

A. I. Nº - 269358.0012/07-6
AUTUADO - ALICERCE COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ LUÍS SOUSA SANTOS
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 16.05.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0117-02/08

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Infração não elidida. 2. ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO MEDIANTE APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE INSTITuíDA NA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 56/2007. 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. Infração parcialmente caracterizada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (PISOS E TELHAS CERÂMICAS). OPERAÇÕES ESCRITURADAS E/OU OMITIDAS NOS LIVROS FISCAIS. FALTA DE PAGAMENTO E RECOLHIMENTO A MENOS. DO IMPOSTO. Subsistente em parte a infração. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO E RECOLHIMENTO A MENOS. DO IMPOSTO. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidades argüidas pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 17/09/2007, para exigência de ICMS no valor de R\$370.004,81, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$6.596,14, no mês de dezembro de 2003, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, conforme demonstrativo e cópia do RAICMS às fls. 63 a 66.
2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$94.506,84, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (piso cerâmico e telhas cerâmicas) não escrituradas nos livros fiscais, provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, no período de janeiro de 2002 a dezembro de 2004, conforme demonstrativos às fls. 14 a 23.
3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$32.050,85, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no

período de janeiro de 2002 a dezembro de 2004, caracterizada pela falta de contabilização das notas fiscais constantes do Relatório do CFAMT, conforme demonstrativos às fls. 24 a 38.

4. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$50.359,00, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (piso cerâmico e telhas cerâmicas) escrituradas nos livros fiscais, provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos meses de agosto e novembro de 2002, fevereiro e abril de 2003, março a junho de 2004, conforme demonstrativos às fls. 39 a 49.
5. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$171.415,18, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (piso cerâmico e telhas cerâmicas) escrituradas nos livros fiscais, provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, no período de fevereiro de 2002 a dezembro de 2004, conforme demonstrativos às fls. 39 a 49.
6. Falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, no total de R\$8.754,63, nas aquisições interestaduais de mercadorias escrituradas nos livros fiscais, provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos meses de março a junho, e setembro de 2004, conforme demonstrativo às fls. 50 a 51.
7. Falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, no total de R\$6.322,17, nas aquisições interestaduais de mercadorias não escrituradas nos livros fiscais, provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos meses de março a junho, agosto a dezembro de 2004, conforme demonstrativo às fls. 52 a 53.

O autuado, por seu representante legal, em sua defesa às fls. 1.543 a 1.550, suscitou a nulidade das infrações 02, 03 e 07, com fulcro no artigo 18, IV, do RPAF/99, sob alegação de que o lançamento fere o devido processo legal, porque não foram acostados aos autos documentos que comprovadamente asseguram a afirmativa de entradas de mercadorias no seu estabelecimento.

Alega que não adquiriu a maior parte das mercadorias sujeitas ao pagamento da antecipação tributária constante no Anexo I, (docs. fls. 14 a 23), salientando que a simples existência de notas fiscais com destino ao seu estabelecimento não comprova a aquisição e entrega das mercadorias, o que entende deve ser feito mediante apresentação de recibos de entrega e cópias de cheques e/ou duplicatas pagas pelo contribuinte autuado.

Frisa que consta no processo que o autuante teve acesso às notas fiscais anexas circularizando os respectivos fornecedores, porém, poderia ter certificado que as mercadorias entraram no território baiano mediante a verificação no sistema CFAMT – Controle Automatizado de Mercadorias em Trânsito. Diz que a simples anexação de cópias das notas fiscais ao processo não é suficiente para provar que ocorreu a entrada das mercadorias no estabelecimento.

Aduz que muitas das mercadorias não entraram no estabelecimento, e portanto não constam do CFAMT, tornando impossível fazer provas em contrário, e assim sendo, cabe ao fisco exigir dos fornecedores que façam prova da identidade dos adquirentes.

Explica que a matéria em discussão já foi objeto de várias apreciações pelo CONSEF, julgando improcedentes os lançamentos respectivos, citando como exemplo o Acórdão JJF nº 0800/00.

No mérito, alega a existência de equívocos no levantamento fiscal das infrações 04 e 05, citando diversas notas fiscais que já foram objeto dos Autos de Infração nº 293872.0010/02-6 e 087078.0002/03-4 (docs.fl. 1.551 a 1.567).

Além disso, alega que já foi pago o imposto referente às notas fiscais nº 130877; 44845 e 44846, nos valores de R\$560,86; R\$323,16 e R\$807,69, respectivamente.

Ao final, requer a nulidade das infrações 02, 03 e 07, ou caso contrário a procedência parcial.

O autuante em sua informação fiscal às fls. 1.571 a 1.577, inicialmente esclareceu que as infrações acham-se evidenciadas pelos Demonstrativos I a VIII (fls. 14/62); Demonstrativo da Auditoria da Conta Corrente (fls. 63/66); extratos dos recolhimentos efetuados (fls. 68/79); cartas de circularização a fornecedores e respectivas cópias de notas fiscais obtidas em resposta (fls. 80/451 e 494/1074); notas fiscais capturadas no sistema CFAMT (fls. 452/493); cópias dos livros Registro de Entradas, Apuração do ICMS e Caixa relativo ao período fiscalizado.

Quanto a preliminar de nulidade, o autuante afirma ausência completa dos pressupostos necessários para a decretação da nulidade do lançamento, não vislumbrando qualquer das hipóteses preconizadas no art. 18 do RPAF/99.

Sustenta que o lançamento contém todos os elementos suficientes para determinar a infração e o infrator, pois está constituído com todos os demonstrativos necessários à determinação e compreensão da base de cálculo em todas as infrações, e que as omissões de registro e recolhimento foram determinadas pelo cotejo entre as notas fiscais constantes nos sistemas CFAMT e SINTEGRA com o conteúdo dos livros fiscais e contábeis.

Sobre a alegação de que as notas fiscais obtidas no SINTEGRA somente teriam validade se acompanhadas da certificação do efetivo ingresso no estabelecimento, o autuante destaca que o julgamento citado na defesa não se aplica ao presente caso, por entender que a nota fiscal é a prova mais eloquente de que a operação se realizou, não sendo devido inverter o ônus da prova no sentido de buscar comprovação da efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento, pois esta prova cabe ao autuado apresentar.

Quanto ao mérito, o autuante reconheceu o equívoco em incluir no rol das notas fiscais tributadas, operações já alcançadas pelos Autos de Infração nº 293872.0010/02-6 e 087078.0002/03-4, tendo informado que procedeu a exclusão do levantamento fiscal as referidas notas fiscais, conforme documentos às fls. 1.578 a 1.585.

No tocante a alegação de que o imposto referente às Notas Fiscais nº 130877, 44845 e 44846 já havia sido recolhido, o preposto fiscal esclareceu que tais recolhimentos foram considerados na determinação das diferenças a recolher relativas à antecipação parcial, conforme Demonstrativo IV.

Conclui pela procedência parcial do Auto de Infração.

Considerando que o sujeito passivo não foi cientificado dos novos elementos apresentados na informação fiscal, e tendo em vista a inexistência no processo dos comprovantes de entrega por ocasião da intimação acerca da lavratura de Auto de Infração, de cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos que fundamentam a autuação, relativamente à comprovação da entrega ao sujeito passivo das provas obtidas pelo fisco junto a terceiros pelo SINTEGRA, referente a cópias de notas fiscais de compras, bem assim, elemento probrante da entrega de cópias das notas fiscais obtidas junto ao CFAMT, o processo foi baixado em diligência à Infaz de Vitória da Conquista em 12/02/2008 (fl. 1.589) para reabertura do prazo de defesa por (30) trinta dias para o exercício da ampla defesa e do contraditório, mediante a entrega dos seguintes documentos: Informação Fiscal – fls. 1.571 a 1.577; “Demonstrativo III – ICMS Antecipação-Tributária devido sobre operações registradas no LREM e não recolhido” – fls. 1.578 a 1.585; Notas fiscais do CFAMT – fls. 452 a 493; Notas fiscais do SINTEGRA – fls. 87/221; 225/229; 235/332; 337/347; 352/383; 387/394; 398/400; 404; 408/421; 424/447; 451; e do despacho de diligência à fl. 1.589.

Conforme Termo de Ciência à fl. 1.599, o autuado declarou ter recebido cópias de todos os documentos citados no despacho de diligência, e da Intimação à fl. 1.600, sendo reaberto o prazo de defesa por 30 (trinta) dias. O autuado se manifestou às fls. 1.602 a 1.606, apresentando as seguintes razões de fato e de direito.

Arguiu a nulidade das infrações 02, 03 e 07, a pretexto de cerceamento do direito de defesa, sob alegação de que não foram acostados aos autos documentos que comprovadamente asseguram afirmar a entrada das mercadorias no seu estabelecimento.

Transcreveu o artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, para argumentar que não há segurança na imputação, pois não adquiriu a maior parte das mercadorias sujeitas ao pagamento do ICMS por antecipação tributária elencadas no Demonstrativo I.

Reafirma que a simples existência de uma nota fiscal emitida com destino ao contribuinte não comprova a aquisição e entrega das mercadorias, entendendo que os documentos de provas seriam através de recibos de entrega, cópias de cheques e/ou duplicatas pagas.

Afirma que as mercadorias não entraram em seu estabelecimento, e não tem como fazer prova de fato negativo, a qual, entende que ao Fisco é perfeitamente possível obter prova que demonstre onde as mercadorias efetivamente foram entregues, inclusive mediante verificação no sistema CFAMT – Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito. Diz que o autuante não deixou claro quais notas fiscais foram obtidas no SINTEGRA e quais notas fiscais foram obtidas mediante o CFAMT.

Salienta que a matéria em questão já foi objeto de várias apreciações no CONSEF, que julgou improcedentes os lançamentos respectivos, a exemplo do Acórdão JJF nº 0800/00, para o qual, foi transcrita a ementa e o voto do Relator.

Quanto ao mérito, requer o cancelamento do débito em relação às notas fiscais nº 130877, 44845 e 44846, que foi recolhido nos DAE's citados, e que não foram acolhidos pelo autuante porque houve erro no preenchimento do código de receita. Diz que se trata de erro formal, porém o imposto recolhido nos DAE's anexados refere-se exatamente às notas fiscais mencionadas.

Ao final, requer a nulidade das infrações 02, 03 e 07, porque constituído sem os meios de convicção de provas, e no mérito, que sejam levados em consideração os argumentos apresentados, relacionados com os equívocos no cálculo do imposto em relação às parcelas do imposto objeto de cobrança anterior ou pagas.

À fl. 1.607 verso, o autuante declarou ciente das alegações do autuado às fls. 1.602 a 1.607, e reiterou os termos da informação fiscal prestada às fls. 1.571 a 1.577.

VOTO

Na análise das peças processuais, constato que das seis infrações constantes no Auto de Infração, o sujeito passivo não fez qualquer referência quanto aos débitos das infrações 01 e 06, impugnou totalmente as infrações 02, 03 e 07, e parcialmente as infrações 04 e 05.

Portanto, ante o silêncio do sujeito passivo, considero totalmente procedente o débito no valor de R\$6.596,14, lançado na infração 01, pois está documentado às fls. 63 a 66 o cometimento da infração referente a recolhimento a menos do ICMS no mês de dezembro de 2003, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, tendo o autuado recebido o demonstrativo de apuração à fl. 66.

Igualmente o débito no valor de R\$8.754,63, lançado na infração 06, por se encontrar demonstrado nas planilhas às fls. 50 a 51, a ocorrência de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, nas aquisições interestaduais de mercadorias escrituradas nos livros fiscais, provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização que foram registradas nos livros fiscais, nos meses de março a junho, e setembro de 2004, tendo o autuado recebido cópia das citadas planilhas.

Quando às infrações 04 e 05, pela descrição do fato no auto de infração, constata-se que tratam de acusação da falta de recolhimentos do ICMS por antecipação nos valores respectivos de

R\$50.359,00 e R\$171.415,18, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (piso cerâmico e telhas cerâmicas) escrituradas nos livros fiscais, provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, durante o período de fevereiro de 2002 a dezembro de 2004, tendo o sujeito passivo recebido cópias dos demonstrativos de apuração do débito às fls. 39 a 49.

Na impugnação apresentada à fl. 1.543/1.550, foi alegado que diversas notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal já foram objeto dos Autos de Infração nº 293872.0010/02-6 e 087078.0002/03-4 (docs. fls. 1.551 a 1.567), bem assim, que já foi pago o imposto referente às notas fiscais nº 130877; 44845 e 44846, nos valores de R\$560,86; R\$323,16 e R\$807,69, respectivamente.

Na informação fiscal às fls. 1.571 a 1.577 o autuante concordou com a exclusão das notas fiscais que já haviam sido objeto de lançamento do imposto nos Autos de Infração nº 293872.0010/02-6 e 087078.0002/03-4, elaborou novos demonstrativos (fls. 1.578 a 1.585) resultando na diminuição do débito conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO 04

Data de Ocorrência	Débito Inicial (fls. 39 a 49)	Inf.Fiscal (1.578 a 1.585)
31/8/2002	8.076,79	-
30/11/2002	5.590,74	-
28/2/2003	4.837,81	4.837,81
30/4/2003	3.301,09	3.301,09
31/3/2004	9.150,59	9.150,59
31/5/2004	6.946,93	6.946,93
30/6/2004	12.455,05	12.455,05
TOTAIS	50.359,00	36.691,47

INFRAÇÃO 07

Data de Ocorrência	Débito Inicial (fls. 39 a 49)	Inf.Fiscal (1.578 a 1.585)
28/2/2002	6.724,27	79,83
31/3/2002	9.439,65	39,98
30/4/2002	6.919,66	1.229,93
31/5/2002	6.795,73	115,52
30/6/2002	4.857,45	-
31/7/2002	4.842,50	-
30/9/2002	7.099,99	-
31/10/2002	8.539,14	-
31/12/2002	3.442,13	3.442,13
31/1/2003	6.277,35	6.277,35
31/3/2003	5.847,11	5.847,11
31/5/2003	6.755,88	6.755,88
30/6/2003	9.043,67	9.043,67
31/7/2003	8.988,05	8.988,05
31/8/2003	5.956,32	5.956,32
30/9/2003	5.095,07	5.095,07
31/10/2003	6.112,56	6.112,56
30/11/2003	5.123,49	5.123,49
31/12/2003	6.061,66	6.061,66
31/1/2004	7.091,84	7.091,84
29/2/2004	4.908,24	4.908,24
30/4/2004	9.221,53	9.221,53

31/7/2004	9.831,81	9.831,81
31/8/2004	5.711,47	5.711,47
30/9/2004	7.782,99	7.782,99
31/10/2004	935,48	935,48
31/12/2004	2.010,14	2.010,14
TOTAIS	171.415,18	117.662,05

Por determinação desta Junta (fl. 1.589), o autuado recebeu cópia dos demonstrativos às fls. 1.578 a 1.585, e silenciou quanto aos mesmos, o que leva a conclusão de sua aceitação sobre os novos valores apurados.

Além disso, o autuado insiste que o imposto relativo às notas fiscais nº 130877; 44845 e 44846, nos valores de R\$560,86; R\$323,16 e R\$807,69, respectivamente, que foram quitados através dos DAE's constantes às fls. 1.566 a 1.568 não foram considerados na apuração do débito, no que discordou o autuante.

Examinando o demonstrativo à fl. 48, substituído na informação fiscal pelo demonstrativo à fl. 1.582, verifica-se que o recolhimento no valor de R\$560,86 foi deduzido do imposto apurado. Quanto aos recolhimentos nos valores de R\$323,16 e R\$807,69, observo que também foram considerados na apuração do débito à fl. 48 e substituído na informação fiscal pelo demonstrativo à fl. 1.582, senão vejamos: foi lançado com o recolhimento o valor de R\$1.547,05, valor esse que corresponde exatamente com o somatório dos recolhimentos efetuados conforme Relação de DAEs – Ano 2004, à fl. 73, quais sejam: R\$323,16 + R\$807,69 + R\$416,00.

Portanto, o débito das infrações 04 e 05 ficam reduzidos para os valores de R\$117.662,05 e R\$36.691,47, respectivamente.

Quanto às demais infrações impugnadas, o fulcro da infração 03, com ICMS lançado no valor de R\$32.050,85, reside na acusação de que ocorreu omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, no período de janeiro de 2002 a dezembro de 2004, caracterizada pela falta de contabilização das notas fiscais constantes do Relatório do CFAMT e notas fiscais obtidas no SINTEGRA, conforme demonstrativos às fls. 24 a 38, sendo exigido o imposto no valor de R\$32.050,85.

A exigência fiscal foi calculada obedecendo o princípio da proporcionalidade, conforme planilha intitulada de “Demonstrativo da Composição Anual das Saídas Registradas para fins de aplicação da Instrução Normativa nº 56/2007” (fls. 61 a 62).

Já as infrações 02 e 07, a exigência fiscal foi apurada com base em notas fiscais de aquisições não registradas nos livros fiscais, provenientes de outras Unidades da Federação, obtidas através de circularização junto a fornecedores e através do CFAMT.

O débito da infração 02, totaliza o valor de R\$94.506,84, se refere a falta de antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (piso cerâmico e telhas cerâmicas) e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, não escrituradas nos livros fiscais, no período de janeiro de 2002 a dezembro de 2004, conforme demonstrativos às fls. 14 a 23.

O débito da infração 07, concerne a falta de recolhimento do ICMS –antecipação parcial, no valor de R\$50.359,00, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias não escrituradas nos livros fiscais, nos meses de agosto e novembro de 2002, fevereiro e abril de 2003, março a junho de 2004, conforme demonstrativos às fls. 39 a 49.

Sem adentrar no mérito, o sujeito passivo suscitou a nulidade das citadas infrações, com fulcro no artigo 18, IV, do RPAF/99, sob alegação de que o lançamento fere o devido processo legal, porque não foram acostados aos autos documentos que comprovadamente asseguram a

afirmativa de entradas de mercadorias no seu estabelecimento, pois não adquiriu parte das mercadorias.

Assevera que a simples existência de notas fiscais com destino ao seu estabelecimento não comprova a aquisição e entregas das mercadorias, o que entende deve ser feito mediante apresentação de recibos de entrega e cópias de cheques e/ou duplicatas pagas pelo contribuinte autuado e mediante a verificação no sistema CFAMT – Controle Automatizado de Mercadorias em Trânsito.

Observo que na fase de instrução sendo constatada a inexistência no processo dos comprovantes de entrega ao autuado das provas obtidas pelo fisco junto a terceiros pelo SINTEGRA, referente a cópias de notas fiscais de compras, bem assim, elemento probante da entrega de cópias das notas fiscais obtidas junto ao CFAMT, relativamente às notas fiscais que serviram de base aos itens 02, 03 e 07, o processo foi baixado em diligência, sendo regularizada a pendência com entrega dos documentos às fls. 1.571/7; 1.578/85; 452/493; fls. 87/221; 225/229; 235/332; 337/347; 352/383; 387/394; 398/400; 404; 408/421; 424/447; 451; 452/493; e do despacho de diligência à 1.589.

Desta forma, o sujeito passivo teve a oportunidade exercer com plenitude o seu direito de defesa, e trazer aos autos os elementos de provas de que não adquiriu as mercadorias constantes nas notas fiscais relacionadas nos citados demonstrativos.

Conforme dito acima, o trabalho fiscal está baseado cópias de notas fiscais obtidas junto ao CFAMT e através do arquivo SINTEGRA, cujas cópias destas últimas foram apresentadas pelos fornecedores a pedido da SEFAZ, e foram carreadas aos autos pelo autuante e se encontram juntamente com as correspondências às fls. 80 a 1.074, e entregues cópias das notas fiscais ao autuado pela repartição fazendária.

Assim, a exigência fiscal foi apurada com base em notas fiscais de aquisições não registradas nos livros fiscais, provenientes de outras Unidades da Federação, obtidas através de circularização junto a habituais fornecedores e através do CFAMT.

Primeiramente, convém lembrar que a existência de uma lide tem como característica partes em posições opostas, onde alegações de cada uma pode ou não corresponder à verdade dos fatos. Assim, as provas servem como meio de convicção, cabendo às partes a promoção de alegações da ocorrência ou não dos fatos, sempre acompanhadas de componentes materiais probatórios. Portanto, a administração fazendária e contribuintes, cabe não só alegar, mas principalmente produzir provas que criem condições de convicção favoráveis à sua pretensão.

Quanto a prova representada pelas notas fiscais capturadas pelo CFAMT nos Postos Fiscais, dúvidas não pairam de que quem adquiriu as mercadorias foi o autuado, inclusive ele próprio, em sua impugnação deixa a entender que elas servem de comprovação que foi a empresa que adquiriu as mercadorias, pondo dúvidas quanto as notas obtidas juntas aos fornecedores.

Quanto as notas fiscais obtidas a partir do SINTEGRA, mediante circularização junto aos fornecedores, observo o seguinte.

O Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços - SINTEGRA foi criado visando o controle informatizado das operações de entrada e saída interestaduais realizadas pelos contribuintes do ICMS.

Entendo que quando a fiscalização apura débito com base em dados do SINTEGRA sem a apresentação das respectivas notas fiscais, esse levantamento fica bastante fragilizado, uma vez que não existe o documento de prova da operação realizada, haja vista que, a nota fiscal representa um documento empregado para a comprovação de uma operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de

comunicação. Trata-se, portanto, de um instrumento hábil capaz de estabelecer a regularização da mercadoria ou serviço, definindo-lhe origem e destinação.

Observo que, visando afastar quaisquer dúvidas relativas à fidedignidade das notas fiscais identificadas a partir do SINTEGRA, foram anexadas aos autos cópias das mesmas, obtidas pela Secretaria da Fazenda mediante circularização junto aos fornecedores e que fundamentam a acusação fiscal.

As cartas de circularização são um procedimento padrão de auditoria fiscal para certificar, junto aos fornecedores, a realização de operação mercantil por determinada empresa, cuja certificação é feita mediante a nota fiscal emitida.

Os extratos do SINTEGRA anexados ao processo objetivaram a identificação dos fornecedores para a expedição de correspondência pela SEFAZ, sendo que, todas as informações obtidas conferem com as notas fiscais dos fornecedores, o que demonstra a fidedignidade dos dados nelas constantes, ressaltando-se que foi a própria Secretaria da Fazenda quem obteve, mediante cartas de circularização, as provas utilizadas pelo preposto fiscal para o lançamento da lide.

No presente caso, considero que as cópias das notas fiscais obtidas junto aos fornecedores servem como elemento de prova das aquisições de mercadorias realizadas pela empresa, uma vez que constam todos os dados cadastrais do estabelecimento autuado e foram fornecidas pelos respectivos fornecedores a pedido da Secretaria da Fazenda, nas quais, na quase totalidade das notas fiscais consta a forma de pagamento dividida em parcelas; consta que o transporte foi efetuado por veículo da própria empresa; consta as placas do veículos, todos do Estado da Bahia, além de assinatura do recebimento das mercadorias na maioria das notas fiscais.

Desta forma, mantendo integralmente o débito lançados nos itens 02, 03 e 07.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$302.584,15, ficando o demonstrativo de débito das infrações 04 e 05 modificados para os quadros abaixo.

INFRAÇÃO	VL.INICIAL	VL.DEVIDO	CONCLUSÃO
1	6.596,14	6.596,14	Não impugnou.
2	94.506,84	94.506,84	Não elidida
3	32.050,85	32.050,85	Não elidida
4	50.359,00	36.691,47	Procedência parcial
5	171.415,18	117.662,05	Procedência parcial
6	8.754,63	8.754,63	Não impugnou.
7	6.322,17	6.322,17	Não elidida
TOTAIS	370.004,81	302.584,15	

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO INFRAÇÃO 04

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
28/2/2003	9/3/2003	28.457,71	17	60	4.837,81	4
30/4/2003	9/5/2003	19.418,18	17	60	3.301,09	4
31/3/2004	9/4/2004	53.827,00	17	60	9.150,59	4
31/5/2004	9/6/2004	40.864,29	17	60	6.946,93	4
30/6/2004	9/7/2004	73.265,00	17	60	12.455,05	4
TOTAL					36.691,47	

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO INFRAÇÃO 05

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
28/2/2002	9/3/2002	469,59	17	60	79,83	5
31/3/2002	9/4/2002	235,18	17	60	39,98	5
30/4/2002	9/5/2002	7.234,88	17	60	1.229,93	5

31/5/2002	9/6/2002	679,53	17	60	115,52	5
30/6/2002	9/7/2002	-	17	60	-	5
31/7/2002	9/8/2002	-	17	60	-	5
31/8/2002	9/9/2002	-	17	60	-	5
30/9/2002	9/10/2002	-	17	60	-	5
31/10/2002	9/11/2002	-	17	60	-	5
30/11/2002	9/12/2002	-	17	60	-	5
31/12/2002	9/1/2003	20.247,82	17	60	3.442,13	5
31/1/2003	9/2/2003	36.925,59	17	60	6.277,35	5
31/3/2003	9/4/2003	34.394,76	17	60	5.847,11	5
31/5/2003	9/6/2003	39.740,47	17	60	6.755,88	5
30/6/2003	9/7/2003	53.198,06	17	60	9.043,67	5
31/7/2003	9/8/2003	52.870,88	17	60	8.988,05	5
31/8/2003	9/9/2003	35.037,18	17	60	5.956,32	5
30/9/2003	9/10/2003	29.971,00	17	60	5.095,07	5
31/10/2003	9/11/2003	35.956,24	17	60	6.112,56	5
30/11/2003	9/12/2003	30.138,18	17	60	5.123,49	5
31/12/2003	9/1/2004	35.656,82	17	60	6.061,66	5
31/1/2004	9/2/2004	41.716,71	17	60	7.091,84	5
29/2/2004	9/3/2004	28.872,00	17	60	4.908,24	5
30/4/2004	9/5/2004	54.244,29	17	60	9.221,53	5
31/7/2004	9/8/2004	57.834,18	17	60	9.831,81	5
31/8/2004	9/9/2004	33.596,88	17	60	5.711,47	5
30/9/2004	9/10/2004	45.782,29	17	60	7.782,99	5
31/10/2004	9/11/2004	5.502,82	17	60	935,48	5
31/12/2004	9/1/2005	11.824,35	17	60	2.010,14	5
TOTAL					117.662,05	

VOTO DISCORDANTE – ITENS 2º, 3º, 7º

Com a devida vênia, discordo do voto do nobre Relator no tocante aos itens 2º, 3º e 7º.

De antemão, anoto que tomarei por fundamento do meu voto a decisão da Câmara Superior no Acórdão CS 1023/99.

No presente Auto, os itens 2º (falta de antecipação do imposto relativamente a mercadorias sujeitas a substituição tributária), 3º (entradas não registradas – presunção legal de omissões de saídas anteriores) e 7º (falta de pagamento da chamada antecipação parcial) têm em comum o fato de os lançamentos se basearem em provas consubstanciadas *a) em cópias de Notas Fiscais* retidas pela fiscalização do trânsito através do sistema CFAMT e *b) em cópias reprográficas de Notas Fiscais*, bem como de extratos de “consultas” ao Sintegra, obtidas mediante “circularização”, ou seja, mediante ofícios do fisco dirigidos aos emitentes dos documentos.

A Lei nº 7.014/96, no art. 4º, § 4º, autoriza a presunção de ocorrência de operações sem pagamento do imposto, no caso de falta de contabilização de “entrada de mercadorias”:

“§ 4º. O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de *entrada de mercadorias* não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.” (grifei)

Note-se que a lei se refere à falta de contabilização de *entrada de mercadorias*.

Ou seja, a lei não autoriza a presunção em caso de simples constatação de *Notas Fiscais emitidas* em nome de um suposto comprador – a lei exige a prova da *entrada da mercadoria* no estabelecimento do comprador.

No caso em exame, a defesa nega que tivesse adquirido as mercadorias. Alega falta de prova de que as mercadorias tivessem entrado no seu estabelecimento.

As provas juntadas pela fiscalização precisam ser separadas em três blocos:

- a) Notas Fiscais retidas pela fiscalização do trânsito através do sistema CFAMT;
- b) cópias reprográficas de Notas Fiscais obtidas mediante “circularização”;
- c) extratos de “consultas” ao Sintegra.

Notas fiscais capturadas pelo sistema do CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito) provam que as mercadorias nelas especificadas circularam no território baiano. Há, portanto, uma prova inequívoca de que as mercadorias realmente circularam e entraram no território baiano, com destino ao estabelecimento destinatário, tanto assim que passaram fisicamente pelo posto fiscal.

Coisa bem diversa é quando o fisco se limita a coletar cópias de Notas Fiscais junto ao estabelecimento destinatário, sem verificar se realmente as operações ocorreram, sem verificar quem transportou, sem apurar a quem foram entregues as mercadorias, sem observar quem pagou. Pior ainda é o caso dos simples extratos de “consultas” ao Sintegra (fls. 225/229). A fiscalização deve fiscalizar. Não pode se limitar a autuar em face de meros indícios.

Cópias de Notas Fiscais e extratos do Sintegra provariam que as mercadorias “entraram” no estabelecimento do destinatário?

Não provam. Apenas provam que as Notas Fiscais foram emitidas. Nada mais.

O processo administrativo fiscal exige que se apure a verdade – a verdade material.

O art. 112 do CTN recomenda que a lei tributária que defina infrações ou lhe comine penalidades seja interpretada da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos (*in dubio pro reo*).

Casos de dúvida acarretam a nulidade do procedimento. Nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF, é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Entretanto, no presente caso, votarei pela improcedência da autuação, em atenção aos precedentes já registrados neste Conselho, inclusive da Câmara Superior.

A 1^a Junta, através do Acórdão JJF 2335/00, no julgamento do Auto de Infração nº 232854.0005/00-2, em que atuou como relatora a Dra. Clarice Anízia Máximo Moreira, apreciou um caso bastante semelhante ao presente, isto é, compras interestaduais de mercadorias apuradas com base em cópias das vias fixas das Notas Fiscais obtidas junto aos estabelecimentos emitentes, situados em outros Estados, como no caso ora em análise. Dos três itens objeto daquela lide, os dois primeiros cuidavam, respectivamente, da falta de antecipação de ICMS nas entradas das mercadorias e da presunção legal de omissão de saídas por falta de contabilização daquelas entradas. As mercadorias eram enquadradas no regime de substituição tributária, como no item 2º do presente Auto. Os dois primeiros itens foram julgados improcedentes por falta de comprovação da efetiva aquisição das mercadorias. Reproduzo, a seguir, a ementa do aludido acórdão:

“EMENTA. ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Não comprovada a efetiva aquisição das mercadorias, por ter

sido objeto de autuações com base nas 4^{as} vias fixas apresentadas pelo emitente do documento fiscal. Infração insubstancial. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ENTRADA DE MERCADORIAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO DAS NOTAS FISCAIS. Constitui-se em presunção legal de omissão de saída de mercadorias tributáveis a não contabilização dos pagamentos das mercadorias adquiridas. Entretanto, a autuação se deu em função das 4^{as} vias fixas dos documentos fiscais colhidos diretamente dos fornecedores, sem nenhuma comprovação da efetiva operação. Infração insubstancial. 3. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE CAIXA DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. Infração não elidida. Rejeitada a preliminar de nulidade argüida quanto ao item 3. No que se refere aos itens 1 e 2 dos autos, preliminares acolhidas. Entretanto, ultrapassadas por serem as infrações, no mérito, improcedentes. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.”

Na decisão a que me reporto, os itens 1º e 2º do Auto de Infração foram analisados em conjunto por se tratar de situações correlatas, tendo sido ambos os fatos apurados em função dos mesmos documentos fiscais. Naquele caso, a defesa fez referência ao Acórdão CS 1023/99 da Câmara Superior, pelo qual um Auto de Infração que havia sido julgado procedente teve a decisão reformada para improcedente. Dado o vínculo que percebo nos três casos, e visando a fundamentar o meu voto na jurisprudência da Junta e das Câmaras deste Conselho, transcrevo, a seguir, trecho do voto da ilustre relatora, Dra. Clarice Moreira, no supramencionado Acórdão JJF 2335/00 da 1ª Junta:

“Razão assiste ao autuado, quando alega não conhecer a origem dos documentos fiscais, objeto da autuação indicada nos itens 1 e 2. Além do que não há nos autos elementos que confirmem a realização das efetivas operações, tais como: comprovação dos pagamentos das mercadorias, através de duplicatas ou outros documentos da efetiva operação realizada, comprovação mediante documentos colhidos através do CFAMT que confirme a circulação das mercadorias neste Estado, ou outros elementos que evidenciem a realização das operações em questão. Vale ressaltar que constam nos autos cópias xerográficas de notas fiscais (vias fixas) colhidas diretamente do emitente dos documentos fiscais, estabelecidos em outras unidades da Federação. Desta forma, teve o autuado o seu direito de defesa cerceado.

“No presente caso, as notas fiscais que foram colhidas no estabelecimento do fornecedor e trazidas ao processo deveria ter sido, na forma do § 1º, do art. 18 do RPAF/99, ter sido fornecida cópia dos referidos documentos, atendendo, assim, ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Contudo, com base na ausência de outros elementos de suma importância, como já citado, entendo desnecessário tal procedimento, uma vez que no mérito as acusações fiscais dos itens em comento não procedem.

“.....

“O autuado cita, em sua defesa, o Acórdão CS nº 1023/99, em que a Câmara Superior deste CONSEF decidiu pela improcedência em caso idêntico.

“Reconheço que nos casos de serem juntadas aos autos apenas cópias xerográficas de notas fiscais colhidas diretamente dos fornecedores, por si só, não constituem elementos de prova de que tivesse havido a realização da operação. Desta forma, concordo com a decisão, por maioria, prolatada pela Câmara Superior deste Conselho de Fazenda Estadual, julgando improcedente autuação de caso idêntico ao aqui apreciado, através do Acórdão CS 1023/99, em razão de a autuação ter sido baseada, apenas, nas vias fixas dos documentos fiscais colhidos diretamente dos fornecedores, localizados em outros Estados, conforme transcrevo parte texto do voto relativo ao Acórdão acima citado:

‘... modificando a Decisão Recorrida de PROCEDENTE para IMPROCEDENTE por entender que realmente a simples cópia da 4^a via fixa do talonário de notas fiscais da remetente das mercadorias não é suficiente para reclamar e imputar penalidade à recorrente’”.

No presente caso, não há prova, nos autos, de que o autuado seja o efetivo destinatário das mercadorias relativas às Notas Fiscais obtidas mediante “circularização”. Baseio-me nos seguintes pontos:

- a) as Notas Fiscais não foram retidas pela fiscalização do trânsito, de modo que não há prova de que as mercadorias ingressaram ou circularam no território baiano;
- b) não foi verificado, junto aos fornecedores, como e por quem foram feitos os pagamentos das operações;
- c) o simples fato de as Notas Fiscais em questão indicarem como destinatária determinada empresa não comprova que esta tenha realmente efetuado as compras. Embora eu não esteja afirmindo que tal situação ocorra, não se perca de vista a possibilidade de os emitentes, ao venderem mercadorias para pessoas estabelecidas lá, nos seus Estados, a fim de não pagarem o tributo à alíquota interna (17%), simularem vendas para outros Estados, debitando-se assim pela alíquota interestadual (7%). Repito que não estou afirmindo que isso tenha ocorrido, pois seria leviandade fazer tal afirmação sem provas. O que quero dizer é que não há provas, nos autos, de que as mercadorias entraram no estabelecimento do autuado no caso das Notas obtidas mediante “circularização”.

A Jurisprudência do CONSEF prestigia os lançamentos efetuados com base em Notas Fiscais retidas pelo sistema CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito), o sistema de controle de mercadorias em trânsito pelas rodovias baianas. Com efeito, as Notas Fiscais retidas pelos postos fiscais deste Estado, através do sistema CFAMT, constituem prova de que as mercadorias circularam, efetivamente.

No entanto, no caso de Notas Fiscais em que não haja prova de que as mercadorias circularam no território baiano, é necessário que se faça prova de que as mercadorias entraram, real ou simbolicamente, no estabelecimento tido como destinatário. Tal prova pode ser feita demonstrando-se, por exemplo, que foi o destinatário quem pagou as compras. Outra prova seria a cópia do Conhecimento de Transporte.

Poder-se-ia objetar que essa prova caberia ao contribuinte (como se fosse possível o autuado provar que não comprou). Não é isso, contudo, o que prevê o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96. Ao estabelecer a lei que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção de ocorrência de operações sem pagamento do imposto, “ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”, há que serem assinalados os seguintes aspectos:

- a) trata-se de presunção relativa – a própria lei, após estabelecer a presunção, põe uma vírgula e diz que o contribuinte pode demonstrar a improcedência da presunção;
- b) presunção consiste numa conclusão ou dedução que se extrai de um fato conhecido para chegar-se a aceitar como verdadeira e provada a existência de outro fato;
- c) há que se identificar qual o fato-indício (fato provado) e qual o fato presumido (fato probando);
- d) a distribuição da prova, de acordo com a lei, fica assim: cabe ao fisco fazer a prova do fato-indício (entrada das mercadorias no estabelecimento do autuado), e ao contribuinte cabe provar a improcedência da presunção (a prova de que não houve omissão de saídas ou que as saídas omitidas não são tributáveis);
- e) note-se que a lei não diz que compete ao contribuinte provar a inexistência de entradas de mercadorias (para o contribuinte fazer esse tipo de prova não há necessidade de que a lei o

diga, pois tal prova é inerente ao princípio do contraditório e da ampla defesa). A faculdade atribuída ao contribuinte pela lei é para que ele possa fazer a “prova da improcedência da presunção”, ou seja, que não houve omissão de saídas ou que as saídas omitidas não são tributáveis.

- f) por conseguinte, como pressuposto para que o contribuinte faça a “prova da improcedência da presunção”, deve-se, primeiro, analisar se o fisco fez a prova do fato-indício, ou seja, a prova da existência de falta de contabilização de “entrada de mercadorias”.

É ocioso dizer que mercadorias procedentes de outros Estados, para chegarem ao estabelecimento tido como destinatário, têm de passar nos postos fiscais baianos. Pisos cerâmicos e telhas são mercadorias volumosas, que não circulam camufladas. O motorista de um caminhão pode, eventualmente, burlar a fiscalização uma ou duas vezes, mas não posso admitir que dezenas ou centenas de caminhões consigam fazer isso, sistematicamente. Se essas mercadorias tivessem vindo para a Bahia, as Notas Fiscais teriam sido retidas pelo CFAMT, pois é para isso que o CFAMT existe.

A Câmara Superior deste Conselho declarou a improcedência de ação fiscal num caso semelhante, através do Acórdão CS 1023/99, tendo em vista que o Auto de Infração se baseava, como este, em cópias das via fixas do talonário de Notas Fiscais do remetente das mercadorias, por considerar não serem tais cópias suficientes para caracterizar a infração. Mediante o referido Acórdão, a Câmara Superior modificou a decisão da primeira instância de procedente para improcedente, por entender que...

“... a simples cópia da 4^a via fixa do talonário de notas fiscais da remetente das mercadorias não é suficiente para reclamar e imputar penalidade à recorrente”.

Por conseguinte, o meu entendimento acerca desse tipo de autuação é consentâneo com a jurisprudência deste Conselho, inclusive da Câmara Superior.

Em face de tudo isso, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, no sentido de que, nos itens 2º, 3º e 7º, sejam excluídos os valores relativos aos documentos obtidos mediante “circularização”, de modo a prevalecerem apenas os valores relativos às Notas Fiscais retidas pela fiscalização do trânsito através do sistema CFAMT. Quanto aos demais aspectos, acompanho o voto do nobre Relator.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 269358.0012/07-6, lavrado contra ALICERCE COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$302.584,15, acrescido das multas de 60%, sobre R\$270.533,30 e 70%, sobre R\$32.050,85, previstas no artigo 42, II, “b”, e “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE