

A. I. N° - 232941.1008/12-7
AUTUADO - J MERINO PRODUTOS PARA PANIFICAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - KLEITON GUSMÃO SCOFIELD
ORIGEM - INFAS TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 26.06.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0112-02/13

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS. OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS. RECEITAS NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado que a ação foi iniciada em virtude dos fatos apurados pela Inspetoria Fazenda de Investigação e Pesquisa (INFIP), conforme Comunicação Interna nº 0048/2011 e respaldado pelo Mandado de Busca e Apreensão expedido pelo Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Feira de Santana, em ação conjunta da SEFAZ com Secretaria de Segurança Pública foram apreendidos diversos livros e documentos fiscais e arquivos magnéticos e computadores, onde foram apurados que o contribuinte emitiu 2.432 (duas mil quatrocentos e trinta e duas) notas fiscais de saída de mercadorias sem o lançamento devido nos livros fiscais e consequentemente sem o devido pagamento do ICMS, caracterizando omissão de saídas. Os documentos não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias efetuadas regularmente, sujeitas ao imposto. Contribuinte excluído do regime diferenciado Simples Nacional, deverá recolher o ICMS pelo regime Normal. Previsão legal para aplicação de multa pelo descumprimento da obrigação principal. Rejeitado os pedidos de nulidade. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 10/12/2012, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$728.732,89, em razão de: 01 - 05.05.03 – Omissão de saída de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios.

Consta da descrição dos fatos que foi observada a emissão de 2.432 (duas mil quatrocentos e trinta e duas) notas fiscais de saída de mercadorias sem o lançamento devido nos livros fiscais e consequentemente sem o devido pagamento do ICMS, caracterizando omissão de saídas.

Consta, ainda, no corpo do Auto de Infração, após a indicação dispositivos legais, que a referida documentação fiscal foi entregue através da Inspetoria Fazenda de Investigação e Pesquisa (INFIP), conforme comunicação interna nº 0048/2011.

O autuado mediante advogados habilitados nos autos, folhas 2.417 a 2.429, inicialmente, requer que as futuras notificações e/ou intimações sejam enviadas exclusivamente aos seus patronos, no endereço que indica, em nome dos advogados subscritores da defesa.

Aduz que os fatos não se deram da forma como narrada no Termo de Encerramento de Fiscalização, que ensejaram a autuação, sendo que, na sua maioria, a conclusão do Auditor Fiscal que o lavrou decorreu de “*mera presunção*”.

Argui nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, por afrontar aos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa, transcrevendo o inciso LV, do art. 5º da CF. Frisa que tais princípios desempenham papel fundamental no processo administrativo, apresentando inúmeros desdobramentos práticos, razão pela qual torna-se necessária uma análise dos mesmos. Aduz que no caso em tela, o auto de infração não atende ao preceituado no dispositivo legal, pois da descrição elaborada pelo autuante, não se permite ao contribuinte identificar a origem do suposto crédito tributário exigido, impossibilitando por completo o exercício do direito ao contraditório e a ampla defesa, exatamente por que laborou à base de presunção e na peça acusatória não transparece com exatidão a origem do crédito exigido.

Entende que houve afronta ao princípio da moralidade administrativa, argumentando que a atuação do fiscal encontra-se limitada pelos princípios gerais de direito, mais notadamente os de ordem constitucional, de modo que durante o exercício de suas atribuições não lhe é dada a faculdade de utilizar-se de todo e qualquer meio. Salienta que essas limitações não constituem meras recomendações comportamentais, mas sim constituem normas de cunho constitucional. Diz que no presente caso, em nenhum momento houve solicitação formal de documentos, razão pela qual é imprópria e inadequada a alegação do Fiscal de que “o trabalho foi prejudicado pela falta de documentação que o tornasse viável”. Aduz que a conduta do autuante não foi leal ou ética, constituindo afronta direta aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial o princípio da moralidade pública, insculpido no artigo 37 da Constituição Federal, citando doutrina sobre o tema.

Ressalta que a questão se relaciona ao fato de que a fiscalização afirma que teriam sido realizados vendas sem o registro fiscal, todavia baseou-se única e exclusivamente em “*PEDIDOS DE COMPRA*”, que não são suficientes para caracterizar a venda e a circulação da mercadoria, muito menos o recebimento de créditos pela Autuada, o que demonstra que o Fiscal não agiu lealmente, em conformidade com os princípios informadores do Processo Administrativo Fiscal, sobretudo o da Moralidade Administrativa, pelo que se requer a nulidade do presente auto de infração, nos termos da doutrina e jurisprudência ora considerada.

Aduz que houve afronta ao devido processo legal e a ilicitude das provas, salienta que o auto de infração foi lavrado com base em documentos coletados na empresa durante a fiscalização, e para tanto se valeu de qualquer coisa, ainda que nele não existisse prova de comercialização de produtos. Diz que os documentos que embasam a autuação não são aqueles que o autuante tenha o direito de exigir nem, tampouco, os que o contribuinte tem o dever de conservar ou exibir, “*pois foram utilizados pedidos de compra*”, que não representam e comprovam a atividade mercantil, muito menos, como já dito, a venda efetiva e a entrega da mercadoria, em suma, a circulação do bem, transcrevendo o inciso LVI, do art. 5º da Constituição Federal, que trata de prova ilegal, e decisão do STF que trata de falta de autorização para prática de atos.

Reitera que o presente processo administrativo “*se embasa única e exclusivamente em documento inservível como prova – pedidos de compra*”, assim como em meras presunções do Fiscal, o que denota a ilicitude da prova e que o torna eivado de vício insanável e, portanto, nulo de pleno direito.

No mérito, após reproduzir a imputação, frisa que a falha cometida foi a do não cancelamento de notas de vendas que não se concretizavam, por conta de desistência de alguns clientes, sendo que a autuada, na ânsia da realização de negócio, chegou a emitir algumas notas, mesmo antes de confirmar a venda e a entrega da mercadoria, reiterando, mais uma vez, que a “*fiscalização baseou-se em lançamentos realizados a título de PEDIDOS DE COMPRA*”, que não representavam a venda, muito menos o fato gerador do ICMS que é a circulação de mercadoria, transcrevendo o inciso I do art. 1º, da Lei Estadual 7.014/96.

Observa que o Auditor Fiscal afirma que “*depois não se vê o registro destas notas fiscais com os valores apontado no demonstrativo, o que pressupõe omissão de receitas*”. Aduz que a fiscalização não existe para supor, pressupor, presumir ou coisa que o valha, mas sim para constatar e provar o fato, a sua materialidade, pois o contribuinte não pode ficar à mercê de suposições ou de presunções da fiscalização.

Destaca que o art. 4º, da Lei nº 7.014/96, também é preciso quando afirma que: “considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;”, inexistindo, na Seção II, do dispositivo legal, qualquer previsão de que o registro em “pedido de compra”, e até mesmo a mera emissão da Nota Fiscal, sejam caracterizadores da ocorrência do fato gerador a incidir o ICMS.

Salienta que a única presunção admitida neste particular é a que se acha prevista no § 5º, do inciso VI, do art. 4º, ora em comento, quando se refere à falta de comprovação da saída de mercadoria do território estadual pelo proprietário, transportador ou condutor do veículo, quando exigida, quando então autoriza a presunção de que tenha ocorrido sua comercialização no território baiano. Fora isso, não há que se falar em presunção.

Ao tratar do tema “*Inexistência de Notas Fiscais de Entrada de Farinha de Trigo*”, salienta que o autuante afirmou que não foram lançadas as 1ªs. vias de notas nos livros fiscais próprios, e que foram encontradas poucas notas fiscais de entrada de farinha de trigo e que, por essa razão, o tributo antes calculado à base de 1%, seria tributado pela alíquota máxima de 17%, sobre o valor total dessas notas fiscais encontradas mensalmente. No entanto, como se vê do auto de infração, em nenhum dos dispositivos suscitados pelo autuante há a autorização para que se abandone a alíquota base de 1% para que, em punição, se aplique a alíquota máxima do ICMS de 17%.

Argumenta que a autuada já havia sido punida com a sua exclusão do SIMPLES. Afirma ser uma verdadeira perseguição lançada pela chefia da Inspetoria Regional, sem base legal, a majorar absurdamente a tributação sobre a comercialização de um produto que recebe proteção dos Governos Federal e Estadual, especialmente por se constituir em matéria prima do mais rudimentar dos alimentos, que é o pão.

Sustenta que, não subsistem razões para a majoração do tributo, especialmente porque, se o descumprimento de obrigação tributária existiu, este se relaciona com obrigação acessória, qual seja a da não escrituração, para a qual o RICMS já prevê multa, sendo absolutamente descabida a modificação da alíquota, que ao invés de permitir ao contribuinte a regularização de sua situação, poderá resultar no encerramento de suas atividades, haja vista se constituir em empresa de pequeno porte, como a sua movimentação financeira revela.

Ao final, requer, alternativamente, nulidade, improcedência da autuação, que sobre o valor apurado seja aplicada a alíquota de 1% (um por cento) e protesta pela produção de outras provas em direito admitidas, reiterando que as comunicações desta repartição sejam enviadas ao endereço do subscritor da presente.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 2.434 e 2.435, ressalta que a defesa não apresentou nenhum fato novo capaz de modificar ou anular a autuação, afirmado que:

- 1- Todos os dados necessários à formação do Auto de Infração foram observados.
- 2- Não houve atrito entre o autuado e o autuante.
- 3- Recebeu o processo das mãos do Inspetor que por sua vez recebeu da INFIP, e as notas fiscais neste caso são suficientes para provar vendas de mercadorias.
- 4- Em nenhum momento foi desleal.
- 5- Não utilizou pedido de compra e sim as primeiras vias das notas fiscais de saída.
- 6- Trabalhou com a documentação entregue pela INFIP;
- 7- A base da autuação foi conforme notas fiscais de saída, documentos acostado aos autos.

8- A presunção está na base legal do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

VOTO

Após as análises dos elementos constantes dos autos, verifico que foi imputado ao sujeito passivo ter omitido saída de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios.

Ressalto que conforme consta do corpo do Auto de Infração e no Auto Circunstanciado de Arrecadação, fls. 08 e 09 dos autos, a ação fiscal decorreu em virtude dos fatos apurados pela Inspetoria Fazenda de Investigação e Pesquisa (INFIP), conforme Comunicação Interna nº 0048/2011 e respaldado pelo Mandado de Busca e Apreensão expedido pelo Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Feira de Santana, em ação conjunta da SEFAZ com Secretaria de Segurança Pública foram apreendidos diversos livros e documentos fiscais e arquivos magnéticos e computadores, onde foram apurados que o contribuinte emitiu 2.432 (duas mil quatrocentos e trinta e duas) notas fiscais de saída de mercadorias sem o lançamento devido nos livros fiscais e consequentemente sem o devido pagamento do ICMS, caracterizando omissão de saídas.

Em relação a arguição de inconstitucionalidade, 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.

Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida 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 e fundamentação a infração imputada, indicando os dispositivos legais, os levantamentos fiscais e documentos que embasaram o Auto de Infração, ficando demonstrado claramente a origem dos valores consignado na autuação, em plena observância ao direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação.

De igual modo não pode ser acolhido o argumento de que a autuação foi embasada em presunção, pois os valores apurados foram com base nas notas fiscais de saídas emitidas pelo próprio autuado.

Em relação ao argumento de que não houve uma solicitação formal dos documentos fiscais, entendendo a defesa que por essa razão a conduta do autuado não teria sido leal ou ética, também não pode ser acolhido, uma vez que, conforme registrei no iniciou do presente voto, a ação fiscal foi embasa nos documentos fiscais apreendidos com base em determinação judicial, ou seja, Mandado de Busca e Apreensão expedido pelo Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Feira de Santana, em ação conjunta da SEFAZ com Secretaria de Segurança Pública, resultando na apreensão de diversos livros e documentos fiscais e arquivos magnéticos e computadores, onde foram apurados que o contribuinte emitiu 2.432 (duas mil quatrocentos e trinta e duas) notas fiscais de saída de mercadorias sem o lançamento devido nos livros fiscais e consequentemente sem o devido pagamento do ICMS, caracterizando omissão de saídas, os quais foram encaminhados pela Inspetoria Fazenda de Investigação e Pesquisa (INFIP), conforme Comunicação Interna nº 0048/2011, fato de comprova a licitude das provas acostadas aos autos.

Na defesa, ainda, requereu nulidade sob o argumento de que a ação fiscal foi embasada em “*PEDIDOS DE COMPRA*”, alegação que não resiste às provas acostados aos autos. Com já dito e reiterado neste voto, a imputação foi embasada na constatação de que o contribuinte emitiu 2.432 (duas mil quatrocentos e trinta e duas) **notas fiscais de saída de mercadorias** sem o lançamento devido nos livros fiscais e consequentemente sem o devido pagamento do ICMS, não tendo nenhum pedido de compra nos levantamentos fiscais.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhida a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

No mérito, observo que o autuado, praticamente, repete os mesmos argumentos apresentados na arguição de nulidade, todos já devidamente afastados no início do voto, se não vejamos:

- 1- que a autuação teria sido embasada em pedidos de compra, alegação que já foi afastada quando da análise das alegações de nulidade, sendo desnecessário a reprodução do meu posicionamento;
- 2- que a autuação teria sido embasada em presunção, alegação também que já foi afastada quando da análise das alegações de nulidade, sendo desnecessário a reprodução do meu posicionamento;

Quanto a alegação defensiva de que se deveria aplicar a multa de 1% sobre as notas fiscais de entrada de Farinha de Trigo, devo registrar que não foi objeto da autuação. A autuação em lide decorre da falta do lançamento e recolhimento do ICMS de 2.432 (duas mil quatrocentos e trinta e duas) notas fiscais de saída de mercadorias. Portanto, a autuação decorre das notas fiscais de saídas e não de entradas. A autuação é decorrente da falta de cumprimento de obrigação principal, falta de recolhido do ICMS e não de aplicação de multa formal de 1% sobre entradas não registradas como pretende a defesa.

Cabe registrar que a Lei Complementar nº 123/06, estabelece no *Artigo 32, que: As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.* Logo, o tratamento adotado pela fiscalização, aplicando a alíquota de 17% foi o correto.

Ressalto que a exclusão do autuado do regime do Simples Nacional, fl. 10 dos autos, ocorreu em conformidade com a legislação em vigor, devidamente apontada no referido Termo de Exclusão e na Ementa da decisão relativa ao recurso apresentado pelo contribuinte, o qual foi corretamente analisado e negado. Tais decisões, exclusão e manutenção da exclusão, encontram-se embasadas nos artigos 28 e 29, da Lei Complementar nº 123/06, no art. 5º, incisos I a XV, da Resolução CGSN nº 15, de 23/07/2007, e nos artigos 393-E e 393-F, do RICMS/97.

No tocante a alegação defensiva de que estaria sendo objeto de perseguição da chefia da Inspetoria Regional, o mesmo não é capaz de elidir a imputação, uma vez que foi embasada nos documentos fiscais apreendido em ação conjunta com Secretaria de Segurança Pública, devidamente amparada Mandado de Busca e Apreensão expedido pelo Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Feira de Santana, da qual participou, inicial, Inspetoria Fazenda de Investigação e Pesquisa (INFIP).

De igual modo não acato o argumento defensivo de que os documentos não tratam de operações efetivas em decorrência da desistência dos compradores, pois se tratam de 2.432 notas fiscais, não sendo razoável aceita que todos os compradores teriam cancelado as compras, principalmente, no caso em tela em que a defesa não apresentou nenhum documento para comprovar sua alegação.

Por fim, no que concerne a indicação do impugnante para que as intimações sejam realizadas no advogado, ressalto que nada obsta o atendimento do pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Observo, contudo, que o não atendimento da solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/99 e, em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional, art. 127, que orienta, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do fisco.

Portanto, pelo exposto, entendo que restaram comprovados os valores apuradas na ação fiscal, a qual foi iniciada em virtude dos fatos apurados pela Inspetoria Fazenda de Investigação e Pesquisa (INFIP), conforme Comunicação Interna nº 0048/2011 e respaldado pelo Mandado de Busca e Apreensão expedido pelo Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Feira de Santana, em ação conjunta da SEFAZ com Secretaria de Segurança Pública foram apreendidos diversos livros e documentos fiscais e arquivos magnéticos e computadores, onde foram apurados que o contribuinte emitiu 2.432 (duas mil quatrocentos e trinta e duas) notas fiscais de saída de mercadorias sem o lançamento devido nos livros fiscais e consequentemente sem o devido pagamento do ICMS, caracterizando omissão de saídas. Os documentos não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias efetuadas regularmente, sujeitas ao imposto.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232941.1008/12-7, lavrado contra **J MERINO PRODUTOS PARA PANIFICAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$728.732,89**, acrescido das multas de 70% sobre R\$657.809,02, e de 100% sobre R\$70.923,87 previstas no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2013

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA