

A. I. Nº - 206958.0047/09-0  
AUTUADO - SIRLEIA SANTOS SOUZA  
AUTUANT - LUCAS XAVIER PESSOA  
ORIGEM - INFAC ITABUNA  
INTERNET - 09. 09. 2011

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF Nº 0247-01/11**

**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. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 01/02/2010, exige ICMS, no valor de R\$ 303.868,25, mais multa de 70%, em decorrência de omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de janeiro a junho de 2006.

No campo descrição dos fatos, o autuante consignou: [...] *Ressalta-se que essas notas fiscais foram destacadas pela fiscalização dos postos fiscais baianos, no momento das respectivas entradas no Estado da Bahia, tendo sido inseridas no sistema Sefaz/Cfamt. Pela omissão referida, deixou a empresa de recolher o ICMS no valor de R\$ 303.868,25, à alíquota de 7%, conforme preceitua o Inc. XXXI do Art. 71 do Ricms-BA. Esclarecemos ainda que a empresa permaneceu por todo o exercício de 2006 como Microempresa 1, e que, em virtude da prática evidente de COMÉRCIO ATACADISTA, desde janeiro de 2006, incompatível com o regime do SIMBAHIA, conforme previsão do Art. 399-A, Inc. II, alínea k, item 2, cuja obrigatoriedade de comunicação era flagrante e imediata, conforme previsto no Art. 405-A, Inc. II, alíneas A e B, haja vista que também extrapolou o teto do SIMBAHIA logo em março/2006, a empresa foi tratada como NORMAL, para os fins da classificação das infrações, conforme prevê o Art. 406-A, Incs. I, IV e VI, que autorizavam a exclusão de ofício, combinados com o Art. 408-L, Inc. V, VIII e IX. Adita-se também que (desde a autuação anterior – AI 206958.0006/07-5 – refeito neste, por solicitação da Corregedoria em virtude da nulidade daquele declarada pelo Conseg): a) a empresa declarou por escrito não ter realizado quaisquer das operações mercantis indicadas neste AI; b) estranhou a natureza e a quantidade do produto comercializado evidenciados pelas notas fiscais anexadas; c) o nome fantasia, à época, era CASA DO CHARQUE, como informado no sistema Sefaz/INC; d) sua localização era no interior da Central de Abastecimento de Ilhéus, em local até hoje típico de comercialização do produto; e) o Histórico de Atividades Econômicas, o Relatório de Nfs do Cfamt e as vias originais das notas fiscais objeto desta autuação foram desentranhadas do citado Auto de Infração anterior (Proc. Sipro de nº 111865/2007-1) para constituírem prova neste Auto de Infração, já que se trata de um refazimento. [...]*

O autuado apresenta defesa (fls. 142 a 149) e, inicialmente, explica que o seu estabelecimento é um pequeno “box” localizado na feira livre de Ilhéus e que, por dificuldades financeiras, funcionou somente até dezembro de 2005. Assevera que jamais poderia negociar valores como os discriminados nas notas fiscais que embasaram a autuação. Frisa que, com operações da magnitude

das listadas no lançamento, não teria motivo para solicitar a alteração da atividade da empresa, o que destaca ter sido feito antes da notificação acerca do Auto de Infração.

Afirma que enviou correspondência para as empresas com as quais supostamente teria realizado operações, para questionar acerca das compras indicadas no lançamento, haja vista que somente funcionou no período de 2004 e 2005, bem como nunca manteve relações comerciais com aquelas empresas. Diz que somente uma apuração concreta, mediante um levantamento fiscal calcado na realidade, constituiria prova hábil das supostas operações. Discorda da autuação e invoca o seu direito de defesa.

Menciona que o presente lançamento está baseado no Auto de Infração nº 206958.0006/07-5, anteriormente lavrado e julgado nulo. Explica que, nesse Auto de Infração anterior, foi acusado de ter deixado de recolher ICMS decorrente de saídas não registradas, apuradas com base em levantamento quantitativo de estoques, conforme trecho do voto cujo teor transcreve. Diz que novamente lhe está sendo imputada a falta de recolhimento de ICMS decorrente de saídas de mercadorias tributáveis, porém apurada por meio de entradas não registradas. Afirma que o ato considerado com infração está descrito de forma errônea.

Suscita a nulidade do lançamento, pois entende que é ilegítima a lavratura do Auto de Infração, uma vez que considera que a imputação de conduta ilícita é um equívoco, que os dispositivos citados não possibilitam o entendimento do esposado na exação e que não há espaço para o apenamento pretendido. Enfatiza que a base de cálculo é fictícia e está fulcrada em arbitramento, sem lastro numa apuração do seu real montante. Cita o artigo 60 do RICMS-BA e, em seguida, diz que as notas fiscais em questão são elementos meramente indiciários de uma presunção de omissão de operações de saídas de mercadorias, porém não poderiam embasar o arbitramento de base de cálculo, diante do disposto no § 7º do artigo 938 do RICMS-BA, cujo teor transcreveu. Sustenta que não vulnerou os dispositivos legais citados na autuação. Faz alusão ao disposto no art. 5º, II, da Constituição Federal e diz que o Auto de Infração é nulo e ilegítimo.

Menciona que, nos termos do artigo 60 do RICMS-BA, a legislação estadual considera como presunção de omissão de saídas a “diferença apurada pelo fisco por meio de levantamento quantitativo de estoque, para efeitos de definição do valor unitário da mercadoria apurando-se omissão de saídas”. Explica que isso significa que o levantamento específico está condicionado à existência tanto de estoque anterior como de estoque final, o que diz não ter sido demonstrado neste lançamento. Destaca que não foi realizado um levantamento quantitativo de estoque para dar validade aos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração e, portanto, a autuação não possui qualquer valor legal. Diz que, da forma como foi realizada, a ação fiscal não confere certeza ao lançamento e não permite que o autuado chegue a um raciocínio lógico da infração que lhe foi imputada. Faz alusão aos princípios da moralidade, legalidade e eficiência dos atos da administração pública. Para embasar suas teses, transcreve trechos de livros jurídicos.

Após transcrever o disposto no art. 112, do Código Tributário Nacional (CTN), diz que não há como se deixar de aplicar ao caso em tela o princípio da “benigna amplianda”.

Discorre acerca do excesso de exação, transcreve doutrina e, mais adiante, registra que um órgão público não pode atuar ao arrepio da lei, impondo sanções que se convertam em abuso de autoridade e excesso de exação, sob pena de decretação da nulidade dos atos pelo Poder Judiciário.

Ao finalizar sua peça defensiva, o autuado solicita que o julgador oficie à Secretaria da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro para que as empresas emitentes das notas fiscais forneçam os comprovantes da entrega das mercadorias em tela ao autuado. Pede que seja o Auto de Infração julgado nulo ou insubsistente. Requer que seja a multa indicada na autuação tornada sem efeito, por inexistência da conduta imputada ao autuado.

Na informação fiscal (fls. 165-A e 166), o autuante inicialmente faz uma breve síntese do processo e, em seguida, afirma que os argumentos trazidos na defesa não procedem, pois carecem de provas.

Diz que o porte do estabelecimento não reflete a real capacidade de investimento dos sócios, especialmente porque o volume das compras sugere a existência de investidor oculto, que por no mínimo seis meses encontrou facilidade para a circulação da mercadoria, dada a regularidade cadastral da inscrição e a característica de rápida revenda da mercadoria em questão.

Diz que todas as notas fiscais são referentes a cargas completas de caminhões que foram identificados nos postos fiscais, onde as 3<sup>as</sup> vias das notas ficaram retidas. Aduz que, como na época a mercadoria não mais estava enquadrada no regime de substituição tributária e a alíquota interna era igual à interestadual, a empresa esteve à vontade para apresentar tais cargas nos postos fiscais. Menciona que as compras eram efetuadas no atacado, e as vendas eram feitas uma parte no varejo e o restante para outros revendedores. Diz que certamente as vendas eram realizadas sem documentação fiscal, já que o autuado não anexou nada a respeito em sua defesa. Ao finalizar, o autuante mantém a ação fiscal em sua totalidade.

Notificado acerca da informação fiscal (fl. 168), o autuado volta a se pronunciar às fls. 171 e 172 e, preliminarmente, solicita que seja ignorado o “parecer” produzido pelo próprio autuante, pois considera que o preposto fiscal não tem competência como instância opinativa ou julgadora.

Frisa que o “parecerista” não enfrentou os argumentos trazidos na defesa. Diz que não foi abordado o fato de ter sido o Auto de Infração nº 206958.0006/07-5 julgado nulo por ter sido apontada a suposta infração por falta de recolhimento de imposto por saída de mercadoria não registrada em documento fiscal baseada em levantamento quantitativo de estoque. Transcreve trecho do voto proferido no julgamento do referido Auto de Infração.

Reitera que no presente Auto de Infração o autuante novamente aponta saídas de mercadorias tributáveis como infração, porém, embora a apuração tenha sido realizada através de entradas de mercadorias não registradas, a irregularidade está descrita de forma errônea.

Diz que não foi atendida a sua solicitação para que fosse realizada diligência junto às empresas localizadas no Estado do Rio de Janeiro. Menciona que não se pode manter a autuação sob o argumento de que não foi ajuizadas demandas judiciais contra as empresas cariocas, pois o prejuízo com tais fraudes foi do fisco e, assim, cabe ao fisco verificar tal fato. Assevera que o Auto de Infração está calcado em notas fiscais emitidas de forma unilateral por contribuintes que supostamente teriam firmado relações comerciais com o autuado. Ao finalizar, o autuado solicita que o “parecer” seja considerado inválido e que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

À fl. 177, o autuante se pronuncia nos autos, afirmando que o enunciado da infração está rigorosamente construído dentro da lógica e dos princípios contábeis que regem a matéria e, portanto, não há nada que se alterar quanto ao enunciado ou qualquer outro item do Auto de Infração. Frisa que a informação fiscal está prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal vigente. Mantém a autuação.

Após apreciação em pauta suplementar, fl. 179, decidiu a 1<sup>a</sup> JJF converter o processo em diligência à INFRAZ Itabuna, para que o autuante: a) informasse se, no período abrangido pela ação fiscal, o autuado comercializava exclusivamente com charque; b) caso ficasse comprovado que comercializava também com mercadorias tributáveis à alíquota de 17%, que fosse refeita a apuração do imposto, utilizando essa alíquota e deduzindo o crédito de 8%, previsto no art. 19, §1º, da Lei nº 7.357/98; c) que fosse entregue ao autuado cópia da solicitação de diligência, da diligência e das notas fiscais acostadas às fls. 13 a 131; d) que fosse reaberto o prazo de defesa em trinta dias; e) que fosse prestada nova informação fiscal, caso o autuado apresentasse nova defesa.

Em atendimento à diligência, à fl. 189, o autuante afirma que o autuado, em resposta à intimação de fl. 182, informou que não comercializava com outra mercadoria que não fosse charque. Diz que, ante a negativa dessa primeira questão, da qual dependiam as demais, retornava o processo ao CONSEF, para julgamento. Aduz que a informação de que a empresa não operou comercialmente

com mais nenhum produto, no período em questão, garante a não aplicação do crédito de 8%. Mantém a ação fiscal em sua totalidade.

Considerando que a diligência de fls. 179 não foi cumprida em sua inteireza, decidiu a 1ª JJF converter o processo em nova diligência, para o atendimento das seguintes solicitações: a) que fosse informado se a declaração do autuado à fl. 184 estava de acordo com os livros fiscais do contribuinte; b) que fosse entregue ao autuado fotocópia dos documentos de fls. 13 a 131, 179, 189 e 190; c) que fosse reaberto o prazo de defesa em trinta dias.

A diligência foi atendida, conforme pronunciamentos do autuante às fls. 195, porém o autuado não se manifestou (fl. 197).

## VOTO

O Auto de Infração em epígrafe trata de refazimento de ação fiscal anterior referente ao Auto de Infração nº 206958.0006/07-5, que fora julgado nulo em razão de que a descrição dos fatos e o enquadramento legal não eram condizentes com o fato real e nem com o direito aplicável, tendo em vista que naquele Auto de Infração a acusação era de falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias. Dessa forma, o presente lançamento de ofício não se confunde com o que fora julgado nulo e, além disso, este lançamento está isento do vício que existia naquele outro.

Preliminarmente, o autuado suscita a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que a acusação que lhe fora imputada está equivocada, que os dispositivos dados como infringidos não possibilitam o entendimento da infração e que não há espaço para a imposição de multa.

Afasto essa preliminar de nulidade, pois a acusação imputada ao sujeito passivo está descrita de forma clara e precisa, permitindo, assim, que o autuado comprehenda do que está sendo acusado e exerça plenamente o seu direito de defesa. Os dispositivos regulamentares empregados pelo autuante no enquadramento da infração estão corretos e não carecem de retificação. Ademais, um eventual erro na capitulação legal – o que não ocorreu no presente caso – não seria razão para a nulidade do lançamento, pois a descrição da infração deixa evidente o enquadramento legal correto, conforme previsto no art. 19 do RPAF/99. A multa indicada na autuação está correta e a sua imposição está amparada no art. 41, da Lei nº 7.014/96, que prevê a aplicação de multa sempre que for constatada infração à legislação do ICMS, além da exigência do imposto que deixou de ser recolhido tempestivamente. Por sua vez, o disposto no inc. III do art. 42 dessa mesma Lei prevê a aplicação da multa de 70% do valor do imposto não recolhido tempestivamente quando se constatar a ocorrência de entrada de mercadorias ou bens não registrados.

Ainda em preliminar, o autuado sustenta que houve um injustificável arbitramento da base de cálculo do imposto.

Ultrapasso essa preliminar de nulidade, pois no presente Auto de Infração não houve arbitramento de base de cálculo do imposto que está sendo exigido. A apuração da base de cálculo foi feita segundo as notas fiscais coletadas no CFAMT e emitidas em nome do autuado, conforme se pode observar no demonstrativo de fls. 6 e 7, no qual foi apurada a base de cálculo do imposto.

Afirma o defendente que o Auto de Infração não tem valor legal, pois não foi realizado um levantamento quantitativo de estoque. Diz que, da forma como foi realizada, a ação fiscal não confere certeza ao lançamento e não permite que se entenda o raciocínio lógico da autuação.

Esse argumento defensivo não merece prosperar, uma vez que o roteiro de auditoria fiscal empregado na apuração da irregularidade imputada ao autuado não se confunde com levantamento quantitativo de estoque. O raciocínio lógico da ação fiscal é simples: o fisco coletou no CFAMT notas fiscais destinadas ao autuado, as quais não foram escrituradas nos livros fiscais próprio; esse fato, à luz do disposto no §4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, autoriza que o fisco presuma a

realização de operação de saída de mercadorias tributáveis sem o pagamento do ICMS correspondente, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

O autuado solicita que a informação fiscal seja considerada inválida, uma vez que o “parecer” foi produzido pelo próprio autuante, pessoa que, no seu entendimento, não tem competência como instância opinativa ou julgadora.

Esse argumento defensivo não merece acolhimento, pois a informação fiscal é uma peça constitutiva do processo administrativo fiscal que está prevista no art. 126 do RPAF/99. Essa informação fiscal, prestada pelo próprio autuante, não se confunde com julgamento ou opinativo, como tenta fazer crer o defendente. Ademais, o fato de o autuante ter deixado de abordar algum ponto trazido na defesa não é razão para a nulidade da informação fiscal ou do processo.

O defendente solicita que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia efetue diligência junto aos fornecedores das mercadorias, para comprovar que as mercadorias em comento não foram adquiridas pelo autuado.

Indefiro essa solicitação de diligência, pois, nos termos do §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, o ônus de comprovar a improcedência da presunção legal que embasa a autuação é do autuado.

O presente Auto de Infração trata de omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. Como prova dessa irregularidade, foram acostados ao processo o demonstrativo de fl. 6/7, o relatório do CFAMT de fls. 9/12 a as notas fiscais de fls. 14 a 131.

Na presente situação determina o art. 2º, § 3º, inciso IV, do RICMS-BA, ao tratar do momento da ocorrência do fato gerador, que se presume a ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar entradas de mercadorias ou bens não registrados, além de outras hipóteses. No mesmo sentido, estabelece o § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, reproduzido abaixo:

*“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

[...]

*§ 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.”*

O CONSEF já sedimentou o entendimento de que é indispensável para validade da autuação que o contribuinte receba cópias das notas fiscais coletadas no sistema CFAMT, a fim de que possa exercer o seu direito de ampla defesa. Nesse sentido, a 1ª Junta de Julgamento converteu o processo em diligência, a fim de que fossem entregues ao sujeito passivo cópias das notas fiscais arroladas na autuação coletadas através do sistema CFAMT, inclusive com a reabertura do prazo de defesa de 30 dias, o que foi feito.

Em sua defesa, o autuado nega que tenha realizado as aquisições em tela, porém não apresenta qualquer elemento capaz de elidir a presunção legal. Por sua vez, a autuação está baseada em provas materiais das aquisições – as notas fiscais acostadas ao processo. Essas notas fiscais foram coletadas quando as mercadorias nelas discriminadas transitavam por postos fiscais localizados no Estado da Bahia com destino ao estabelecimento do autuado. Também é relevante observar que a espécie de mercadoria consignada nessas notas fiscais corresponde exatamente ao tipo de mercadoria que era comercializada pelo autuado no período abarcado pela autuação, conforme declaração à fl. 184.

Uma vez que o autuado não comprovou a improcedência da presunção legal que embasou a autuação, a infração em comento subsiste integralmente. Ressalto que, por falta de amparo legal, não como se aplicar ao caso em comento o princípio da “benigna amplianda”, citado na defesa.

No que concerne ao cancelamento ou redução da multa indicada na autuação, ressalto que por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, a sua dispensa ou redução ao apelo da equidade é de competência da Câmara Superior deste CONSEF.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206958.0047/09-0**, lavrado contra **SIRLÉIA SANTOS SOUZA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$303.868,25**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de agosto de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR