

PROCESSO - A. I. Nº 232941.1008/12-7
RECORRENTE - J MERINO PRODUTOS PARA PANIFICAÇÃO LTDA. (J MERINO DISTRIBUIDORA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0112-02/13
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 20/02/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0033-11/14

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. RECEITAS NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O recorrente não apresentou documentos capazes de dar fundamento à argumentação de que as vendas foram canceladas. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o interessado do ônus de afastar a presunção relativa de legitimidade do ato administrativo (art. 143, RPAF/1999). Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão originária do Acórdão 2ª JF 0112-02/13, que julgou Procedente o lançamento de ofício acima epigrafoado, lavrado no dia 10/12/2012 para exigir ICMS no valor histórico 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, III da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação de omissão de saídas, decorrente do não lançamento de documentos fiscais nos livros próprios.

Consta da descrição dos fatos que o contribuinte emitiu 2.432 (duas mil quatrocentos e trinta e duas) notas de saída sem o lançamento nos livros e sem o recolhimento do ICMS, caracterizando assim a omissão. A documentação foi entregue por intermédio da Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa (INFIP), conforme Comunicação Interna nº 48/2011.

A JF (Junta de Julgamento Fiscal) apreciou a lide na pauta de 13/06/2013 (fls. 2.438 a 2.443), decidindo pela Procedência por unanimidade, nos termos abaixo transcritos.

“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 início do presente voto, a ação fiscal foi embasada 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 lícitude das provas acostadas aos autos.

Na defesa, ainda, requereu nulidade sob o argumento de a ação fiscal foi embasada em “PEDIDOS DE COMPRA”, alegação que não resiste às provas acostadas 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 inquiere 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 recolhimento 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 aceitar 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 apurados 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”.

A sociedade empresária interpõe Recurso Voluntário às fls. 2.455 a 2.463, no qual suscita preliminar de nulidade por cerceamento de direito de defesa, pois desconhece o número do processo judicial que originou a busca e apreensão no seu estabelecimento, em razão de que, na sua concepção, restou maculado o seu direito de se manifestar sobre todos os fatos dos quais é acusado.

Segundo alega, os princípios do devido processo legal e da moralidade administrativa não foram observados, pois um contribuinte só pode ser compelido a entregar os documentos e livros que são obrigatórios, necessariamente mediante requisição escrita. Dessa forma, conclui que as provas são ilícitas, com fundamento no art. 5º, LVI, CF/1988.

No mérito, diz que cometeu falha ao não cancelar as notas fiscais das vendas que não se concretizaram, mas que por isso não se pode presumir a ocorrência dos fatos geradores.

Em seguida, insurge-se contra o fato de o relator da Junta ter afirmado que não houve tributação sobre entradas de farinha de trigo, pois no seu entendimento houve.

Afirma ainda que a aplicação da alíquota de 17% é indevida, pois já teria sido punido com a exclusão do SIMPLES NACIONAL.

Encerra requerendo a redução da exigência para o patamar de 1% do valor apurado e, por fim, o provimento recursal.

No Parecer de fls. 2.469 a 2.474, a Procuradoria do Estado opina pelo Não Provimento, uma vez que considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar a alteração da Decisão recorrida. Verifica que a imputação é clara, alicerçada na legislação tributária estadual, e que o lançamento atende aos requisitos do art. 39, RPAF/1999, tendo sido intimado o recorrente de todos os procedimentos.

Os elementos que consubstanciaram a autuação constam do processo e derivam de ilícitos apurados pela Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa (INFIP).

Com relação aos supostos cancelamentos de vendas, registra que o contribuinte não observou o que determina a legislação para tais hipóteses, e não trouxe qualquer documento capaz de comprovar esta alegação.

Quanto à exclusão do SIMPLES NACIONAL e ao pedido de redução da cobrança, assinala que o art. 32 da Lei Complementar nº 123/2006 estabelece que – uma vez excluído do Regime Simplificado -, o contribuinte fica sujeito à apuração normal.

VOTO

No que diz respeito à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, que analisou todas as questões ventiladas na peça de defesa, o autuante e os julgadores da instância de origem expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram os ilícitos, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como apontaram o embasamento jurídico, que se mostra correto e compreensível.

Não foi constatada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

A autuação decorreu de fatos apurados pela Inspetoria Fazenda de Investigação e Pesquisa (INFIP), respaldada por Mandado de Busca e Apreensão expedido pelo Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Feira de Santana, em ação conjunta da SEFAZ com a Secretaria de Segurança Pública.

Quanto à alegada ilicitude das provas, a apreensão de livros e documentos fiscais – com ou sem autorização judicial –, é medida autorizada pelo art. 195, CTN, chancelada pelos tribunais pátrios, conforme jurisprudência abaixo transcrita.

Ementa: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. ATOS DE FISCALIZAÇÃO. APREENSÃO DE LIVROS FISCAIS. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA. IMPROCEDÊNCIA. - O trancamento da ação penal, postulada na via estreita do habeas-corpus, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos na denúncia, se constata que ao denunciar se imputa fato atípico ou que inexistente qualquer indício de autoria do delito. - Os agentes da fiscalização fazendária, no exercício de suas atribuições fiscais, podem apreender livros de registro fiscal de empresas para exame acurado da eventual ocorrência de fraude, não se exigindo para tal exibição de mandado judicial. - Se para o deslinde da questão relativa à regularidade do procedimento de fiscalização torna-se necessário o exame de fatos controvertidos, o tema situa-se fora do alcance do habeas-corpus, que não é instrumento adequado para se obter sentença de absolvição sumária. - Recurso ordinário desprovido. (STJ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS RHC 8679 SC 1999/0045723-4).

Rejeitada a preliminar de nulidade.

O Auto de Infração trata de descumprimento de obrigação principal. Não há previsão legal para a conversão ao patamar de 1% sobre o valor apurado, como pleiteou o sujeito passivo à fl. 2.464.

No mérito, o recorrente não apresentou documentos capazes de dar fundamento à argumentação de que as vendas foram canceladas. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o interessado do ônus de afastar a presunção relativa de legitimidade do ato administrativo (art. 143, RPAF/1999).

A exigência em enfoque resulta da falta do lançamento e recolhimento do ICMS concernente a 2.432 (duas mil quatrocentos e trinta e duas) notas fiscais de saída, o que não guarda a menor relação com entradas de farinha de trigo.

Consoante muito bem registrou o relator “a quo”, a Lei Complementar nº 123/2006 estabelece no seu art. 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.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232941.1008/12-7**, lavrado contra **J MERINO PRODUTOS PARA PANIFICAÇÃO LTDA. (J MERINO DISTRIBUIDORA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$728.732,89**, acrescido das multas de 70% sobre R\$657.809,02 e 100% sobre R\$70.923,87, previstas no art. 42, III da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de janeiro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS