

A. I. Nº - 088568.0072/10-1
AUTUADO - FERREIRA & PRADO LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO CESAR COSTA SOUZA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 29.03.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0048-04/11

EMENTA: ICMS. 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 comprovada a alegação de não aquisição das mercadorias. Não acatado o pedido de aplicação de proporcionalidade face à ausência de dados e elementos que possibilitem a sua adoção. Infração mantida. Rejeitadas as nulidades da intimação e da autuação. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/06/10, exige ICMS no valor de R\$278.626,35, acrescido da multa de 70%, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de entradas de mercadorias não registradas (2006/2007). Consta, na descrição dos fatos, que os sócios e contador da empresa não foram localizados, inclusive por AR e Edital, tendo o levantamento sido feito com base nas notas fiscais capturadas pelo CFAMT, juntadas ao processo, não tendo apresentado movimentação financeira, conforme DMAs anexas, referente ao período fiscalizado, ficando comprovada a comercialização dos referidos produtos sem o efetivo recolhimento do tributo devido.

O autuado apresenta defesa, (fls. 400 a 407), onde esclarece que exerce atividade econômica de comércio atacadista e, por meio de seus procuradores, expõe suas razões de impugnação. Descreve a infração, motivo do lançamento inclusive da não localização dos sócios e contador.

Preliminarmente alega não ter sido corretamente cientificado do Auto de Infração, tendo em vista que o AR anexado ao PAF, não comprova recebimento por parte dos sócios da empresa, sendo “desconhecido até a presente data, em virtude tanto da ausência física dos representantes da empresa na cidade, diante da necessidade de deslocamentos profissionais constantes, quanto da falta de comunicação por parte da pessoa que o recebeu e não deu a devida importância ao fato”.

Diante de tal alegação, requer prorrogação do prazo para apresentação de defesa, nos termos dos artigos 108 e 109 do RPAF/BA por entender que a intimação devia ser feita pessoalmente e a pessoa que “recebeu e assinou a notificação não se qualifica em nenhuma das hipóteses previstas”.

Ressalta que o levantamento fiscal foi feito com base em notas fiscais arrecadadas em Postos Fiscais, “fugindo da definida presunção legal prevista no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96”.

Entende que não há presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, situação que se inverteria o ônus da prova para demonstrar sua improcedência, cabendo ao autuante trazer aos autos todos os elementos necessários para provar a acusação.

Discorre sobre o conceito de prova, convencimento do julgador, verdade real do fato específico, citando o entendimento do professor Fredie Didier Jr., acerca da dificuldade da apuração da “verdade real”, mas persistindo sempre o alcance da verdade mais próxima da ocorrida.

Argumenta que deve ser considerado que não é obrigado a produzir prova contra si, se auto-incriminando, nos termos do art. 5º da Constituição Federal: direito à ampla defesa, da presunção da inocência e de permanecer calado, bem como o direito constitucional a ser presumido inocente, caso não sejam apresentadas provas consistentes a exemplo da comprovação da entrega e do aceite da respectiva duplicata, se for o caso.

Afirma que as vias das notas fiscais coletadas no trânsito não significam que tenha adquirido os produtos nela indicados para que possam ser consideradas como compras realizadas.

Comenta que é comum a utilização de dados cadastrais de contribuinte regularmente inscrito para fazer chegar mercadorias às mãos de terceiros e que cabe ao autuante provar as aquisições.

Argumenta que muitas das notas fiscais anexadas ao processo são totalmente ilegíveis, impossibilitando a identificação dos produtos e do seu destinatário, o que dificulta o direito de defesa, inclusive se são sujeitos à isenção, redução da base de cálculo, ou sujeitos ao regime de substituição tributária, a exemplos de cópias de notas fiscais juntadas com a defesa.

Pondera que é inconcebível a não aplicação da Instrução Normativa (IN) nº 56/07, por parte do autuante para apuração da base de cálculo dos valores levantados, conforme transcreveu à fl. 404, maculando de vícios o processo em questão, o que exige sua revisão.

Diz que não tendo a fiscalização feito qualquer menção à referida IN, nem registrado a possibilidade ou impossibilidade da aplicação da proporcionalidade, caracteriza vício de forma o que torna ilegítima a inscrição do crédito tributário em Certidão de Dívida Ativa, pois carece dos requisitos legalmente cobrados diante da inexatidão do valor do débito. Requer a nulidade do lançamento nos termos do art. 18, IV, “a” e §1º do RPAF/BA.

No mérito, afirma que apesar de muitas notas fiscais ilegíveis, identificou algumas mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária com ICMS retido pelo fornecedor, o que encerra a fase de tributação. Alega que tendo o imposto sido pago na origem é “ilegal, portanto, realização de idêntica cobrança sobre fatos que já produziram todos os seus efeitos”, relativo a estas operações. Ressalta ainda, que o autuante não observou aspectos relativos à isenção e à redução da base de cálculo de alguns produtos, conforme disposto no artigo 87 do RICMS/BA, a exemplo do arroz, produto que tem redução da base de cálculo em 100%.

Salienta que o levantamento fiscal carece de elementos suficientes para se determinar, com segurança o montante do débito tributário e deve ser declarada sua nulidade de ofício nos termos do art. 18, IV, “a” e §1º do RPAF/BA.

Requer que seja observado o disposto no § 1º do art. 18 do RPAF/BA, na hipótese de novos elementos serem trazidos ao processo; nulidade da intimação e do Auto de Infração de acordo com as razões expostas e caso não aceite, a revisão do lançamento para que sejam excluídas as operações sujeitas ao regime de substituição tributária. Requer ainda o julgamento pela improcedência do Auto de Infração.

O autuante discorre sobre a infração e argumentos defensivos, passando a contestar.

Informa preliminarmente que a empresa exercia atividade de comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, com provável encerramento a partir de 06/06/2007, conforme edital nº15/2007, quando cancelou sua inscrição estadual do Cadastro de Contribuintes do Estado.

Por meio de edital, foram intimados os sócios, o contador e a empresa conforme documentos juntados às fls. 7 a 14 e diante da ausência de livros, documentos, arquivos magnéticos e Declaração de Apuração Mensal do ICMS (DMA's), entregues sem movimentação econômica, ou seja, zeradas (fls. 15 a 30) realizou os trabalhos de fiscalização, exclusivamente com base em notas fiscais retidas nos postos fiscais do Estado da Bahia (fls. 45 a 61) e vias originais (fls. 62 a 391).

Ressalta que não existe recolhimento de ICMS relativo ao período fiscalizado e que os valores cobrados se referem exclusivamente a omissão de saídas, sem agregação de lucro, considerando

que os produtos foram comercializados sem emissão de documento fiscal e provavelmente adquirido com os recursos provenientes de receitas omitidas.

Com relação ao pedido de aplicação da proporcionalidade prevista na IN 56/07, afirma que está impedido de fazê-lo em virtude da ausência de livros fiscais, arquivos magnéticos, e outros documentos que serviriam de prova das operações mercantis que o contribuinte realizou. Ressalta que a referida IN determina que para sua aplicação é exigido que o contribuinte autuado prove por meio de dados e informações as operações mercantis que costumeiramente realiza, fato que não ocorreu.

Afirma que no trabalho realizado, que resultou na lavratura do Auto de Infração, restou comprovado com base nas planilhas, intimações, edital publicado no Diário Oficial, que foi tentado de todas as formas obter a documentação fiscal para realização da fiscalização e que o contribuinte não demonstrou qualquer interesse em atender às intimações.

Destaca que em consulta aos sistemas da SEFAZ, constatou a existência de débitos tributários ajuizados que se aproximam de R\$1.000.000,00 referente a não recolhimento do ICMS. Requer o julgamento pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Preliminarmente aprecio o pedido de nulidade da ciência do Auto de Infração, sob alegação de que os sócios da empresa não foram corretamente cientificados. Verifico que conforme edital de publicação no Diário Oficial de 5/1/10 (fl. 7), a empresa foi intimada para apresentar livros e documentos fiscais relativos aos exercícios de 2006/2007, num prazo de dez dias por não ter sido encontrada em funcionamento. Tal procedimento foi precedido de intimações por meio dos Correios através de Aviso de Recebimento encaminhado à empresa e sócios, conforme documentos acostados às fls. 9 a 14. Após a lavratura do Auto de Infração o proprietário do imóvel onde funcionava a empresa declarou que a mesma não funcionava mais no local (fl. 395) e cientificada a filha de um dos sócios conforme documento à fl. 397, a empresa apresentou defesa às fls. 400/407 por meio de advogados legalmente constituídos pela sócia Maria Valdina Alves Prado de acordo com procuração à fl. 408.

Pelo exposto, é correta a afirmação contida na defesa de que a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de exigência fiscal deve ser feita pessoalmente. Na situação presente restou comprovado que a filha de um dos sócios compareceu à repartição fazendária e mediante aposição de data e assinatura na condição de representante tomou ciência da autuação o que culminou em apresentação de defesa tempestiva. Portanto, considero que a intimação atingiu o objetivo de cientificar o sujeito passivo acerca da exigência fiscal.

Quanto ao pedido de nulidade sob o argumento de que o Auto de Infração encontra-se eivado de vícios, observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos, com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os artigos 38 a 41 do RPAF/BA (Dec. 7.629/99). O contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado e não vislumbro inobservâncias formais que conduzam à sua nulidade nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, motivo pelo qual rejeito o pedido de nulidade formulado. Com relação aos argumentos relativos a provas, presunção, apuração da base de cálculo, observo que constituem fundamentos de mérito que serão apreciados a seguir.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de entradas de mercadorias não registradas.

Com relação ao argumento defensivo de que a exigência fiscal foi feita com base em notas fiscais coletadas em postos fiscais e não constitui presunção, verifico que ao contrário do que foi afirmado, consta na descrição dos fatos que a empresa não foi localizada, inclusive por AR e Edital. Considerando que no período fiscalizado (2006/2007) foram coletadas notas fiscais no trânsito de

mercadorias e as DMAs apresentadas (fls. 15/30) indicam ausência de registro de entrada de mercadorias, o ICMS foi exigido a título de presunção conforme enquadramento indicado no art. 2º, §3º, IV do RICMS/BA (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96). Portanto, o imposto exigido decorre da presunção de omissão de saídas utilizadas no pagamento da aquisição das mercadorias que foram adquiridas e não registradas pelo autuado. Caberia a ele provar a improcedência da presunção trazendo aos autos todos os elementos probatórios do registro regular da aquisição das mercadorias objeto da autuação consignadas nas notas fiscais anexadas ao processo, o que não foi feito.

Quanto à alegação defensiva de que as vias das notas fiscais coletadas no trânsito não comprovam a realização das operações de compras e possível utilização de dados cadastrais do contribuinte, não pode ser acatada tendo em vista que as mesmas foram coletadas no trânsito de mercadorias (CFAMT), as mercadorias são correlatas com sua atividade econômica, indicação de pedidos nas quais constam dados do contribuinte, com indicação de transportadores, tipo de cobrança (cheque ou banco), duplicatas. Não tendo o autuado trazido ao processo nenhuma prova de que os citados documentos coletados no trânsito de mercadorias sejam falsos, fica caracterizada a infração, não cabendo ao Fisco obter outras provas, e não pode ser acatada a alegação de que não efetuou as compras das mercadorias relacionadas nas citadas notas fiscais.

Observo ainda, que alguns fornecedores estão situados no próprio Estado (fls. 65; 229/233) e o autuado não apresentou qualquer elemento consistente que comprovasse a inidoneidade das notas fiscais objeto da autuação. Observo que o próprio autuado juntou cópia de parte de notas fiscais com a defesa argumentando que se trata de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o que subentende-se, admite a realização das compras das mercadorias.

Relativamente ao argumento de que parte das mercadorias está contemplada com isenção, redução da base de cálculo ou sujeita ao regime de substituição tributária e deveria ser aplicada a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa (IN) nº 56/07, observo que, conforme ressaltado pelo autuante, tal procedimento deve ser adotado quando o contribuinte fizer prova por meio de dados e informações das operações mercantis que costumeiramente realiza.

Na situação presente, conforme anteriormente relatado, o autuante levantou a base de cálculo de acordo com os valores constantes das notas fiscais coletadas no trânsito de mercadorias relativas ao impugnante, o contribuinte apresentou DMAs com indicação de ausência de movimentação econômica, bem como, não atendeu a intimação para apresentar livros e documentos fiscais. Diante de tais circunstâncias, o autuante fundamentou a exigência fiscal com base na presunção de que foram utilizadas receitas de vendas anteriores não registradas no pagamento das aquisições. Apesar da evidência de que parte das mercadorias adquiridas teve o ICMS pago por antecipação (fls. 420/427) considero que não existem informações consolidadas quer seja nas DMAs ou livros fiscais (não foram apresentados), nem demonstrativos juntados com a defesa que possibilitem o cálculo da proporcionalidade prevista regularmente. Não vejo possibilidade também de fazer tal aplicação mediante realização de diligência, tendo em vista a ausência de livros fiscais (Entrada, Saída, Apuração), arquivos magnéticos ou dados de movimentação econômica nas DMAs apresentadas com indicação de movimentação zero. Por isso, nesta situação específica, não acato o pedido de aplicação da proporcionalidade prevista na IN 56/07.

Convém ressaltar que a exigência do ICMS por meio de presunção na situação presente reporta-se a receitas utilizadas no pagamento de compras não registradas (art. 4º, §4º da Lei 7.014/96) e não das mercadorias efetivamente adquiridas, algumas delas enquadradas no regime de substituição tributária, isentas ou sujeitas à redução da base de cálculo.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **088568.0072/10-1**, lavrado contra

FERREIRA & PRADO LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$278.626,35**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR