

A. I. Nº - 140844.0004/10-8
AUTUADO - RITA DE CÁSSIA RODRIGUES SOUZA
AUTUANTE - NEY SILVA BASTOS
ORIGEM - INFAC SERRINHA
INTERNET - 07.10.2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0182-01/14

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Responsabilidade solidária, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal. Refeitos os cálculos com redução do valor inicialmente apurado. Infração parcialmente subsistente. 2. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Autuado não apresenta objetivamente impugnação quanto a este item da autuação. Apenas arguiu a inaplicabilidade da Taxa Selic. Infração subsistente. 3. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. INOBSEERVÂCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. O procedimento fiscal não demonstra de forma clara e compreensível a forma empregada para exigência do imposto, representando insegurança no lançamento de ofício. Infração nula. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Autuado não apresentou objetivamente impugnação quanto a este item da autuação. Em verdade, arguiu apenas a inaplicabilidade da Taxa Selic. Infração subsistente. 5. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS E CONTÁBEIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Infrações 05, 06 e 07 não impugnadas. Infrações subsistentes. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2010, exige crédito tributário no valor de R\$ 167.462,24, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de fevereiro a agosto e outubro de 2009, maio de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$78.061,08, acrescido da multa de 70% e 100%.
2. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, nos meses de

janeiro a março, maio a dezembro de 2009, janeiro, março a maio de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$25.466,01, acrescido da multa de 70% e 100%;

3. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a março, maio a dezembro de 2009, janeiro a abril de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$34.152,62, acrescido da multa de 60%;

4. Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento de documento fiscal nos livros próprios, no mês de junho de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$28.402,53, acrescido da multa de 100%;

5. Deixou de apresentar documentos fiscais, quando regularmente intimado, no mês de julho de 2010, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$460,00;

6. Deixou de apresentar livros fiscais quando regularmente intimado, no mês de julho de 2010, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$460,00;

7. Deixou de apresentar comprovantes das operações ou prestações contabilizadas quando intimado, no mês de julho de 2010, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$460,00.

A autuada, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 380 a 399), sustentando que o Auto de Infração é improcedente.

Alega cerceamento do direito de defesa, em razão de desconhecer a aquisição das mercadorias, com o agravante de não lhe ter sido fornecida a documentação pertinente, conforme destaca, encontra-se descrito na própria intimação, cujo teor reproduz.

Ressalta que não se pode dizer sequer que tais elementos constam como prova do Auto de Infração, pois o que se pode afirmar é que o PAF tem no máximo 20 folhas, sendo que o RPAF/99 exige que o Auto de Infração seja integrado como toda a documentação existente, como prova da infração, consoante o seu art. 41, II, cuja redação transcreve. Acrescenta que, além disso, como foram obtidos elementos estranhos à documentação fiscal em seu poder o autuante não poderia deixar de fornecer tais documentos juntamente com as cópias do Auto de Infração e demonstrativos, sob pena de que o prazo de 30 dias para defesa já se reduza, sem que tenha acesso a tais documentos.

Afirma que o ato de lançamento foi praticado com preterição do direito de defesa, conforme previsto no art. 18, II, do RPAF/99, cujo texto reproduz.

Prosseguindo, reporta-se sobre os fundamentos de fato e de direito, consignando que o autuante considerou as notas fiscais relacionadas no lançamento fiscal como suposta “*omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas*”, contudo, não procedeu a qualquer levantamento, a não ser a conferência das vias destinadas ao Fisco com as notas informada lançadas nos documentos fiscais, presumindo que realizou tais operações.

Registra que atua basicamente no ramo de comercialização de gêneros alimentícios, sendo reconhecido na região pela sua conduta honesta e ilibada no trato com sua clientela e, principalmente, com o Fisco, uma vez que sempre cumpriu com suas obrigações fiscais.

Assevera que o autuante ao proceder à fiscalização tomou as notas fiscais obtidas do fornecedor e presumiu simplesmente que as mercadorias haviam entrado na empresa sem o devido registro contábil.

Frisa que ao se proceder a uma ação fiscal deve a Fiscalização procurar todos os elementos necessários para fundamentar e instruir o Auto de Infração, sob pena de ser anulado por este órgão julgador.

Diz que desse modo, diante do indício levantado, no caso, não escrituração das notas fiscais, deveria o autuante proceder a outros levantamentos para averiguar de forma segura se foi o contribuinte quem cometeu a infração. Acrescenta que só um levantamento quantitativo por espécie

de mercadorias, no exercício fiscalizado, poderia indicar se houve ou não a entrada de tais mercadorias sem a devida escrituração. Nesse sentido, requer “*prova pericial, por fiscal estranho ao feito*”, para efetuar um levantamento quantitativo por espécie das mercadorias indicadas nas notas fiscais a fim de verificar se houve omissão de entradas.

Assinala que se deve atentar, ainda, para o fato de que hodiernamente as operações comerciais são realizadas através de meios de comunicação de alta tecnologia, como telefone, telex, fax, e até pela “*internet*”, podendo se perceber, que fica difícil para o fornecedor verificar se é realmente o contribuinte quem está comprando, pois não há como identificá-lo por *telefone, fax, internet*, se este apresenta inscrição estadual, CNPJ e endereço de um cliente regular.

Afirma restar patente que o autuante diante do indício verificado, presumiu a entrada da mercadoria sem proceder a qualquer outro levantamento que o embasasse. Acrescenta que o autuante indicou como local da lavratura do Auto de Infração a repartição fiscal.

Destaca que o § 2º do art. 962 do RICMS/96 e do RICMS/97 dispõem que “*o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator ou em outro local onde se tenha verificado ou apurado a infração*”, porém a sua indicação leva à conclusão errônea por parte do julgador, pois este poderá entender que os levantamentos indispensáveis para a lavratura do Auto de Infração teriam sido efetivados, verificando-se, portanto, que a ação fiscal se resumiu em verificar os dados lançados, sem adotar procedimentos imprescindíveis para comprovação da entrada das mercadorias.

Consigna que não existem palavras inúteis colocadas pelo legislador, mesmo que este tenha sido o regulamentar, por isso a relevância do local tem efeitos e consequências. Reproduz o art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, para afirmar que este penaliza com multa de 70% e também com multa de 100% para o exercício de 2010, sobre o valor da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento quando não contabilizado.

Assevera que da simples leitura do dispositivo indicado nos autos, verifica-se que a ação fiscal não pode subsistir, pois ao examinar apenas os levantamentos do PAF que lhe foram entregues pode-se constatar que o autuante verificou apenas que não houve a contabilização nos livros fiscais, mas este indício, por si só, não basta para configurar o contribuinte como autor da infração. Acrescenta que é necessário que se comprove a efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento, o que não poderia fazer, uma vez que a empresa nunca realizou tais operações.

Salienta que ao analisar de forma mais acurada o dispositivo acima aludido, pode-se verificar que para configurar a infração descrita é necessária a verificação de três hipóteses, no caso: *mercadoria + entrada no estabelecimento + sem a devida contabilização*.

Diz que do simples exame dos autos, se pode verificar que falta um elemento indispensável para que configure tal infração, qual seja, a comprovação da entrada no estabelecimento, posto que nunca realizou as operações descritas nas notas fiscais.

Ressalta que nenhuma das notas fiscais anexadas aos autos foi encontrada em seu poder e, como foi ressaltado anteriormente, o Auto de Infração foi lavrado na repartição fiscal, motivo pelo qual é imperativa a necessidade de se ter verificado a entrada ou não de tais mercadorias no estabelecimento, para se ter infringido os dispositivos aludidos.

Tece comentário sobre a má situação econômica por que passa todo o país, o que, segundo diz, estimula as ações inescrupulosas de maus comerciantes, que se aproveitam das facilidades criadas pela tecnologia, para a qualquer custo aumentar o lucro, mesmo que isto importe em prejuízo para terceiros de boa-fé, como ocorreu no presente caso.

Argumenta que é terceiro de boa - fé, presunção esta conferida pela Constituição de 1988, e que somente a má-fé é que deve ser objeto de prova cabal, jamais de presunção. Acrescenta que no caso vertente, não houve prova da má-fé, ou seja, de que as mercadorias haviam entrado no estabelecimento, uma vez que nunca realizou tais operações. Transcreve, nesse sentido, trecho do

voto de José Eduardo Soares de Melo, no Processo DRT.1 nº 10.571/80. Invoca ainda o art. 332 do Código do Processo Civil.

Observa que o lançamento é ato vinculado, conforme o art. 142 do CTN, ficando o agente fiscal necessariamente, subordinado a observância de todos os pressupostos materiais e processuais de sua conformidade com a Lei, entretanto, aqueles atos que são discricionários, devem pautar-se dentro dos limites mais amplos que emolduram a sua legalidade, já que a discrição não se confunde com o arbítrio, ficando, pois, a autoridade que procede o lançamento fiscal obrigado a determinar a matéria tributável, consequentemente, cabendo o ônus da prova exclusivamente a ela, autoridade. Reproduz, nesse sentido, ensinamento de Ives Granda da Silva Martins. Invoca também decisões deste CONSEF, no mesmo sentido, transcrevendo o teor da Resolução JJF nº 2411/97, Resolução nº 1642/97 e Resolução nº 0750/97.

Reitera que não realizou as operações referentes às notas fiscais arroladas na autuação, imperando-se, assim, a necessidade de perícia, por Auditor Fiscal estranho ao feito, para que proceda a um levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, a fim de comprovar que não houve a entrada de tais mercadorias.

Continuando, alega a improcedência de aplicação da Taxa Selic como índice para acréscimos moratórios nas infrações, sustentando que esta é manifestamente ilegal e inconstitucional uma vez que fere os institutos do princípio da legalidade (art. 150, I, da CF), anterioridade (150, III, "b" da CF), anterioridade nonagesimal (art. 195, § 6º, da CF), da indelegabilidade de competência tributária (arts. 48, I, e 150, I, da CF) e da segurança jurídica (inserido em vários incisos do art. 5º da CF) conforme extensa abordagem que apresenta, citando as diversas leis que tratam da Taxa Selic - Lei nº 9.065/95; Lei 9.250/95; Lei nº 8.212/91; Lei 9.430/96; Lei nº 7.753/2000. Invoca, ainda, nesse sentido, a doutrina e jurisprudência, mencionando e reproduzindo textos.

Conclusivamente, sustenta que a Taxa SELIC está eivada de inconstitucionalidades, devendo ser excluída do montante do débito consoante levantamentos que anexa.

Finaliza requerendo o acolhimento da preliminar de cerceamento do direito de defesa, ou que lhe sejam enviadas as cópias das notas fiscais com a reabertura do prazo de defesa e, no mérito, diante do princípio da eventualidade, seja julgado improcedente o Auto de Infração.

Consta à fl. 404-v, despacho do autuante no qual este sugere que, em razão do defendantear alegar que não recebera todas as cópias das folhas do processo, fossem fornecidas todas as cópias necessárias e aberto prazo de defesa e posterior retorno para que prestasse a informação fiscal.

Intimado para recebimento de cópia de todos os documentos acostados às fls. 21 a 375, o autuado se manifestou (fls. 412 a 430) sobre a juntada dos documentos de fls. 21 a 375, reiterando o cerceamento do direito de defesa, afirmando que continua a desconhecer a aquisição das mercadorias, ressaltando, que o pior é que ao ser intimado a oferecer impugnação, não lhe foi, novamente, fornecida a referida documentação, em cujo teor consta: "Anexos: Cópia do Auto de Infração. Demonstrativos de Débitos e relatório auditoria em documentos e lançamentos fiscais (fls. 01 a 07, 10 a 20 do P.A.F.)."

Repete em todos os seus termos os argumentos apresentados na defesa inicial e, ao final, requer o acolhimento da preliminar de cerceamento do direito de defesa e, no mérito, diante do princípio da eventualidade, seja julgado improcedente o Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 434/435), salientando, inicialmente, que o autuado foi intimado e não apresentou toda a documentação solicitada, não sendo entregues todos os livros fiscais e contábeis, inclusive o livro Caixa, tendo apresentado apenas o livro Registro de Entradas, e alguns dos talonários das notas fiscais de saídas de mercadorias, os quais, após consulta ao Sistema da SEFAZ, foi constatado que ao serem confeccionados pelo Estabelecimento Gráfico, este colocou como autorização do PAIDF nºs que não se referiam à autorização daqueles talões, inclusive PAIDF que tem o seu nº cancelado. Acrescenta que também não foram apresentados os comprovantes de

pagamentos e recebimentos, inclusive os empréstimos efetuados, tendo sido constituído os créditos tributários com base nas informações prestadas pelo autuado nas DMA e nas informações do Cfamt e Sintegra, e nos talonários de notas fiscais de saídas, com as irregularidades supracitadas, tendo sido aplicadas as multas previstas no RICMS vigente.

Destaca que a empresa autuada tem como titular, segundo informações dos seus empregados, a esposa ou companheira do senhor José Iranildo, empresário objeto da recente “ação policial-fiscal” desencadeada recentemente na região de Tucano, daí, talvez a razão da falta de entrega de toda a documentação solicitada.

Registra que a autuada não mais funciona no local desde 2010, estando em processo de baixa, sendo esse motivo da falta de entrega do material objeto da auditoria realizada, sendo entregue à Coordenação Administrativa para envio pelos Correios.

Frisa que da análise da defesa apresentada, verifica-se que, não tendo objetivamente nada a impugnar, o defendant limita-se a discorrer sobre a impropriedade de aplicação da Taxa Selic como índice para acréscimo moratório nas infrações, na tentativa de invalidar a ação fiscal.

Rechaça a alegação de cerceamento do direito de defesa sob a alegação da falta de entrega dos demonstrativos, afirmando que não procede, em face de ter sido entregue pela Infaz os documentos necessários para o autuado ter conhecimento dos fatos que levaram à constituição do crédito tributário.

Conclui consignando que diante da apresentação da defesa sem a devida prova e consistência, infringindo o art. 123 do RPAF, mantém a autuação.

A 1^a JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do feito em diligência à INFAZ/SERRINHA (fl. 439), a fim de que fossem adotadas as seguintes providências: Autuante - anexasse aos autos cópias das notas fiscais coletadas através do sistema CFAMT/SINTEGRA, arroladas na infração 01. Caso alguma das mencionadas notas fiscais não estivessem disponíveis, ou seja, não sendo possível acostar aos autos qualquer dessas notas fiscais, efetuasse a exclusão da autuação, elaborando, novos demonstrativos, se fosse o caso; Repartição Fazendária - intimasse o contribuinte, entregando-lhe no ato da intimação, mediante recibo específico, cópia das notas fiscais arroladas na infração 01 coletadas através do sistema CFAMT/SINTEGRA e dos novos demonstrativos, caso elaborados pelo diligenciador. Na oportunidade, deveria ser informado a autuada da reabertura do prazo de defesa 30 (trinta) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação.

O autuante se pronunciou (fl. 503), consignando que foram anexadas cópias das notas fiscais referentes à infração 01, tendo encaminhado o PAF à Inspetoria Fazendária para que entregasse cópia das referidas notas fiscais ao contribuinte, o que foi feito.

Salienta com relação às cópias das notas fiscais acostadas à diligência, de emissão da Comercial Oeste Ltda., enviadas por fax se encontram anotadas como “canceladas”, contudo, ao analisar os documentos constatou que as mercadorias foram entregues aos motoristas conforme assinaturas apostas nos “recibos”, nos rodapés das citadas notas fiscais, mercadorias estas que foram transitadas pelos postos fiscais, tendo sido apostos nos “Selos Fiscais”. Acrescenta que o título exemplificativo pode ser observado nos selos de nºs 379689775 referente à Nota Fiscal nº 525 e 37968977 referente à Nota Fiscal nº 526, a data da saída das mercadorias.

A autuada se manifestou (fls. 506 a 525), afirmando que a diligência deixou evidenciado que as mercadorias não lhe foram entregues, mas sim a supostos motoristas que desconhece. Repete que o autuante ao proceder a fiscalização colheu as notas fiscais do fornecedor e presumiu simplesmente que as mercadorias haviam entrado na empresa sem o devido registro contábil, sendo que a diligência comprova que não foram entregues no estabelecimento, mas a supostos motoristas desconhecidos.

Reitera os termos da defesa inicial e manifestação posterior, requerendo a nulidade ou, no mérito, a improcedência do Auto de Infração.

O autuante se pronunciou (fl. 529), repetindo que segundo informações, a titular da empresa é esposa do senhor de prenome Iranildo, que foi motivo de uma operação policial por motivos de sonegação fiscal.

Salienta que do exame das notas fiscais de saídas emitidas pelo autuado e anexadas aos autos às fls. 173 a 375, verifica-se que várias delas estão claramente denunciando terem sido calçadas e em consulta ao sistema da SEFAZ constatou-se, conforme relatado no Auto de Infração na “Descrição dos Fatos”, que foram confeccionados pelo estabelecimento gráfico sendo colocados como autorização do PAIDF números que não se referiam à autorização daqueles talões.

A 1ª JJJ, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do feito em diligência à INFRAZ/SERRINHA (fl. 532), a fim de que o autuante juntasse aos autos, os documentos comprobatórios das operações de vendas realizadas pelos fornecedores do autuado que ensejaram a exigência do imposto lançado no Auto de Infração referente à infração 01, a exemplo, de comprovantes de pedidos, comprovantes de pagamentos, comprovantes de entrega, com correspondentes lançamentos nos livros fiscais e contábeis, etc. Foi solicitado ainda que, caso não fosse possível comprovar a efetiva entrega das mercadorias ao autuado, deveria o autuante efetuar a exclusão das notas fiscais, elaborando, se fosse o caso, novos demonstrativos.

O autuante se pronunciou (fls. 534/535), discorrendo sobre todos os fatos que resultaram na autuação. Esclarece que de posse da documentação conseguida e das informações contidas nos sistemas da SEFAZ/BA, disponibilizadas à Fiscalização, realizou a auditoria com base nos Roteiros de Auditoria constantes na Ordem de Serviço, bem como em outros julgados necessários à realização dos trabalhos, visando a constituição do crédito tributário.

Assinala que, mesmo diante das dificuldades encontradas, foram constatadas todas as irregularidades descritas no Auto de Infração, a exemplo de:

- notas fiscais de saídas anexadas ao PAF, confeccionadas com PAIDF não existente, como as Notas Fiscais nº 0801,0822 (fls. 173);
- notas fiscais com PAIDF cancelado, como a Nota Fiscal nº 0601 (fl. 293);
- notas fiscais com indício de calçamento em face da grafia apresentada, como as Notas Fiscais nº 0629 a 0679 (fls. 321 a 371).

Com relação às notas fiscais de aquisição de mercadorias e pagamentos efetuados, ambas as situações não registradas, além de outros dados, foram consideradas as informações existentes nos sistemas da SEFAZ/BA (fls. 21 a 172), conforme já aduzido acima.

Quanto à solicitação contida na diligência para anexação das notas fiscais, registra que foram impressos os DANFEs referentes às Notas Fiscais Eletrônicas, complementando a relação destas e do Sintegra, anteriormente anexadas aos autos.

A autuada científica sobre a diligência se manifestou (fls. 541 a 560) consignando que se percebe, de início, que a diligência foi deferida por unanimidade para que o Auditor Fiscal juntasse aos autos documentos comprobatórios das operações de vendas realizadas pelos fornecedores com destino ao seu estabelecimento, e cita um rol de documentos como, comprovante de pedidos, comprovantes de pagamento, comprovante de entrega, contudo, nenhum documento foi juntado ou referido na diligência.

Frisa que, conforme já foi reiterado nas manifestações anteriores, inclusive na primeira diligência, o autuante considerou as notas fiscais relacionadas no lançamento fiscal como suposta “*omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas*”, no entanto, continuou sem proceder a qualquer levantamento, a não ser a conferência das vias destinadas ao Fisco com as notas informada lançadas nos documentos fiscais, presumindo que tenha

realizado tais operações. Assevera que a diligência deixou evidenciado que as mercadorias não lhe foram entregues, mas sim a supostos motoristas que desconhece. Reafirma que o autuante ao proceder à fiscalização tomou as notas fiscais do fornecedor e presumiu simplesmente que as mercadorias haviam entrado no estabelecimento sem o devido registro contábil e a diligência comprova que não lhe foram entregues, mas sim a supostos motoristas desconhecidos.

A partir daí reitera todos os argumentos aduzidos na defesa inicial e manifestações posteriores, requerendo, finalmente, a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante acusou o recebimento de cópia da manifestação do contribuinte (fl. 565), contudo, não mais se pronunciou.

Nos termos do Acórdão JJF Nº. 0248-01/12, a 1ª JJF julgou procedente em parte o Auto de Infração, em decisão unânime, considerando integralmente procedentes as infrações 02, 04, 05, 06 e 07, parcialmente procedente a infração 01 e nula a infração 03. Recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

A 3ª Câmara de Julgamento Fiscal ao apreciar os Recursos interpostos, Voluntário e de Ofício, anulou a decisão de Primeira Instância, em decisão por maioria, nos termos do Acórdão CJF Nº. 0332-13/13, sob o fundamento de que a *falta de clareza nos documentos e falta de demonstrativos prejudicam a busca da verdade material além de ofender à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal*, tendo considerado prejudicados os Recurso e retornado os autos à Primeira Instância para tomada das providências saneadoras cabíveis e para que fosse proferida nova decisão.

Observou a 3ª CJF que, em relação à infração 01, consta um demonstrativo de fls. 10/11 no qual estão citados números, datas e outros dados referentes a documentos fiscais, contudo, no mesmo não está explicitado se são notas fiscais emitidas em papel, ou se são notas fiscais eletrônicas. Entende a 3ª CJF que as notas fiscais emitidas eletronicamente para o autuado não necessitam da entrega de “cópia” ao sujeito passivo, haja vista que, quando de sua emissão, necessariamente, o destinatário tem todos os dados dessas notas fiscais. Também que as notas fiscais informadas pelo contribuinte a SEFAZ são necessariamente de conhecimento daquele que as informa, portanto, desnecessária à entrega de cópia.

Quanto à infração 03 apontou a 3ª CJF que não consta nos autos demonstrativo analítico do levantamento fiscal que embasa a acusação fiscal, para que possa ser verificada a correção das operações matemáticas realizadas, bem como a realidade dos fatos que a fundamentaram.

Em face da decisão da 3ª CJF acima reportada, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o feito em diligência à INFRAZ SERRINHA, a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado pela autoridade competente adotasse as seguintes providências quanto às infrações abaixo:

INFRAÇÃO 01

Com base no demonstrativo de fls. 10/11, no qual estão relacionadas as notas fiscais objeto da autuação, revisasse o levantamento mantendo os valores apurados atinentes às notas fiscais cujas cópias foram fornecidas ao autuado, bem como as notas fiscais emitidas eletronicamente para o autuado e as notas fiscais informadas pelo contribuinte a SEFAZ, conforme decisão da 3ª CJF, elaborando, se fosse o caso, novos demonstrativos.;

INFRAÇÃO 03

Revisasse o levantamento elaborando e juntando aos autos demonstrativos analíticos e sintéticos, para que pudesse ser verificada a correção das operações matemáticas realizadas, bem como a realidade dos fatos que a fundamentaram, conforme decisão da 3ª CJF.

O próprio autuante cumpriu a diligência (fls. 653 a 655) aduzindo, preliminarmente, algumas observações sobre os procedimentos adotados no trabalho fiscal realizado junto ao contribuinte.

Quanto à solicitação contida na diligência atinente à infração 01, consigna que, muito embora a autuada tenha sido intimada não apresentou a documentação necessária, e diante da situação que esta apresentava quanto aos indícios de sonegação pelos motivos já narrados, com reflexo em possível sonegação de tributos em face de sua conduta, e objetivando zelar pelo interesse público, só lhe restou se apropriar das informações contidas nos sistemas da SEFAZ, (fls. 21 a 172), postas à disposição da Fiscalização como ferramentas para auditagem e dos livros fiscais e algumas notas fiscais de saídas apresentados.

Diz que, diante desses fatos, imprimiu cópias dos DANFEs (fls. 443 a 502), inclusive algumas enviadas pelos fornecedores com o comprovante de recebimento das mercadorias e o respectivo pagamento da compra, referente às Notas Fiscais Eletrônicas nºs 26.338, 27.518, 28.010, 10.722, 22.238, 22.239, 22.240, 22.241, 22.242, 23.666, 23.667, que foram entregues a autuada (fl. 504).

No que tange às demais notas fiscais, consigna que, pelos motivos já expostos, foram consideradas com base nas informações no sistema da SEFAZ, Sintegra, fls. 46/47 e 49/50, exceto a Nota Fiscal nº 33.175, que reconhece se encontra escriturada no livro Registro de Entradas, no mês de novembro de 2009 (fl. 43), fato este que, registra, implicou na elaboração do novo demonstrativo nº 01, que será entregue ao contribuinte para conhecimento.

Quanto à infração 03, diz que diante dos fatos aduzidos, principalmente quanto à falta de documentação, e com base nas informações prestadas pela própria autuada à INFRAZ (fls. 59 a 156), procedeu a reconstituição da conta corrente do ICMS, respeitando os valores declarados como saídas; os créditos de ICMS apropriados decorrentes das compras, assim como os valores pagos, o que resultou na elaboração do demonstrativo nº 03, fl. 19, cujas operações matemáticas realizadas foram as seguintes:

- coluna “DATA”: os últimos dias dos meses na Apuração do ICMS;
- coluna “SAÍDAS DECLARADAS”: os valores declarados pela autuada como o total das saídas das mercadorias no mês;
- coluna ICMS DEVIDO: os valores do ICMS apurados com base nas saídas declaradas, tendo sido aplicada a alíquota de 17%;
- coluna “CRÉDITO”: os valores dos créditos de ICMS decorrente das compras realizadas;
- coluna SALDO: os valores apurados considerando o ICMS devido, abatendo-se os créditos decorrentes das compras, ou seja, o ICMS que a autuada deveria ter recolhido em cada mês;
- coluna ICMS PAGO: os valores do ICMS pagos nos meses, obtidos através das informações contidas nos sistemas da SEFAZ, haja vista que a autuada apresentou apenas alguns DAEs cujas cópias foram apensadas aos autos (fls. 171/172);
- coluna ICMS A PAGAR: os valores do ICMS devidos e não pagos. Acrescenta que os valores apurados nesta coluna foram objeto da constituição do crédito tributário aduzido na diligência.

A autuada científica sobre o resultado da diligência (fls. 661/662) não se manifestou.

VOTO

Verso o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de 07 (sete) infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado, dentre as quais este impugnou objetivamente a infração 01. Quanto às demais infrações arguiu a improriedade de aplicação da Taxa Selic como índice, sob a alegação de ser manifestamente ilegal e inconstitucional.

Conforme discorrido no relatório, esta 1ª JJF julgou procedente em parte o Auto de Infração em lide, por unanimidade, considerando integralmente procedentes as infrações 02, 04, 05, 06 e 07, parcialmente procedente a infração 01 e nula a infração 03. Recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

A 3ª Câmara de Julgamento Fiscal ao apreciar os Recursos interpostos, Voluntário e de Ofício, anulou a referida decisão - em decisão por maioria - nos termos do Acórdão CJF Nº 0332-13/13, sob o fundamento de que a *falta de clareza nos documentos e falta de demonstrativos prejudicam a busca da verdade material além de ofender à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal*, tendo considerado prejudicados os Recursos e retornado os autos à Primeira Instância para tomada das providências saneadoras cabíveis e para que fosse proferida nova decisão.

Precisamente, considerou a 3ª CJF que, em relação à infração 01, consta um demonstrativo de fls. 10/11 no qual estão citados números, datas e outros dados referentes a documentos fiscais, contudo, no mesmo não está explicitado se são notas fiscais emitidas em papel, ou se são notas fiscais eletrônicas. Entendeu a 3ª CJF que as notas fiscais emitidas eletronicamente para a autuada não necessitam da entrega de “cópia” ao sujeito passivo, haja vista que, quando de sua emissão, necessariamente, o destinatário tem todos os dados dessas notas fiscais. Também que as notas fiscais informadas pelo contribuinte a SEFAZ são necessariamente de conhecimento daquele que as informa, portanto, desnecessária a entrega de cópia. Quanto à infração 03 apontou a 3ª CJF que não consta nos autos demonstrativo analítico do levantamento fiscal que embasa a acusação fiscal, para que possa ser verificada a correção das operações matemáticas realizadas, bem como a realidade dos fatos que a fundamentaram.

Dante da decisão da 3ª CJF esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência à INFAZ SERRINHA, a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado pela autoridade competente revisasse o levantamento atinente à infração 01, com base no demonstrativo de fls. 10/11.

Quanto à infração 03, para que revisasse o levantamento elaborando e juntando aos autos demonstrativos analíticos e sintéticos, para que pudesse ser verificada a correção das operações matemáticas realizadas, bem como a realidade dos fatos que a fundamentaram.

A diligência foi cumprida pelo autuante cujo resultado será objeto de exame a seguir.

Antes, porém, em caráter preliminar, cabe-me apreciar a nulidade arguida pelo impugnante por cerceamento do direito de defesa, em decorrência da falta de entrega das notas fiscais emitidas pelos fornecedores cuja destinação indica o seu estabelecimento (infração 01).

O entendimento prevalecente neste CONSEF invariavelmente sempre foi no sentido de que a falta de entrega de cópia das notas fiscais arroladas na autuação, cuja obtenção tenha ocorrido junto ao fornecedor ou através dos sistemas Sintegra/CFAMT, implica em cerceamento do direito de defesa do contribuinte, contudo, que se trata de um vício que pode ser plenamente saneado mediante a realização de diligência pelo órgão julgador administrativo.

Por essa razão foi que esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o processo em diligência em duas oportunidades, inclusive com a concessão do prazo de defesa de trinta (30) dias, para que fossem entregues ao autuado cópias das notas fiscais arroladas na autuação, com a recomendação de que fosse elaborado novo demonstrativo pelo diligenciador contendo apenas as notas fiscais cujas cópias fossem entregues ao autuado, o que foi feito.

Entretanto, no que tange à Nota Fiscal eletrônica o entendimento é de que não há necessidade de entrega de cópia ao sujeito passivo, haja vista que, quando de sua emissão, necessariamente, o destinatário tem todos os dados dessas notas fiscais.

Portanto, o direito de ampla defesa do contribuinte foi plenamente preservado, descabendo falar-se em nulidade do lançamento, haja vista que não ocorreu qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.627/99, especialmente a suscitada pelo impugnante, capaz de invalidar o lançamento.

No que concerne à arguição defensiva de impropriedade de aplicação da Taxa Selic como índice para acréscimos moratórios nas infrações, por ser manifestamente ilegal e inconstitucional uma vez que fere os institutos do princípio da legalidade (art. 150, I, da CF), anterioridade (150, III, “b” da CF), anterioridade nonagesimal (art. 195, § 6º, da CF), da indelegabilidade de competência tributária (arts.

48, I, e 150, I, da CF) e da segurança jurídica (inserido em vários incisos do art. 5º da CF), cabe consignar que tal argumentação não pode ser objeto de análise por esta Junta de Julgamento Fiscal, uma vez que o art. 125 do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), estabelece que não se incluem na competência dos órgãos julgadores, a declaração de constitucionalidade, ou a negativa de aplicação de lei ou de ato normativo emanado de autoridade superior.

Quanto ao pedido de realização de perícia, não vislumbro necessidade ou indispensabilidade de sua realização, para solução do litígio. A perícia consiste em exame realizado por técnico ou pessoa habilitada – perito- dotada de conhecimentos especializados sobre determinada matéria. Na realidade, o perito supre a insuficiência de conhecimentos específicos sobre a matéria objeto da lide por parte do julgador. Efetivamente, não é o caso do Auto de Infração em exame, haja vista que a matéria é amplo conhecimento dos julgadores. Indefiro, portanto, o pedido de realização de perícia, com fulcro no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Vale reiterar que esta Junta de Julgamento Fiscal, em respeito ao direito de ampla defesa do contribuinte, converteu o processo em diligência em duas oportunidades ainda no primeiro julgamento realizado e, mais uma vez, após a decisão da 3ª CJF.

Passando ao exame de mérito da infração 01, a falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Trata-se de presunção prevista no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, regulamentada no art. 2º, §3º, IV, do RICMS/BA, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção. No caso, o imposto está sendo exigido por responsabilidade solidária da autuada, por ter adquirido mercadoria de terceiros desacompanhada de documentação fiscal.

No “Demonstrativo nº 01”, elaborado pelo autuante, fls. 10/11 dos autos, referente à Auditoria em documentos e lançamentos fiscais – falta de registro de notas fiscais de entrada – omissão de saídas – consta todas as notas fiscais arroladas neste item da autuação.

Conforme consignado linhas acima, em face da decisão da 3ª CJF, o feito foi convertido em diligência, para que o autuante revisasse o levantamento, o que foi feito, tendo o diligenciador elaborado novo demonstrativo, no qual excluiu da exigência o valor de ICMS de R\$3.876,00, referente à Nota Fiscal nº 33.175, em razão de se encontrar devidamente escriturada e manteve as demais notas fiscais, por se tratar de notas fiscais eletrônicas e notas fiscais cujas operações foram informadas à SEFAZ pelos próprios fornecedores., o que resultou na redução do valor do ICMS exigido para R\$74.185,08.

Cabe observar que, por se tratar a acusação fiscal de *omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas*, as notas fiscais de saídas informadas pela autuada à SEFAZ/BA não tem qualquer repercussão no levantamento levado a efeito pela Fiscalização, haja vista que, no caso, interessa apenas as notas fiscais informadas pelos fornecedores, cujas mercadorias adentraram no estabelecimento do adquirente sem o devido registro na escrita fiscal.

Diante disso, acolho o resultado apresentado na diligência, sendo este item da autuação parcialmente subsistente no valor de R\$74.185,08, conforme o novo demonstrativo elaborado pelo autuante de fls. 657/658 dos autos.

No que concerne à infração 02 - Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias decorrentes do não lançamento de documento fiscal nos livros fiscais próprios – constato que decorreu do fato de o autuado ter efetuado saídas acobertadas com notas fiscais cujos talonários foram confeccionados pela gráfica de forma irregular, haja vista que colocou como autorização do PAIDF números que não se referiam à autorização daqueles talões, inclusive PAIDF que tem o seu nº cancelado, de acordo com os registros existentes no sistema de controle da SEFAZ/BA.

Vale observar que a imputação decorreu da falta de recolhimento do ICMS, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias pela ausência de registro nos livros fiscais próprios. Ou seja, no caso, houve descumprimento de obrigação principal, sendo correta a exigência fiscal.

Importante registrar que o autuado não se insurgiu contra este item da autuação, arguindo exclusivamente na peça impugnatória a improcedibilidade de aplicação da Taxa Selic por inconstitucionalidade e ilegalidade, cuja abordagem já foi feita linhas acima.

Diante disso, este item da autuação é subsistente. Infração mantida.

No que tange à infração 03, em face da decisão da 3^a CJF, também foi objeto de diligência, a fim de que o diligenciador revisasse o levantamento elaborando e juntando aos autos demonstrativos analíticos e sintéticos, para que pudesse ser verificada a correção das operações matemáticas realizadas, bem como a realidade dos fatos que a fundamentaram.

O autuante cumprindo a diligência consignou que, diante dos fatos aduzidos, principalmente quanto à falta de documentação, e com base nas informações prestadas pela própria autuada à INFRAZ (fls. 59 a 156), procedeu a reconstituição da conta corrente do ICMS, respeitando os valores declarados como saídas; os créditos de ICMS apropriados decorrentes das compras, assim como os valores pagos, o que resultou na elaboração do demonstrativo nº 03, fl. 19 dos autos, cujas operações matemáticas realizadas foram as seguintes:

- coluna “DATA”: os últimos dias dos meses na Apuração do ICMS;
- coluna “SAÍDAS DECLARADAS”: os valores declarados pela autuada como o total das saídas das mercadorias no mês;
- coluna ICMS DEVIDO: os valores do ICMS apurados com base nas saídas declaradas, tendo sido aplicada a alíquota de 17%;
- coluna “CRÉDITO”: os valores dos créditos de ICMS decorrente das compras realizadas;
- coluna SALDO: os valores apurados considerando o ICMS devido, abatendo-se os créditos decorrentes das compras, ou seja, o ICMS que a autuada deveria ter recolhido em cada mês;
- coluna ICMS PAGO: os valores do ICMS pagos nos meses, obtidos através das informações contidas nos sistemas da SEFAZ, haja vista que a autuada apresentou apenas alguns DAEs cujas cópias foram apensadas aos autos (fls. 171/172);
- coluna ICMS A PAGAR: os valores do ICMS devidos e não pagos. Acrescenta que os valores apurados nesta coluna foram objeto da constituição do crédito tributário aduzido na diligência.

Conforme a decisão anterior desta 1^a JJF, esta infração foi considerada nula, em face de falta de certeza e liquidez quanto ao valor porventura devido.

A decisão da 3^a CJF, que anulou a decisão da 1^a JJF acima referida, foi no sentido de que *não consta nos autos demonstrativo analítico do levantamento fiscal que embasa a acusação fiscal, para que possa ser verificada a correção das operações matemáticas realizadas, bem como a realidade dos fatos que a fundamentaram*. Considerou a 3^a CJF ser possível e necessária a busca da verdade material, em providências saneadoras, a ser tomadas pela primeira instância.

Apesar de o autuante haver esclarecido, no cumprimento da diligência, o teor de cada coluna do demonstrativo que elaborou de fl. 19 dos autos, não trouxe o demonstrativo analítico aduzido pela 3^a CJF.

Considero que as explicações dadas sobre a composição das colunas do referido demonstrativo não são suficientes para afirmar que, materialmente, a imputação se apresenta correta, razão pela qual é nulo o lançamento, por falta de certeza e liquidez quanto ao valor do ICMS porventura devido pela autuada.

Ademais, cabe acrescentar que, a acusação fiscal aponta que a autuada: *Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas*, restando óbvio que se as operações estavam regularmente escrituradas, o imposto se encontrava devidamente lançado, portanto, não haveria necessidade de reconstituição da escrita fiscal, conforme aduzido pelo autuante.

Diante do exposto, é nulo este item da autuação com fulcro no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Consoante determina o art. 21 do mesmo RPAF/99, recomendo a autoridade competente a repetição dos atos, a salvo de falhas.

No respeitante à infração 04, verifico que o autuado não apresentou qualquer impugnação quanto aos valores apontados no levantamento levado a efeito pelo autuante, simplesmente arguindo a inaplicabilidade da Taxa Selic.

É certo que, nos termos do art. 142 do RPAF/99, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Dessa forma, este item da autuação é integralmente subsistente. Infração mantida.

No que tange à infração 05, observo que se trata de descumprimento de obrigação acessória, não tendo o autuado atendido a intimação, portanto, sendo correta a exigência fiscal. Cabe consignar que o autuado não impugnou este item da autuação. Infração mantida.

Quanto à infração 06, verifico que também se trata de descumprimento de obrigação acessória, não tendo o autuado se insurgido contra este item da autuação. Infração mantida.

Relativamente à infração 07, também o autuado não impugnou o lançamento, sendo correta a exigência fiscal, por descumprimento de obrigação acessória. Infração mantida.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **140844.0004/10-8**, lavrado contra **RITA DE CÁSSIA RODRIGUES SOUZA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$128.053,62**, acrescido das multas de 70% sobre R\$89.484,07 e de 100% sobre R\$38.569,55, prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$1.380,00**, previstas no art. 42, inciso XX, do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios, na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de agosto de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

LUIS ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR