

A. I. Nº. - 110085.0109/06-1
AUTUADO - PLANET VENDAS COMERCIAL E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ ARNALDO BRITO MOITINHO
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 30. 07. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0240-01/09

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. b) PAGAMENTO DO IMPOSTO A MENOS. EXIGÊNCIA DA DIFERENÇA DO IMPOSTO. É devido o pagamento, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime de substituição tributária. Documentos acostados pelo sujeito passivo, assim como a falta de juntada aos autos de notas fiscais coletadas através do Sistema CFAMT, reduzem, em parte, o lançamento relativo às duas imputações. Infrações mantidas parcialmente. 2. SIMBAHIA. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. a) MICROEMPRESA. b) EMPRESA DE PEQUENO PORTE. Infrações não impugnadas. Rejeitadas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 27/09/2006, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$81.347,28, acrescido da multa de 50%, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

- 01 – deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, em relação aos meses de abril a dezembro de 2004, janeiro a junho, setembro e outubro de 2005, exigindo o imposto no valor de R\$72.622,99;
- 02 – efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, em relação aos meses de março de 2004 e julho de 2005, exigindo o imposto no valor de R\$3.561,61;
- 03 – recolheu a menos o ICMS, na condição de microempresa, enquadrada no regime simplificado de apuração do ICMS – SIMBAHIA, nos meses de março a dezembro de 2002, janeiro a março e maio de 2003, exigindo imposto no valor de R\$1.905,00;
- 04 – recolheu a menos o ICMS, na condição de empresa de pequeno porte, enquadrada no regime simplificado de apuração do ICMS – SIMBAHIA, no mês de dezembro de 2003, exigindo imposto no valor de R\$3.257,68.

Na “Descrição dos Fatos” consta que a exigência tributária se refere ao recolhimento do ICMS relativo à antecipação tributária parcial e ao enquadramento do contribuinte no SimBahia.

À fl. 19 o autuante apresentou uma Nota de Esclarecimentos contendo as seguintes informações:

- como o contribuinte não atendeu a três intimações e solicitações por meio telefônico, deixando de apresentar os livros e documentos solicitados, tais como notas fiscais de entrada e de saída, cupons fiscais e livro Registro de Inventário, os trabalhos foram realizados com base nos dados do Sistema CFAMT e do INC (onde constam os recolhimentos e a DME);
- a DME possibilitou o cálculo das vendas mensais, pela divisão do total anual por doze parcelas, o que serviu para a apuração dos períodos nos quais o contribuinte estivera enquadrado como microempresa e como pequeno porte. O período de enquadramento como normal foi regular, com base no livro RAICMS;
- para verificação das compras de outros estados foram utilizados os dados do CFAMT, onde consta a relação mensal das compras, com os respectivos créditos fiscais e estados de origem;
- a falta dos documentos relativos às compras, vendas, cupons fiscais e livro Registro de Inventário impediu a realização do levantamento quantitativo de estoques;
- o trabalho foi realizado de acordo com as planilhas Anexos I a IV, sendo os dois primeiros relativos ao ICMS devido pela antecipação parcial e os outros dois referentes ao ICMS SimBahia.

O autuado, através de representantes legalmente constituídos, apresentou impugnação às fls. 142 a 154, alegando que a falta de relação contendo a discriminação das notas fiscais correspondentes às operações mercantis, nas quais o autuante se baseou para atribuir o cometimento das infrações, o impediu de saber, com precisão, a que operações o fisco se referiu, dificultando o exercício do direito de defesa e violando o direito ao contraditório, garantias previstas no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988.

Argúi que o autuante tinha o dever de relacionar as notas fiscais que o fizeram concluir pelo não recolhimento ou pelo recolhimento a menos do tributo, considerando que o Auto de Infração apenas relaciona os períodos e as bases de cálculo. Como a base de cálculo é o valor da mercadoria descrita na nota fiscal, assegurou ser imprescindível a relação das mesmas, para que se verifique a ocorrência da operação e da base de cálculo a ser aplicada. Assevera que esse fato acarretou flagrante prejuízo ao conhecimento da imputação e à elaboração de sua defesa, situação agravada com a leitura dos valores constantes do CFAMT no período de 05/01/2004 a 28/12/2005 (fls. 166 a 168), quando se constata que divergem daqueles apontados como base de cálculo do Auto de Infração.

Salienta que mais grave ainda foi o fato de terem sido acostadas aos autos notas fiscais relativas a operações realizadas por outro contribuinte, LV Comercial de Materiais de Construção Ltda. (fls. 170 a 176), como se fossem emitidas pelo autuado, em atitude completamente ilegal. A respeito desse tema transcreve a advertência de Paulo de Barros Carvalho, quanto ao cuidado na utilização dos recursos no direito tributário. Apresenta, ainda, o pensamento de Sacha Calmon Navarro Coelho a respeito das possíveis consequências da prática de atos desprovidos de legalidade, asseverando restar demonstrado que o Auto de Infração deve ser julgado nulo.

Tratando do ICMS lançado na infração 01, assegura ter efetuado o recolhimento do imposto relativo às operações realizadas no período de 30/04/2004 a 31/10/2005, salientando que em decorrência da inexistência da relação das notas fiscais, bem como por terem sido juntadas notas fiscais referentes a outro contribuinte, relacionou todas as notas fiscais do período, acostando os comprovantes que demonstram que foi recolhido o tributo devido, frisando haver total divergência entre os valores de base de cálculo das operações listadas no CFAMT, realizadas nas datas lançadas no Auto de Infração e aqueles descritos nos documentos que elaborou.

Alerta que nas notas fiscais foi consignada a inscrição estadual nº. 54.350.742, pertencente a sua filial, que já fora baixada perante a SEFAZ em 13/07/2005 (fls. 341/342), quando deveria ter constado a inscrição 57.984.692, equívoco que foi alterado através de cartas de correção. Assegura estar anexando as notas fiscais acompanhadas das respectivas cartas de correção e dos comprovantes de recolhimento às fls. 178 a 339, demonstrando ter recolhido todo o ICMS devido, o que evidencia a improcedência da infração 01.

Lembra que o pagamento é causa de extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, inciso I do Código Tributário Nacional (CTN), argüindo, ademais, que está em vigor o princípio que veda o enriquecimento sem causa do Estado, decorrente dos princípios da legalidade e da moralidade, que estão expressos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 e no art. 2º, *caput*, da Lei nº. 9.784/99.

Advertiu que tendo o Estado recebido o ICMS devido pelas operações realizadas no período objeto da infração 01, mostra-se totalmente improcedente a cobrança, mesmo sendo a inscrição estadual divergente, uma vez que o equívoco foi retificado a tempo, através das cartas de correção acostadas.

O autuado afirma que também não procede a infração 02, haja vista que o crédito exigido já fora recolhido totalmente.

Acrescenta que da leitura do CFAMT se observa a inexistência de operações mercantis nas datas indicadas no Auto de Infração e com a base de cálculo ali descrita. Em virtude da falta de apresentação da relação das notas fiscais, ficou impossibilitado de se defender de outra forma que não fosse através da exibição dos comprovantes de recolhimento do ICMS devido pelas operações realizadas no período, repetindo o procedimento adotado em relação à infração anterior, para comprovar suas alegações com base nos documentos acostados às fls. 178 a 339.

Pela apresentação dos comprovantes de pagamento do ICMS de todas as operações realizadas nas datas mencionadas no Auto de Infração, por não constar no processo a relação das notas fiscais e pela incompatibilidade das bases de cálculo descritas no CFAMT com aquelas apontadas pelo autuante, assevera restar evidente a improcedência do Auto de Infração.

Concluindo, requer a nulidade do Auto de Infração, por violação ao contraditório e à ampla defesa, pela ausência de relação das notas fiscais, por terem sido juntadas notas fiscais de outro contribuinte e tendo em vista a divergência entre os dados do CFAMT e aqueles constantes da autuação. Na absurda hipótese de não ser considerado nula, que então a autuação seja julgado improcedente, considerando o pagamento total do ICMS relativo às operações realizadas nas datas descritas nas infrações 01 e 02.

Protesta provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, principalmente pela análise dos documentos que anexou à impugnação.

O autuante, em informação fiscal produzida às fls. 344/345, refutou a alegação defensiva referente à falta de clareza na autuação, salientando que a despeito de o impugnante não ter-lhe fornecido os livros e documentos necessários, considerava que o trabalho fora realizado de forma muito clara, tendo, inclusive, anexado as cópias da relação do CFAMT e das notas fiscais. Quanto à argumentação de divergência na base de cálculo, observa que esse dado, para fins de apuração do ICMS relativo à antecipação parcial, corresponde ao valor total da nota fiscal. Acrescenta que o levantamento realizado poderia ser complementado a partir do livro Registro de Entradas, porém o mesmo não foi disponibilizado, apesar de ter sido solicitado em três oportunidades.

No que se refere às cinco notas fiscais da empresa LV Comercial e Material de Construção Ltda., argúi que esses documentos foram anexados ao processo por engano, ressaltando, no entanto, que não foram considerados nos cálculos realizados, o que significa dizer que a sua inclusão não representou nenhum prejuízo para o autuado.

Esclarece que tendo o sujeito passivo anexado à sua defesa a planilha de cálculo da antecipação parcial referente ao exercício de 2005, pode confirmar que as notas fiscais ali assinaladas são as mesmas constantes do CFAMT, registrando que a única diferença reside no fato de que algumas notas fiscais passaram para o mês seguinte, o que alegou ser normal, considerando que em decorrência do espaço de tempo em que as mercadorias são transportadas de outros estados para a Bahia, normalmente os dados do CFAMT a cada mês apresentam divergências em relação à planilha elaborada pelo autuado.

Afiança que conferiu as planilhas, considerando como correta aquela apresentada pelo sujeito passivo, aduzindo que a mudança de algumas notas fiscais de um período para o seguinte não representou prejuízo, avaliando, ademais, que não existia outra maneira de concluir o trabalho. Tendo acatado a citada planilha, aferiu os comprovantes de recolhimento acostados pelo autuado, concluindo que restou o imposto a recolher no valor de R\$20.142,50, esclarecendo que em relação a esse saldo não localizou a comprovação de seu pagamento dentre os documentos anexados pela defesa, nem no Sistema INC/SEFAZ. Dessa forma, mantém a exigência referente a esse valor, correspondente ao ano base 2005, com os vencimentos indicados, que se referem a diferenças não recolhidas como antecipação parcial, conforme quadro abaixo:

Mês	Débito Apurado	Valor pago	Diferença a recolher	Vencimento
02/2005	8.323,88	5.566,57	2.757,31	25/05/2005
03/2005	7.643,55	5.095,70	2.547,85	25/06/2005
06/2005	5.290,06	3.526,70	1.763,36	25/08/2005
10/2005	6.480,69	4.320,46	2.160,23	25/11/2005
11/2005	8.350,95	5.567,30	2.783,65	25/02/2006
12/2005	12.195,14	4.065,04	8.130,10	25/02/2006 e 25/03/2006
Total 2005			20.142,50	

Tendo em vista que não houve impugnação em relação ao ano base de 2004, nem foram apresentados os comprovantes de recolhimento do imposto devido e nem existem pagamentos registrados nos sistemas da SEFAZ, mantém a exigência apresentada no Auto de Infração.

Sustenta de forma integral os valores relativos ao exercício de 2004, de forma parcial em referência ao ano de 2005 e mantém os valores levantados nas planilhas referentes à condição de microempresa e de empresa de pequeno porte (infrações 03 e 04).

Cientificado quanto ao teor da informação fiscal, o sujeito passivo apresentou manifestação às fls. 349 a 354, arguindo que ao afirmar que a empresa não se defendera em relação ao exercício de 2004 nem apresentara comprovantes de recolhimento do imposto, o autuante demonstrou não ter lido a sua defesa ou que não a entendera, desde quando em sua impugnação comentara a infração 01 (período de 30/04/2004 a 31/10/2005) e a infração 02 (período de 31/03/2004 a 31/07/2005), quando enfatizara haver efetuado todos os recolhimentos devidos, bem como abordara a improcedência do Auto de Infração em relação a todos os períodos compreendidos por essas duas infrações.

Alega que o autuante incorreu em novo equívoco ao afirmar que fora argüida a falta de clareza na elaboração do Auto de Infração, pois na realidade foi apontada a inexistência da relação das notas fiscais contendo os dados referentes ao levantamento da base de cálculo, o que se transformara em uma negativa do contraditório e da ampla defesa. Repete a alegação sobre a presença de notas fiscais de outro contribuinte, o que poderia influir na base de cálculo usada na autuação, considerando que não sabe qual a base adotada pelo autuante.

Enfatiza que a conduta do autuante está distante da legalidade e que seus argumentos em favor da autuação são frágeis e inconsistentes, considerando, ademais, que as informações contidas no Auto de Infração não encontram respaldo no CFAMT e que o autuante em nenhum momento informou em que notas fiscais (prova do fato gerador) se baseou para chegar às ocorrências e à base de cálculo.

Quanto à informação prestada pelo autuante de que mesmo acatando a planilha elaborada pela defesa, verificara a existência de operações sem pagamento do imposto, ressalta que a planilha se fez acompanhar das cópias das notas fiscais e dos respectivos comprovantes de recolhimento, constituindo-se em mais um grave equívoco do autuante sugerir que existem operações descritas na planilha que estejam desacompanhadas dos comprovantes de recolhimento do tributo devido.

Salienta que enquanto a aludida planilha e os documentos que a acompanham têm a função apenas de demonstrar que nos períodos alcançados pelas infrações 01 e 02 foi recolhido todo o tributo devido, a improcedência do Auto de Infração está baseada na ausência de justificativas para as ocorrências apontadas na autuação, que são carecedoras de suporte fático.

Concluindo, argumenta que a falta de indicação dos fatos geradores evidencia a violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o que conduzirá à nulidade do Auto de Infração, que deverá ser pronunciada, ou importará em sua improcedência total.

Às fls. 357/358 o autuante apresentou nova informação fiscal, insurgindo-se contra a alegação defensiva referente à falta de relatório contendo os valores do ICMS apurado, redarguindo que o Anexo I é o relatório reclamado, onde constam os valores totais das notas fiscais por mês, que são os valores contábeis referentes à base de cálculo e ao imposto creditado. O valor do ICMS foi apurado à alíquota de 17%, deduzindo-se o valor do crédito fiscal, o que gerou o valor a recolher do ICMS relativo à antecipação parcial. O Relatório CFAMT relaciona, analiticamente, todas as notas fiscais, separando-as mês a mês em cada exercício, além de apresentar os números do CNPJ e da inscrição estadual de cada contribuinte. Acrescenta, ainda, que foram juntadas as segundas ou terceiras vias das notas fiscais originais. Afirma que nada está faltando no trabalho realizado.

Argúi que o fato gerador é a entrada de mercadorias adquiridas de outros estados, para comercialização. Como o contribuinte se dedica ao comércio, não pode argumentar desconhecimento do fato gerador.

Em relação ao exercício de 2004, alega que existe recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial nos meses de março, abril e maio (fl. 33), o que prova o conhecimento do fato gerador, entretanto o contribuinte recolhera o imposto relativo a apenas algumas notas fiscais.

No que se refere à apresentação de cartas de correção, objetivando regularizar a situação relativa às notas fiscais onde constam os dados de outra unidade do estabelecimento autuado, manifesta o entendimento de que deve ser considerada é a apresentação dos DAES correspondentes às notas fiscais de aquisição, para que os valores recolhidos possam ser deduzidos dos valores lançados no Auto de Infração.

Contesta a argumentação de que o seu trabalho fora baseado em presunção de omissão, arguindo que o levantamento que realizou teve por base dados concretos, quais sejam, a relação sintética (Anexo I), a analítica (CFAMT) e as próprias notas fiscais. Afirma que a falta de recolhimento está clara, conforme extrato extraído do INC/SEFAZ, no qual constam informações sobre recolhimentos, valores de vendas e de compras, de estoque, de caixa, etc. Alega que o autuado deveria ter juntado os DAES relativos às notas fiscais objeto da autuação.

Salienta que o contribuinte se pronunciou sobre as 88 notas fiscais anexadas ao PAF, apenas para comentar que alguns desses documentos pertenciam a sua filial, não tratando a respeito do recolhimento do imposto concernente às demais notas fiscais, o que significa que o ICMS referente à antecipação parcial dessas notas fiscais não fora recolhido.

Quanto ao ICMS Simbahia, afiança que não tendo o contribuinte disponibilizado as notas fiscais de venda, coletou as informações através do INC/DME, onde constam os valores totais das vendas por exercício, a partir dos quais encontrou os valores mensais, dividindo os totais por doze. Em seguida aplicou esses valores na planilha de cálculos, achando os valores mensais devidos, dos quais deduziu os valores recolhidos, cobrando a diferença apurada.

Mantém a ação fiscal, tendo em vista que não vislumbrou nenhuma razão para efetuar alguma redução em relação aos valores exigidos.

Considerando que não constam dos autos a totalidade das notas fiscais utilizadas para composição da base de cálculo das infrações 01 e 02; considerando as alegações do autuado de falta de comprovação, de forma clara, de como foi efetivada a composição da base de cálculo, por não terem sido elaborados os demonstrativos correspondentes às notas fiscais objeto das citadas infrações, apontando os dados necessários ao entendimento por parte do sujeito passivo dos critérios utilizados para mensurar o fato tributário impositivo, de modo a se evitar ofensa aos princípios da legalidade e da verdade material: esta 1ª JJF, em pauta suplementar, deliberou pelo envio do processo à INFAZ Varejo (fl. 361), para que o autuante adotasse as seguintes providências:

01) acostasse aos autos as cópias reprográficas das notas fiscais relacionadas com as infrações 01 e 02, bem como dos comprovantes de recolhimento do ICMS referentes à antecipação tributária parcial, efetuados pelo sujeito passivo no período autuado;

02) elaborasse Demonstrativos de Cálculo da Antecipação Tributária Parcial, para cada uma das infrações citadas, relacionando todas as notas fiscais, por cada período fiscalizado, excluindo aquelas porventura não localizadas, de modo a oferecer possibilidades de entendimento em relação aos cálculos que resultaram nos lançamentos correspondentes, deduzindo dos montantes apurados os valores comprovadamente recolhidos antes da ação fiscal;

03) elaborasse, se fosse o caso, novos Demonstrativos de Débito referentes às infrações correspondentes.

Em seguida, deveriam ser entregues ao autuado cópias reprográficas das notas fiscais acostadas no atendimento da diligência, dos novos papéis de trabalho elaborados e da solicitação de diligência, devendo ser informado ao sujeito passivo quanto à reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante, para que prestasse informação fiscal.

Ao atender ao pedido de diligência, à fl. 363, o autuante prestou os seguintes esclarecimentos:

1 – elaborou um demonstrativo analítico, nota por nota, das compras de janeiro a dezembro de 2005 (fls. 364 a 366), conforme solicitado, sendo que os valores do ICMS da antecipação parcial a recolher foram apurados com base nessas notas fiscais;

2 – informa não ter conseguido as notas fiscais do exercício de 2004, tendo apurado os valores com base nos dados do CFAMT, conforme relação anexada ao processo, não dispondo de outros meios para consegui-las. Assim, fica a critério do CONSEF a decisão a respeito da força probante da mencionada relação. Ressalta que tendo esgotado as formas de encontrá-las, se acaso a relação não for aceita, somente restará a solução de desconsiderar o valor da antecipação parcial apurado para o ano de 2004, solução que em virtude da ausência de outros meios de se apurar o débito, dará como correta.

Salienta que tendo em vista que esgotou as formas de verificação, apuração e informação, se acaso forem necessárias mais informações, sugere que o processo seja diligenciado a outro preposto fiscal.

Cientificado quanto ao resultado da diligência, quando foi reaberto o seu prazo de defesa, o autuado se manifestou às fls. 370 a 373, salientando que a 1ª JJF remetera o processo ao autuante

determinando expressamente que acostasse aos autos as cópias reprográficas das notas fiscais relacionadas com as infrações 01 e 02 e os comprovantes de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, assim como que elaborasse demonstrativos de cálculo do imposto, para essas duas infrações, relacionando as notas fiscais concernentes a cada período fiscalizado.

Assevera que nada disso foi realizado pelo autuante, que se limitou a elaborar uma planilha relativa a todo o ano de 2005, quando a data máxima verificada no Auto de Infração é 31/10/2005, indicando notas fiscais que não se pode precisar de onde extraiu.

Apresenta as seguintes indagações: se a determinação fora para juntar as cópias das notas fiscais, por que razão o preposto fiscal não as apresentou, indicando apenas os seus supostos números? Será que existem? O autuante fala sobre um suposto “demonstrativo analítico (nota por nota)”, porém não apresentou as notas fiscais, como determinado.

Realça restar evidente a improcedência do Auto de Infração, pois o autuante não conseguiu, ao menos, justificar a existência das operações que menciona, mesmo após a realização da diligência. Afiança que não existe o menor indício de que tenham ocorrido as operações descritas na autuação, persistindo o impedimento ao exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.

Observa que o Auditor Fiscal agiu com acerto ao concordar com a desconsideração dos valores atinentes ao exercício de 2004, porém deveria ter feito o mesmo ao tratar sobre o ano de 2005, pois quanto às notas fiscais apontadas na autuação nada mudou. Assim, a diligência se mostrou infrutífera, pois nada acrescentou à análise do caso.

Salienta que em reforço ao flagrante equívoco em que se constitui o Auto de Infração, o autuante de forma absurda sugere que não mais prestará informações, recomendando que em caso de necessidade de algum esclarecimento, que o processo seja encaminhado a outro fiscal, o que demonstra que não tem como justificar seu procedimento e menos ainda a lavratura do Auto de Infração nos termos em que foi apresentado.

Requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante prestou novas informações à fl. 394-A, quando teceu os seguintes comentários:

1 – não anexou as cópias das primeiras vias das notas fiscais porque é o autuado ou o seu contador quem detém a posse desses documentos, haja vista que ao adquirir mercadorias, os contribuintes repassam as notas fiscais ao contador para os devidos registros;

2 – a contabilidade lhe forneceu tão somente os documentos que se encontram acostados ao processo, enquanto que as cópias das terceiras e quartas vias foram adquiridas através do Sistema CFAMT. Alega estar apresentando agora uma relação das notas fiscais dos exercícios de 2004 e de 2005, extraída do programa SINTEGRA, que se constitui em um sistema diferente do CFAMT, bastando para comprovar que as notas fiscais existem e, portanto, não foram inventadas pelo autuante;

3 – na relação do SINTEGRA são indicadas várias notas fiscais de compra de fora do Estado da Bahia, portanto sujeitas à antecipação parcial do ICMS. Salienta que o contribuinte não pagou o total do imposto devido, alegando apenas a falta de apresentação das cópias das primeiras vias das notas fiscais, quando na realidade estas se encontram em sua posse;

4 – tendo em vista que o contribuinte não apresentou as notas fiscais relativas às compras fora da Bahia, o trabalho precisava ser realizado, visando apurar os valores do tributo a recolher;

5 – afirma se sentir esgotado sobre informações a respeito deste trabalho e que não pode apresentar aquilo que não lhe foi fornecido, esperando ter finalizado a sua participação, sugerindo que fiscal estranho ao feito, sendo necessário, ofereça uma solução definitiva.

Considerando que a diligência anterior não foi atendida em sua integralidade, não tendo sido juntadas aos autos as cópias das notas fiscais relativas às infrações 01 e 02, que não tinham sido acostadas pela fiscalização; considerando que no novo demonstrativo relativo ao exercício de 2005, elaborado pelo autuante (fls. 364 a 366), que se refere às notas fiscais cujas cópias se encontram anexadas ao processo, alguns dos documentos fiscais foram lançados em duplicidade, a exemplo das Notas Fiscais de nºs. 229.312 e 309.510, enquanto a Nota Fiscal nº. 124.323 não foi considerada na apuração, e nem foram deduzidos os valores parciais do imposto que tinham sido pagos pelo contribuinte: esta 1ª JJF, em pauta suplementar, deliberou pelo envio do processo à ASTEC/CONSEF (fl. 397), para que diligente a ser designado adotasse as seguintes providências:

01) com base na relação das notas fiscais referentes às infrações 01 e 02, geradas pelo Sistema CFAMT (fls. 25 a 27 – frente e verso):

a) solicitasse do órgão competente as vias das notas fiscais não acostadas aos autos;

b) elaborasse, se fosse o caso, novos Demonstrativos de Cálculo da Antecipação Parcial, referentes às infrações correspondentes, excluindo as notas fiscais não localizadas e não acostadas aos autos, após a conclusão do item “a”, assim como excluindo as notas fiscais em duplicidade, deduzindo os valores comprovadamente recolhidos antes da ação fiscal, com base nos comprovantes trazidos pela defesa, bem como em outros que venham a ser apresentados pelo contribuinte mediante intimação;

02) elaborasse, se fosse o caso, novos Demonstrativos de Débito referentes às mencionadas infrações.

Em seguida, a Repartição Fazendária deveria entregar ao autuado cópias reprográficas das notas fiscais acostadas no atendimento da diligência, dos novos papéis de trabalho elaborados e do pedido de diligência, devendo ser informado ao sujeito passivo quanto à reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante, para que elaborasse informação fiscal.

Em atendimento ao pedido de diligência, o Auditor Fiscal Francisco Atanásio de Santana emitiu o Parecer ASTEC nº. 238/2008 (fls. 399/400), informando que solicitara na SAT/DPF/GETRA as vias das notas fiscais não acostadas ao PAF, quando foi informado que tais documentos não poderiam ser requisitados no sistema, uma vez que a opção “requisição de notas fiscais” encontrava-se suspensa, em razão do término do contrato com a empresa que gerencia os trabalhos do Arquivo Geral de Notas Fiscais (fl. 401). Ressalta que as cópias das notas fiscais capturadas através do CFAMT não lhe foram entregues por qualquer outro modo.

Em vista disso, elaborou demonstrativo de cálculo da antecipação parcial (fls. 402 a 406), referente às infrações 01 e 02, excluindo as notas fiscais não localizadas e não acostadas aos autos, bem como as duplicadas, além dos documentos fiscais às fls. 43 a 49, do exercício de 2004, não pertencentes ao sujeito passivo. Acrescenta que não deduziu no novo demonstrativo os valores dos comprovantes colacionados pela defesa às fls. 179 a 182, 184, 194, 195, 209 a 211, 235 a 238, 254 a 258, 271 a 274, 282 a 286, 296 a 299, 305 a 310, 313 a 316, 320 a 323, 332 e 333, porque não pertenciam ao autuado.

Esclarece que não intimou o contribuinte para apresentar outros comprovantes de recolhimento, uma vez que na Relação Anual de DAES, extraída do INC – Informações do Contribuinte (fls. 407/408), não consta recolhimento com o código de receita 2175 – ICMS Antecipação Parcial, no período levantado no novo demonstrativo, de 01/01/2005 a 31/12/2005, nem no período seguinte, de 01/01/2006 até 27/09/2006, data da lavratura do Auto de Infração.

Conclui que com base nas notas fiscais juntadas aos autos (fls. 50 a 133), lançadas no novo demonstrativo, apurou no período de janeiro a dezembro de 2005 o ICMS relativo à antecipação

parcial no valor de R\$17.911,45, conforme discriminou, montantes este correspondente às duas infrações objeto da diligência.

O autuado foi intimado para tomar ciência do resultado da diligência (fls. 413/414), quando foi reaberto o seu prazo de defesa em 30 (trinta) dias, porém não consta dos autos nenhuma manifestação a respeito. O autuante também foi cientificado.

VOTO

Tratarei, inicialmente, a respeito das arguições de nulidade suscitadas pelo autuado. No que se refere à alegação de que teria ocorrido cerceamento do seu direito de defesa e dificuldades para exercer o contraditório, devido à falta de entrega pela fiscalização das relações correspondentes às notas fiscais arroladas nas infrações 01 e 02, saliento que por essa razão e também devido ao fato de não ter sido acostada aos autos a totalidade das referidas notas fiscais e tendo em vista as alegações de falta de comprovação, de forma clara, de como fora composta a base de cálculo, a 1ª JJF converteu o processo em diligência em duas oportunidades, quando foram adotadas as providências pertinentes, sendo, inclusive, excluídas do levantamento as notas fiscais não localizadas.

No que concerne à afirmação de que a autuação se encontrava eivada de ilegalidade, tendo em vista que tinham sido acostadas ao processo notas fiscais relativas a operações realizadas por outro contribuinte, saliento que também os documentos em questão foram excluídos na diligência, o que afasta a argumentação defensiva.

Quanto à alegação de ofensa ao princípio que veda o enriquecimento sem causa do Estado, em decorrência dos princípios da legalidade e da moralidade, observo que tendo sido excluídos da exigência os valores atinentes aos documentos fiscais que não diziam respeito ao impugnante, resta afastada essa reclamação.

Assim, ficam afastadas as alegações de nulidade, tendo em vista que o presente lançamento está revestido de todas as formalidades legais, não tendo ocorrido nenhuma violação dos princípios que regem o direito administrativo fiscal.

No mérito, verifico que as infrações 01 e 02 se referem à falta de recolhimento e ao recolhimento a menos do ICMS atinente à antecipação tributária parcial. Saliento que de acordo com o art. 352-A, do RICMS/97, é devido o pagamento, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime de substituição tributária, em decorrência de aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização.

Observo que ao impugnar essas duas infrações, o sujeito passivo apresentou diversos documentos fiscais, a exemplo de comprovantes de recolhimento e notas fiscais, os quais foram acatados parcialmente pelo autuante, que na informação fiscal procedeu a mudanças nos valores a serem exigíveis no que se refere ao exercício de 2005, porém mantendo inalterados os valores concernentes ao exercício de 2004.

Tendo em vista que ao atender ao primeiro pedido de diligência, o autuante não anexou ao processo as cópias reprográficas colhidas através do Sistema CFAMT que não se encontravam acostadas aos autos, na segunda diligência o revisor da ASTEC/CONSEF procedeu às exclusões correspondentes, assim como deduziu os valores comprovadamente recolhidos pelo contribuinte antes da ação fiscal e excluiu as notas fiscais que tinham sido lançadas em duplicidade pelo autuante. Concordo com o diligente, quando deixou de excluir documentos trazidos pela defesa, a exemplo de cartas de correção, tendo em vista que se referiam a outro estabelecimento da empresa.

Considerando, entretanto, que o diligente da ASTEC/CONSEF ficou impossibilitado de manter no novo demonstrativo as notas fiscais que originalmente não foram juntadas ao processo nem foram

entregues ao autuado, em decorrência de impossibilidade temporária de o setor responsável pelo seu controle de disponibilizá-las, sugiro à autoridade competente que verifique a possibilidade de determinar a realização de nova ação fiscal, no sentido de solicitar mais uma vez as referidas notas fiscais, a fim de apurar se existem valores remanescentes a serem exigidos do contribuinte.

Ressalto que na planilha apresentada no Parecer da ASTEC constam valores relativos a períodos não informados originalmente no Auto de Infração, no que se refere à infração 01, os quais se referem aos meses de agosto, novembro e novembro de 2005. Por esta razão, tendo em vista que esses períodos não foram consignados no campo próprio do Auto de Infração e, por este motivo, não podem ser exigidos através do presente lançamento, recomendo à autoridade fazendária que determine a implementação de ação fiscal complementar, objetivando exigir do autuado os valores apurados na revisão procedida pela ASTEC, em relação aos mencionados períodos.

Assim, mantenho a infração 01 de forma parcial, no montante de R\$14.893,05, conforme tabela abaixo:

OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO
01/2005	3.824,82
02/2005	1.500,20
03/2005	2.253,69
04/2005	2.480,00
05/2005	1.893,55
06/2005	1.980,37
09/2005	116,19
10/2005	844,23
TOTAL	14.893,05

Quanto à infração 02, também remanesce parcialmente, em referência ao mês de julho de 2005, no importe de R\$504,76. Neste caso, ressalto que a despeito de constar no corpo do Auto de Infração que o montante do débito desse mês seria de R\$171,07, na realidade o valor apurado no demonstrativo correspondente (fl. 16) foi de R\$1.171,07, tendo ocorrido um equívoco em sua transposição para o campo próprio do Auto de Infração.

Saliento que o autuado foi cientificado a respeito do resultado da diligência, quando foi reaberto o seu prazo de defesa em 30 (trinta) dias, porém não se pronunciou a respeito, o que considero como uma aceitação dos novos resultados trazidos pelo revisor da ASTEC.

Verifico que no caso das infrações 03 e 04, que se referem ao recolhimento a menos do ICMS, respectivamente nas condições de microempresa e empresa de pequeno porte, o sujeito passivo as reconheceu tacitamente, considerando que não as impugnou. Ressalto que as exigências fiscais constantes desses itens do lançamento estão devidamente fundamentadas em expressa disposição legal, estando embasadas no RICMS/97 e na Lei nº 7.014/96, constando dos autos a comprovação de que o contribuinte incorreu na prática das irregularidades que lhe foram atribuídas. Ademais, as duas infrações estão perfeitamente delineadas nos demonstrativos próprios, que se encontram acostados às fls. 17 e 20. Portanto, essas infrações ficam mantidas integralmente.

Diante do exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração, sendo as infrações 01 e 02 mantidas parcialmente e as infrações 03 e 04 de forma integral.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 110085.0109/06-1, lavrado contra

PLANET VENDAS COMERCIAL E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.560,49**, acrescido da multa de 50%, prevista no artigo 42, inciso I, alínea “b”, itens 1 e 3 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal, visando apurar se existem débitos remanescentes a serem exigidos no que concerne às infrações 01 e 02, em decorrência da impossibilidade temporária por parte do setor competente, de apresentação as notas fiscais coletadas através do Sistema CFAMT, assim como os valores atinentes às ocorrências relativas à infração 01 que não constavam inicialmente no Auto de Infração, a teor do art. 156 do RPAF/99.

Esta Junta de Julgamento Fiscal 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. 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de julho de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR