

A. I. Nº - 272466.6311/16-0
AUTUADO - ABB LTDA.
AUTUANTE - RENATO AGUIAR DE ASSIS
ORIGEM - INFAZ GUANAMBI
INTERNET - 27.07.2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0100-01/17

EMENTA: ICMS. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A falta de registro de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, conforme presunção legal nesse sentido (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96). O próprio autuante na Informação Fiscal reconheceu que incorreu em equívoco ao incluir indevidamente no levantamento Nota Fiscal eletrônica que se encontrava cancelada. Manteve parcialmente a autuação. Ocorre que exigência referente à Nota Fiscal eletrônica remanescente também é insubsistente, haja vista que referido documento fiscal diz respeito à transferência de mercadoria realizada pelo estabelecimento filial da empresa localizado no Estado de São Paulo. Tratando-se de transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, por certo que não há pagamento nem desembolso realizado, portanto, sendo inaplicável a presunção aludida. Infração insubsistente. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/09/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor total histórico de R\$434.243,73, acrescido da multa de 100%, em decorrência do cometimento da seguinte infração a legislação do ICMS imputada ao autuado: Omissão de saídas mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Período de ocorrência: outubro e novembro de 2014.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 26 a 53). Reporta-se sobre os fatos que ensejaram a autuação. Argui em caráter preliminar a nulidade do Auto de Infração por presunção da ocorrência da infração e falta de correspondência entre os fatos e a infração imputada - precariedade do lançamento.

Afirma que o Auto de Infração não preenche os requisitos formais e materiais de validade do ato administrativo de lançamento, devendo ser declarado nulo de pleno direito, pois representa afronta ao seu direito à ampla defesa, diante da precariedade de sua fundamentação, uma vez que baseado em meras presunções, bem como em virtude das acusações nele descritas não guardarem relação com as operações efetivamente praticadas.

Observa que, de acordo com o Código Tributário Nacional (CTN), o lançamento tributário é ato administrativo vinculado e constitutivo, por meio do qual é formalizado o vínculo obrigacional de natureza tributária: Reproduz o art. 142, parágrafo único do referido CTN. Diz que pela leitura do referido artigo tem-se como requisitos de validade do lançamento a verificação da ocorrência do

fato gerador, a determinação da matéria tributável, o cálculo do imposto devido, entre outros. Acrescenta que não pode a Autoridade Fiscal simplesmente imputar ao contribuinte o cometimento de uma infração à legislação tributária sem demonstrar e comprovar precisamente a ocorrência dos fatos identificados/apontados e o seu enquadramento como infração à legislação tributária. Neste sentido, invoca e transcreve o art. 18, IV, “a” § 1º, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Aduz que, desse modo, pela leitura dos dispositivos legais referidos acima, pode-se concluir que o Auto de Infração apenas é válido se for instruído com elementos que comprovem a ocorrência dos fatos descritos no relato da infração e que estes impliquem em ofensa ao dispositivo legal indicado pelo Fisco, tanto no que se refere à regra que define a obrigação tributária, como a que prevê a aplicação de penalidade.

Afirma que o lançamento em questão apresenta vícios e fragilidades que atestam claramente a inobservância aos referidos requisitos de validade e a sua consequente nulidade.

Explica: segundo o relato do Auto de Infração teria deixado de efetuar o recolhimento do imposto supostamente devido quando da saída de determinados bens de seu estabelecimento, sendo que tal conclusão se deu com base em notas fiscais emitidas pelos seus fornecedores, as quais, supostamente, corresponderiam a operações de aquisição de bens que não foram registradas.

Observa que no entendimento da Fiscalização teria adquirido referidos bens em operações interestaduais sem, contudo, registrar tais entradas e, em seguida, teria efetuado a saída desses bens, sem proceder ao recolhimento do imposto devido.

Assevera que tal acusação funda-se em meras presunções, as quais não se sustentam, seja em virtude da precariedade de sua instrução, seja pelo fato de não guardarem relação com as operações que efetivamente foram realizadas, pois os fatos indicados no Auto de Infração sequer restaram documentalmente comprovados e, ainda, as presunções adotadas não permitem, face às impropriedades e inconsistências identificadas, chegar à conclusão de que teria omitido operações em seus livros fiscais.

Salienta que, além disso, há operações indicadas como supostamente omitidas pela autuação que, diferentemente do quanto alegado pela Fiscalização, foram efetivamente escrituradas nos seus livros fiscais, bem como há operações que sequer foram concretizadas.

Observa que a Fiscalização, fundamentada na Nota Fiscal nº 4274, presumiu que o fato de ter sido identificado como destinatário da mercadoria descrita no referido documento fiscal seria suficiente para concluir que teria ocorrido uma operação de entrada de mercadorias no seu estabelecimento, a qual não teria sido registrada, e que referida entrada não registrada comprovaria a existência de saídas omitidas.

Alega que inexistente nos autos comprovação de que tal nota fiscal corresponda a uma operação de entrada de mercadorias omitida e nem poderia, uma vez que mencionada nota foi cancelada pelo seu emitente e, por isso, jamais serviu para acobertar o ingresso de qualquer mercadoria no seu estabelecimento.

Assevera que, dessa forma, não há como sustentar a presunção de que referida nota fiscal acobertou uma operação de entrada que não foi registrada. Acrescenta que, contrariamente, considerando que o citado documento fiscal reflete uma operação que inclusive foi cancelada, não há como se falar em omissão de saída de bem que sequer ingressou no seu estabelecimento, restando clara a nulidade do lançamento em questão.

Ressalta que há notas fiscais que instruíram a autuação que, diferentemente do quanto alegado pela Fiscalização, foram efetivamente registradas nos seus livros fiscais, motivo pelo qual também não há como sustentar a presunção de que se tratam de entradas não registradas e, por isso, poderiam originar saídas omitidas.

Como exemplo cita a Nota Fiscal nº 8909 que, apesar de não constar no demonstrativo de débitos do

Auto de Infração, foi indicada pela Fiscalização no anexo da autuação como documento fiscal não lançado, presumindo omissão de entrada.

Ressalta que isso demonstra a precariedade do lançamento e inequívoco cerceamento do seu direito de direito de defesa, em face à presunção adotada de omissão de registro, pois, fato é que tal documento fiscal foi regularmente registrado nos seus livros fiscais no mês de agosto de 2014 (doc. 03).

Afirma que, pela análise do referido documento fiscal, não resta dúvida de que se trata de operação de entrada efetivamente escriturada, inexistindo qualquer motivo que sustente a acusação de que o mencionado documento fiscal não foi registrado, e que tal circunstância serviria para validar a presunção adotada pela Fiscalização de que houve a omissão de saídas.

Diz que, desse modo, clara é a contradição entre as informações constantes no demonstrativo de débitos e nos anexos que instruíram a autuação, restando evidenciada a sua precariedade.

Consigna que se tivesse a Fiscalização analisado devidamente os seus livros e documentos fiscais, teria verificado que tais Notas Fiscais (i) foram emitidas por terceiros, de modo que qualquer irregularidade relativa às operações por elas suportadas não poderia lhe ser imputada, que não emitiu tais documentos fiscais e não possui qualquer ingerência sobre a sua emissão; e (ii) não se referem, de forma alguma, a operações de entrada não registradas.

Sustenta que, diante disso, resta claramente demonstrado que o lançamento em questão se baseou em meras presunções, e que tais presunções não se sustentam frente à verdade material. Neste sentido, destaca ensinamentos de Hugo de Brito Machado Segundo.

Sustenta que é forçoso concluir que o lançamento foi instruído de maneira precária e não atende os requisitos de validade do ato administrativo previstos na legislação, motivo pelo qual deve ser reconhecida a sua nulidade. Neste sentido, destaca que, em situação semelhante à presente, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia, após reconhecer a existência dos referidos vícios no lançamento, determinou a nulidade da autuação. Reproduz a decisão.

Conclusivamente, consigna que, diante do evidente cerceamento ao seu direito de defesa, da adoção de meras presunções para fundamentar a lavratura do presente Auto de Infração e da precariedade de instrução do lançamento, imperioso o reconhecimento da nulidade da autuação, devendo ser integralmente cancelada a exigência nela contida.

No que tange à nulidade por iliquidez do Auto de Infração, diz que, ainda que superado o acima exposto, o lançamento padece de inequívoca nulidade também em virtude de sua iliquidez.

Alega que pela análise do presente Auto de Infração, bem como dos seus anexos, é possível verificar que a infração imputada não guarda qualquer relação com os fatos e operações por ela efetivamente praticados, e que os fatos narrados no presente lançamento foram descritos de forma incompleta e imprópria.

Explica que isso decorre porque a infração supostamente praticada foi descrita nos seguintes termos: *“omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas”*. Observa que, pela análise da referida, descrição é possível concluir que, por meio do presente lançamento, a Fiscalização presumiu a ocorrência de entradas de mercadorias não escrituradas no seu estabelecimento, seguidas de saídas que foram omitidas.

Aduz que, assim sendo, o que se pretende na presente ação fiscal é a cobrança dos valores de ICMS supostamente não recolhidos, em virtude da omissão de receitas decorrentes das supostas operações de saída não declaradas.

Alega que, no entanto, caso fosse esse o intento da Fiscalização, tal fato deveria estar devidamente descrito no relato da autuação, a fim de explicitar com clareza a natureza da infração lhe imputada, não bastando a descrição genérica e incompleta da conduta infracional supostamente praticada.

Destaca que a ausência de elementos que permitam identificar a real natureza da infração, por si só, implica na nulidade do Auto de Infração.

Acrescenta que, além disso, as presunções adotadas pela Fiscalização resultam também na iliquidez do lançamento, em virtude da impossibilidade de apuração acertada do montante do tributo supostamente devido.

Primeiramente, lembra que tais operações sequer ocorreram, uma vez que, conforme já demonstrado, elas decorreram única e exclusivamente de presunção adotada pela Fiscalização, a qual não se sustenta. Acrescenta que, mesmo que se considerasse que essas operações efetivamente ocorreram, o que admite para fins meramente argumentativos, fato é que os valores presumidos a título de base de cálculo e alíquota se mostram absolutamente equivocados.

Explica: no que se refere à base de cálculo do imposto supostamente devido, pela análise do Auto de Infração, bem como dos documentos que o instruem, é possível verificar que sua apuração se deu com base na aplicação de um percentual de presunção sobre o valor total das mercadorias constantes nas notas fiscais objeto da autuação, nos termos da Instrução Normativa nº 56, de 21 de setembro de 2007. Acrescenta que tal critério de apuração pode ser observado no “Demonstrativo C”, anexado ao presente Auto de Infração, contudo, a utilização do referido critério para a apuração da base de cálculo do imposto supostamente devido não se mostra acertada, haja vista que, nos termos da própria Instrução Normativa nº 56/2007, tais procedimentos devem ser adotados somente para a apuração da *“omissão de receitas de saídas presumidas, para excluir da base de cálculo do ICMS devido os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária”*.

Alega que, desse modo, considerando que não foi acusado de deixar de pagar o imposto devido por antecipação ou substituição tributária, mas sim o imposto supostamente devido por presunção, não poderia ter havido a apuração da base de cálculo com base nos critérios ali dispostos. Acrescenta que, verificado que houve a adoção de tais critérios pela Fiscalização, não resta dúvida a respeito da nulidade do presente lançamento, tendo em vista a sua iliquidez.

Salienta que, além disso, há ainda outro fator que reforça a iliquidez da autuação, isso porque, não bastasse a presunção de que ocorreram saídas não declaradas ao Fisco, foi aplicada ainda a presunção de que tais saídas se deram por meio de operações internas, sendo aplicável a alíquota de 17%.

Assevera que tal entendimento, no entanto, não merece prosperar, tendo em vista que, além de não ter havido qualquer omissão de saídas, ainda que se pudesse admitir que essas saídas ocorreram, presume novamente a Fiscalização que teriam ocorridos saídas por meio de operações internas, não havendo quaisquer elementos para se identificar a motivação de tal presunção.

Sustenta que, dessa forma, seja em virtude da descrição genérica e incompleta da natureza da infração imputada, seja em virtude da apuração de base de cálculo com base em critérios equivocados, ou ainda em razão da presunção de que as saídas supostamente não declaradas se deram internamente, motivo pelo qual seria aplicável a alíquota de 17%, resta evidente a absoluta iliquidez do presente Auto de Infração, devendo ser cancelado. Menciona que em situações similares à presente, este E. Conselho já decidiu pela nulidade do Auto de Infração, conforme decisão que reproduz.

Conclusivamente, requer seja integralmente cancelado o Auto de Infração em lide, tendo em vista a evidente afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a ausência dos requisitos de validade do presente lançamento, e o entendimento já manifestado pelos Julgadores deste E. Conselho de Fazenda.

No mérito, consigna que, com vistas a demonstrar a total improcedência do presente lançamento e necessidade de seu integral cancelamento, detalha os procedimentos que adotou em relação às operações objeto da autuação, conforme abaixo:

- Nota Fiscal nº 4274 – diz que a nota fiscal em questão foi emitida pelo seu fornecedor e se refere a uma operação que, por motivos exclusivos e de responsabilidade de seu emitente, foi cancelada. Explica: celebrou com seu fornecedor uma operação de compra e venda de um transformador de força, com a seguinte descrição: “*transformador de força, trifásico, marca Toshiba, imerso em óleo mineral, isolante naftenico 25, com enrolamentos em cobre - com OLTC conforme ET do cliente e padrão ANEEL. Potência: 150000/200000/250000kva tensão: 500000/230000/13800v nº de série a12193*”, de modo que, em 13/11/2014, foi emitida a Nota Fiscal nº 4274 para acobertar a remessa do corpo do transformador ao seu estabelecimento.

Alega que a despeito de referida nota fiscal lhe indicar como destinatário da mercadoria nela descrita, a operação em questão não foi concretizada, já que, em 24/11/2014, o emitente da nota fiscal procedeu ao seu cancelamento nos seus sistemas de controle interno, bem como no ambiente da Nota Fiscal Eletrônica (“NF-e”) da Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais – “SEFAZ/MG” (doc. 04).

Afirma que, desse modo, apesar da NF-e 4274 lhe indicar como destinatário do bem ali descrito, tal nota fiscal não reflete uma operação efetivamente concretizada, uma vez que, conforme demonstrado, tal documento fiscal foi cancelado pelo emitente antes da saída do bem.

Diz restar evidente que a nota fiscal em questão jamais representou a entrada de uma mercadoria no seu estabelecimento, motivo pelo qual não foi escriturada em seus livros fiscais, e nem poderia, haja vista que se refere a uma operação não concretizada, que foi cancelada pelo emitente da NF-e.

Salienta que, além disso, não há como ignorar que, caso tivesse registrado a referida nota fiscal em seus livros, teria incorrido em infração à legislação fiscal, por registrar documento fiscal cancelado, que não representa uma efetiva circulação de mercadoria. Acrescenta que, dessa forma, resta clara a improcedência do presente lançamento, tendo em vista a equivocada presunção adotada pela Fiscalização.

Ressalta que, independentemente disso, para que não restem dúvidas quanto à sua boa-fé e regularidade das operações por realizadas, destaca ainda que a real operação praticada com o fornecedor em questão foi regularmente escriturada em seus livros fiscais.

Registra que adquiriu de seu fornecedor um transformador de força que, em virtude de seu tamanho e da impossibilidade de realização de transporte único do equipamento, foi remetido ao seu estabelecimento em partes e peças separadas.

Observa que considerando tal fato, o seu fornecedor procedeu à emissão da Nota Fiscal nº 2729, de simples faturamento do equipamento, a qual, de acordo com o previsto na legislação, foi emitida sem o destaque do ICMS. Acrescenta que, para acobertar a remessa do corpo do transformador para o seu estabelecimento, foi emitida a Nota Fiscal nº 4324.

Esclarece que, durante o transporte do bem, houve um sinistro que resultou em avaria no bem, razão pela qual este teve que retornar ao estabelecimento do fornecedor para conserto.

Frisa, nesse ponto, que o bem não chegou a ingressar no seu estabelecimento, contrariamente, o sinistro ocorreu no trajeto entre o estabelecimento do fornecedor e o seu estabelecimento, e o bem retornou diretamente ao estabelecimento do fornecedor.

Assinala que, diante disso, e após a realização de todos os procedimentos relativos ao sinistro do bem, tal qual o registro de boletim de ocorrência, o transformador retornou ao estabelecimento do fornecedor para a realização do reparo.

Esclarece que a entrada do bem no estabelecimento do fornecedor foi acobertada pela Nota Fiscal de Entrada nº 7266 (doc. 05), que contém todas as informações necessárias à perfeita identificação da operação e do sinistro ocorrido:

Explica que realizado o reparo do bem pelo fornecedor, este foi remetido ao seu estabelecimento, sendo a operação em questão acobertada pela Nota Fiscal nº 7298 (doc. 06):

Salienta que, pela análise do descritivo das mercadorias constantes na referida nota fiscal, é possível constatar que se trata da remessa do mesmo bem objeto das Notas Fiscais nº 4274 (cancelada) e 4324 (que acompanhava o bem no momento do sinistro).

Esclarece que somente nesse momento houve o efetivo ingresso do referido bem no seu estabelecimento, razão pela qual apenas a Nota Fiscal nº 7298 foi escriturada em seus livros fiscais do mês de novembro de 2015 (doc. 07). Apresenta detalhamento da operação realizada.

Assevera que da análise de tal operação, resta evidente que (i) a Nota Fiscal nº 4274, objeto da presente autuação, não reflete uma operação que se concretizou, haja vista que foi cancelada pelo emitente, motivo pelo qual ela jamais poderia ter sido escriturada nos seus livros fiscais; e (ii) as operações efetivamente praticadas foram regularmente declaradas ao Fisco e escrituradas em seus livros fiscais.

Diz que, dessa forma, imperioso concluir que, ao contrário da presunção adotada pela Fiscalização, não houve qualquer omissão de operações de entrada ou de saída do seu estabelecimento, caindo por terra a motivação do Auto de Infração em questão.

Afirma que diante dos esclarecimentos e provas colacionadas, resta evidente a necessidade de cancelamento do presente lançamento. Destaca que este E. CONSEF já se posicionou pela necessidade de cancelamento da autuação em casos semelhantes ao presente:

Conclusivamente, sustenta que resta evidente que o Auto de Infração é totalmente improcedente, motivo pelo qual deve ser integralmente cancelado.

Prosseguindo, diz que, ainda que as suas razões não sejam acolhidas, o que admite apenas por argumentação, fato é que as acusações constantes no presente lançamento, em verdade, não ocorreram, de modo que não há que se falar em existência de infração à legislação e, por conseguinte, aplicação de qualquer penalidade. Neste sentido invoca ensinamentos de Geraldo Ataliba.

Alega que diante das provas e argumentos apresentados, uma vez demonstrada a inocorrência das infrações lhe atribuídas, não é possível que lhe seja imposta qualquer penalidade, devendo a multa objeto do presente Auto de Infração ser totalmente cancelada.

Sustenta que, mesmo que se entenda pela manutenção das penalidades impostas, o que admite apenas a título argumentativo, a multa, tal como aplicada, deve ser afastada, eis que assume nítido caráter confiscatório, com o que não se pode concordar. Acrescenta que a aplicação de multa equivalente a 100% do valor do imposto presumidamente não recolhido se apresenta totalmente desarrazoada.

Alega que a imposição de multa, nesse patamar, revela que o critério utilizado pela Fiscalização, além de ter desconsiderado as circunstâncias do fato, a situação do contribuinte e de sua atividade, também desconsiderou qualquer outro parâmetro razoável para balizar o cálculo da penalidade. Explica: o artigo 3º do CTN estabelece que o tributo é uma prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito. Por esse motivo, o tributo não pode ser utilizado para punir, da mesma forma que as sanções não podem ser utilizadas como instrumento de arrecadação disfarçado.

Menciona que Sacha Calmon Navarro Coêlho, ao analisar os limites quantitativos para o estabelecimento de sanções nos casos de infração pelo descumprimento da prestação tributária, extrai três conclusões: (i) a de que no Brasil, a infração tributária não pode gerar o perdimento de bens e o confisco, já que isto é vedado pela Constituição; (ii) a de que a infração tributária pode ocasionar a aplicação de penas pecuniárias, mas não penas privativas da liberdade, atribuição da lei penal, nem pena de confisco ou perdimento de bens, que exige lei específica tipificante e um processo de execução especial; (iii) a de que uma multa excessiva ultrapassando o razoável para dissuadir ações ilícitas e para punir os transgressores (caráter punitivo e preventivo da penalidade) caracteriza, de fato, uma maneira indireta de burlar o dispositivo constitucional que proíbe o confisco.

Ressalta que o Egrégio STF já decidiu que: *“a multa excessiva, de feição confiscatória, deve ser reduzida a proporções razoáveis”*.

Conclusivamente, diz que, frente à jurisprudência do Egrégio STF acerca da impossibilidade de se manter multa que guarde um aspecto quantitativo totalmente desproporcional aos fins a que se pretende, é inegável que as multas em questão devem ser afastadas ou, ao menos, reduzidas, por força dos princípios da vedação ao confisco, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, a improcedência. Protesta pela produção de todas as provas em direito admitidas, inclusive a conversão do julgamento do processo em diligência, caso se entenda necessário, assim como pela sustentação oral de suas razões. Requer, ainda, que todas as intimações sejam realizadas em seu próprio nome, no seu endereço, bem como em nome de sua advogada, em Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados, A/C Dra. Renata Correia Cubas, estabelecida na Alameda Joaquim Eugênio de Lima, 447, 7º andar, Cerqueira César, São Paulo-SP, CEP 01403-001.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls.96 a 98). Consigna que a autuação deve ser julgada parcialmente procedente. Registra que o autuado reconheceu tacitamente o débito no valor de R\$ 6.444,50, referente à Nota Fiscal eletrônica nº 97.825 de 16/10/2014, haja vista que em nenhum momento da peça defensiva contesta esta NFe relacionada na planilha de fls. 6 a 9, assim como não comprova ter escriturado o referido documento fiscal em seus livros contábeis ou livro Registro de Entradas.

Contesta a nulidade arguida pelo impugnante por presunção da ocorrência e falta de correspondência entre os fatos e a infração imputada - precariedade do lançamento e; iliquidez do Auto de Infração.

No que tange à presunção aduzida pelo impugnante, diz que, o fato da escrituração sinalizar a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas e não escrituradas em livros fiscais próprios, na forma da legislação pertinente, autoriza o Fisco presumir a omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto.

Acerca da presunção invoca e reproduz lições de renomados doutrinadores, iniciando por Alfredo Augusto Becker que ensina: *"A observação do acontecer dos fatos segundo a ordem natural das coisas, permite que se estabeleça uma correlação natural entre a existência do fato conhecido e a probabilidade de existência do fato desconhecido. A correlação natural entre a existência de dois fatos é substituída pela correlação lógica. Basta o conhecimento da existência de um daqueles fatos para deduzir-se a existência do outro fato cuja existência efetiva se desconhece, porém tem-se como provável em virtude daquela correlação natural."*

Salienta que, com estes pressupostos, o mestre Becker definiu presunção: *"Presunção é o resultado do processo lógico mediante o qual o fato conhecido cuja existência é certa se infere o fato desconhecido cuja existência é provável."* (Teoria Geral do Direito Tributário, Lejus, p. 508) No mesmo sentido, diz que, segundo Clóvis Bevilacqua, presunção é a ilação que se tira de um fato conhecido para provar a existência de outro desconhecido. Segundo Maria Rita Ferraguti, a presunção caracteriza-se como uma proposição individual e concreta, reveladora de um raciocínio lógico presuntivo, realizado pelo aplicador da norma, que a partir do conhecimento de indícios, da inexistência de provas em sentido contrário a eles, e da relação de implicação estabelecida segundo o que ordinariamente acontece forma sua convicção, declarando normativamente a existência do fato jurídico indiretamente conhecido. Acrescenta que a referida autora afirma ainda que a presunção pode ser aplicada ao direito tributário, sem ferir qualquer dos seus princípios, desde que os indícios sejam graves, precisos e concordantes e inexista prova em contrário, apesar de ser possível apresentá-las.

Relativamente à iliquidez, destaca que a ação fiscal que resultou no presente Auto de Infração goza de presunção de certeza e liquidez do crédito tributário, na medida em que a atividade administrativa tributária rege-se pelo Princípio da Legalidade. E, como os atos administrativos em

geral, reveste-se de presunção de veracidade e legitimidade.

Assevera que também não pode prosperar a tese do “Efeito confiscatório”, por não ocorrência na presente autuação.

Conclusivamente, diz que a ação fiscal foi cuidadosa, técnica e precisa, sendo que o devido processo legal foi observado, a ampla defesa e o contraditório foram respeitados, devendo o CONSEF afastá-las de ofício.

No mérito, registra que o contribuinte foi autuado por motivo de entradas de mercadorias não registradas referente a duas Notas Fiscais eletrônicas, no caso a NFe 97.825 de 16/10/2014, no valor de R\$ 38.000,00 gerando o débito fiscal de R\$6.444,50; e a NFe 4.274 de 13/11/2014, de R\$2.516.466,01.

Assinala que, muito embora o autuado tenha reconhecido tacitamente o débito fiscal referente à Nota Fiscal eletrônica nº. 97.825 de 16/10/2014, conforme demonstrativo anexo II, no valor de R\$ 6.444,50, há reparos a fazer.

Esclarece que, por equívoco, incluiu indevidamente, no Demonstrativo de Débito Fiscal de fls. 6 a 10, a NFe 4.274 de 13/11/2014, no valor de R\$2.516.466,01, que se encontra cancelada (fls. 84/85).

Consigna que, desse modo, o novo valor do ICMS exigido na autuação passa para R\$6.444,50, sendo referente exclusivamente à Nota Fiscal eletrônica nº 97.825.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, cabe apreciar a arguição defensiva de nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa, em face de adoção de meras presunções para fundamentar a lavratura do Auto de Infração e da precariedade do lançamento, bem como por sua iliquidez.

Por certo que não há como prosperar a pretensão defensiva. A descrição da infração não merece qualquer reparo, haja vista que realizada de forma clara e acompanhada dos elementos necessários para o pleno exercício do direito de defesa, o que, inclusive foi realizado detalhadamente pelo impugnante no mérito da autuação.

Vale consignar que, no presente caso, a falta de registro de entradas de mercadorias no estabelecimento, isto é, a omissão de entradas, serviu de indício para a aplicação da presunção legal (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96) de ocorrência de saídas de mercadorias efetuadas anteriormente e não declaradas ao Fisco, de modo que o imposto lançado em função da referida omissão de entradas não é exigido em virtude desse fato em si, mas sim tendo em vista a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias, haja vista que a existência de entradas de mercadorias não contabilizadas denuncia a falta de contabilização de receitas, ficando evidente que a empresa efetuou pagamentos com recursos não declarados ao Fisco, e esses recursos, até prova em contrário, presumem-se decorrentes de operações (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Portanto, a presunção adotada pela Fiscalização não resulta na iliquidez do lançamento, em virtude da impossibilidade de apuração acertada do montante do tributo supostamente devido, conforme arguido pelo impugnante.

Diante disso, não acolho as nulidades arguidas.

Quanto à diligência aduzida pelo impugnante, considero desnecessária a sua realização, haja vista que os elementos que compõem o presente processo se apresentam suficientes para formação do meu convencimento e decisão da lide.

Desse modo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro o pedido de diligência.

No mérito, verifico que a exigência fiscal diz respeito exclusivamente a duas Notas Fiscais eletrônicas, no caso a NFe 97.825 de 16/10/2014, no valor de R\$ 38.000,00 com ICMS devido no valor de R\$6.444,50; e a NFe 4.274 de 13/11/2014, no valor de R\$2.516.466,01 com ICMS devido no valor de R\$427.799,23.

Observo que o próprio autuante na Informação Fiscal reconheceu que incorreu em equívoco ao incluir, indevidamente, no Demonstrativo de Débito Fiscal de fls. 6 a 10, a NFe 4.274 de 13/11/2014, no valor de R\$2.516.466,01, haja vista que referido documento fiscal se encontrava cancelado, conforme cópia acostadas às fls. 84/85 dos autos.

Ainda na Informação Fiscal o autuante consignou que o autuado reconheceu tacitamente o débito fiscal referente à Nota Fiscal eletrônica nº. 97.825, no valor de R\$6.444,50, e finaliza a peça informativa opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

Ocorre que a exigência referente à Nota Fiscal eletrônica nº. 97.825 também é insubsistente, tendo em vista que referido documento fiscal diz respeito à transferência de mercadoria realizada pelo estabelecimento filial da empresa ABB LTDA., inscrito no CNPJ sob o nº. 61.074.829/0011-03, localizado na Av. Monteiro Lobato, 3411 – São Roque – Guarulhos – SP.

Conforme explicitado acima, a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias decorre da existência de entradas de mercadorias não contabilizadas que denuncia a falta de contabilização de receitas, ficando evidente que a empresa efetuou pagamentos com recursos não declarados ao Fisco, e esses recursos, até prova em contrário, presumem-se decorrentes de operações (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Ora, tratando-se de transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, por certo que não há pagamento nem desembolso realizado, portanto, sendo inaplicável a presunção aludida.

Assim sendo, a autuação é integralmente insubsistente.

Por derradeiro, no que concerne ao pedido formulado pelo impugnante no sentido de que todas as intimações sejam realizadas em seu próprio nome, no seu endereço, bem como em nome de sua advogada, em Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados, A/C Dra. Renata Correia Cubas, estabelecida na Alameda Joaquim Eugênio de Lima, 447, 7º andar, Cerqueira César, São Paulo-SP, CEP 01403-001, saliento que inexistem óbices para que o órgão competente da repartição fazendária atenda ao pedido. Entretanto, ressalto que o não atendimento não implica em nulidade do ato, haja vista que a forma de intimação ao contribuinte se encontra prevista no art. 108 do RPAF/99.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **272466.6311/16-0**, lavrado contra **ABB LTDA.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR