

A. I. Nº - 269610.0033/09-5
AUTUADO - JOELSON TORRES SOARES
AUTUANTE - GILSON GILENO DE SÁ OLIVEIRA
ORIGEM - INFRAZ ITABERABA
INTERNET - 15.05.2012

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0087-02/12

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. OMISSÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. MULTA. A falta de informação de entradas de mercadorias na DME possibilita a aplicação de multa de 5% sobre o valor comercial das mercadorias não informadas. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente comprovada. 2. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. Excluídas as notas fiscais não acostadas aos autos pelo autuante. Infração parcialmente mantida. Não acolhidas as arguições de nulidade. Negado o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/12/2009, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$113.098,98, decorrente de:

INFRAÇÃO 01 – 16.05.26 – multa de 5%, no valor de R\$ 45.850,50, por ter omitido entradas de mercadorias no estabelecimento nas Informações Econômico-fiscais apresentadas através de DME – Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de pequeno Porte. Consta ainda da acusação: Conforme entradas do contribuinte informados em SINTEGRA de terceiro. A infração foi embasada na planilha acostada à folha 28, na qual é indicado os valores à título de “Entradas informadas no SINTEGRA de terceiros”.

INFRAÇÃO 02 – 05.03.02 – omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, com ICMS devido no valor de R\$ 67.248,48. A infração foi embasada na planilha acostada à folha 27, na qual é indicado os valores à título de “SINTEGRA terceiros”.

O autuante acostou planilhas às folhas 06 a 15 (exercício de 2004) e 16 a 26 (exercício de 2005) com os valores da listagem do SINTEGRA.

O autuado em sua manifestação defensiva, folhas 109 a 129, preliminarmente, requer nulidade do Auto de Infração, alegando que a autuação padece de vício insanável, posto que a fiscalização descumpriu o art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF). Com efeito, os valores que serviram de base para o levantamento e apuração do crédito tributário são desconhecidos do autuado.

Assevera que é comum o preposto fiscal ao constatar uma suposta infração baseada em informações colhidas no SINTEGRA, fornecer ao contribuinte a listagem contendo os dados do fornecedor e do documento fiscal para conferência e verificação da empresa que está sendo fiscalizada e, após o exame esta responder se realmente efetuou ou não aquelas aquisições de mercadorias constantes dos relatórios apresentados pelo fisco, o que ocorreu no presente caso, cerceando o direito de defesa, razão pela qual pede a nulidade do presente auto de infração.

Ressalta que, além dessas deficiências acima indicadas, outra grave e totalmente prejudicial à defesa decorre do recebimento dos anexos sem a prova material da aquisição total de mercadorias que totalizou as quantias de R\$ 398.545,57 em 31.12.2004; 518.464,64 em 31.12.2005;

estes valores por si de supostas compras não registradas, com a repercussão no caixa, antecipação parcial, substituição tributária, gerou o crédito tributário de 45.850,50. Os valores apurados serviram de base de cálculo para a apuração da infração e tem como base a diferença encontrada entre estes valores extraídos do SINTEGRA e os declarado através da DME.

Frisa que a suposta infração sustentada pela fiscalização, diante do que recebeu a impugnante, denota cerceamento e prejuízo da defesa, requerendo a conversão do feito em diligência, propiciando à impugnante receber tais anexos, demonstrativos e canhotos das notas fiscais, para providenciar impugnação amparada no devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Noutra ponta, a Fiscalização deixou de dar o devido cumprimento às disposições do Código Tributário Nacional, em seus artigos 108, inciso I e 196, que obriga a lavratura do AIIM no local da verificação da infração, isto é, no próprio estabelecimento fiscalizado, conforme o melhor entendimento doutrinário, tornando-o ineficaz e nulo de pleno direito, quando lavrado na própria Repartição Fiscal, como ocorreu no presente caso, aplicando-se a mesma regra aos autos lavrados em escritório do Agente Fiscal ou em qualquer outro local diverso do estabelecimento fiscalizado. Assim, se o auto é lavrado fora do local, sem sequer serem pedidas ou solicitadas explicações ou esclarecimentos por escrito, de eventuais falhas ou irregularidades, inegável a quebra do contraditório.

Outra preliminar de nulidade argüida, é que o agente fiscal baseia a autuação em normas regulamentares e não em lei, e assim sendo tornando a presente autuação nula por vício formal.

Aduz que, mais claro, preciso e específico, ainda, é o disposto no artigo 97, inciso V do CTN, onde “(...) Somente a lei pode estabelecer: (...)V - a combinação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas; (...)”, reafirmando assim o dispositivo constitucional, e consagrando princípio do direito penal, “*onde nulla poena sine lege*”, pois “*as sanções aplicáveis face à violação da legislação tributária requerem expressa previsão em lei, em sentido estrito*”. Assim, obviamente, tem entendido nossos Tribunais Judiciais, pois “*somente à lei é dado estabelecer ou disciplinar obrigações tributárias, definir infrações e cominar penalidades*”. *Não podem fazê-los os Decretos regulamentares ou os atos administrativos* (grifos da defesa);

No mérito, assevera que a infração 01, de acordo com os anexos, que são partes integrantes do auto de infração uma parte do valor se refere às NOTAS FISCAIS DE COMPRA, captadas no SINTEGRA, as quais, que não tivemos ciência e não adquiriu as referidas mercadorias, sendo a multa totalmente descabida pelo seguinte: O valor informado na DME do autuado está correto; A base de cálculo da multa, ou diferença apurada é irreal; Não há qualquer documento que comprove a suposta diferença.

Argumenta que para prosperar a suposta diferença encontrada é imprescindível que se forneça ao autuado a prova material que deu origem as referidas diferenças, estes, acompanhados dos canhotos das notas fiscais, já que o autuado informou integralmente as notas fiscais e o valor das compras realizadas no exercício de 2004 a 2005 no DME, estas, entregues ao preposto fiscal durante o levantamento fiscal.

Quanto a infração 02, aduz que o valor apurado de saldo credor de caixa é o reflexo da apuração irreal de entradas de mercadorias através de informações captadas no SINTEGRA. Basta que se deduzam os referidos valores para constatar que o caixa da empresa apresenta saldo devedor.

Salienta que apresentou seu livro CAIXA devidamente escriturado ao preposto fiscal. Não houve qualquer correção no livro caixa da empresa, então, a inclusão de supostos valores advindos de fontes desconhecidas do autuado é totalmente improcedente e caracteriza cerceamento do direito de defesa. Há também dupla penalidade, já que, se aplicou a multa de 5% como comentado no item anterior e, agora é utilizado os mesmos valores, para estourar o caixa do autuado.

Entende que, diante do exposto, se faz necessário a comprovação da aquisição das supostas mercadorias através de entrega dos CANHOTOS DAS NOTAS FISCAIS ao autuado, daquelas notas

captadas no SINTEGRA, para que se confirme ou não a aquisição daquelas mercadorias. Mesmo se fosse real os valores apresentados pelo fiscal, haveria de se averiguar se as referidas mercadorias foram pagas a vista ou a prazo. Na segunda hipótese, o caixa da empresa não sofreria qualquer alteração.

Reitera que não há qualquer prova material de pagamento das referidas mercadorias, assim, o lançamento é insubstancial e nulo de pleno direito.

Tece comentários sobre tributos e sua apuração, asseverando que os lançamentos procedidos pela autuada, em confronto com relatórios SINTEGRA, demonstram com inequívoca clareza a irregularidade dos lançamentos de ofício, em face da não validade jurídica da referidas informações digitais, pois, desprovida de autenticidade.

Diz que as multas aplicadas de 5%, 70%, 50% são exorbitantes e inconstitucionais, ainda considerou base de cálculo equivocada, não podendo prosperar, caso mantida a autuação.

Diz que as multas nos percentuais de 50% e 70% aplicadas são absolutamente arbitrárias, ante os fatos ocorridos, o lícito procedimento da impugnante e as supostas infrações atribuídas, insubstinentes, citando entendimento doutrinário sobre o tema.

Observa que o percentual de 5%, tornando-se, assim, totalmente arbitrária a penalidade, incidiu sobre o montante das entradas fictícias baseadas no SINTEGRA, significando que essa base de cálculo para a aplicação da multa está equivocada.

Entende que taxa SELIC é ilegal e inconstitucional, requerendo seja, na eventualidade de se manter a autuação, excluídos os juros aplicados, citando decisão de outro tribunal.

Requer a realização de perícia contábil.

Ao final, requer a nulidade ou improcedência do Auto de Infração e protesta, ainda, pela produção de todas as provas admitidas, notadamente documental e pericial, conversão do feito em diligência.

Na informação fiscal, fls. 132 e 133, o autuante entende que:

- 1- a defesa nada impugna de concreto;
- 2- todos os demonstrativos produzidos foram recebidos pelo contribuinte como se afere de sua assinatura, em protocolo, em cada documento constante no PAF.
- 3- o local de lavratura do AI não pode ser o estabelecimento porque lá não está disponível o sistema automatizado utilizado para lavratura.
- 4- o AI não se baseou em normas regulamentares (exclusivamente). Para cada exação, consta claramente a lei em que ela se baseia, bastando ver o AI.
- 5- No mérito, o contribuinte nada impugna de concreto, limitando-se a fazer vagas considerações sobre teses superadas de Direito Tributário.
- 6- Sobre o pedido de canhoto de Notas Fiscais, é salutar esclarecer que o Direito Tributário não exige dupla prova das alegações fiscais. Uma vez que fornecedores diversos (que realizaram com a autuada inúmeras outras operações, que a autuada reconhece), fazem declarações legais de que comercializaram mercadorias para a autuada, cabe à autuada, militando na elisão da presunção *juris tantum*, contactar estes contribuintes e cobrar-lhe satisfações, querendo.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

O PAF foi convertido em diligência pela 4ª JJF, para que fossem acostados aos autos cópias das notas fiscais constantes da listagem do SINTEGRA, fls. 06 a 26, as quais embasaram as infrações 01 e 02 constante do Auto de Infração.

Em resposta a diligência requerida, o fiscal autuante, fls. 146, assegura que efetuou a circularização junto aos fornecedores do contribuinte autuado, sendo levantados os documentos que acostou aos auto e informa que os demonstrativos foram refeitos para espelhar tal situação,

opinando pela procedência parcial da autuação, nos valores consignados nos demonstrativos às folhas 152 e 153, conforme segue:

INFRAÇÕES	ANOS	ICMS DEVIDO	MULTA DEVIDA
1	2004		19.521,97
1	2005		25.923,23
2	2004	13.463,98	
2	2005	49.029,93	
TOTAL		62.493,91	45.445,20

Às folhas 189 a 1.666 acostou cópia das notas fiscais.

O autuado foi intimado do resultado da diligência, fls. 1.668, tendo recebido cópias da conclusão, dos novos demonstrativos e das notas fiscais, sendo intimado da reabertura do prazo de defesa, em 30 dias.

Às folhas 1.671 e 1.672, o contribuinte reconheceu, expressamente, os valores apurados na revisão fiscal em relação a infração 01, R\$ 19.927,27 para o exercício de 2004 e R\$ 25.923,23 para o exercício de 2005, e na infração 02 reconheceu o valor relativo ao exercício de 2004 de R\$13.463,98 e, em relação ao exercício de 2005, no qual houve agravamento do valor autuado, reconheceu o valor consignado no Auto de Infração, ou seja, R\$ 46.222,43, totalizando R\$ 105.536,91.

Às folhas 1.679 a 1.681, foi acostado relatório do SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, constando o parcelamento do valor histórico de R\$ 105.536,92.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir ICMS e aplicar multa decorrentes de 02 (quatro) infrações, acima relatadas.

Em relação a argüição de constitucionalidade das multas aplicadas e da taxa SELIC, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito, além do que a multa aplicada, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mas especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Ademais, quanto à taxa SELIC, já é entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que ela pode ser utilizada como índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários apontados a partir de 1º de janeiro de 1996, a exemplo da Decisão do STF no AgRgno Resp. nº 722595/PR, além do que a norma do Art. 161, § 1º, do CTN, referenciado pelo recorrente, tem natureza supletiva, aplicando-se apenas quando não haja lei disposta de modo diverso, não sendo esta a hipótese dos autos, já que a legislação estadual prevê a aplicação da taxa SELIC no cálculo dos acréscimos moratórios, como citado acima, e sobre tal ato normativo não há qualquer pecha de constitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário.

Não podem ser acolhidas as preliminares de nulidade requeridas pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

No que tange a argüição de nulidade do Auto de Infração, por se basear em disposições regulamentares, em vez de disposições legais, entendo razão não assistir ao sujeito passivo, uma

vez que a autuação baseia-se na Lei nº 7.014/96, que no Estado da Bahia impõe as regras relativas ao ICMS dentro da competência tributária estadual. Ocorre que a lei do ICMS tem suas diretrizes regulamentadas pelo Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto Estadual nº 6.284/97. Portanto, no Auto de Infração estão corretamente mencionados dispositivos regulamentares que apenas disciplinam, detalhadamente, a forma como devem ser cumpridas as obrigações tributárias principal e acessórias que estão já legalmente previstas. O enquadramento das infrações e a tipificação das multas estão em conformidade com as disposições legais e regulamentares. Ademais, nos termos do art. 19 do RPAF/99, *a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.* Assim, não acolho a nulidade arguida sob esse argumento.

Relativamente a alegação relativa a base de cálculo e falta de entrega das notas fiscais que embasaram a autuação, devo ressaltar que o PAF foi baixado em diligência, tendo o autuante acostado cópia da notas fiscais e excluído da infrações as que não foram localizadas, tendo o autuado recebido cópia do resultado da diligência e dos documentos fiscais remanescentes nas imputações, e devolver ao autuado o prazo de 30 dias para defesa, tendo o contribuinte parcelado o valor apurado na revisão.

No tocante ao local da lavratura do Auto de Infração, igualmente não pode ser acolhido a argüição defensiva, uma vez que o RPAF/BA no art. 39 - § 1º determina: "*O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.*" Assim, não existe motivação para decretação de nulidade como pretende a defesa.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não podem ser acolhidas as arguições de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Quanto ao pedido de perícia, formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, "a" e "b", do RPAF/99.

No mérito, observo que o sujeito passivo parcelou os débitos remanescentes, após receber cópia do resultado da diligência, a qual acostou cópia das notas fiscais e revisou os levantamentos que embasaram a autuação, excluindo algumas documentos fiscais que não foram acostados aos autos pela diligência.

Tal fato, em meu entender, encerra a presente lide em relação as infrações 01 e 02, pois o autuante revisou os valores apurados e o sujeito passivo acatou os novos valores, conforme consta do relatório do SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, constando o parcelamento do valor histórico de R\$ 105.536,92, folhas 1.679 a 1.681 dos autos.

A defesa apenas não reconheceu o valor relativo ao agravamento da infração 02 relativa ao fato gerador ocorrido em 2005, que segundo o autuante o deveria ser majorado de R\$46.222,43 para R\$ 49.029,93, o que não é possível na presente lide, devendo ser objeto de nova ação fiscal.

De acordo com o disposto no Art. 156, do RPAF/99, por encontrar-se evidenciado o agravamento da infração 02, exercício de 2005, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal.

Assim, entendo que as infrações prestaram parcialmente caracterizadas, nos valores apurados na revisão fiscal em relação a infração 01, R\$ 19.927,27 para o exercício de 2004 e R\$ 25.923,23 para o exercício de 2005, e na infração 02 o valor relativo ao exercício de 2004 de R\$13.463,98 e, em relação ao exercício de 2005 o valor de R\$ 46.222,43, totalizando R\$ 105.536,91.

Diante do exposto, voto pela PORCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme abaixo, homologando-se os valores efetivamente recolhidos:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	ICMS DEVIDO	MULTA DEVIDA
1	PROCEDENTE EM PARTE		45.445,20
2	PROCEDENTE EM PARTE	59.686,41	
TOTAL		59.686,41	45.445,20

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269610.0033/09-5**, lavrado contra **JOELSON TORRES SOARES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor no valor de **R\$59.686,41**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multa por descumprimento de obrigações tributárias acessórias no valor de **R\$45.850,50**, previstas nos incisos XII-A, do citado diploma legal, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2012

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR