

PROCESSO	- A. I. Nº 206987.0256/07-4
RECORRENTE	- MANOEL JOÃO CAVALCANTE DE JESUS (ARMAZÉM CAVALCANTE)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTARIO – Acórdão 5ª JJF nº 0140-05/11
ORIGEM	- INFAS ITABERABA
INTERNET	- 31/10/2012

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0312-12/12

**EMENTA: ICMS.** ENTRADAS DE MERCADORIAS, FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Rejeitada a preliminar suscitada. Modificada a Decisão recorrida. Auto de Infração NULO. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário que impugnou a Decisão da 5ª Junta Julgamento Fiscal, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 13/08/2007, no qual exigiu ICMS totalizando o valor histórico de R\$38.001,46, e multa de 70%, em razão da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

Consta na descrição dos fatos:

*“Em data, hora e local acima citados, encerramos a fiscalização da empresa supracitada, em cumprimento à O.S. acima discriminada, tendo sido apurada (s) as seguinte(s) irregularidade (s):*

*1ª - Contribuinte usado pela empresa: JAM CASAS BAHIA MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA, INSCRIÇÃO Nº 41.267.541/PP, para efetuar compras de móveis e eletrodomésticos e com isso obter vantagem econômica, ou seja, redução de 50% do valor de pagamento do ICMS Antecipação Parcial, artigo 352-A, § 4º e dispensa no pagamento do ICMS sobre o faturamento até R\$ 144.000,00, artigo 356-A, inciso I do RICMS, Dec. 6284/97. Durante o período em que esteve na situação de ATIVO, o contribuinte realizou compras internas e interestaduais no valor de:*

*Em 2003 – R\$ 40.018,94 (anexo);*

*Em 2004 – R\$ 101.131,67 (anexo);*

*Em 2005 – R\$ 133.079,12 (anexo);*

*Em 2006 – R\$ 148.008,74 (anexo).*

*No processo de investigação fiscal, constatamos que as operações de compra e venda foram realizadas sem intervenção do titular, Manoel João Cavalcante de Jesus ME (declaração anexa); que nos locais indicados como endereço nunca houve estabelecimento comercial instalado e que o nº do telefone de contato indicado pelos fornecedores nas notas fiscais de venda é o mesmo da empresa JAM CASAS BAHIA MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA (anexo).*

*Diante dos fatos, declaramos a perda dos benefícios fiscais do Regime Simbahia, de acordo com o artigo 408-L, inciso V, c/c dos artigos 408-S; 408-P, Dec. 6284/97, e apuramos o ICMS devido pelo Regime Normal de Apuração.”*

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal exarou a seguinte Decisão:

*“Inicialmente, rejeito as preliminares de nulidade arguidas pelo patrono da empresa, em prol da autuação, na qual figura como sujeito passivo a empresa Manoel João Cavalcante de Jesus, inscrita no cadastro estadual da SEFAZ/NA sob nº 56870031 e CNPJ nº 04.803.627/0001-31, pois o autuante no lançamento, ora em análise, obedeceu aos ditames do art. 39 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), tais como a identificação, o endereço e a qualificação do autuado, a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias, o*

demonstrativo de débito, a indicação dos dispositivos infringidos, dentre os outros listados nos incisos da citada norma legal. Portanto, foram cumpridos fielmente os princípios da legalidade, e da tipicidade cerrada, que norteiam a lavratura do Auto de Infração e o processo administrativo fiscal, haja vista que os fatos descritos como infração estão lastreados em documentos fiscais, destinados ao contribuinte autuado e encontram-se nos autos, indicando que as operações de circulação de ICMS teriam ocorrido, como será discorrido a seguir, quando da análise do mérito da autuação.

Quanto às diligências que foram por duas vezes solicitadas, por este CONSEF, para que o sujeito passivo fornecesse os documentos que estão em seu poder e dos quais mencionou expressamente na defesa, tais como a listagem das notas fiscais contidas nas DMEs, que não teriam sido consideradas no levantamento fiscal, entendo que o contribuinte ao negar possibilidade de que a diligência obtivesse êxito, assume o ônus de não ter proporcionado ao fisco a entrega de documentos que estão em sua posse, e deste modo, aplica o art.144 e § 2º, I e II, combinado com os arts. 142, e 149 A do RPAF/99, como segue:

Art. 144 – Poderá ser pedido a entrega ou exibição de documentos ou de coisa que se encontre em poder da parte contrária.

§ 2º A entrega ou exibição do documento ou coisa não poderá ser negada:

I – se houver obrigação de entregá-lo ou exibi-lo prevista na legislação aplicável;

II – se aquele que o tiver em seu poder a ele houver feito referência com o propósito de constituir prova.

Quanto à manifestação da INFIP- Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa, não foram trazidos ao processo fatos novos, nem provas documentais, e deste modo não entendo necessária a abertura de prazo para que autuante e autuado se manifestem, atendido o disposto no art. 149-A do RPAF/99.

Ressalto que não se inclui na competência deste orgão julgador a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, art. 167, I do RPAF/99.

Portanto, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade arguidas pelo sujeito passivo e passo ao exame do mérito da autuação, como segue;

Trata-se de Auto de Infração decorrente da omissão de saídas de mercadorias, por meio de entradas de mercadorias não registradas, tendo como autuado MANOEL JOÃO CAVALCANTE DE JESUS, sítio na Ave. Gov. Luiz Viana Filho, nº 894, Itaberaba, Bahia, inscrição estadual nº 56870031 e CGC 04.803.627/0001-31. A autuação decorreu de notas fiscais relativas aos exercícios de 2003, 2004, 2005, e 2006, portanto correta a aplicação da norma tributária que prevê a perda do direito de o contribuinte recolher o imposto conforme previsto no Simbahia, constada a prática de atos fraudulentos. Assim, no demonstrativo de fls. 06/12, o autuante exige o ICMS com a aplicação da alíquota de 17%, mas concede o crédito presumido, de 8%, previsto no art. 408-S, § 1º, do RICMS/97.

Da análise das peças processuais, constato que as planilhas de fls. 06 a 12, discriminam as notas fiscais de aquisições, objeto da autuação, nos exercícios de 2002, 2004, 2005 e 2006, cujas primeiras e terceiras vias estão nos autos, fls. 35 a 193, com destinação à empresa MANOEL JOÃO CAVALCANTE DE JESUS, sítio à Ave. Gov. Luiz Viana Filho, nº 894, Itaberaba, Bahia, inscrição estadual nº 56870031 e CGC 04.803.627/0001-31, das quais o patrono da empresa não contesta a legitimidade, mas chama a atenção de que “consciente que adquiriu as mercadorias objeto do lançamento que ora combate”. No Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, fl. 34, onde consta a declaração de que photocópias das notas fiscais apreendidas foram fornecidas ao autuado.

Consta também na acusação de que a omissão de entradas de mercadorias teria ocorrido no estabelecimento de fato, JAM CASAS BAHIA MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS, inscrição estadual nº 41.267.541, conforme documentos anexados aos autos, e deste modo, o cerne de toda a defesa prende-se a comprovar a inexistência de vínculos entre os acusados, o autuado a pessoa jurídica Manoel João Cavalcante de Jesus – ME, inscrito no cadastro estadual sob o nº 56.870.031, que encontra-se cancelado, conforme INC Informações do Contribuinte, desta Secretaria de fazenda, fl.15 do PAF, Editais 08/09/2005, e a empresa apontada como responsável solidário, JAM CASAS BAHIA ELETRODOMÉSTICOS LTDA, hipótese de responsabilidade solidária nos termos do CTN, que deve ser analisada pelo orgão competente, a Procuradoria do Estado da Bahia, especificamente a PROFIS, com base nas provas trazidas aos autos, e que promoverá as providências cabíveis para a cobrança do crédito tributário para o Estado da Bahia.

Outrossim, embora o patrono da empresa tenha pedido a nulidade da autuação, por analogia a outro Auto de Infração, da lavra do mesmo autuante, que teve sua nulidade decretada, consoante Acordão JJF 0014/01-08, o Auto apresentado como base para o Recurso do autuado/requerente, foi lavrado contra a firma individual Jaciara de Assis Coelho, inscrição estadual 066.673.079, no valor de R\$ 45.895,22, que, por informação verbal do autuante, trata-se da companheira de Manoel João Cavalcante de Jesus. Aquele Auto de Infração nº 206987.0257/07-0, aponta o mesmo tipo de fraude descrita no caso de Manoel João Cavalcante de Jesus, qual seja a compra em nome de terceiros, com finalidade de fraudar o fisco, cuja responsabilidade também foi

*imputada a JAM, mas, com a especificidade de que nas notas fiscais objeto da autuação não constava como destinatário a firma Jaciara de Assis Coelho, portanto outra Decisão não poderia ter ocorrido, vez que não havia uma relação entre a acusação e as provas carreadas aos autos.*

*Nesta lide, restou comprovada a existência de documentos fiscais destinados ao autuado, que foram omitidos dos registros fiscais e que geram a presunção de omissão de saídas de mercadorias anteriores, consoante a previsão contida no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96: “Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar entradas de mercadorias ou bens não registrados.”*

*Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”*

O autuado, ora recorrente, inconformado com a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, interpôs Recurso Voluntário, reiterando todos os termos da defesa, requerendo a nulidade do Auto de Infração.

Preliminamente, reiterou as razões de exclusão de sujeição passiva, tendo em vista a ausência de provas, como também, a ausência de intimação da empresa JAM para responder às infrações alegadas.

De acordo com a peça recursal, o recorrente arguiu que o presente Auto de Infração deveria ser julgado de acordo com Auto de Infração nº 2069870257-07, devendo haver uniformidade das decisões para evitar cerceamento de defesa, tendo em vista possuir os mesmos fatos narrados e lavrado pelo mesmo autuante. Ressaltou que o Auto de Infração ora mencionado teve a manutenção da nulidade absoluta, uma vez que não possuía elementos suficientes, sendo um precedente considerável.

Por fim, requereu a revisão e que fossem deferidos todos os meios de prova em direito, para que seja julgado totalmente Nulo o Auto de Infração ora impugnado.

Em seguida os autos foram encaminhados para Parecer opinativo da PGE/PROFIS. De acordo com o Parecer da i. Procuradora Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, as razões trazidas são insuficientes para provocar modificação no julgamento proferido pela primeira instância administrativa.

Arguiu que o presente processo não demonstra nenhuma similaridade com o Auto de Infração nº 2069870257-07, uma vez que as provas materiais relativas às infrações estão todas em nome do autuado, estando a sujeição passiva expressamente demonstrada e comprovada nos autos, não configurando nas hipóteses de nulidade previstas pelo art. 18 do Regulamento de processo Administrativo Fiscal.

Ressaltou que quanto ao mérito, o recorrente não trouxe provas nem argumentos jurídicos capazes de promover a modificação do julgamento e que o processo administrativo fiscal assegura ao sujeito passivo tributário todos os meios à impugnação de lançamentos em sede administrativa.

Por fim, entendeu que os argumentos do recorrente não são suficientes para modificar a Decisão e opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

## **VOTO**

Compulsando os autos, verifico que a infração trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas nos períodos de 2003 a 2006.

Em sede de preliminar, o recorrente requer a nulidade da autuação, haja vista ausência de prova, bem como a falta da devida intimação a empresa JAM CASAS BAHIA MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA, ademais traz o argumento da analogia do presente Auto de Infração com o Auto de Infração nº 2069870257-07, da lavra do mesmo autuante, que teve sua nulidade decretada, nos termos constantes no Acórdão JJF 0014/01-08.

O Auto apresentado pelo recorrente como parâmetro para o seu Recurso, foi lavrado contra a firma individual Jaciara de Assis Coelho, inscrição estadual 066.673.079, no valor de R\$ 45.895,22, que, por informação verbal do autuante, se trata da companheira de Manoel João Cavalcante de Jesus.

O Auto de Infração nº 206987.0257/07-0, usado como paradigma, aponta o mesmo tipo de fraude descrita no caso deste Auto de Infração lavrado agora contra Manoel João Cavalcante de Jesus, qual seja, a compra em nome de terceiros, com finalidade de fraudar o fisco, cuja responsabilidade solidária foi imputada a JAM CASAS BAHIA MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA. O argumento da 5ª JJF é de que *“com a especificidade de que nas notas fiscais objeto da autuação não constava como destinatário a firma Jaciara de Assis Coelho, portanto outra Decisão não poderia ter ocorrido, vez que não havia uma relação entre a acusação e as provas carreadas aos autos”*.

Com a devida vênia da referida JJF, mas o que levou a nulidade da autuação anterior não se restringiu a isto, mas considerou uma série de outras falhas procedimentais na ação fiscal, que, ao meu ver, se repetem, em certa medida, neste processo em foco, nos termos postos abaixo.

A acusação fiscal é também de presunção de omissão de saídas pela falta de registro nas entradas no estabelecimento do recorrente. Todavia, o próprio Relatório da Diligência realizada por solicitação da 5ª JJF do CONSEF, acostada à fl. 359 dos autos, demonstra que as operações comerciais foram também realizadas pela empresa JAM CASAS BAHIA MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA, cujo sócio é pessoa física diversa do recorrente. As mercadorias entravam pelo endereço da supracitada empresa, ainda que o mesmo refira-se a endereço residencial. Outros documentos arrolados na diligência comprovam que a empresa JAM assume a responsabilidade fiscal da operação. O próprio relatório afirma que as assinaturas dos canhotos das notas fiscais são de empregados da empresa acima citada, bem como o controle dos estoques.

Estes fatos são corroborados pelo informe de Inteligência Fiscal nº 4024/2009, nos termos postos às fls. 537/540 dos autos.

A assertiva do Auditor Diligente, constante no referido relatório, de que existe nexo causal entre o recorrente e a empresa supracitada, na condição de responsável solidário, não são suficientes para sanar as falhas existentes na autuação desde a lavratura do Auto de Infração, em lide.

O próprio autuante descreve no campo do AI reservado a *“Descrição dos Fatos”* que as operações de compra e venda foram realizadas sem intervenção do titular MANOEL JOÃO CAVALCANTE DE JESUS ME, e que os dados constantes nas notas fiscais de venda são da supracitada empresa JAM CASAS BAHIA MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA..

Entendo que pode ter havido a alegada fraude para obtenção de vantagem fiscal, na qual o recorrente estaria sendo usado pela empresa acima citada visando adquirir as mercadorias, consoante a descrição dos fatos constantes do AI, como já mencionado. Na verdade, neste caso a empresa JAM CASAS BAHIA MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA. é que deveria figurar no pólo passivo da lide. O próprio autuante em sua manifestação às fls. 335/336, assevera que o recorrente tentou sempre se desvincular da empresa JAM CASAS BAHIA MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA, com inscrição estadual no 41.267.541-EPP, esta, sim, a verdadeira mentora e beneficiária do esquema montado para fraudar o ICMS, no entender do autuante. Nesta esteira, o mesmo autuante ainda conclui afirmando que, apesar de toda a confusão fática e documental: *“a empresa JAM CASAS BAHIA MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA., CNPJ 04.803.627/0001-31 é a verdadeira detentora do negócio e por via de consequiência, responsável pela movimentação financeira de compra e venda e naturalmente, pelos impostos decorrentes”*.

Assim sendo, vejo que a autuação nos moldes em que se encontra, vai ao encontro ao que preceitua o art. 18, inciso IV, alínea “b”, RPAF/BA.

Por conseguinte voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar NULO o Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206987.0256/07-4**, lavrado contra **MANOEL JOÃO CAVALCANTE DE JESUS (ARMAZÉM CAVALCANTE)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de outubro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGF/PROFIS