

PROCESSO	- A. I. N° 269369.0111/10-9
RECORRENTE	- AUTOPLAN – PEÇAS E SERVIÇOS AUTOMOTIVOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0040-03/10
ORIGEM	- INFAS TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET	- 14/03/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0023-12/12

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. Refeitos os cálculos, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou pela Parcial Procedência do Auto de Infração, exigindo do autuado o valor total de **R\$14.644,63**, acrescido da multa de 70% previstas no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, além dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o recorrente em 08/03/2010 decorre de uma única infração e exige do contribuinte imposto em razão da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no período de janeiro a agosto de 2008.

Da apreciação dos argumentos defensivos e manifestações do fiscal autuante, via informação fiscal, a 3ª JJF, à unanimidade, decidiu com fundamento no voto do ilustre Relator que abeixo transcrevo, julgar procedente em parte o Auto de Infração em apreço:

(...)

“No mérito, o Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, em razão da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no período de janeiro a agosto de 2008, conforme demonstrativo às fls. 29/30 do PAF.

Observo que a exigência fiscal está amparada na presunção legal, prevista no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96:

§ 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.

Vale salientar, que o art. 2º, § 3º, incisos II e IV do 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:

II - suprimento a caixa de origem não comprovada;

III - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

Em sua impugnação, o autuado alegou que além de não apresentar, nem mesmo, parte das notas fiscais que relacionou, o autuante não deduziu o valor relativo ao crédito fiscal das mercadorias efetivamente adquiridas pela empresa, bem como, incluiu no levantamento fiscal as mercadorias adquiridas com pagamento do ICMS por meio de substituição tributária

Quanto à primeira alegação, o autuante disse nas informações prestadas no presente processo, que foram excluídas do levantamento fiscal as notas fiscais cujas cópias não se encontravam nos autos, conforme fls. 352 e 369 do PAF. Assim, todas as notas fiscais alegadas pelo autuado foram excluídas da exigência fiscal, ficando sanada a irregularidade apontada nas razões de defesa, salientando-se que a NF 1938 da empresa Rei Auto Parts encontra-se à fl. 76 dos autos, por isso, não foi excluída.

A segunda alegação de que o autuante não deduziu o valor relativo ao crédito fiscal das mercadorias efetivamente adquiridas pela empresa, observo que neste tipo de levantamento efetuado pelo autuante não cabe atribuição de crédito fiscal, por se tratar de presunção legal de omissão de saídas sem o pagamento do imposto.

Quanto ao direito e escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, o impugnante deve observar o que preceitua a norma regulamentar, em especial os arts. 91, 92 e 93 (Direito ao Crédito Fiscal) e art. 101 (Escrituração do Crédito Fiscal), do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97. Neste caso, não cabe a compensação de crédito fiscal, mas o contribuinte poderá fazer a regularização da escrita referente às notas fiscais do CFAMT/SINTEGRA incluídas no levantamento fiscal, não escrituradas anteriormente, e requerendo a utilização extemporânea dos respectivos créditos, observando o prazo decadencial.

Em relação ao argumento do autuado de que o autuante considerou as mercadorias adquiridas com pagamento do ICMS por meio de substituição tributária, o autuante disse nas informações prestadas no presente processo, que foram excluídas do levantamento fiscal as notas fiscais cujas cópias não se encontravam nos autos, conforme fls. 352 e 369 do PAF. Assim, todas as notas fiscais alegadas pelo autuado foram excluídas da exigência fiscal, ficando sanada a irregularidade apontada nas razões de defesa, salientando-se que a NF 13189 da empresa Garrafix Peças (fl. 32 do PAF) não houve pagamento do imposto por substituição tributária, por isso, não foi excluída.

Acato o novo demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 369 dos autos, após a exclusão das notas fiscais do SINTEGRA, que não foram acostadas ao presente processo e notas fiscais com pagamento do imposto por substituição tributária, ficando reduzido o valor histórico da exigência fiscal para R\$14.644,63.

Vale salientar, que o defensor foi intimado da informação fiscal e novos demonstrativos e de todos os elementos acostados aos autos, inclusive as fls. 16 a 30, 31 a 77 e 203 a 259, conforme intimação à fl. 372. Embora não tenha acatado as conclusões do autuante, não foram apresentados novos argumentos, além daquelas alegações constantes na impugnação inicial.

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

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, colacionados às fls. 427/446, o contribuinte retorna aos autos repisando os argumentos expendidos na sua peça de defesa. De início, aduz que a “*imputação é desprovida de elementos comprobatórios, conforme demonstrado em sede de Defesa, fato ratificado com redução do valor exigido por não apresentação de notas fiscais*”. Cita o inciso IV, “a”, do art. 18 e o inciso II do art. 41 do RPAF/99. Este último para dizer das necessárias provas à demonstração do fato arguido, ou seja, da prova que tem que fazer o Fisco no sentido de demonstrar a entrada das mercadorias no estabelecimento autuado. Em que pese reconhecer a possibilidade legal da presunção, afirma que o processo fiscal se rege pela estrita legalidade e pela verdade objetiva.

Assevera que não discorda do fato de que notas fiscais são elementos de prova a serem considerados, entretanto, entende que são provas relativas na medida em que não há certeza da ocorrência da omissão de pagamento de imposto pelo recorrente porque “*não há prova irrefutável, absoluta de que o autuado adquiriu as mercadorias e que as mesmas adentraram em seu estabelecimento*”. Neste sentido, entende que não deve figurar no pólo passivo da exigência fiscal em apreço. Cita diversos acórdãos da 1^a e 4^a Juntas de Julgamento Fiscal.

Diz que o autuante deixa claro que não tem certeza se as mercadorias objeto da infração, realmente entraram no estabelecimento do recorrente. Reproduz trecho do que teria sido dito pela autuante: “*porque algumas das notas fiscais constantes da relação podem não ter sido recebidas por esta empresa, e se as mercadorias constantes destas notas não tenham sido objeto de aquisição (compra) pelo autuado*”.

Referindo-se às notas colhidas no CFAMT, diz que o relator *a quo*, em seu voto afirma que as referidas notas provam que as mercadorias circularam no território baiano com destino ao estabelecimento indicado como destinatário, estando comprovado que as mercadorias passaram fisicamente pelo posto fiscal onde foram arrecadados os documentos fiscais, entretanto, o que se verifica é que há apenas a suposição de que as mercadorias efetivamente se destinavam à recorrente.

Pondera que, apesar da legislação permitir a presunção do cometimento de infração fiscal, cabe ao fisco, para ter certeza de que a empresa adquiriu as mercadorias, comprovar que as mercadorias relacionadas nas notas fiscais foram efetivamente entregues no estabelecimento do recorrente. Aduz que o fisco poderia comprovar sua acusação de diversas formas: apresentando os canhotos de recebimento das mercadorias devidamente assinados por preposto da empresa; comprovando o pagamento realizado pelo recorrente aos fornecedores; por meio de duplicatas mercantis, etc.

Afirma que o autuante, no afã de respaldar a imputação fiscal, deixou de exercer seu poder fiscalizatório, preferindo seguir o caminho que lhe impõe maior dificuldade, haja vista que lhe “*intimou a apresentar declaração por escrito, com firma reconhecida, de que a empresa AUTOPLAN não efetuou o pedido, nem a compra, etc e apresentar Boletim de Ocorrência policial em que declare que a empresa AUTOPLAN não efetuou o pedido, nem a efetiva compra, etc*”.

Aduz que devem ser observados os princípios que norteiam o processo administrativo fiscal, e que por isso mesmo é que não pode o agente do fisco se valer de meio estranho que desvirtue a sua finalidade persecutória e a realidade dos fatos, imputando indevidamente o recolhimento do imposto por meios sem qualquer respaldo legal. Nesse sentido, insiste que não tem o dever de atuar como agente do fisco a buscar confirmações de nenhuma espécie, dado que tal função é própria do Estado.

Reitera sua tese da ilegitimidade passiva aduzindo que não restou comprovado o recebimento das mercadorias que ensejaram a autuação, haja vista que o que há é mera presunção, sem qualquer prova de que o recorrente efetuou tais aquisições.

Diz que o fisco, em verdade, pretende inverter o ônus da prova, tentando transferir para o autuado a obrigação de provar aquilo que a ação fiscal não conseguiu. Cita, por aplicação analógica, o CPC e a Lei de Introdução ao Código Civil.

Discorre a respeito do dever que tem o fisco de apurar o valor do tributo à luz dos fatos, atentando para a legalidade objetiva, de maneira que o tributo se torne líquido e certo, além de ser exigido dentro da mais estrita legalidade. Cita Acórdãos da 1^a e 4^a Juntas de Julgamento Fiscal.

Referindo-se à afirmativa do relator de primo grau quanto ao descabimento de atribuição de crédito fiscal, dado que autuação foi feita por presunção legal de omissão de saídas sem pagamento do imposto, entende o recorrente que, alinhado à sua tese de que as presunções são relativas e que as provas não são contundentes, aplicar-se-ia o princípio do *in dubio pro contribuinte*. Cita o art. 93, I, “a” do RPAF/99.

Comenta derredor do princípio da não-cumulatividade. Repisa seus comentários e assertivas derredor da presunção, tudo para dizer da afronta a preceitos constitucionais. Cita e transcreve o art. 2º do RPAF/99.

Pede que a prejudicial de validade e eficácia suscitada por ela, recorrente, seja apreciada e decidida. Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração em razão da aplicação do princípio do *in dubio pro contribuinte*. Alternativamente, pugna declaração de improcedência da autuação.

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra da Dra. Maria Dulce Baleiro Costa, fls. 452, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, aduzindo que a Junta de Julgamento Fiscal já procedeu à exclusão das notas fiscais obtidas junto ao SINTEGRA, remanescendo aquelas comprovadas pelo CFAMT.

Registra que as notas fiscais coletadas no CFAMT são suficientes para comprovar a aquisição das mercadorias pelo recorrente, bem como circularização, ou seja, o ingresso na Bahia, sendo compatível a descrição das mercadorias com a atividade empresarial do autuado.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 3ª JJF deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

O recorrente é acusado de haver omitido saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no período de janeiro a agosto de 2008.

De início, devo registrar que o Recurso Voluntário interposto pelo recorrente cinge-se unicamente à discussão da pretendida nulidade da autuação em razão da falta de provas de que efetivamente adquiriu as mercadorias constantes das notas fiscais que deram azo à autuação.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal entendeu por manter parcialmente a autuação com fundamento na exclusão feita pelo próprio autuante das notas fiscais cujas cópias não se encontravam nos autos, bem como foram retiradas do levantamento as notas fiscais cujas mercadorias tenham sido objeto de substituição tributária, o que corrige o erro indicado pelo recorrente.

Quanto à questão da presunção, tão combatida pelo recorrente, trata-se de instituto que tem previsão legal no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. O citado dispositivo expressa com clareza as possibilidades que autorizam a presunção, do mesmo modo que permite ao contribuinte demonstrar a improcedência da presunção pelos elementos de prova de que dispunha. Assim sendo, não resta dúvida quanto à possibilidade da aplicação do instituto da presunção, verificada a impossibilidade de se fazer o levantamento fiscal por outro roteiro.

Com respeito às notas fiscais que lastreiam a exigência fiscal remanescente, contrariando o que afirmou a d. procuradora da PGE/PROFIS, verifico que também foram obtidas junto ao SINTEGRA, entretanto, com sorte diferente daquelas que foram afastadas, pois, do que se verifica nos autos, a comprovação do ingresso das mercadorias no estabelecimento do recorrente se revela patente, inclusive com a comprovação da efetivação do negócio. Ou seja, se revela indiscutível a circulação das mercadorias em questão no território baiano com destino ao estabelecimento do recorrente, indicado como destinatário. A este propósito, e diante da tese recursal de que as mercadorias constantes das notas fiscais mantidas no novo levantamento fiscal não foram destinadas ou entregues ao recorrente, devo frisar que a Junta de Julgamento Fiscal cuidou, por via de diligência, de chamar o recorrente a comprovar que as referidas mercadorias não lhe foram efetivamente entregues, inclusive indicando diversas possibilidades de comprovação, o que não foi feito, autorizando, por via de consequência, a presunção das omissões de saídas, com a liquidez da exigência fiscal indicada no acórdão recorrido. Por tudo isso, diante dos fatos postos no presente PAF, entendo que não cabe a aplicação do princípio do *in dubio pro contribuinte*, entendendo também que reparo algum merece a Decisão recorrida.

Com respeito à tese recursal de ilegitimidade passiva, com fundamento de que não restou comprovado o recebimento das mercadorias que ensejaram a autuação, vejo que desprovida de fundamento fático, sucumbe diante dos elementos trazidos aos autos que comprovam que as mercadorias objeto da autuação tinham como destinatário o recorrente, e mais, não restam dúvidas quanto ao fato de que o recorrente as adquiriu. Assim, entendo que o argumento recursal não tem respaldo fático, o que o torna inconsistente e inócuo.

Quanto às preliminares suscitadas pelo recorrente que apontam na direção de questões que envolvem matéria Constitucional, esclareço que não serão apreciadas por força do art. 167, I, do RPAF/99, que exclui das competências deste Conselho a apreciação de tal matéria.

Ante tudo o quanto exposto, entendo que reparo algum merece a Decisão recorrida, motivo pelo qual voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269369.0111/10-9**, lavrado contra **AUTOPLAN - PEÇAS E SERVIÇOS AUTOMOTIVOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.644,63**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de fevereiro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS