

A. I. N.º - 140844.003/10-1
AUTUADO - RITA DE CÁSSIA RODRIGUES SOUZA
AUTUANTE - NEY SILVA BASTOS
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
INTERNET - 17.08.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0217-02/11

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. 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. Entregue ao autuado todos os demonstrativos e parte dos documentos alvo da imputação. Excluídos da exigência os documentos fiscais não entregues ao autuado. Infração parcialmente subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE SAÍDAS. Infração não impugnada. 3. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Infração não impugnada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Infração caracterizada. 5. LIVROS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Infração caracterizada. 6. COMPROVANTES DE OPERAÇÕES CONTABILIZADAS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Infração caracterizada. Não acolhidas às arguições de nulidade e pedido de diligência. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/2010, foram imputadas aos ao sujeito passivo as infrações que seguem:

Infração 01 – omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas. ICMS no valor de R\$13.387,46. Multa de 70%;

Infração 02 – omissão de saídas de mercadorias decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. ICMS no valor de R\$660,11, multa de 70%;

Infração 03 – deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributadas como não tributadas, regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$21.910,09. Multa de 60%;

Infração 04 – deixou de apresentar documentos fiscais quando regularmente intimado. Multa de R\$460,00;

Infração 05 – deixou de apresentar livros fiscais quando regularmente intimado. Multa de R\$460,00;

Infração 06 – deixou de apresentar comprovantes das operações ou prestações contabilizadas quando intimado. Multa de R\$460,00.

O autuado apresenta defesa, às fls. 64 a 83 dos autos, aduzindo que o Processo Administrativo Fiscal se encontra na INFAZ-Serrinha, e considerando que a Defesa se dirige ao Conselho de Fazenda Estadual, a quem compete apreciar a matéria, e que a entrega na Repartição do domicílio tributário do Requerente importará em perda do prazo para interposição da defesa, vem requerer, desde logo, com base no RPAF/99, que seja recebida pelo CONSEF a presente defesa, solicitando-se juntada ao referido Processo Administrativo Fiscal.

Alega cerceamento de defesa, tendo em vista que desconhece *a aquisição de tais mercadorias* “E o pior ao ser intimado novamente a oferecer impugnação, não lhe foi fornecida a referida documentação, como, aliás, está descrito da própria intimação, vejamos: “Anexos: Cópia do Auto de Infração. Demonstrativos de Débitos e relatório auditoria em documentos e lançamentos fiscais (fls. 01 a 05, 08 a 10 do P.A.F.)”.

Assegura que não se pode dizer sequer que tais elementos constam como prova do Auto de Infração, pois o que se pode afirmar é que o PAF tem no máximo 10 folhas.

Alinha exigir o RPAF/99 que o Auto de Infração seja integrado como toda a documentação existente, a prova da infração, conforme art. 41, II.

Argui que, além do mais, foram obtidos elementos estranhos à documentação fiscal em poder do contribuinte, o Autuante não poderia deixar de fornecer tais documentos juntamente com as cópias do auto e demonstrativos, sob pena de que o prazo de 30 dias para defesa já se reduza, sem que o Autuado tenha acesso a tais documentos, não sendo de efetivos 30 dias como assegura a legislação estadual.

Reproduz o art. 18, II do RPAF, efetuando a sua transcrição.

Afirma que o Auto de Infração deve conter todos os elementos de prova que o Autuado desconhece existir, pois se demonstrou que o mesmo tem 10 folhas, como descreve a intimação, sem que lhe tenham sido fornecidos todos os elementos capazes de elaborar a sua defesa e gozar integralmente do prazo de 30 dias, cerceando direito constitucional à ampla defesa.

Argumenta que o Autuante considerou as notas fiscais relacionadas no lançamento fiscal como suposta “omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas”, no entanto, não procedeu a qualquer levantamento, a não ser a conferência das vias destinadas ao Fisco com as notas informada lançadas nos documentos fiscais, presumindo que tais operações tinham sido realizadas pelo Autuado.

Destaca que o Autuante indicou como local da lavratura do Auto a repartição fiscal.

Alinha que o § 2º do art. 962 do RICMS/96 e do RICMS/97 dispõem que “o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator ou em outro local onde se tenha verificado ou apurado a infração”, mas a sua indicação leva à conclusão *errônea por parte do julgador, pois este poderá entender que os levantamentos indispensáveis para a lavratura do Auto de Infração teriam sido efetivados*.

Conclui que a ação fiscal se resumiu em verificar os dados lançados, sem adotar procedimentos imprescindíveis para comprovação da entrada das mercadorias.

Argumenta que o art. 42, II, indica a multa de 70% sobre o valor da mercadoria *que tenha entrado* no estabelecimento quando não contabilizado e o autuante ao examinar apenas os levantamentos do PAF verificou apenas que não houve a contabilização nos livros fiscais, mas este indício, por si só, não basta para configurar o contribuinte como autor da infração.

Entende necessário que se comprove *a efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento do Autuado*, o que não poderia fazer, uma vez que a empresa nunca realizou tais operações.

Deixa claro que nenhuma das notas fiscais anexadas ao PAF foi encontrada em seu poder, conforme já mencionado e que o Auto de Infração foi lavrado na repartição fiscal. Conclui, assim, ser imperativa a necessidade de se ter verificado a entrada ou não de tais mercadorias no

estabelecimento, para se ter infringido os dispositivos aludidos.

Afirma que o Autor é terceiro de boa-fé, presunção esta conferida pela Constituição de 1988, só a má-fé é que deve ser objeto de prova cabal.

Entende que a fraude não se presume, deve resultar de quaisquer provas admissíveis pelo Diploma Processual Civil (art. 332 do CPC) que se aplica subsidiariamente ao Processo Administrativo Fiscal (art. 115 RPAF/81).

Apresenta doutrina de Ives Granda da Silva Martins, “In Caderno de Pesquisa Tributária”, vol. 12, págs 50 e 51, em resposta à questão.

“Em face do art. 142 do CTN, aplica-se ao lançamento a denominada presunção de legitimidade do ato administrativo que atribui o ônus da prova ao administrado?”

Responde:

“Se cabe privativamente à autoridade administrativa determinar a matéria tributável é esta indelegável. Não pode ser transferida, podendo o contribuinte negar-se a ofertar prova que caiba ao Fisco encontrar. Sendo de sua responsabilidade de determinação, à nitidez, não pode ser do sujeito passivo. O que é privativo, não é comun. E a presunção de legitimidade do ato administrativo não pode ser usada, para efeito de lançamento, sem o que fira o princípio do art. 142 do CTN”.

Prosseguindo com o aludido jurista cita: “o ônus da prova, a partir do advento do CTN é sempre e necessário de quem alega, ou seja, do sujeito ativo, único capaz para determinar a matéria tributável, intransferível ao sujeito passivo da respectiva obrigação”.

Argumenta que este Conselho sábia e, acertadamente, tem reiteradas vezes acatado a tese exposta a fim de coibir os abusos do fisco, vedando principalmente que sejam mantidos autos de infração lastreados em mera presunção fiscal, como pode ser verificar das decisões: *Resolução - nº JJF 2411/97; Resolução nº 1642/97; Resolução nº 0750/97*.

Consigna que o Autuante presumiu que as mercadorias descritas nas notas fiscais ingressaram no estabelecimento autuado, *sem juntar qualquer prova ou fundamentação*, como exige a legislação tributária pátria, referendada por este Egrégio Conselho nas decisões citadas. E, como se demonstrou até aqui, não poderia produzir tal prova, já que a empresa não realizou estas operações. Imperando-se, assim, a necessidade de perícia, por fiscal estranho ao feito, para que proceda a um levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, a fim de comprovar que não houve a entrada de tais mercadorias.

Argui que a Taxa SELIC é manifestamente ilegal e inconstitucional uma vez que fere os institutos do princípio da legalidade (art. 150, I, da CF), anterioridade (150, III, “b” da CF), anterioridade nonagesimal (art. 195, § 6º, da CF), da indelegabilidade de competência tributária (arts. 48, I, e 150, I, da CF) e da segurança jurídica (inserido em vários incisos do art. 5º da CF), passando a alinhar dispositivos legais e decisão do Superior Tribunal de Justiça, para amparar o seu entendimento.

Requer, por fim, o acolhimento da preliminar de cerceamento do direito de defesa, e no mérito, diante do princípio da eventualidade, a Autuada confiando na alta sensibilidade e no espírito elevado dos senhores julgadores, no mérito seja julgado IMPROCEDENTE a ação fiscal.

Consta, às fls. 93, despacho do Inspetor Fazendário para que seja fornecido ao autuado cópias dos documentos, às fls. 11 a 58, e devolver ao autuado o prazo de 30 dias para defesa.

Consta, à fl. 94, intimação ao autuado, conforme indicado pelo inspetor, recebida pelo mesmo conforme sua manifestação indica à fl. 96.

O autuado, cumprindo o prazo de defesa determinado, apresenta nova manifestação, destacando, inicialmente que está a se manifestar tendo em vista a juntada de documentos às fls. 11 a 58 dos autos, passando a reproduzir os mesmos termos da impugnação original, às fls. 64 a 83 dos autos.

Cabe destacar que nessa ultima manifestação o autuado não mais faz em seu pedido, à fl. 114, menção a falta de entrada das notas fiscais, visto que se incluem entre documentos a ele entregues às fls. 11 a 58 dos autos.

O autuante, às fls. 118 e 119 dos autos, que intimada a autuada não apresentou toda a documentação solicitada, não sendo entregues todos os livros fiscais, os talonários das notas fiscais de saídas de mercadorias e os comprovantes de pagamentos e recebimentos, inclusive os empréstimos efetuados, tendo sido constituído os créditos tributários com base nas informações prestadas pela autuada nas DMAS e nas informações do CFAMT e SINTEGRA, não sendo possível ser aplicada a norma do arbitramento em face de não existir as informações do valor do inventário das mercadorias tributadas existentes no dia 30 de junho de 2007, tendo sido aplicadas as multas previstas no RICMS vigente.

Destaca que a empresa autuada tem como titular, segundo informações dos seus funcionários, a esposa ou companheira do Sr. José Iranildo, empresário objeto da recente ação policial-fiscal desencadeada recentemente na região de Tucano, daí, talvez a razão da falta de entrega de toda a documentação solicitada.

Afirma que a autuada não mais funciona no local desde 2010, estando em processo de BAIXA, sendo por esse motivo a falta de entrega do material objeto da auditoria realizada, sendo entregue à Coordenação Administrativa para envio pelos Correios.

Afirma que se analisada a peça da “Defesa” apresentada, verifica-se que, não tendo objetivamente nada a impugnar, o seu advogado limita-se a discorrer sobre a “3. IMPROPRIEDADE DE APLICAÇÃO TAXA SELIC COMO ÍNDICE PARA ACRÉSCIMO MORATÓRIO NAS INFRAÇÕES.”, em 14 das 19 folhas, apresentada na defesa, tática esta por demais conhecida, utilizada pelo Defensor, na tentativa de invalidar a ação fiscal dos seus clientes, fato este que por si só já demonstra o objetivo de desviar a atenção da gravidade da ação dos seus clientes.

Quanto à alegação do cerceamento do direito de defesa, sob a alegação da falta de entrega dos demonstrativos, afirma que não procede em face de ter sido entregue pela Infaz os documentos necessários para a autuada ter conhecimento dos fatos que levaram à constituição do Crédito Tributário.

Consigna que, diante da apresentação da DEFESA, sem a devida prova e consistência, infringindo o art. 123 do RPAF/BA, é pela a manutenção da ação fiscal.

VOTO

O presente lançamento de ofício traz 06 infrações por descumprimento de obrigação acessória e principal, já devidamente relatadas.

Verifico, preliminarmente, que em relação à alegação do cerceamento do direito de defesa, por falta de provas das aquisições, tendo em vista a alegação da falta de entrega dos demonstrativos e respectivos documentos fiscais que embasam a autuação, não procede em parte, face ter sido entregue parcialmente pela Infaz os documentos necessários conforme consta, às fls. 93, despacho do Inspetor Fazendário para que sejam fornecidos ao autuado cópias dos documentos, às fls. 11 a 58, e devolver ao autuado o prazo de 30 dias para defesa, atendido à fl. 94, com intimação ao autuado, conforme indicado pelo inspetor, confirmado o recebimento pelo autuado em sua manifestação à fl. 96. Ocorre que as notas fiscais números 3503, 23007 e 794 não foram entregues ao autuado, cabendo a sua exclusão da presente exigência. Assim, não se ajustam as decisões desse CONSEF, trazidas pelo autuante, bem como, no presente caso, não se faz necessário um levantamento de estoque para a aludida presunção constante da infração 01. Diante do exposto, não acolho os argumentos de nulidade alinhados na defesa.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de

técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas, visto que foram entregues ao autuado, conforme acima alinhado, todos os demonstrativos e documentos fiscais necessários e os que não foram entregues serão excluídos, além do fato de que a identificação de entrada de mercadorias não contabilizadas, poder ser apurada através das notas fiscais levantadas pelo autuante, dede que efetivamente não contabilizadas, independente da necessidade de se efetuar o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias para caracterizar a presunção de omissão de saída consignada no art. 4º. § 4º da Lei 7014/96, conforme entende o autuado ser a única forma de demonstrar as omissões de saídas em questão.

Quanto à infração 01, cabe consignar que, no presente caso, estamos diante de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil. As presunções podem ser absolutas, que não admitem prova contrária ou as relativas, consideradas verdadeiras até prova adversa. O fato presumido é tido como verdadeiro até que a ele se opuser a prova em contrário.

Estamos, portanto, na infração sob análise, tratando de uma presunção legal relativa, prevista pelo §4º do art. 4º da Lei 7014/96.

O Auto de Infração está amparado no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, “o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos de 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” (grifo nosso). O autuante trouxe aos autos cópias de notas fiscais colhidas no CEFAMT ou primeiras vias, constando o adquirente como destinatário das mercadorias nelas indicadas, não contabilizadas pelo autuado, fato suficiente para determinar a presunção acima alinhada, cabendo ao impugnante o ônus da prova, o que efetivamente não ocorreu.

É importante destacar o relato do autuante, ao justificar o procedimento fiscal adotado ao afirmar que: “a empresa autuada tem como titular, segundo informações dos seus funcionários, a esposa ou companheira do Sr. José Iranildo, empresário objeto da recente ação policial-fiscal desencadeada recentemente na região de Tucano, daí, talvez a razão da falta de entrega de toda a documentação solicitada.”, bem como o fato de a autuada não mais funcionar no local desde 2010, estando em processo de baixa, sendo por esse motivo a falta de entrega do material objeto da auditoria realizada, sendo entregue à Coordenação Administrativa para envio pelos Correios.

Verifico que, apesar de questionado pelo autuante e solicitada a entrega dos documentos fiscais pelo Inspetor Fazendário, as notas fiscais números 3503, com o imposto exigido no valor de R\$1.502,37, data de 02/01/07, nota número 23007 no valor de R\$209,44 datada de 18/04/07 e nota número 794 datada de 25/05/07, no valor de R\$1.697,27, não foram entregues ao autuado, visto não se encontrarem relacionadas entres os documentos às fls. 11 a 58 dos autos, cabendo as suas exclusões da presente exigência fiscal.

A infração 01, contudo, remanesce após tais exclusões, conforme segue Demonstrativo de Débito, ajustado com base no demonstrativo à fl. 08 dos autos:

NOTAS FISCAIS	DATA OCORRÊNCIA	VALOR ICMS DEVIDO
102.015	31/05/07	453,39
102198, 418 e 419+frete	30/06/2007	9.524,99
TOTAL DA INFRAÇÃO 01		9.978,38

Assim, ficou caracterizada a falta de contabilização de entradas de mercadorias indicadas nas notas fiscais, acima relacionadas, que o sujeito passivo efetuou os pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Relativamente à taxa SELIC, não obstante as alegações defensivas, a mencionada taxa é prevista

no inciso II, do § 2º, do art. 102, da Lei nº 3.965/81 (COTEB), não cabendo a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

É importante destacar que, em consonância com o art. 39, §1º do RPAF/BA, o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração, cabendo observar que o § 2º do art. 962 foi revogado.

Com exceção da infração 01, considerada parcialmente procedente, as demais não foram alvo de impugnação específica que elidam tais exigências, razão pela qual as considero procedentes, tendo em vista que foram imputadas em concordância com a Legislação Tributária do Estado da Bahia.

Assim, voto pela **PROCÊDENCIA EM PARTE** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **140844.003/10-1**, lavrado contra **RITA DE CÁSSIA RODRIGUES SOUZA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$32.548,58**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$21.910,09 e de 70% sobre R\$10.638,49 previstas no art. 42, inciso II alíneas “a” e III da Lei nº 7.014/96, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.380,00** prevista no artigo 42, XX, do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de agosto de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADORA