

A. I. Nº - 206896.1203/08-0
AUTUADO - HUMBERTO ANGELO DOS SANTOS
AUTUANTE - OTHONIEL SANTOS FILHO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET 05.10.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0255-05/11

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas, também não contabilizadas, conforme presunção legal nesse sentido (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96). Exigência efetuada com base em dados obtidos junto ao STGCB/SINTEGRA. Notas fiscais colhidas junto às empresas emitentes, sem comprovação da circulação para o destinatário, são provas indiciárias, as quais requerem provas complementares da efetiva operação. Acostado aos autos, parcialmente, as provas complementares da aquisição das mercadorias pelo destinatário. Infração parcialmente subsistente. **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/12/2008, exige ICMS no valor de R\$ 9.068,61, em razão do cometimento de “*Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas*”, acrescido da multa de 70%.

Consta ainda que foram apuradas omissões no registro das notas fiscais relacionadas em demonstrativo anexo, não estando computadas no livro caixa, art. 408C, VI, alínea A, RICMS/BA, sendo enquadrado nas irregularidades fiscais relacionadas com contribuintes do SimBahia.

O autuado apresenta defesa, fls. 34 a 46, faz um breve resumo da infração e se diz pessoa jurídica idônea e fiel cumpridor de suas obrigações tributárias principais e acessórias, nada devendo à Fazenda Pública Estadual. Ademais, sempre manteve um bom relacionamento com o Fisco Baiano, tendo facilitado e contribuído nas atividades da Administração Tributária deste Estado.

Entretanto, foi surpreendido com a lavratura do Auto de Infração ora impugnado, uma vez que a infração nele descrita não corresponde à verdade dos fatos. Afirma que o Fiscal procedeu à fiscalização na empresa dos exercícios de 2003/2007, apontado a existência de uma única irregularidade, ainda assim insubsistente. Para chegar à equivocada conclusão, o preposto fiscal baseou-se, unicamente, no “relatório de notas fiscais informadas por terceiros”, apontando o autuado como destinatário das mercadorias consignadas nos documentos fiscais arrolados.

Alega que o lançamento de ofício está acometido de vícios materiais e procedimentais que lhe fulminam de nulidade, tirando do contribuinte a garantia fundamental à ampla defesa e ao devido processo legal alinhavados na Constituição da República (art. 5º, inciso LV).

Explica que houve vício material pela falta de apresentar das cópias das notas fiscais que fundamentaram o lançamento do imposto e não se fez o presente Auto de Infração acompanhar

da documentação comprobatória, ou seja, sequer foi demonstrada a materialidade da suposta irregularidade. Assim, o contribuinte foi impedido de exercer amplamente sua defesa.

Insiste que o agente administrativo não demonstrou os motivos que o levaram ao lançamento de ofício e, se de fato, os terceiros discriminados no relatório fiscal emitiram notas fiscais elencadas em nome do defendente, a falta de apresentação pela autoridade autuante prejudicará a defesa do contribuinte, porquanto lhe será impraticável analisar tais documentos, impugná-los e elaborar uma defesa mais consistente, se é que tais notas fiscais existem.

Diz que de acordo com o art. 18, RPAF/BA o ato que obstaculizar a ampla defesa, como o lançamento de ofício carente de provas aptas a demonstrar a existência da infração e o respectivo infrator, será nulo de pleno direito. No mesmo sentido, o art. 28, § 4º, II do aludido diploma dispõe que as provas do fato arguido devem acompanhar o Auto de Infração. Nesse sentido, o art. 41, II. Conclui que meras informações prestadas por terceiros, se desacompanhadas das respectivas provas, são inaptas a imputar a responsabilidade ao contribuinte. Corrobora seu pensamento com igual entendimento desse Conselho de Fazenda, nos autos do Auto de Infração nº 02950783/96.

Afirma existir contradição entre os dispositivos legais supostamente violados e que o preposto fazendário considerou o autuado incurso nos dispositivos do art. 408-L, V e VII; Art. 408-P; Art. 408-S, § 1º e art. 915, III, RICMS. Na pag. 03, o auditor enquadrou a situação nos art. 2º, § 3º, IV; artigos 50; 60, I; 124, I; 218; 322 e art.936, RICMS.

Reitera que o art. 39, RPAF/BA, ao estabelecer os requisitos do Auto de Infração, informa a obrigatoriedade da indicação precisa do dispositivo legal afrontado.

No mérito, aduz que o demonstrativo aponta como não registradas, algumas notas fiscais regularmente escrituradas no livro próprio. Conforme cópia dos Livros Caixa anexos, as Notas Fiscais nºs 66.317, 49.890, 38.059, 168.306, 73.604, 235.836 e 558.730 estão regularmente lançadas na contabilidade da empresa impugnante e sobre estas foi recolhido o respectivo imposto. Não houve, como concluiu o fiscal, a omissão de saídas apurada através de entradas de mercadorias não registradas, descabendo, assim, a cobrança do imposto, da multa de 70% prevista no art. 915, III, RICMS e demais encargos legais.

Ressalta que os documentos discriminados no *Demonstrativo fiscal* não poderiam ter sido escriturados no livro Caixa da empresa, pois o contribuinte, ora defendente, não adquiriu as mercadorias constantes daquelas notas fiscais, e supõe que as informações prestadas tenham sido, dolosa ou culposamente, inverídicas.

Repete que, salvo as notas fiscais acima enumeradas, cuja escrituração já foi comprovada e após análise minuciosa em sua contabilidade, constatou que não há qualquer histórico da aquisição das mercadorias consignadas no *Demonstrativo de Notas Fiscais não registradas* e que também não consta dos autos qualquer elemento capaz de comprovar que o contribuinte foi o efetivo destinatário das mercadorias. Conclui que sem provas de que tais mercadorias foram adquiridas pelo contribuinte autuado, não se lhe pode imputar a responsabilidade pelo recolhimento do tributo supostamente devido nem as penalidades pelo descumprimento.

Explica que em razão dos poderes de polícia conferidos à Administração Tributária, esta poderá comprovar as alegações do defendente notificando os fornecedores constantes no aludido *Demonstrativo* para que estes apresentem os recibos de entrega de mercadoria nos quais conste a assinatura do destinatário da carga, bem como exibam as provas do pagamento destas operações, com a indicação do respectivo pagador. Se os emitentes alegam terem entregado tais produtos, cabe ao fisco colher as provas do fato, sob pena de cometer grave injustiça.

Quanto aos comprovantes de entrega dos produtos, mister ressaltar que este item da nota fiscal é obrigatório, devendo o canhoto destacável conter a declaração de recebimento da mercadoria, a data em que estes foram recebidos pelo adquirente e a assinatura do recebedor, conforme dispõe o art. 218, IX RICMS BA. Indica decisões do CONSEF a favor de sua tese da falta de prova no recebimento das mercadorias.

Aduz que não praticou os fatos geradores do ICMS, inexistindo, assim, obrigação de pagar tributo. Sem a ocorrência no mundo dos fatos da hipótese abstratamente prevista na normamatriz de incidência, inexistente o dever de verter aos cofres do Estado as importâncias cobradas. Aqueles que concretizaram a hipótese de incidência, praticando o evento econômico gerador do tributo é que devem assumir o encargo da exação.

Defende a designação de diligências para que as empresas emitentes sejam intimadas a apresentar as cópias dos comprovantes de recebimento de mercadorias com as assinaturas dos efetivos recebedores, bem como a prova de quem efetuou o pagamento por tais produtos. Somente a administração tributária, com suas prerrogativas legais, pode requisitar a documentação daquelas empresas, sem que se eximam do dever de colaborar com o fisco.

Pede a nulidade do Auto de Infração por preterição do direito de defesa ou sua improcedência.

Em sua Informação Fiscal prestada à fl. 59 dos autos, o Auditor Fiscal responsável pelo feito diz que forneceu ao mesmo os documentos devidos, reabrindo o prazo para nova defesa, em 30 dias.

O autuado volta a manifestar-se, fls. 125/131, reiterando que desconhece a origem e o destino dos produtos constantes dos documentos fiscais arrolados nos autos.

Reitera a nulidade já suscitada; diz que as notas fiscais do relatório fiscal e mesmo aquelas carreadas, posteriormente, não resultaram de negócio jurídico de compra e venda mercantil em que seja parte, nem resta comprovada a aquisição daqueles produtos, nem que ingressaram em seu estabelecimento. A sua indicação como destinatário não comprova a aquisição das compras e tal presunção não se coaduna com os princípios constitucionais ou normas vigentes.

Explica impropriedades no próprio levantamento fiscal que arrola a Nota Fiscal nº 63.246, devolvida, antes mesmo de adentrar no estoque do contribuinte, conforme prova a Nota Fiscal de Devolução nº 2862. A Nota Fiscal nº 83.303 foi emitida com o CNPJ do autuado, mas em nome de Indaiá Brito da Silva. A Nota Fiscal nº 1743 contém no campo assinatura o nome empresarial do autuado de forma impressa. As notas fiscais deveriam estar acompanhadas dos canchotos e ou recibos.

Na Informação Fiscal de fls. 135/137, o Auditor Fiscal explica que as cópias das notas fiscais foram colhidas juntamente aos fornecedores e o prazo para defesa foi devolvido “*in totum*”.

Inferre que apesar das alegações do autuado de desconhecer quem adquiriu e recebeu as mercadorias constantes das notas fiscais anexadas, constata que na Nota Fiscal nº 13, por exemplo, consta a assinatura do Sr. Domingos Carlos dos Santos (RG 0785346 44), pessoa conhecida na quadra 05, onde está estabelecido o contribuinte autuado.

Diz que está correto, no entanto, o impugnante no que refere às Notas Fiscais nºs 63246 e 2862, da empresa Hélios Comércio e Indústria de Madeiras por se tratar de venda e concomitante devolução, além da Nota Fiscal nº 83.303, emitida por Batista Almeida Comércio e Indústria Ltda., que utilizou a inscrição estadual e CNPJ de Indaiá Brito, contribuinte localizado também em São Joaquim. Com relação à Nota Fiscal nº 1743, trata-se de uma terceira via, do fisco de destino.

Faz as retificações e finaliza pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Diante do impasse para apreciação da demanda, a 5ª JJF converte o presente PAF em diligência para adoção das seguintes medidas:

1. Descrever a metodologia da apuração do imposto, informando se o lançamento tomou por base data do pagamento das notas fiscais ou data da entrada das mercadorias no estabelecimento.
2. juntar aos autos todas as notas que serviram ao lançamento tributário, na ordem como elaborado o demonstrativo fiscal. Entregar cópia ao autuado, além de anexar cópias da prova do recebimento, entrega, transporte ou pagamento das mercadorias.

3. Excluir do levantamento as autuações, cujas notas fiscais não possam ser comprovadas, conforme a orientação anterior.

O Auditor Fiscal presta nova informação, fls. 146/147, aduzindo que tomou por base, no demonstrativo fiscal, as datas constantes no relatório de notas fiscais; Diz que não conseguiu obter todas as notas fiscais elencadas em decorrência do fechamento de algumas empresas ou não fornecimento por outras. Diz que atendeu aos requisitos da diligência e elaborou novo demonstrativo, além do fornecimento de cópias ao autuado.

O autuado volta a manifestar-se nos autos, fls. 155/159, reiterando os termos de suas razões anteriores, aduzindo que o preposto fiscal tenta sanear o vício do lançamento tributário, lastreando os autos com algumas notas fiscais; o que restou infrutífero porque das mais de 500 notas fiscais existentes no relatório, menos de 60 foram carregadas.

Assente que o próprio autuante admite a nulidade da autuação ao não apresentar todas as notas fiscais, além da improcedência porquanto não foram apresentados comprovantes de recebimento das mercadorias e assinatura do recebedor, conforme exigido no art. 218, IX, a, b c e d, RICMS BA.

Aduz que, sem êxito na obtenção de elementos de prova, o autuante reconhece parcialmente os argumentos defensivos e elabora novo demonstrativo, reduzindo o ICMS para R\$ 2.208,14, relativo às notas fiscais apresentadas posteriormente e com demonstrativos, às fls. 148/149.

Questiona que a simples apresentação das notas fiscais não comprova que o autuado adquiriu as mercadorias acobertadas por tais documentos. Defende que, junto às aludidas notas fiscais deveriam ser apresentados os respectivos comprovantes de recebimentos através dos canhotos destacáveis consignando os efetivos destinatários das mercadorias; diz que a Nota Fiscal nº 66317 registrada no livro Caixa do estabelecimento continua fazer parte do demonstrativo de débito. Devem ainda ser excluídas as Notas Fiscais nºs 63246 (devolução); 83.303 (destinatário diverso); 01743 (assinatura não comprova por não ser manuscrita, por não ser aposta na 1ª Via).

Pede a nulidade do presente Auto de Infração ou a sua improcedência.

Em nova manifestação, o preposto fiscal procede às exclusões das Notas Fiscais nºs 66.317, 63.246 porque lançadas no livro Caixa e a Nota Fiscal nº 83.303, porque destinada a outro razão social. Diz, entretanto, que inexistem motivos para exclusão da Nota Fiscal nº 1743.

Apresenta demonstrativo de débito, fls. 164/166.

A nova manifestação do autuado, fls. 172/174, questiona, em que pese à exclusão das Notas Fiscais nºs 83.303, 66.317 e 63.246 foi apurado o mesmo resultado do demonstrativo anterior, R\$ 2.208,14.

Com relação à Nota Fiscal nº 01743, não excluída pelo autuante repete as alegações ulteriores.

Reitera que a apresentação de 60 notas fiscais não retira a nulidade que acometeu a autuação e que não se pode exigir o registro de entrada de mercadorias que não foram adquiridas pelo impugnante e o autuante não comprovou o cometimento da infração.

Finaliza com o pedido de nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

Em nova manifestação, fl. 178/181, o preposto fiscal procede ao refazimento dos valores exigidos e apresenta novo demonstrativo de débito, reduzindo a infração para R\$ 1.788,43.

VOTO

A alegação defensiva da falta de motivação do lançamento de ofício e de provas do efetivo ingresso das mercadorias, na acusação fiscal, será apreciada no mérito. No entanto, o Auto de Infração foi lavrado sem ofensa ao art. 39, RPAF/BA e não foi observada contradição entre os dispositivos apontados como violados pelo Auditor Fiscal. Desta forma, não há que se falar em mácula ao devido processo legal ou a garantias fundamentais do contribuinte.

O Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, em razão da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através entradas de mercadorias não registradas no livro Caixa (contribuinte inscrito no SimBahia), nos exercícios 2003 a 2008, conforme demonstrativo às fls. 29/31 do PAF e relatório de notas fiscais obtidas através do módulo de consulta e batimentos de notas fiscais – STGCB (fls. 08/28).

A infração apontada encontra amparo nas disposições contidas no art. 4º, §4º, VI, “b” da Lei nº 7.014/96, a seguir descrito:

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

...

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

...

IV – entrada de mercadorias ou bens não registrados:

Vale salientar, que o art. 2º, § 3º, inciso IV, RICMS BA, também caracteriza tal fato como omissão de saídas anteriores sem pagamento do imposto.

Art. 2º

...

§ 3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

...

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

Em se tratando, portanto, da exigência de imposto por presunção legal, o dispositivo que a autoriza pressupõe que, a diferença apurada pelo fisco não esteja fielmente comprovada e, em sendo uma presunção relativa, assim identificada por admitir prova em contrário, compete ao contribuinte provar que os fatos não ocorreram conforme é o entendimento fiscal.

Em sua impugnação, o autuado alegou que o Auditor Fiscal incluiu em seu demonstrativo algumas notas fiscais regularmente lançadas na contabilidade da empresa impugnante, ressalta quanto aos demais documentos que não poderia tê-los lançados porque não adquiriu mercadorias constantes daquelas notas fiscais.

Reclama que não constam provas de que o autuado seja o destinatário das mercadorias e, dessa forma, não se lhe pode imputar a responsabilidade tributária; insiste, em razão dos poderes de polícia conferidos à Administração Tributária, que esta poderá comprovar as suas alegações notificando os fornecedores para que exibam recibos de entrega de mercadoria ou provas do pagamento das operações.

Examinando as peças processuais da lide, verifico que a adoção de providências fiscais tendentes ao acerto do crédito tributário foi tomada a partir das orientações contidas na diligência fiscal. O Auto de Infração foi modificado para exclusão dos valores, cujas notas fiscais foram escrituradas pelo sujeito passivo, notas fiscais que não se encontravam nos autos ou aqueles outros com destinatários diversos.

Nessa senda, a exigência fiscal foi elidida parcialmente, passando de R\$ 9.068,61 para R\$ 1.788,43, conforme demonstrativo de fls. 179/181, ao cabo das várias intervenções processuais, tanto do autuado e também do preposto fiscal, autor do feito.

Ocorre que a exigência remanescente encontra-se instruída por notas fiscais coletadas através do módulo de consulta e batimentos de notas fiscais – STGCB e as cópias das notas acostadas aos autos foram, colhidas diretamente dos fornecedores, sem a comprovação da efetiva entrada das respectivas mercadorias.

Importa observar que o PAF foi convertido em diligência justamente para que se juntassem, além das notas fiscais que embasaram o lançamento tributário, as provas de recebimento, entrega,

transporte ou pagamento das mercadorias. Com a orientação de que fossem excluídos os valores que não pudessem ser comprovadas da forma como indicada.

Objetivava a diligência solicitada pela JJF, garantir integralmente a certeza e a liquidez do crédito tributário, além do regular exercício do direito de defesa. A diligência não foi cumprida, o que impossibilitou ao contribuinte o exercício da plena defesa e, em consequência, de provar ou não a improcedência da presunção relativa, cujo ônus lhe é atribuído pela lei, desde que receba todos os elementos que compõem a peça acusatória. Tal defeito do lançamento tributário implica insegurança do débito exigido e cerceamento do direito de defesa, caracterizando nulidade insanável, nos precisos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA.

Em verdade, o CONSEF já pacificou o entendimento de que o levantamento fiscal fundamentado em notas fiscais oriundas do sistema CFAMT, somente pode ser validado se as cópias dos referidos documentos forem entregues ao contribuinte. Quando oriundas as notas fiscais dos sistemas SINTEGRA / STGCB, além das suas cópias, exigem-se outros elementos de provas. Isto porque, a ausência de comprovantes do transporte, recebimento das mercadorias (canhoto destacável) ou pagamento da transação comercial compromete a caracterização da infração. A falta de juntadas dos elementos solicitados na diligência fiscal implica, assim, em cerceamento do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte.

Este foi o entendimento do CONSEF no Acórdão CJF nº 0077-11/11 com a exclusão do levantamento fiscal, das notas fiscais do SINTEGRA, por falta de provas complementares da entrada das mercadorias no estabelecimento, resultando na diminuição do débito.

Assim sendo, apenas a exigência através da Nota Fiscal nº37, fl.66/69, constante do demonstrativo fiscal, no valor de R\$ 58,23, consta a assinatura do recebedor das mercadorias e a caracteriza. Considerando a informação do Auditor Fiscal de que tenta junto aos fornecedores as provas necessárias para o deslinde da situação, recomendo a autoridade competente a repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do RPAF/BA, em relação às demais notas fiscais constante do seu levantamento fiscal.

Em face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206896.1203/08-0**, lavrado contra **HUMBERTO ANGELO DOS SANTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.788,43**, acrescido das multas de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIM – JULGADOR