

A. I. N° - 298962.0003/07-3
AUTUADO - COMERCIAL DE CEREAIS NUNES LTDA.
AUTUANTE - EGÍDIO SILVA
ORIGEM - INFAC V. CONQUISTA
INTERNET - 27/10/2009

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0325-03/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Faltam nos autos elementos capazes de configurar as infrações imputadas ao sujeito passivo. Há dúvida, especialmente, quanto aos valores que porventura seriam devidos. Embora, em princípio, esses vícios pudessem ser saneados, ficou evidenciada nos autos a impossibilidade prática de remediar o procedimento, dada a natureza dos vícios assinalados. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/06/2007, refere-se à exigência de R\$100.855,19 de ICMS, acrescido das multas de 50% e 70%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Consta, na descrição dos fatos, que o autuado, na condição de EPP, deixou de arquivar e registrar as notas fiscais constantes das fls. 197 a 518 do PAF, assim como, não as lançou na DME ou no livro Caixa e não as escriturou no livro Registro de Entradas de Mercadorias, todos apresentados à fiscalização. Exercícios de 2003 e 2004. Valor do débito: R\$78.520,29.

Infração 02: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias de outros Estados. Consta, na descrição dos fatos, que se refere às notas fiscais não escrituradas nos livros Registro de Entradas de Mercadorias e Caixa, bem como na DME correspondente e não mantidas em arquivos, nos meses de março a dezembro de 2004. Valor do débito: R\$19.031,55.

Infração 03: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de fora do Estado, nos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, junho, julho e setembro de 2004. Valor do débito: R\$3.191,09.

Infração 04: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação ou substituição, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outro Estado, nos meses de fevereiro, maio, junho e agosto de 2004. Valor do débito: R\$112,26.

O autuado apresentou impugnação (fls. 556 a 578), suscitando preliminar de nulidade, alegando que constatou equívocos do autuante, os quais ferem frontalmente o devido processo legal, especialmente as disposições contidas no RPAF/BA, porque não foram acostadas aos autos inúmeras notas fiscais para embasar a acusação fiscal, contribuindo para o cerceamento do amplo direito de defesa assegurado na Constituição Federal. Reproduz o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, reafirmando que estão ausentes nos autos as cópias das notas fiscais especificadas na impugnação às fls. 558 a 566. No mérito, o defendant alega que se não bastasse a autuação desacompanhada de prova material, porque o imposto foi calculado com base em notas fiscais cujas mercadorias não foram comprovadamente adquiridas pelo impugnante, porque

os seus dados cadastrais foram utilizados por pessoa inescrupulosa e o fornecedor não teve o cuidado de cumprir sua obrigação, ao deixar de exigir do comprador o comprovante de sua inscrição no cadastro do ICMS da Bahia. Isso ocorreu em relação às notas fiscais emitidas pela empresa SOMAMIX DISTRIBUIDORA LTDA. estabelecida em Contagem – Minas Gerais. Diz que a pessoa a que se refere por utilizar indevidamente a sua inscrição estadual é Tânia Maria das Virgens Pontes, que de acordo com a declaração do representante da SOMAMIX (fl. 579), sempre comprava mercadorias usando dados cadastrais do impugnante, recepcionava os produtos no balcão e os pagava sempre à vista, e por isso, nenhuma duplicata foi emitida, o que poderia identificar a adquirente dos produtos. Cita como exemplo a operação que foi quitada pela mencionada pessoa com o cheque de nº 851370, sacado no Banco do Brasil, agência 1730, no valor de R\$4.844,64, e este valor corresponde ao total das notas fiscais emitidas pela SOMAMIX, em 05/02/2004, de números 36315 (R\$1.299,86), 36316 (R\$445,83), 36317 (R\$1.136,53), 36318 (R\$967,11), 36319 (607,74) e 36320 (387,57). O autuado informa que para salvaguardar os seus interesses e evitar que seja compelido a pagar aquilo que não deve, protocolou na Delegacia de Polícia da cidade de Belo Campo – Bahia, requerimento para instauração de inquérito policial contra Tânia Maria das Virgens Pontes (fls. 580/582). O impugnante diz que fez a sua parte, cabendo ao Estado também fazer a sua, considerando que foi identificada a verdadeira adquirente das mercadorias constantes nas notas fiscais emitidas pela SOMAMIX e a solicitação de instauração de inquérito policial, cabendo ao Fisco por meio de seus órgãos de investigação, envidar esforços de recuperar o crédito tributário. Salienta que devem ser excluídas as notas fiscais emitidas pela SOMAMIX, que fazem parte do levantamento fiscal, infrações 01 e 02, caso contrário, estará sendo imputado ao autuado infração que não cometera, de responsabilidade de pessoa que agira de má fé. Assim, o defensor relaciona às fls. 568 a 570 as notas fiscais que deverão ser excluídas do levantamento fiscal, todas de emissão da empresa SOMAMIX DISTRIBUIDORA LTDA. Por isso, espera que esta parte do Auto de Infração seja julgada nula, ao menos seja julgado parcialmente improcedente, uma vez que, em consonância ao princípio da verdade material demonstrou-se não ter sido o autuado ser o real adquirente das mercadorias.

Quanto à primeira infração, o defensor alega que de acordo com o já relatado, diversas notas fiscais não foram adquiridas pelo autuado e várias outras não foram acostadas aos autos pelo autuante, o que impede o impugnante exercer o seu direito de defesa. Quanto aos demais fornecedores do Estado de Minas Gerais, o defensor alega que, igualmente, não foram adquiridas, sendo impossível provar fato negativo e o Fisco pode e deve exigir dos fornecedores que façam prova da identidade dos adquirentes. O indício é de que houve pessoas inescrupulosas utilizando-se indevidamente do cadastro do autuado, o que não deve ser desconsiderado. Salienta que na época do suposto fato gerador encontrava-se inscrito no cadastro do ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte (EPP), obrigava-se a apresentar anualmente a DME ao Fisco, o que sempre fora feito, e ao contrário do que afirma o autuante, não estava obrigado a encriturar o livro Registro de Entradas de Mercadorias, por estar dispensado pela legislação. Entende que não pode ser aplicada penalidade com a cobrança do ICMS, porque nas situações em que o Fisco comprove que o contribuinte deixou de declarar na DME valores constates nas notas fiscais de compras, e o RICMS/BA prevê a imputação da multa de 5% sobre o valor comercial da mercadoria entrada no estabelecimento durante o respectivo exercício, conforme art. 915, XII-A, que transcreveu. Alega, também, que outras notas fiscais não poderiam integrar o lançamento fiscal, porque os produtos nelas constantes (veículos) foram financiados ou objeto de consórcio e o autuante considerou como pagamento à vista. São as notas fiscais de números 9.221, de 03/10/2003, emitida por Scania Latin América Ltda., no valor de R\$205.035,00, veículo adquirido através de consórcio, cujos pagamentos se deram a partir de julho de 2003; e a NF 68328, de 29/09/2004, no valor de R\$128.370,00, adquirida por meio de financiamento, conforme consignado no corpo do documento fiscal, cujos pagamentos foram efetuados a partir de setembro de 2004. O defensor argumenta que, se forem ultrapassadas as preliminares, excluindo-se as notas fiscais que não foram anexadas aos autos, as emitidas pela SOMAMIX e as relativas à aquisição de veículos através de financiamento e consórcio, as importâncias do ICMS devidas seriam de acordo com o

demonstrativo que elaborou às fls. 572 a 576. O defensor salienta que a matéria em questão já foi objeto de várias decisões do CONSEF, e em algumas decisões o lançamento fiscal foi julgado nulo ou improcedente, a exemplo da ementa e parte do voto que transcreveu à fl. 576.

Infração 02: Alega que a exemplo da infração anterior, o autuante não acostou ao presente processo inúmeras notas fiscais que pudessem dar sustentação ao feito, além de incluir os documentos fiscais emitidos pela empresa SOMAMIX, cujas mercadorias foram adquiridas por Tânia Maria das Virgens Pontes. Elabora demonstrativo à fl. 577 não contemplando as notas fiscais que não foram anexadas ao PAF bem como aquelas emitidas pela SOMAMIX. Assim, considerando as notas fiscais constantes dos autos excetuando aquelas emitidas pela SOMAMIX, o defensor entende que o ICMS devido por antecipação parcial seria R\$488,97. Finaliza, requerendo a nulidade do presente lançamento em relação às infrações 01 e 02, e a análise do mérito for levada a efeito, pede que sejam considerados todos os argumentos apresentados.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 596 a 598 dos autos, faz uma síntese das alegações do autuado, argumentando que as alegações defensivas podem ser verdadeiras, carecendo de maior investigação e juntada de documentos. Deixa ao juízo do CONSEF apurar os fatos até se chegar à conclusão de que as alegações defensivas são verdadeiras. Informa que mantém os termos da autuação fiscal, apresentando o entendimento de que não há motivo para a sua nulidade ou improcedência. Quanto às notas fiscais emitidas por fornecedores do Estado de Minas Gerais, em que o autuado alega que as mercadorias não foram por ele adquiridas, atribuindo ao Fisco a obrigação de investigar e exigir dos fornecedores a identificação dos acquirentes, o autuante salienta que o defensor apela para o art. 915, inciso XII-A do RICMS/BA, esquecendo-se que o enquadramento correto é no art. 2º, § 3º, inciso IV do mesmo Regulamento, tendo em vista que, estando inscrito no SIMBAHIA, o tratamento que se dá para esses casos é o mesmo às empresas do regime normal de apuração do imposto, diferenciado-se quanto ao critério do crédito presumido de 8% para as empresas do SIMBAHIA. Em relação ao argumento de que foram computados documentos fiscais relativos a veículos financiados, o autuante diz que em nenhum momento o autuado juntou ao presente processo os comprovantes de pagamento e das respectivas datas em que esses pagamentos foram efetuados. Assim, espera que nas próximas manifestações do impugnante, o mesmo faça a juntada dessas comprovações para que seja elaborado novo demonstrativo de débito. Quanto à alegação do defensor de que várias notas fiscais não foram juntadas ao PAF, diz que assiste razão em parte ao autuado, justificando que até a conclusão da ação fiscal, várias empresas ainda não tinham enviado as cópias dos documentos fiscais solicitados, o que impossibilitou a sua juntada, somente agora se fazendo, conforme fls. 599 a 812 do PAF. Por fim, o autuante apresenta o entendimento de que, “diante das dificuldades pela defesa e a necessidade de uma investigação mais acurada, desempenhada por pessoas preparadas para tal”, sugere que seja designado funcionário competente para desvendar os crimes contra o erário estadual, considerando que na sua opinião, existem indícios fortes de crime contra a ordem tributária, praticados por empresas deste e de outros Estados.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal e dos novos documentos acostados aos autos pelo autuante (fl. 813), o sujeito passivo se manifestou às fls. 815 a 817, aduzindo que o autuante não pensou nas consequências que o ato imperfeito levado a efeito poderia proporcionar, tendo em vista que sem os meios de convicção de provas, e mediante listagem do SINTEGRA, procedeu ao presente lançamento sem aferir se, de fato, as notas fiscais objeto da autuação fiscal foram emitidas em favor do autuado, chegando ao ponto de anexar notas fiscais que não foram endereçadas ao defensor, atribuindo o ônus da prova ao contribuinte. Diz que o autuante corrobora com o entendimento de que pessoas inescrupulosas utilizaram dados cadastrais da empresa, e diante da dúvida, sugere que o CONSEF promova gestões para identificá-las. Diz que o autuante fez a juntada de parte das cópias das notas fiscais, não o fazendo em relação à maioria dos documentos ausentes no PAF. Indaga porque o autuante não anexou os demais documentos fiscais e em relação àqueles anexados, se as operações neles constantes foram efetivamente realizadas pela empresa, afirmado que não. Salienta que, diante do uso

indevido dos dados cadastrais da empresa nas operações identificadas nas razões defensivas, infere-se que as demais operações devem sofrer investigação minuciosa por parte dos órgãos competentes, conforme sugerido pelo próprio autuante, objetivando identificar que efetivamente adquiriu as mercadorias. Portanto, o defendant alega que o presente lançamento está eivado de dúvidas e incerteza do cometimento da infração. Quanto aos veículos adquiridos por meio de consórcio e por financiamento, diz que os respectivos contratos foram acostados aos autos juntamente com a impugnação e que comprovam que o defendant não deixou de contabilizar os pagamentos correspondentes, e como já salientou na impugnação inicial, tais informações encontram-se consignadas no corpo dos documentos fiscais e nos contratos constam o prazo de financiamento e da adesão ao grupo de consórcio, citando a data de início da vigência. Finaliza, ratificando os argumentos apresentados na impugnação inicial, inclusive em relação à aplicação equivocada do dispositivo regulamentar relacionado aos valores não declarados na DME, entendendo o defendant que se aplica a cobrança da multa de 5% sobre o valor das mercadorias e o autuante optou pela exigência do imposto com base no § 3º do art. 2º do RICMS/BA.

Em nova informação fiscal prestada às fls. 819/820, o autuante esclarece que o defendant apresentou em sua impugnação datada de 10/08/2007 fatos que o Fisco desconhecia, a exemplo de uma empresa ter comprado em seu nome, trazendo assuntos que podem gerar dúvidas e tomar outro caminho investigativo. Por isso, sugere que sejam realizadas maiores investigações, preferencialmente de caráter policial. Diz que na relação do SINTEGRA constam os fornecedores e a alusão aos documentos por eles emitidos que podem ser confrontados com aqueles fornecidos ao Fisco, salientando que vários ficaram sem o devido registro, consequentemente, não foram apresentados ao preposto fiscal. Diz que, para comprovar a exigência fiscal, solicitou aos fornecedores as cópias dos documentos fiscais e alguns demoraram de entregar, e alguns deles apresentaram depois da ação fiscal encerrada, que tem prazo para conclusão, e como as cartas de circularização foram enviadas, não tinha dúvida de que as respostas iriam chegar. Diz que, à proporção que forem chegando, far-se-á a juntada aos autos, o que no seu entender, não caracteriza vício processual, como insinuou o defendant, uma vez que as cópias dos documentos lhes foram entregues. Quanto à indagação do autuado de como saber quem comprou em seu nome, diz que essa resposta somente é possível após a investigação a ser realizada por pessoas especializadas no assunto. Salienta que as notas fiscais de consórcio carecem de maiores comprovações e esclarecimentos, e quanto ao enquadramento das infrações, diz que o correto é no art. 2º, § 3º do RICMS/97, “e se assim não fosse, seria um estímulo à prática do ilícito”.

Considerando que o autuante, em sua informação fiscal às fls. 596 a 598 dos autos, apresentou o entendimento de que há necessidade de uma investigação mais detalhada a ser realizada por pessoas preparadas para tal, e que existem indícios fortes de crime contra a ordem tributária, praticados por empresas deste e de outros Estados, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa – INFIP (fl. 823), para que fosse apurado se, efetivamente, existem evidências de fraude fiscal, apurando, também, se há efetiva responsabilidade a ser atribuída a terceiros pelo cumprimento da obrigação tributária decorrente das operações objeto do presente lançamento. Em caso positivo, que indicasse as notas fiscais que se enquadram nesta situação, identificando os verdadeiros responsáveis.

Em atendimento ao solicitado, foi prestada a informação de fls. 824/825 dos autos, sendo informado, que à INFIP cabe identificar e mapear focos e formas de sonegação fiscal no Estado da Bahia, sendo conduzido o trabalho mediante notícia-crime, e o resultado do trabalho é encaminhado aos órgãos responsáveis na estrutura organizacional do Estado para avaliação e decisão sobre a existência ou não de crime. Foi informado, ainda, que para se caracterizar erro na determinação do sujeito passivo é indispensável a prova da existência de ação fraudulenta, cabendo ao contribuinte solicitar abertura de inquérito e trazer ao PAF elementos oficiais emitidos por autoridade competente, e o inquérito policial só é concluído com indiciamento, quando resta caracterizada a autoria e a materialidade do delito. Em conclusão, foi dito que “não

se pode atribuir a terceiro a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação tributária objeto deste lançamento”.

À fl.828 esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem para as seguintes providências:

1. Quanto à infração 02: O autuante elaborar novo demonstrativo indicando as mercadorias constantes nas notas fiscais objeto da autuação, facilitando o entendimento do autuado, se a exigência do imposto é por substituição tributária ou antecipação parcial.
2. Quanto às infrações 03 e 04: Elaborar demonstrativos correspondentes a cada infração apurada, ou seja, um demonstrativo para a infração 03 e outro para a infração 04.

Após as providências acima, a repartição fiscal intimar o autuado e lhe fornecer cópia dos demonstrativos elaborados pelo autuante e de todas as notas fiscais acostadas aos autos. Em relação à informação do autuado de que protocolou na Delegacia de Polícia da cidade de Belo Campo – Bahia, requerimento para instauração de inquérito policial contra Tânia Maria das Virgens Pontes, solicitar que o deficiente apresente cópia do resultado do mencionado inquérito.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 829 a 833-A, informando que a infração 01 passa a ter o código 16.05.26, em virtude da aplicação da multa de 5% sobre as aquisições de mercadorias não informadas na DME, por se tratar de empresa enquadrada no SIMBAHIA, na condição de EPP e não ter sido constatado em sua DME, como também, não houve qualquer registro das notas fiscais de aquisição, sendo devida a multa, totalizando R\$35.308,92, sendo R\$18.635,45 com data de ocorrência 31/12/2003 e R\$16.673,47 com data de ocorrência 31/12/2004 (fls. 830 e 834 a 838).

Quanto à infração 02, o autuante informa que continua a mesma sua classificação, mas houve alterações no seu valor, considerando que no ano de 2003 valores sujeitos à substituição tributária e isentos foram incluídos na infração 01, aplicando-se a multa acima mencionada, o mesmo ocorrendo em relação ao exercício de 2004. Diz que os valores correspondentes à substituição tributária e antecipação parcial são aqueles informados nos novos demonstrativos que elaborou à fl. 831 e 839 a 867.

Em relação à infração 03, o autuante esclarece que também houve alteração da codificação para uma melhor classificação das ocorrências, uma vez que na codificação anterior estava classificada a infração como substituição tributária (art. 391-A), enquanto a atual está de acordo com o art. 352-A do RICMS/BA (antecipação parcial). Imposto apurado no valor total de R\$4.037,00, conforme fl. 832.

Infração 04: informa que se refere aos valores residuais, porque houve recolhimento a menos do imposto por antecipação tributária, conforme demonstrativo que elaborou à fl. 833 e planilhas de fls. 839 e 853 a 867.

O autuante informa que acrescenta a infração 05 referente ao ICMS antecipação parcial recolhido a menos, em virtude de não ter sido enquadrada na apuração do item anterior, sendo apurado o débito nesta infração no valor de R\$125,00. Finaliza, informando que o presente Auto de Infração totaliza o débito de R\$68.375,82. Pede a procedência da autuação.

Intimado da informação fiscal e da reabertura do prazo de defesa, o deficiente apresentou manifestação às fls. 899 a 928 dos autos, apresentando preliminares de nulidade com base no art. 18 do RPAF/BA, alegando que o autuante não poderia reclassificar infrações apresentando feição diversa daquela constante do Auto de Infração original, tendo em vista que o RPAF prevê que a diligência deve visar cumprir exigência processual ou investigar o mérito da questão. Entende que o autuante efetuou novo lançamento, apresentando capulações diversas, e o direito de lançar já foi alcançado pela decadência em relação a parte do período objeto da autuação. Quanto à infração 01, diz que houve decadência, e como se trata de descumprimento de obrigação acessória para o qual não houve falta de recolhimento do ICMS, aplica-se a regra do art. 150, § 4º

do Código Tributário Nacional – CTN, impondo-se a declaração de nulidade do lançamento relativo às multas correspondentes aos fatos geradores ocorridos antes de 28/07/2004, e caso esta órgão julgador entenda por aplicar a regra do art. 173, I do CTN, pede que seja decretada a decadência dos lançamentos de multa referente aos fatos geradores ocorridos no ano de 2003.

Quanto às infrações 02 e 03, também alega que se deve reconhecer a decadência referente ao exercício de 2003, com base no art. 173, I do CTN. Não sendo este o entendimento do CONSEF, entende que se impõe, subsidiariamente, reconhecer a decadência do direito de lançar a multa de 5% (infração 01), pela falta de registro de notas fiscais sequer referidas no Auto de Infração originário. Elencou às fls. 902/903 as notas fiscais não informadas na DME e não lançadas no caixa no decorrer do exercício. Pede a nulidade da autuação em relação às notas fiscais não acostadas aos autos, citando o art. 18, IV, “a” do RPAF/BA. Informa as notas fiscais ausentes do PAF, através das quais o autuante se baseou para imputar a cobrança do ICMS nas infrações 01, 02 e 03, alegando ainda, que o autuado anexou diversas notas fiscais sequer destinadas ao impugnante, sendo algumas delas de alto valor. Elabora às fls. 904 a 909 planilha das notas fiscais que pede a sua exclusão da primeira infração. Quanto às infrações 02 e 03, elabora às fls. 909/910 demonstrativo mensal das notas fiscais não acostadas aos autos e diz que a matéria em discussão já foi objeto de decisões do CONSEF, a exemplo do Acórdão JJF Nº 0800/00.

Infrações 04 e 05: Apresenta o entendimento de que, após a diligência fiscal realizada, o autuante deveria elaborar, apenas, novos demonstrativos acerca das cobranças efetivadas, possibilitando melhor entendimento das infrações imputadas ao autuado. Entretanto, o novo auto de infração não seguiu o modelo padronizado de “Auto de infração / Termo de Encerramento” e sequer foi acompanhado dos demonstrativos referentes às infrações imputadas ao contribuinte. Diz que as infrações 02 e 03 permanecem mal evidenciadas em único demonstrativo, quando, por expressa determinação da Junta de Julgamento Fiscal, deveriam estar em demonstrativos separados; que faltam demonstrativos relativos às infrações 04 e 05 que sequer serão impugnadas por absoluta impossibilidade de fazê-lo, protestando, desde já, pela elaboração dos respectivos demonstrativos e entrega ao impugnante, reabrindo-se prazo para defender-se quanto a tais infrações. Salienta que de acordo com o art. 8º, §3º, do RPAF, cabe ao autuante entregar ao autuado seus relatórios e demonstrativos em disco de armazenamento de dados postos em arquivos magnéticos, e que isso seria importantíssimo à defesa, considerando que deficiente poderia manipular as planilhas apresentadas pelo autuante em software de planilhamento, a fim de conferir os cálculos realizados. A título de exemplo, cita a infração 01 referente à multa de 5% que não correspondem aos 5% sobre o valor da nota fiscal (NF 471, emitida em 31/03/2004). Portanto, o deficiente alega que há necessidade de apresentação dos arquivos para recálculo dos demonstrativos elaborados pelo autuante, diante da possibilidade da existência de outros erros em prejuízo do Impugnante, sendo mais uma razão para converter o presente processo em nova diligência.

O deficiente volta a se manifestar quanto à infração 02, alegando que a procedência da autuação no que se refere substituição tributária, depende de estar ou não a mercadoria adquirida enumerada no art. 353, do RICMS-BA. Por essa razão, os demonstrativos fiscais devem indicar quais mercadorias estão referidas nas notas fiscais objeto de cobrança de maneira específica e precisa, e isto foi determinado por despacho da Junta de Julgamento Fiscal quando decidiu que o presente processo administrativo fiscal fosse baixado em diligência. Todavia, o autuante não cumpriu a contento a presente determinação, haja vista que em seu demonstrativo faz referência a classe de mercadorias, muitas vezes de maneira errônea, sendo imprescindível à defesa que sejam feitos os demonstrativos quanto a esse aspecto para que se possa identificar diversas situações, tais como reduções de base de cálculo não observadas pelo fiscal, incidência da substituição tributária, dentre outras, sendo este mais um motivo, em que se impõe nova diligência.

Prosseguindo, o deficiente passa a tecer considerações sobre o mérito da autuação, reiterando a alegação de que em relação às notas fiscais referentes a supostas aquisições junto à SOMAMIX,

seus dados cadastrais foram utilizados por pessoa inescrupulosa, com a conivência do respectivo fornecedor, vez que este não teve o devido cuidado de cumprir com a sua obrigação acessória ao deixar de exigir, da efetiva compradora, o comprovante de inscrição no cadastro do ICMS da Bahia. Diz que a pessoa à quem se refere por utilizar indevidamente o cadastro do impugnante é TÂNIA MARIA DAS VIRGENS PONTES que, conforme declara o representante da SOMAMIX, sempre que comprava as mercadorias usando os dados cadastrais do impugnante, recepcionava os produtos no balcão e os pagava sempre à vista, por isso, nenhuma duplicata foi emitida, que poderia identificar a adquirente dos produtos. À guisa de exemplo, identificou a operação de venda que fora quitada pela referida pessoa com o cheque nº 851.370, sacado contra o Banco do Brasil, agência 1730, no valor de R\$ 4.844, e este valor corresponde com o total das notas fiscais emitidas pela SOMAMIX, em 05/02/2004, de nºs 36.315 (R\$ 1.299,86), 36.316 (R\$ 445,83), 36.317 (R\$ 1.136,53), 36.318 (R\$ 967,11), 36.319 (R\$ 607,74), 36.320 (R\$ 387,57). Informa que desde 02/10/2002 a denunciada encontra-se inscrita no cadastro do ICMS baiano, como firma individual, também na condição de EPP, sob nº 36.601.608, CNPJ/MF 42.385.310/0001-11, estabelecida na AV. Rio Branco, 52, Centro, Cândido Sales, Bahia, com atividade de Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios - minimercados, mercearias e armazéns, cujo estabelecimento deve, provavelmente, ter recepcionado as mercadorias adquiridas da SOMAMIX.

Informa, também, que em 06/08/2007, objetivando salvaguardar os seus interesses e evitar que seja compelida a pagar algo que não deve, o defendant, através de sua sócia, Marluce Nunes Pereira Soares, protocolizou na Delegacia de Polícia da cidade de Belo Campo, Bahia - na qual encontra-se estabelecida, requerimento para a instauração de inquérito policial contra Tânia Maria das Virgens Pontes, constando arquivado junto ao mencionado requerimento listagem de todas as notas fiscais emitidas indevidamente pela SOMAMIX com “destino” ao impugnante, conforme cópia anexa da Certidão emitida pelo Escrivão de Polícia, inclusive mencionando informação sobre o pagamento com cheque nº 851370, emitido por TÂNIA MARIA DAS VIRGENS PONTES, sacado contra o Banco do Brasil, agência 1730, no valor de 4.844,64. O defendant diz que fez a sua parte, cabendo ao Estado fazer a sua, considerando que foi identificada a verdadeira adquirente das mercadorias constantes das notas fiscais emitidas pela SOMAMIX e a solicitação da instauração de inquérito policial contra a mesma, cabe ao Fisco, através de seus órgãos de investigação, Procuradoria Fiscal e Ministério Público, envidar todos os esforços de recuperar o crédito tributário sonegado. Para tanto poderá solicitar, em juízo, a quebra do sigilo bancário e fiscal da Srª Tânia Maria das Virgens Pontes e da sociedade empresária SOMAMIX DISTRIBUIDORA LTDA., quando se comprovará, mediante a análise dos cheques que serviram para quitar a aquisição das mercadorias constantes das notas fiscais emitidas em nome da autuada não haverem sido destinadas ao impugnante. Diz que já se passaram mais de 2 anos, e nenhuma providência efetiva foi tomada pela Polícia Judiciária em Belo Campo, a não ser a oitiva do depoimento das partes interessadas. O defendant diz que nada pode fazer para apresentar, como foi requerido, o resultado conclusivo das investigações porque isso não depende de si, e que, dentre suas possibilidades, vem diligenciando para que as investigações tenham curso normal. Junta ao presente processo cópia de requerimento elaborado por advogado especialmente contratado para acompanhar as investigações e dirigido à autoridade policial de Cândido Sales, onde requereu-se, complementarmente ao feito em Belo Campo, abertura de inquérito policial para apuração do caso. Salienta que as notas fiscais emitidas pela SOMAMIX fazem parte do lançamento fiscal em todas as infrações consignadas e deverão ser excluídas totalmente do cálculo do imposto apurado pelo autuante; caso contrário, estará sendo imputada ao autuado infração que não cometera, de responsabilidade de pessoa que agira de má fé com o escopo de evadir-se do pagamento de tributo. Reafirma que durante o período autuado não fez qualquer aquisição junto ao citado fornecedor, e espera que as investigações policiais a respeito tenham termo para que não seja prejudicado por ato de inescrupulosos que utilizaram seu cadastro indevidamente.

Quanto à infração 01, alega que o autuante incorreu em diversos erros, agravando, sobremaneira, o lançamento tributário exigido, que não se sustenta parcialmente, seja por desconformidade aos preceitos legais e regulamentares aplicáveis, seja por não se fundamentar nos fatos. Em seguida, passa a expor cada um dos citados erros, enumerando os lançamentos que devem ser excluídos, fazendo referência às notas fiscais respectivas, conforme planilha à fl. 916 dos autos.

Argumenta que a diligência fiscal deve visar cumprir exigência processual ou investigar o mérito da questão, ficando excluída a possibilidade de acrescer aos demonstrativos a cobrança de multa por descumprimento de obrigação acessória referente a notas fiscais que não constavam dos demonstrativos entregues na ocasião da autuação. Diz que a exclusão das cobranças mencionadas impõe-se com maior razão, caso não se considere que houve nova autuação para efeitos da contagem do prazo decadencial. Isso porque os novos demonstrativos devem cuidar, tão-somente, de explicitar a cobrança já consumada para melhor entendimento do autuado, nunca de majorá-la.

Em relação ao item 02 do Auto de Infração, diz que foi exigida multa por descumprimento de obrigação principal (falta da antecipação total/parcial na infração 02) simultaneamente à multa de 5% pela falta de informação das entradas na DME, e que nesse caso a infração não deverá persistir. Ressalta que a cobrança da multa de 60%, por descumprimento de uma obrigação principal, leva à absorção da multa por descumprimento da obrigação acessória que lhe é conexa, consignada na presente cobrança, e este entendimento tem encontrado acolhida no CONSEF, conforme ementas que transcreveu às fls. 910/911 do PAF. Portanto, o defendente entende que deverão ser excluídas da infração 01 as cobranças referentes à multas decorrentes das notas fiscais indicadas na planilha que elaborou às fls. 921/922 do PAF, em função da omissão em DME sobre aquisição de bens do ativo permanente. Informa que dois caminhões não podem ser entendidos como mercadorias, porque foram adquiridos pelo defendant para compor sua frota, com a qual realiza entregas essenciais para o pleno desenvolvimento de suas atividades. Tais bens estão, portanto, classificados no ativo permanente do impugnante, não cabendo confundi-los com mercadorias (NFs 9221 e 68328).

Infrações 02 e 03: Alega que somente a partir da Alteração n. 99, mediante o Decreto n. 10.840, de 18/01/08, DOE de 19 e 20/01/08, com efeitos a partir de 19/01/08, veio a redação atual, fazendo referência expressa à antecipação parcial. Desse modo, não se pode cobrar multa de ofício por fato anterior à sua tipificação. Por essa razão, há que ser excluído o valor da multa de ofício (60%), uma vez que aplicável somente à antecipação total à época dos fatos.

O defendente também alega que o autuante incorreu em diversos erros, agravando, sobremaneira, o lançamento tributário, que não se sustenta parcialmente, seja por desconformidade aos preceitos legais e regulamentares aplicáveis, seja por não se fundamentar nos fatos. Passa a expor cada um dos citados erros, enumerando os lançamentos que devem ser excluídos da infração 02, fazendo referência às notas fiscais respectivas. Diz que constatou no levantamento fiscal, diversas notas fiscais, cujo destinatário não é o autuado, mas que, por qualquer razão desconhecida, foram juntadas aos autos do processo fiscal e elencadas nos demonstrativos fiscais, agravando, indevidamente, a exigência fiscal. Por essas razões, impõe-se a exclusão das mencionadas seguintes notas fiscais: 51079, 51080 e 423704.

O defendente informa que constatou a exigibilidade do ICMS por substituição tributária em nota fiscal inexistente supostamente emitida por contribuinte sediado no Estado da Bahia, conforme demonstrativo referente ao mês de setembro de 2003, no valor de R\$ 179,36, relativo a uma suposta entrada de “refrigerantes” acobertada por nota fiscal emitida pela pessoa inscrita no CNPJ sob o n. 14.986.335/0001-35. Assegura que a sociedade em referência (Petyan Indústria de Alimentos Ltda), além de estar sediada no Estado da Bahia, não emitiu qualquer nota fiscal com a numeração 56058 para comercializar refrigerante. Salienta que se faz desnecessário a busca pela referida nota fiscal por restar demonstrada a improcedência da cobrança, seja pelo fato de o

emitente estar no Estado da Bahia, seja por não comercializar “refrigerantes”. O mesmo ocorreu em relação à nota fiscal n. 79.512, em fevereiro de 2004, supostamente emitida pela mesma empresa acima referida, inscrita no CNPJ sob o n. 14.986.335/0001-35, em relação à qual se cobra ICMS por substituição tributária por suposta entrada de biscoitos, quando a empresa está sediada no Estado da Bahia. A cobrança indevida neste caso foi de R\$ 85,92, totalizando R\$ 265,28.

Prosseguindo, o defendant apresenta outros erros no levantamento fiscal referente às infrações 02 e 03, a exemplo da falta de indicação do nome fantasia ou denominação social das pessoas emitentes, números que se apresentam inválidos, tornando impossível localizar as notas fiscais, além de cobranças em duplicidade, conforme planilha que elaborou às fls. 926/927. Finaliza, pedindo a nulidade do presente Auto de Infração, e se a análise do mérito for levada a efeito, que sejam levados em consideração os argumentos defensivos relacionados aos equívocos apontados. Requer a realização de diligência a ser realizada por fiscal estranho ao feito, a fim de responder acerca da procedência das exclusões do crédito tributário levantado pelo autuante constantes da argumentação exposta nas razões de defesa, recalculando todo o imposto eventualmente devido. Pede que na diligência sejam separados os demonstrativos relativos às infrações 02 e 03, consignando os produtos que são objeto de cobrança de maneira específica e detalhada e que também sejam elaborados os demonstrativos acerca das infrações 04 e 05. Requer, também, o funcionamento no presente processo administrativo da Procuradoria Fiscal.

Analisado em pauta suplementar do dia 28/09/2009, os membros desta 3^a Junta de Julgamento Fiscal concluíram que o presente processo encontra-se em condições de ser julgado.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS, em decorrência de quatro infrações, sendo a primeira, pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas não registradas, correspondentes às notas fiscais constantes do demonstrativo de fls. 30 e 37 do PAF.

As infrações 02 e 03 se referem à falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias de outros Estados. A infração 04 trata de recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação ou substituição, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outro Estado, nos meses de fevereiro, maio, junho e agosto de 2004.

Nas razões de defesa, o defendant alega que estão ausentes nos autos cópias das notas fiscais especificadas na impugnação às fls. 558 a 566; que seus dados cadastrais foram utilizados por pessoa inescrupulosa e o fornecedor não teve o cuidado de cumprir sua obrigação, ao deixar de exigir do comprador o comprovante de sua inscrição no cadastro do ICMS da Bahia, e isso ocorreu em relação às notas fiscais emitidas pela empresa SOMAMIX DISTRIBUIDORA LTDA. estabelecida em Contagem – Minas Gerais; que o autuante não acostou ao presente processo inúmeras notas fiscais que pudessem dar sustentação ao feito.

Na última informação fiscal prestada às fls. 829 a 833-A, o autuante diz que a infração 01 passa a ter o código 16.05.26, em virtude da aplicação da multa de 5% sobre as aquisições de mercadorias não informadas na DME; quanto à infração 02, o autuante informa que continua a mesma sua classificação, mas houve alterações no seu valor, considerando que no ano de 2003 valores sujeitos à substituição tributária e isentos foram incluídos na infração 01; em relação à infração 03, o autuante esclarece que também houve alteração da codificação para uma melhor classificação das ocorrências, uma vez que na codificação anterior estava classificada a infração como substituição tributária (art. 391-A), enquanto a atual está de acordo com o art. 352-A do RICMS/BA (antecipação parcial). Esclarece que a infração 04 se refere aos valores residuais, porque houve recolhimento a menos do imposto por antecipação tributária, e que foi acrescentada a infração 05, referente ao ICMS antecipação parcial recolhido a menos, em virtude de não ter sido enquadrada na apuração do item anterior.

Reaberto o prazo de defesa, o autuado alega que constatou inconsistências nos demonstrativos elaborados pelo autuante, a exemplo de notas fiscais sequer referidas no Auto de Infração originário; notas fiscais ausentes do PAF, através das quais o autuante se baseou para imputar a cobrança do ICMS nas infrações 01, 02 e 03; diversas notas fiscais sequer destinadas ao impugnante, sendo algumas delas de alto valor; multa que não corresponde aos 5% sobre o valor da nota fiscal (NF 471, emitida em 31/03/2004); o demonstrativo do imposto exigido por substituição tributária faz referência a classe de mercadorias, muitas vezes de maneira errônea (por exemplo: utilidades e outros, G. Alimentícios, colas, anexo 88 item 14, higiene/limp, bebidas, sucos, ceras/mat const). O defendante diz que o autuante não poderia reclassificar as infrações, apresentando feição diversa daquela constate no Auto de Infração.

Observo que além das inconsistências apontadas pelo defendante e da mudança no código e na acusação fiscal das infrações 01 e 03, foram incluídos na infração 02 valores correspondentes a meses que não constaram na exigência fiscal originalmente efetuada, e ainda, houve acréscimo da infração 05, que também não constou no levantamento original, inexistindo qualquer explicação pelo autuante do motivo para as alterações efetuadas sem amparo legal.

Entendo que no estado em que se encontra o presente PAF, não há segurança e liquidez quanto às infrações e aos valores efetivamente devidos, considerando que houve equívocos na lavratura do Auto de Infração. Tais equívocos trazem insegurança quanto ao efetivo débito a ser exigido e cerceamento do direito de defesa.

Saliento que é dever do Fisco determinar com segurança o valor do imposto devido, as datas de ocorrência e de vencimento do tributo exigido, devendo ser comprovada a exatidão dos cálculos efetuados relativos ao valor exigido, e sendo necessário verificar toda a documentação e fazer correções e novos cálculos, implica refazimento da ação fiscal.

De acordo com o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para determinar com segurança a infração. Assim, existe dúvida, especialmente, quanto aos valores que porventura seriam devidos, e embora, em princípio, esses vícios pudessem ser saneados, ficou evidenciada nos autos a impossibilidade prática de remediar o procedimento, dada a natureza dos vícios constatados, implicando cerceamento de defesa, merecendo ser considerado nula a exigência fiscal, representando-se à autoridade competente para renovar o procedimento fiscal a salvo de incorreções.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 298962.0003/07-3, lavrado contra **COMERCIAL DE CEREAIS NUNES LTDA**.

Esta Junta recorre, de ofício, desta 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, 16 de outubro de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR