

A. I. Nº - 233014.0155/09-2  
AUTUADO - HAWAI INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.  
AUTUANTE - WILSON APARECIDO OLIVEIRA BASTOS  
ORIGEM - INFAZ ITABERABA  
INTERNET - 03.10.2012

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0246-04/12

**EMENTA:** ICMS. 1. DME. OMISSÃO DE DADOS. MULTA. Infração descaracterizada por diligência fiscal. 2. ARBITRAMENTO. PRÁTICA DE SONEGAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Infração reconhecida e valor reduzido em face de exclusão de notas fiscais. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/03/10, exige ICMS no valor de R\$42.291,72, acrescido de multa de 100%, além da aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$5.190,48 relativo às seguintes infrações:

01. Omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas informações Econômico-Fiscais apresentadas através de DME, tendo sido aplicada multa - R\$5.190,48.
02. Deixou de recolher ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao Fisco de documentação fiscal e contábil - R\$42.291,72.

O autuado na defesa apresentada (fls. 34/47), inicialmente discorre sobre as infrações e afirma que em que pese o esforço e dedicação do autuante não houve as infrações imputadas.

Comenta os fundamentos jurídicos da obrigação de pagar tributos, necessidade de identificar a hipótese de incidência com base em elementos: Pessoal, material, espacial e temporal.

Alega que sem que todos estes elementos tenham sido verificados, é impossível nascer o dever de pagar tributos nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN).

Ressalta que o procedimento administrativo deve obedecer aos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada configurando conteúdo material da norma legal, conforme preconiza o professor Alberto Xavier. Tece comentários sobre o imposto incidente sobre as operações de circulação de mercadorias, normatizado pela Lei Complementar 87/96 e afirma que cumpre dessa forma “demonstrar que são totalmente inverossímeis os fatos elencados pela Autuante no Auto de Infração que ora se combate”.

Discorre sobre a presunção da ocorrência de fato gerador do ICMS (art. 2º, §3º do RICMS/BA), salientando que a mesma admite prova em contrário. Indaga se o legislador ordinário pode utilizar presunções, ficções e indícios como regras jurídicas de obediência ilimitada, entende que não, face às necessidades de que as regras devem estar amparadas por princípios fundamentais da estrita legalidade e tipicidade, não podendo o legislador ultrapassar este limite.

Discorre sobre prova processual e jurisprudência do CONSEF que “apurado no mesmo exercício omissão de saídas e omissão de entradas lança-se apenas a infração de maior valor”.

Transcreve texto de autoria de doutrinadores acerca da prova, ônus da prova, princípio da verdade material prevalente no processo administrativo, presunções tributárias, princípio da inquisitorialidade para reforçar o seu posicionamento de que o Fisco não pode criar presunções absolutas ou relativas que invertam o ônus da prova, exigir prova negativa ou prova reversa.

Afirma que o “autuante tomou como base para arbitramento os valores constantes das notas fiscais relacionadas pelo SINTEGRA, sem contudo, ter diligenciado nos respectivos emitentes das notas para instruir o PAF e possibilitar o exercício do direito de defesa, pois a autuada nega a aquisição das mercadorias constantes das notas fiscais relacionadas no SINTEGRA”.

Argumenta que não havendo indícios concretos de ocorrência de fato gerador, o lançamento deve ser desconstituído, nos termos do art. 333 do CPC.

Discorre sobre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, cita parte de texto de doutrinadores para reforçar o posicionamento de que a administração pública deve revisar os seus atos ilegais ou inconstitucionais independente de recursos judiciais.

Ressalta que no processo administrativo fiscal deve prevalecer o princípio da verdade material, possibilidade de converter o processo em diligência para conhecer os verdadeiros fatos envolvidos no processo. Requer a realização de diligência para carrear provas ao processo ou declarar a improcedência do lançamento.

O autuante presta informação fiscal (fls. 52/53), discorre sobre a defesa e diz que os relatórios do SINTEGRA gozam de presunção de veracidade que corresponde a declarações de terceiros passados por meio magnético, de natureza declaratória que entende constituir prova documental.

Ressalta que o mesmo sistema que emite notas fiscais gera o arquivo SINTEGRA, não havendo diferença entre a informação do arquivo magnético e da constante na nota fiscal emitida contra o destinatário. Entende que o Fisco leva em consideração o princípio da boa-fé por parte do fornecedor do arquivo e se o destinatário não reconhece as operações informadas pelo emitente das notas fiscais, “cabe a ele também, nesta hipótese, alegar e comprovar falsidade ou fraude documental destes documentos para desconstituir a presunção *júris tantum* de veracidade de que gozam os documentos declaratórios do SINTEGRA”. Requer a procedência do Auto de Infração.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal tendo o mesmo se manifestado às fls. 58/62. Preliminarmente diz que a defesa se reporta à infração 2, mas como ambas as infrações estão suportadas com base nos arquivos do SINTEGRA, a mesma deve ser extensiva também à infração 1.

Em seguida fez uma síntese dos fatos, defesa, informação fiscal e reitera os termos da defesa.

Indo a julgamento este auto foi tido como NULO (Acórdão JJF Nº 0040-04/11) e, em razão de Recurso de Ofício, a 2ª CJF através do Acórdão 0376-12/11, decidiu pela NULIDADE da decisão da Primeira Instância, devolvendo o PAF a esta para providências saneadoras do AI.

Por consequência, conforme pedido de fl. 98, o PAF foi convertido em diligência à Infaz de origem para que o autuante juntasse cópia das notas fiscais relacionadas no demonstrativo SINTEGRA e outros documentos de prova das operações que retratam e refizesse os demonstrativos excluindo as notas fiscais cujas cópias não juntasse, indicando que, após as providências, o autuado deveria ser cientificado com entrega de cópia dos novos demonstrativos e documentos juntados com reabertura do prazo de defesa.

Na diligência, conforme fl. 101, o autuante ajustou o lançamento como pedido, resultado do trabalho a eliminação da infração 01 e redução da exigência pela infração 02 de R\$ 30.539,23 para R\$ 10.282,61 (2006) e de R\$ 11.752,49 para R\$ 4.535,68 (2007).

Intimado para ciência da Informação Fiscal (fl. 220), às fls. 223-224, o autuado se manifesta.

Embora dizendo reiterar os termos da defesa inicial, impugna apenas o memorial de cálculo dos novos valores exigidos pela infração 02, dizendo que nos exercícios fiscalizados estava inscrito no sistema de apuração simplificado de ICMS e, portanto, na metodologia aplicada não se considerou o CRÉDITO PRESUMIDO de direito, razão pela qual, conforme quadro demonstrativo que faz, reconhece devido R\$ 5.443,74 no exercício 2006 e R\$ 2.401,25 no exercício 2007.

## VOTO

O Auto de Infração trata da aplicação de multa em decorrência da constatação de omissão de entrada de mercadorias nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME e exige ICMS relativo a apuração do imposto por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude de falta de apresentação ao Fisco de documentação fiscal e contábil.

Ambas as infrações decorrem de valores contidos no relatório SINTEGRA que a fiscalização presumiu veracidade. A ausência das notas fiscais nos autos e outros elementos probantes, bem como a falta de entrega de cópia dos documentos ao autuado e a ausência de Termo de Fiscalização circunstanciando a motivação do arbitramento aplicado pela infração 02, motivaram a anulação do lançamento tributário de ofício no julgamento de primeira instância deste CONSEF. Entretanto, tal entendimento não foi corroborado pela instância recursal deste órgão que, vendo nos autos elementos suficientes a ensejar a aplicação do arbitramento e entendendo que os demais vícios seriam saneáveis, anulou a decisão prolatada pela JJF, retornando os autos para as providências cabíveis.

Como visto no relatório, em função de diligência os valores exigidos neste AI foram ajustados eliminando-se a infração 01 e reduzindo o imposto cobrado pela infração 02. O novo valor foi reconhecido devido pelo autuado, uma vez que o contestou apenas com o argumento da não consideração do crédito presumido tendo em vista sua inscrição no sistema de apuração simplificado do ICMS no período em que foi fiscalizado.

Ponderando as razões de acusação e defesa e analisando os autos, em especial os demonstrativos do arbitramento da base de cálculo (fls. 102 e 160), vejo que a razão assiste ao autuante, pois no cálculo do valor exigido foi considerado o crédito fiscal destacado nas notas fiscais de aquisição de mercadoria que foram juntadas aos autos.

A Lei nº 7.357/98, que instituiu o Simbahia, em seu art. 19, determina que o imposto deve ser exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, quando se constatar quaisquer das situações previstas nos seus arts. 15, 16, 17 e 18. O caso em análise enquadra-se no art. 15, V (incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, a critério da autoridade competente), da citada Lei, ou seja, houve a ocorrência da prática de infração de natureza grave prevista no art. 915, IV, “i”, do RICMS-BA-97, pois o imposto devido foi apurado pelo regular arbitramento da base de cálculo previsto no art. 937, I, do citado regulamento.

Assim, está correto o cálculo do imposto com a aplicação da alíquota de 17%, ou seja, pelos critérios normais de apuração e o crédito fiscal de direito do contribuinte foi concedido nos termos do §2º do art. 938, do RICMS-BA-97 (R\$ 8.544,28 em 2006 e R\$ 4.520,63 em 2007), não tendo pertinência a alegação defensiva de falta de concessão do crédito presumido de 8% do valor das saídas, opção só aplicável caso não se constataste o crédito de direito destacado nos documentos fiscais das entradas das mercadorias no estabelecimento.

Portanto, acolho os demonstrativos de fls. 102 e 160 e voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 14.818,29, sendo R\$ 10.282,61, relativo a 2006 e R\$ 4.535,68 a 2007.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233014.0155/09-2**, lavrado contra **HAWAI INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.818,29**, acrescido da multa de 100%, prevista no artigo 42, inciso IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de setembro de 2012.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR