

PROCESSO - A. I. N° 206896.1203/08-0
RECORRENTE - HUMBERTO ÂNGELO DOS SANTOS (COMERCIAL ÂNGELO DOCES)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5^a JJF n° 0255-05/11
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 26/12/2012

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0407-12/12

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 n° 7.014/96). Acostado aos autos prova da aquisição das mercadorias pelo destinatário relativa apenas a um documento fiscal. Infração parcialmente subsistente. Processada correção de erro material existente na Resolução da Decisão recorrida. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo em relação a Decisão proferida pela 5^a Junta de Julgamento Fiscal - 5^a JJF, que por intermédio do Acórdão n° 0255-05/11 julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em referência, o qual fora lavrado em 29/12/2008 para exigir ICMS no valor de R\$9.068,61, sob a acusação de ocorrência de “*Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas*”.

A 5^a JJF decidiu a lide com fundamento no Voto abaixo transscrito:

“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 n° 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 acertamento 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, recomendando 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".

Cientificado da Decisão acima, o autuado, ora recorrente, ingressou com Recurso Voluntário, iniciando com um resumo dos fatos narrando que havia pugnado pela nulidade do lançamento vez que o autuante se baseou apenas em um relatório de notas fiscais informadas por terceiros para imputar-lhe a infração. Cita notas fiscais que foram indevidamente incluídas na acusação, e

que em um universo de "mais de 500 (quinhentos) notas fiscais existentes no relatório" menos de 60 (sessenta) foram carreadas aos autos e que também não foram juntados os comprovantes de entrega das mercadorias.

Após tecer outras considerações acerca das ocorrências processuais presentes nos autos, pontua que após as retificações dos equívocos, o próprio autuante propôs a redução do débito para a quantia de R\$1.788,43. Cita excertos extraídos do acórdão da instância *a quo* destacando que a Junta de Julgamento julgou Nulo o Auto de Infração por preterição ao direito de defesa, exceto em relação à Nota Fiscal nº 37, com o valor do imposto equivalente a R\$58,23, por entender de que em relação a esse documento fiscal havia provas do recebimento das mercadorias ali indicadas.

Em seguida argui a existência de erro material contido na Resolução do Acórdão nº 0255-05/11 em razão de ali constar como devida à quantia de R\$1.788,43 enquanto que o valor que efetivamente remanesceu após o julgamento foi aquele referente à Nota Fiscal nº 37.

Em conclusão e considerando a hipótese do não acolhimento do argumento da existência do erro material acima mencionado, reitera todos os argumentos de defesa que foram aduzidos, e requer: **a) a nulidade do Auto de Infração**, já que não se fez acompanhar das notas fiscais objeto da autuação; **b) por igual**, ante a ausência de prova do cometimento da infração nem do infrator, e, **c) a total improcedência do Auto de Infração**, pois os documentos foram emitidos a sua revelia, não tendo havido entre o recorrente e os emitentes, qualquer negócio jurídico que justificasse a emissão dos documentos fiscais elencados no Relatório de Notas Fiscais Informadas por Terceiros.

Às fls. 212 e 213 dos autos, a PGE/PROFIS emitiu Parecer opinando pelo Provimento do Recurso Voluntário, ante a materialização de erro material na resolução do acórdão, visto que, a simples leitura do voto exarado pelo relator revela a existência de clara contradição entre a fundamentação do voto e a conclusão da resolução, no que se refere ao valor da exigência fiscal.

Cita que o voto proferido considera legítima tão somente a exigência fiscal relativa a Nota Fiscal nº 37, no valor de R\$58,23, em razão da identificação do recebedor das mercadorias, enquanto a Resolução consta intimação para efetuar o pagamento no valor de R\$1.788,43.

VOTO

Analizando, detalhadamente, as peças que integram os autos deste processo, vejo, sem maiores dificuldades, que são pertinentes, em parte, os argumentos do recorrente.

Originalmente, o lançamento continha o valor de R\$9.068,01. Logo em sua primeira informação fiscal, fl. 59, o autuante reconheceu que havia entregue ao recorrente, apenas uma relação contendo a numeração das notas fiscais objeto da autuação, e cita que, naquela oportunidade, forneceu cópia das notas fiscais obtidas e sugeriu que fosse reaberto o prazo de defesa.

Quando da segunda informação fiscal, fls. 135 a 137, o autuante citou que "*após proceder as devidas retificações em decorrência do fato de não termos obtido todas as cópias das notas fiscais requisitadas (...) somos pela manutenção da parte restante da autuação(...)*" sem mencionar e demonstrar qual o valor que considerava remanescente.

Adiante, em nova informação fiscal, fls. 146 e 147, ratifica o fato de não ter obtido todas as notas fiscais elencadas inicialmente na autuação, e propõe que o débito fosse reduzido para a quantia de R\$2.208,14, fl. 149.

Mais uma vez, foi processada outra informação fiscal pelo autuante, fls. 163 a 166, onde ratifica o valor do débito acima, isto é, R\$2.208,14, entretanto, procede a seguinte conclusão: "*Quanto a comprovação de que as mercadorias foram adquiridas e entregues ao autuado, tentaremos obter junto aos fornecedores as provas necessárias para o deslinde dessa situação e ao obtê-las, as apresentaremos aos autos*".

Finalmente, às fls. 178 a 181, o autuante apresentou a última informação fiscal, onde, mais uma vez, refez o levantamento, reduzindo, desta feita, o valor do débito para a quantia de R\$1.788,43, concluindo da seguinte maneira: *"É, no momento, o que temos a informar"*.

A 5ª JJF, através do voto proferido pelo i.relator, afastou os argumentos de nulidade do Auto de Infração e, ao adentrar ao mérito, objetivamente, assim se posicionou:

(...)

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.

(...)

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.

(...)

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.

Como visto, a 5ª JJF decidiu pela Procedência Parcial da autuação considerando como devido apenas o valor de R\$58,23 na forma acima indicada. Ora, como consta no aludido documento fiscal à assinatura clara do recebedor da mercadoria, fato este não elidido pelo recorrente, considero correta a manutenção do débito neste valor.

Desta maneira, considero que, apenas assiste razão ao recorrente quando aponta a existência de erro material na Resolução que integra o Acórdão nº 0255-05/11, situação esta que poderia ser sanada mediante simples retificação do Acórdão, entretanto, como tal ocorrência veio no bojo do Recurso Voluntário, voto pelo seu PROVIMENTO PARCIAL apenas para se processar a aludida retificação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para retificar a ocorrência de erro material constante na Resolução da Decisão recorrida e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206896.1203/08-0, lavrado contra **HUMBERTO ÂNGELO DOS SANTOS (COMERCIAL ÂNGELO DOCES)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$58,23**, 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, 13 de dezembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

MARIA OLIVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS