar presunções, ficções e indícios como regras jurídicas de obediência ilimitada, entende que

não, face às necessidades de que as regras devem estar amparadas por princípios fundamentais da estrita legalidade e tipicidade, não podendo o legislador ultrapassar este limite.

Discorre sobre prova processual e jurisprudência do CONSEF que “apurado no mesmo exercício omissão de saídas e omissão de entradas lança-se apenas a infração de maior valor”.

Transcreve texto de autoria de doutrinadores acerca da prova, ônus da prova, princípio da verdade material prevalente no processo administrativo, presunções tributárias, princípio da inquisitorialidade para reforçar o seu posicionamento de que o Fisco não pode criar presunções absolutas ou relativas que invertam o ônus da prova, exigir prova negativa ou prova reversa.

Afirma que o “autuante tomou como base para arbitramento os valores constantes das notas fiscais relacionadas pelo SINTEGRA, sem contudo, ter diligenciado nos respectivos emitentes das notas para instruir o PAF e possibilitar o exercício do direito de defesa, pois a autuada nega a aquisição das mercadorias constantes das notas fiscais relacionadas no SINTEGRA”.

Argumenta que não havendo indícios concretos de ocorrência de fato gerador o lançamento deve ser desconstituído, nos termos do art. 333 do CPC.

Discorre sobre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, cita parte de texto de doutrinadores para reforçar o posicionamento de que a administração pública deve revisar os seus atos ilegais ou inconstitucionais independente de recursos judiciais.

Ressalta que no processo administrativo fiscal deve prevalecer o princípio da verdade material, possibilidade de converter o processo em diligência para conhecer os verdadeiros fatos envolvidos no processo. Requer a realização de diligência para carrear provas ao processo ou declarar a improcedência do lançamento.

O autuante presta informação fiscal (fls. 52/53), discorre sobre a defesa e diz que os relatórios do SINTEGRA gozam de presunção de veracidade que corresponde a declarações de terceiros passados por meio magnético, de natureza declaratória que entende constituir prova documental.

Ressalta que o mesmo sistema que emite notas fiscais gera o arquivo SINTEGRA, não havendo diferença entre a informação do arquivo magnético e a constante na nota fiscal emitida contra o destinatário. Entende que o Fisco leva em consideração o princípio da boa-fé por parte do fornecedor do arquivo e se o destinatário não reconhece as operações informadas pelo emitente das notas fiscais, “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 gozam os documentos declaratórios do SINTEGRA”. Requer a procedência do Auto de Infração.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal tendo o mesmo se manifestado às fls. 58/62. Preliminarmente diz que a defesa se reporta à infração 2, mas como ambas as infrações estão suportadas com base nos arquivos do SINTEGRA, a mesma deve ser extensiva também à infração 1.

Em seguida fez uma síntese dos fatos, defesa, informação fiscal e reitera os termos da defesa.

VOTO

Apreciando as colocações da defesa, inicialmente nego provimento ao pedido de diligência requerida, com base no art. 147, I, “a”, do RPAF/99 (Dec nº 7.629/99) tendo em vista meu convencimento sobre a presente lide.

O Auto de Infração trata da aplicação de multa em decorrência da constatação de omissão de entrada de mercadorias nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME e exige ICMS relativo a apuração do imposto por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude de falta de apresentação ao Fisco de documentação fiscal e contábil.

Observo que ambas as infrações decorrem de valores contidos no relatório SINTEGRA que não foram informados na DME.

Com relação à multa aplicada, no demonstrativo às fls. 17 e 27 foi comparado o valor total de aquisições de mercadorias contidos no relatório SINTEGRA com o total de compras informadas na DME e aplicado multa sobre o valor da diferença apurada.

Relativamente ao imposto exigido mediante arbitramento da base de cálculo, foi considerado o montante das compras contido no relatório SINTEGRA, adicionado a MVA para apurar a base de cálculo e do valor do imposto arbitrado foi deduzido o total de créditos consignado no mencionado relatório e o valor do imposto recolhido no período.

Na defesa apresentada o autuado argumentou que para a aplicação da multa e apuração do imposto foram utilizados os valores constantes das notas fiscais relacionadas pelo SINTEGRA, sem que as mesmas fossem apresentadas para instruir o PAF e possibilitar o exercício do direito de defesa. Negou a aquisição das mercadorias relacionadas no mencionado relatório.

O autuante contestou dizendo que os relatórios do SINTEGRA gozam de presunção de veracidade, com base em declarações de terceiros e que se o destinatário não reconhece as operações informadas, caberia a ele comprovar a falsidade ou fraude documental destes documentos.

Quanto à presunção de veracidade das operações de aquisição de mercadorias com base no relatório SINTEGRA, saliento que o ICMS é um imposto que incide sobre a circulação de mercadorias. Para que configure a ocorrência do fato gerador do imposto e surgimento da obrigação tributária faz-se necessário a comprovação da realização de uma operação mercantil.

A relação de dados contidos na relação de notas fiscais registradas no SINTEGRA, obtidos por meio de declaração dos fornecedores (fontes externas) servem como indícios de ocorrência de entradas no estabelecimento destinatário e diante da falta de escrituração destas, torna-se imprescindível a apresentação do documento fiscal, com o apoio em outros elementos probantes, para atestar a ocorrência da operação mercantil. Mesmo porque, sem acostar ao processo as cópias das notas fiscais constantes do relatório SINTEGRA emitidas contra o destinatário, o mesmo fica impossibilitado de se manifestar sobre elas para exercer o seu direito de defesa.

Ressalto ainda que o demonstrativo de notas fiscais do SINTEGRA relaciona apenas o número da nota fiscal, CFOP, dados cadastrais do fornecedor e valor da operação. Estes dados são insuficientes para se determinar com segurança o sujeito passivo da obrigação tributária, visto que não se sabe qual mercadoria foi comercializada, destinatário, quantidade, transportador, qual o responsável pelo pagamento do frete, etc.

Saliento que a mesma apreciação não ocorre com relação às notas fiscais coletadas no sistema de Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito (CFAMT), tendo em vista que as notas fiscais são recolhidas no momento que acobertam o transporte de mercadorias em trânsito pelo território deste Estado. Logo, trata-se de operações efetivas de circulação de mercadorias.

Também, constato que pela relação do SINTEGRA juntada às fls. 18/19 e 28 se trata de notas fiscais emitidas por diversos fornecedores e seria contraproducente realizar diligência para carrear ao processo cópias de todas as notas fiscais para que o impugnante diante delas pudesse exercer o seu direito de defesa. Tal procedimento pode ser feito mediante renovação da ação fiscal determinada pela autoridade fazendária.

Pelo exposto, na situação presente considero inseguro o lançamento de ofício, tanto em relação à primeira como na segunda infração, por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

Além disso, com relação à segunda infração verifico que conforme intimações às fls. 6/8 e declaração do impugnante à fl. 9, não foram apresentados livros e documentos fiscais à fiscalização, sob alegação de extravio, o que constituiu motivação de apuração do ICMS mediante adoção do arbitramento da base de cálculo. Entretanto, compulsando os autos não identifiquei juntada de Termo de Fiscalização que deveria ter sido lavrado precedido do Auto de Infração,

circunstanciando a ocorrência e transcrito no livro próprio, com indicação de outros elementos em conformidade com o art. 939 e §Único do RICMS/BA, abaixo transcrito:

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 transcrito, 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 conterà, 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.

Pelo exposto, além da incerteza na constituição da base de cálculo com fundamento nos valores contidos no relatório SINTEGRA, preterição do direito de defesa do contribuinte por não fornecer ao recorrente os documentos fiscais que dão suporte ao lançamento, constato também, que não foi obedecido o devido processo legal para apurar o ICMS mediante arbitramento da base de cálculo na infração 2.

Assim sendo, de ofício em conformidade com o art. 20 do RPAF/BA, voto pela NULIDADE do Auto de Infração e recomendo à autoridade fazendária mandar renovar o procedimento fiscal a salvo de equívocos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração n.º **233014.0155/09-2** lavrado contra **HAWAI INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.**

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

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

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR