

A. I. N° - 140764.0006/08-4
AUTUADO - MARIVALDO DE JESUS PEREIRA
AUTUANTE - ETEVALDO NONICO SILVA
ORIGEM - INFAZ GUANAMBI
INTERNET 12.08.09

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0215-05/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. É devido a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS EFETUADAS POR MICROEMPRESA COMERCIAL VAREJISTA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. De acordo com a legislação da época, a microempresa comercial varejista, ao adquirir mercadorias de outras unidades da Federação, deveria efetuar o pagamento do ICMS por antecipação. Infrações caracterizadas. Rejeitadas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/03/2008, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$84.481,30, em decorrência de:

1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS no valor R\$4.368,33, referente a antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.
2. Deixou de efetuar o recolhimento ICMS por antecipação ou substituição tributária, no valor de R\$80.112,97, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

O autuado apresentou defesa impugnando o lançamento tributário, fls. 127 a 144, preliminarmente, argüi nulidade da autuação, alegando que os fiscais fazendários sequer tiveram o cuidado de irem à sede da empresa, para verificar os livros de Registro de Entradas e Registro Saída de mercadorias, para efetivamente apurar qualquer irregularidade existente.

Assevera que houve uso indevido do CNPJ da empresa recorrente, por contribuintes não autorizados, que obtiveram vantagem ilícita, sonegando imposto, o que prejudicou, gravemente, a empresa recorrente, que nada teve haver com o pedido das mercadorias constantes do Auto de Infração. Argumenta que é empresa de pequeno porte, sem condições financeiras de comercializar a quantidade de mercadorias descritas na autuação e que seus sócios são pessoas pobres e humildes, que com muito esforço, mantém um pequeno comércio varejista de cereais, laticínios e frios e que ainda não havia sofrido qualquer restrição por parte do fisco.

Aduz que, além de não ter comercializado às mercadorias, o Auto de Infração seria nulo por suprimir o direito ao crédito, que é assegurado por princípio constitucional, o que deve ser repudiado por esse Egrégio Conselho, haja vista o aumento significativo do imposto ao

contribuinte, com a cobrança *bis in idem* de ICMS, ao tempo em que cita decisões sobre a matéria.

Diz ser necessário apurar a isenção tributária dos produtos alimentícios constantes na lista de isenção do regulamento de ICMS, os quais devem ser excluídos do levantamento fiscal.

Argumenta que o autuante não observou-se a situação do contribuinte, que apura o imposto Regime do SimBahia, argumentando que a interpretação do artigo 17 da Lei nº 7.357/98, Lei do SimBahia, permite concluir que a exigência de ICMS, pelo método normal, no caso de omissões e declarações inexatas, só deveria ocorrer quando tais inexatidões motivem o desenquadramento do contribuinte para empresa de condição normal, fato que não foi concretizado.

Ao final, requer nova apuração do tributo, constatando o real volume de mercadorias comercializadas pela empresa recorrente, e que se apure o crime de utilização indevida de CNPJ por outras empresas.

Na informação fiscal, fls. 155 e 167, o autuante ressalta que o contribuinte argüiu frágil preliminar, sem adentrar no mérito da infração apurada. Limitando-se, tão somente, a navegar na superficialidade da linguagem dos causídicos de plantão, na citação desconexa de preceitos oriundos de Tribunais, finalmente, na já “batida/manjada” tese da negação do ilícito, sem nada apresentar de concreto que viesse contrapor os valores levantados pela fiscalização.

Realça que as notas fiscais objeto autuação, as quais o autuado diz desconhecer, não foram obtidas do contribuinte, que, na intenção de fugir da tributação, preferiu não subtrair-las da contabilidade e não apresenta-las ao preposto fiscal. Contudo, foram conseguidas através do SINTEGRA (Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com mercadorias e serviços), preliminarmente, por via magnética, e, posteriormente solicitadas por correspondência, sendo disponibilizadas fisicamente, via fax ou correios, pelos respectivos fornecedores, conforme atestam os respectivos documentos, em anexo ao Auto de Infração.

Argumenta ser de domínio público que o fisco não é mais só contemplativo, como assevera a defendente. Atualmente a SEFAZ utiliza-se de modernos e sofisticados instrumentos, métodos e técnicas de fiscalização e investigação, não só para coibir o ilícito fiscal, mas essencialmente para otimização dos recursos humanos e materiais, e direcionar a programação da fiscalização do seu universo de contribuintes, seja na homologação de exercícios, seja na recuperação da receita sonegada, isto é, não declarada.

Salienta que o confronto entre DME (Declaração do Movimento Econômico), informada pela empresa e banco de dados do SINTEGRA, dos exercícios fiscalizados, sinalizava que o contribuinte havia adquirido quase R\$700.000,00 de mercadorias, sem que as houvesse declarado ao fisco, via DME, como exige a legislação do ICMS. Fato este, que motivou a escolha da empresa para ser submetida à fiscalização Sumária. O rito Sumário presume fiscalização menos complexa, cuja Ordem de Serviço de nº 500557/08, solicitava tão somente a auditoria da substituição tributária, roteiro 205. Razão pela qual, não se fazia necessário o deslocamento da fiscalização para a sede da empresa fiscalizada, no município de Rio do Antonio, uma vez que os documentos do contribuinte se encontravam na Contabilidade de Anísio Canrobert, preposto legal do autuado, na vizinha cidade de Caetité.

Frisa que do cotejo entre notas fiscais apresentadas pelo preposto legal do contribuinte fiscalizado e documentos obtidos do SINTEGRA, juntamente com os comprovantes de pagamento do imposto estadual (códigos de receita 1.145 e 2.175), ficou constatado a falta de recolhimento da substituição tributária e antecipação parcial do ICMS, ensejando a constituição do crédito tributário estadual pelo auditor fiscal autuante. Não há como negar tal evidência, haja vista que os documentos acostados aos autos, têm a mesma Inscrição Estadual, CNPJ (MF), e endereço do contribuinte autuado, assim como os transportadores são do mesmo município, ou dos municípios vizinhos de Lagoa Real, Brumado e Caetité.

Argumenta que, ao se escusar da imputação da sujeição passiva, e do ônus do pagamento da obrigação tributária, como acena a defendente, teria forçosamente que buscar comprovar o verdadeiro adquirente das citadas mercadorias. Negar simplesmente a transação, não tem o condão de anular o ilícito praticado, a prevalecer tal procedimento, seria muito cômodo cometer irregularidades e simplesmente negar a autoria do ato praticado e assim, ninguém mais pagaria impostos. No entanto, para fugir do pagamento do imposto devido, é necessário identificar e responsabilizar o verdadeiro adquirente das mercadorias, haja vista, que os respectivos documentos fiscais “não caíram de paraquedas”, nas mãos do fisco.

Frisa que é preciso “arrancar a máscara” daqueles que se arvoram como defensores da ética e da cidadania, pois se a empresa autuada fosse alheia a infração imputada, e estivesse realmente empenhada em identificar o autor da ‘utilização indevida do seu CNPJ’, bastava procurar os transportadores das mercadorias, ou mesmo formalizar a ocorrência na delegacia de polícia, a fim de esclarecer quem autorizou o pedido, a mando de quem eles aceitaram o transporte, quem pagou o frete e onde entregaram os produtos trazidos em seus veículos. É inconcebível que nenhuma providência adicional fosse tomada nesse sentido. A título de colaboração, citar nomes, e placa dos veículos de alguns transportadores, conforme destacado no rodapé das notas fiscais acostadas ao processo fiscal:

TRANSPORTADOR	PLACA VEÍCULO	MUNICIPIO
CARLOS APARECIDO PEREIRA	JLR – 4778	IBITIRA
MANOEL MESSIAS F. MATOS	GVJ – 0826	IBITIRA
JOSÉ EVANGELISTA DE MATOS	GVJ – 0826	LAGOA REAL
SEBASTIÃO MANOEL PEREIRA	JLD – 3510	BRUMADO

Aduz que o porte da empresa, assim como a afirmação de que os seus titulares são pessoas pobres, humildes, de pequena condição financeira, para comercializar a quantidade de mercadorias descritas no Auto de Infração, são alegações que não tem a faculdade de extinguir a culpabilidade dos acusados.

Entende que empresas de renome como ABC INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A - ABC INCO, estabelecida na cidade de Uberlândia em MG, assim como ONDA VERDE AGROCOMERCIAL LTDA e CENTRAL ENERGÉTICA MORENO DE MONTE APRAZÍVEL AÇÚCAR E ÁLCOOL, ambas de SP, jamais iriam emitir notas fiscais e fornecer mercadorias, sem que alguém as houvesse solicitado.

Lembra que a defesa, talvez por conveniência, deixou de referir sobre a inexistência de carimbos da SEFAZ, nas notas fiscais arroladas no processo, aliás, fato comum na região e motivado pelo desvio de veículos de carga (principalmente de mercadorias incluídas na substituição tributária interna dos postos fiscais fronteiriços Minas/Bahia), através das inúmeras estradas vicinais, exatamente para fugir da fiscalização tributária.

Salienta que a realidade mostra que a fiscalização eletrônica, proporcionada pelo sistema SINTEGRA, que surgiu do compromisso firmado entre os estados, visando a troca de informações econômicas fiscais sobre os seus contribuintes, tornou-se uma importante ferramenta na elucidação e identificação de operações fraudulentas, permitindo ao fisco punir os infratores da legislação tributária estadual.

Quanto à questão levantada pela autuada, de cobrança *bis in idem* do ICMS, decorrente da supressão ao direito do creditamento, frisa que se a defesa tivesse o cuidado de folhear as páginas de números 8, 9, 11, 12 e 13 do processo, haveria de observar que os créditos destacados nas notas fiscais foram todos abatidos no cálculo da cobrança da substituição tributária devida, conforme exibido na coluna 11 das planilhas, nos moldes do previsto na legislação pertinente.

Registra que, também causa espanto, a advertência de que não foi observado o princípio da não-cumulatividade do tributo - da isenção de ICMS em produtos contidos na cesta básica, uma vez que as notas fiscais emitidas em nome de Marivaldo de Jesus Pereira, referem-se à compra de açúcar cristal e óleo vegetal comestível, produtos não incluídos na isenção de ICMS, como também não constantes da cesta básica, conforme artigo do RICMS/97, o qual transcreveu:

‘Art. 51. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% nas operações com:

a) arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha e fubá de milho e farinha de mandioca;’

Quanto ao argumento relativo ao tratamento diferenciado oferecido aos contribuintes optantes do Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, para pleitear uma tributação diferente da lançada no Auto de infração, salienta que o Regulamento do ICMS, nos incisos V e VII, ao artigo 408-L, artigo 408-P e 408-S, ao lado da Orientação Normativa 01/2002, disciplina a apuração do ICMS pelo Regime Normal, no caso da caracterização da prática de infração de natureza grave, praticada pelas empresas optantes do SimBahia, as quais perderiam os benefícios do regime simplificado.

Destaca que, todavia, para as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária parcial ou total, o sistema de tributação sempre foi único, ou seja, a legislação é a mesma para todos os contribuintes do ICMS, independentemente da sua condição de inscrição no cadastro estadual, de empresa da condição normal, especial, microempresa ou pequeno porte. Assim prescreve o artigo 125 e 371 do RICMS/97:

‘Art. 371. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125.

Art. 125. O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:

II - na entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 7º e 8º:

b) tratando-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação pela legislação estadual interna, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subseqüentes;’

Assevera que o lançamento do imposto, acha-se consignado como perfeito e acabado, assim como também explicitada a materialidade da infração, com a exibição das competentes notas fiscais, todas arroladas nas folhas de número 14 a 117 do processo, comprovando, dessa maneira, ao contrário do que postula a defendente, a efetiva compra das mercadorias pelo estabelecimento infrator. Resume que não há de se falar em improcedência ou nulidade do procedimento fiscal, quando infração e infrator acham-se suficientemente identificados e determinados pela ação fiscal, em nada destoando do previsto no artigo 18 do RPAF.

Ao final, conclui que constatou a fragilidade da peça defensiva que, em nenhum momento questionou o mérito da autuação, assim como os papéis de trabalho apresentados pelo fisco, impugnando tão somente razões de direito, que não surtiram o efeito desejado, o que nos leva a afirmar que o seu procedimento foi meramente protelatório, uma vez que contra fatos e provas, não sobrevivem os argumentos, os quais se mostraram incapazes de anular o ilícito praticado e opina pela manutenção da autuação

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 2ª JJF deliberado por sua conversão em diligência, para que fosse entregue ao autuado cópia dos demonstrativos, das notas fiscais e da informação fiscal, reabrindo o prazo de defesa, 30 dias.

Em nova manifestação defensiva, após o atendimento da diligência, fls.178 a 191, reitera os argumentos anteriores.

Em nova informação fiscal, fls. 304 a 317, ressalta que esperava fato novo, mas embora dispusesse de todo o tempo disponível, exatamente 9 (nove) meses, entre a primeira apresentação da defesa, em maio de 2008 e, a segunda manifestação, agora em fevereiro de 2009, o sujeito passivo nada acrescentou. Reitera os argumentos anteriores e acrescenta que no corpo de todas as

notas fiscais de compra consta somente as mercadorias bombonas, óleo vegetal e açúcar cristal, que não gozam do benefício da isenção e também estão fora da cesta básica, não podendo serem excluídas do Auto de Infração, como pretende o autuado, opina pela manutenção da infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS em decorrência de 2 (duas) infrações. Na infração 1 é imputado ao autuado a falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Enquanto que, na infração 02 é imputado ao autuado a falta de recolhimento do ICMS, referente a antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Em sua defesa o autuado argüi nulidade da autuação, alegando que:

- 1- os fiscais fazendários sequer tiveram o cuidado de irem à sede da empresa, para verificar os livros de Registro de Entradas e Registro Saída de mercadorias, para efetivamente apurar qualquer irregularidade existente;
- 2- que houve uso indevido do CNPJ da empresa autuada e que não tem porte para comercializar o volume de mercadoria objeto da autuação;
- 3- que não foi concedido crédito fiscal.

Afasto as preliminares de nulidades suscitada pelo sujeito passivo pelas razões que passo a expor.

Em relação ao fato do autuante não ter ido ao estabelecimento autuado, entendo que não é causa de nulidade do Auto de Infração, pois, como esclareceu o autuante, o contribuinte autuado foi incluído na programação de Fiscalização Sumária, devido a grande distorção apurada no cruzamento de dados informados pelo próprio sujeito passivo mediante sua DME e os dados informados por seus fornecedores mediante SINTEGRA.

A programação Sumária é uma fiscalização menos complexa, normalmente executado para verificação de alguns roteiros de fiscalização previamente devidos, no caso em questão, cuja Ordem de Serviço de nº 500557/08, solicitava tão somente a auditoria da substituição tributária, roteiro 205, roteiro de fiscalização no qual não é necessário a contagem física dos estoques. Ademais, como ressaltou o autuante, os livros e documentos fiscais não estavam no estabelecimento do sujeito passivo, estavam em outra cidade, no escritório da contabilidade.

Imaginar que a fiscalização somente poderá ser realizada no estabelecimento do contribuinte, como argumentou o sujeito passivo, é um grande absurdo, poderia dizer que seria uma fiscalização da idade da pedra. Estamos na era da Nota Fiscal eletrônica. Hoje em dia, a Administração Tributária Estadual, seguindo o exemplo da Receita Federal, se modernizou muito, dispõe de vários sistemas informatizados, realizando cruzamentos de informações declaradas pelos próprios contribuintes, possibilitando fiscalizar um número cada vez maior de contribuintes, tornando o fisco mais eficiente e eficaz, elevando seu potencial de recuperação de imposto não recolhido.

Também não pode ser acolhida a negativa do cometimento da infração por porte do sujeito passivo, alegando que houve uso indevido do seu CPF e que não tem porte para comercializar o volume de mercadoria objeto da autuação, uma vez que o sujeito passivo não acostou nenhuma prova, tendo simplesmente negado o cometimento da infração.

Devo ressaltar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Saliento que o argumento defensivo de que não teria adquirido às mercadorias, conforme entendimento consolidado deste CONSEF não é capaz de elidir imputação, uma vez que nas notas fiscais que embasaram a autuação constam como destinatário o autuado.

De igual modo, não pode ser acolhido à arguição de nulidade pela falta de abatimento do crédito fiscal, uma vez que, conforme demonstrado pelo autuante mediante planilhas que embasaram as infrações, foi concedido o crédito fiscal constantes nos documentos fiscais de origem.

Ademais, não se observa qualquer erro ou vício que possibilite a decretar a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, a defesa, de forma genérica diz que foram incluídas mercadorias isentas e outras da cesta básica. No caso em tela, caberia ao sujeito passivo, quando da sua defesa apontar de forma clara e objetiva em quais notas fiscais estariam as supostas mercadorias, o que não foi feito. Portanto, este argumento não é capaz de elidir a autuação. Ademais, as mercadorias autuação são açúcar cristal e óleo vegetal, não estando incluído na isenção e nem na cesta básica.

A alegação defensiva de a autuação foi decorrente de omissões, não tem nenhuma pertinência. A defesa não observou que o Auto de Infração foi lavrado pela falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial (infração 1). Enquanto que, na infração 2 é imputado ao autuado a falta de recolhimento do ICMS, referente à antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Estando as infrações descritas de forma bastante clara e objetiva.

Ressalto que, apesar da reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias mediante diligência fiscal, o sujeito passivo não apontou nenhum erro no levantamento e números apurados nas infrações. Assim como, não apresentou nenhum levantamento para contrapor os realizados pelo autuante, entendendo que as infrações 01 e 02 restaram caracterizadas.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **140764.0006/08-4**, lavrado contra **MARIVALDO DE JESUS PEREIRA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$84.481,30**, acrescido da multa 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA