

A. I. N° - 22227.0015/07-1
AUTUADO - ARAGOM MODAS LTDA.
AUTUANTE - MARIA MAGNÓLIA SANTIAGO DE OLIVEIRA LIMA
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
INTERNET - 21.10.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0326-02/09

EMENTA: **ICMS. 1.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, 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 da substituição tributária. Exigência fiscal parcialmente subsistente. **2.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Exigência fiscal parcialmente subsistente. **3.** CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos, e não foi provada a existência de erros materiais do levantamento fiscal. Reduzido o débito por ter sido aplicado a proporcionalidade prevista na IN nº 57/2007 sobre o débito apurado. **4.** LIVROS FISCAIS. RAICMS. **a)** IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO NO PRAZO REGULAMENTAR. Fato não contestado. **b)** IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Fato não contestado. Rejeitadas as nulidades argüidas na defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 26/09/2007, para exigência de ICMS no valor de R\$ 218.151,71, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, no total de R\$ 7.704,48, nas aquisições interestaduais de mercadorias não escrituradas nos livros fiscais, provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, no período de março a dezembro de 2004, abril a novembro de 2005, fevereiro, julho e setembro de 2006, conforme demonstrativos e documentos às fls. fls.15 a 17 e notas fiscais fls.18 a 73. Em complemento consta; “Referente às Notas Fiscais originárias do CFAMT e do PGF não contabilizadas.”
2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 52.898,14, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias não escrituradas nos livros fiscais, provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, no período de janeiro a dezembro de 2003, fevereiro a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, e janeiro a dezembro de 2006, conforme demonstrativos e documentos às fls.74 a 413. Em complemento consta; “Referente às Notas Fiscais originárias do CFAMT e do PGF não contabilizadas.”
3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 157.168,64, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldos credores na Conta “Caixa”, no meses de julho de 2003 a dezembro de 2006, conforme demonstrativos às fls. fls.414 a 555 e notas fiscais às fls.556 a 946.
4. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 166,45, no prazo regulamentar, referentes a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, relativo ao mês de julho de 2003, conforme documentos às fls. 1.112 a 1.128 .
5. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$ 214,00, no mês de junho de 2004, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, conforme demonstrativo e cópia do RAICMS às fls.1.112 a 1.128.

O autuado, por seu representante legal, em sua defesa às fls. 1.132 a 1.146, analisando os fatos, informou que explora o comércio varejista de calçados e confecções, e que por força da legislação está obrigado a efetuar o pagamento do ICMS pelo regime normal e nas aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária ou antecipação tributária, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, bem como, a antecipação parcial em tais aquisições.

Em seguida, arguiu a nulidade da autuação, a pretexto de não cumprimento do devido processo legal, ampla defesa e do contraditório, com base nas seguintes preliminares:

- a) que as defesas contra os Autos de Infração nº 022227.0015/07-1 e nº 022227.0016/07-8 devem ser julgadas conjuntamente, uma vez que no roteiro de Caixa aplicado, foram incluídas notas fiscais originárias das “Informações CFAMT e do PGF não contabilizadas”, como “pagamentos não declarados”, sendo ao mesmo tempo objeto de cobrança do ICMS por substituição tributária e por antecipação tributária.
- b) que o lançamento foi constituído sem observância dos princípios da racionalidade e da proporcionalidade, configurando-se em presunção não autorizada em lei, por está baseado em informação do CFAMT e PGF/SINTEGRA, sem a comprovação, mediante assinatura, dos recebimentos das mercadorias pelos estabelecimentos e pela comprovação dos pagamentos.

- c) que muitas das notas fiscais relacionadas para fundamentar a presunção de omissão de saídas e a falta de antecipação tributária não foram apresentadas as suas cópias para a devida conferência.

No mérito, no tocante à infração 01, afirma que a cobrança do imposto por antecipação parcial é indevida, alegando que, se por ventura o contribuinte não efetuar o pagamento na forma estabelecida, mas se foram incluídas no seu movimento com mercadorias, entende que, somente seria cabível a aplicação de multa. Argumenta que, no presente caso, as notas constantes das informações PGF e CFAMT, foram objeto de cobrança no roteiro de Caixa do estabelecimento Matriz, para fins de cobrança também do ICMS, como “pagamentos não contabilizados”, porquanto se defende alegando que, restaria apenas a multa pelo descumprimento do dever legal.

Alega que não há nos autos prova do recebimento das mercadorias, e que as cópias das notas fiscais juntadas não se referem à totalidade das “Informações CFAMT e PGF”.

Frisa que mesmo que comprovados os recebimentos das mercadorias, a inclusão no roteiro de Caixa das notas fiscais como “pagamentos do ICMS na antecipação parcial” e “não pagamento do ICMS da substituição”, incorreria em bis in idem. Entende que incluídas as notas fiscais da antecipação no roteiro de Caixa, globalizando o movimento da empresa, não há tributo a ser reclamado sob a acusação de “falta de recolhimento da antecipação parcial”, restando somente a multa pelo não recolhimento no prazo regulamentar.

Prosseguindo, alega que:

- a) a Nota Fiscal nº 21403, emitida por Diplomata Indústria e Comércio de Artigos de Viagens Ltda (fls.16 e 435) referente à antecipação parcial foi incluída no roteiro de Caixa;
- b) as Notas Fiscais nº 28874 e 30187 foram consignadas em duplicidade, bem como, que não há no processo os respectivos comprovantes;
- c) não constam cópias das Notas Fiscais nº 6574; 46366; 477690; 831; 79478; 232389; 235704; 237862; 120095; 120932; 664543; 664545; 879635; 425540; 319357; 729537; 342488; 733097; 362659; 168941; 169358; 390396; 8098; 175334 e 175786, e outras foram baseadas apenas no PGF para fundamentar a infração (fls.1.156).

Quanto a multa aplicada, referente ao não pagamento de mercadorias sujeitas à antecipação parcial, referidas na infração, aponta que houve exclusão da redução prevista na legislação (art. 919 do RICMS/97), concluindo pelo tratamento diferenciado. Ressaltando que a discriminação excluindo a multa em razão do prazo para pagamento nas operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária e antecipação parcial, vulnera o princípio constitucional da isonomia, consagrado em termos gerais nos artigos 5º e 150, II, da CF/88.

Conclui este item dizendo que está sendo duplamente penalizado, com base no argumento de que além da cobrança do imposto com base nas notas fiscais relacionadas no CFAMT e no PGF, sem as devidas provas, os seus valores, tanto da filial quanto da matriz, foram incluídos como “pagamento aos fornecedores”, refletindo no valor do Caixa da matriz, para exigência do ICMS.

Com relação à infração 02, referente a exigência do imposto por substituição tributária, cujos valores foram lançados no roteiro de Caixa do estabelecimento matriz, alega que não foram juntadas ao processo as cópias das notas fiscais relacionadas à fl.1.158, e por isso, devem ser excluídas deste item e do levantamento que resultou em omissão de receita. Também solicitou a redução da multa, com base no art.919 do RICMS/97.

No que tange à infração 03, referente ao roteiro de Caixa desenvolvido, englobando os dois estabelecimentos (matriz e filial), pondera e alega que não foram excluídos do levantamento fiscal os valores correspondentes à substituição tributária, bem como não foi considerado o crédito presumido de 8%, nos seguintes períodos de apuração:

- a) exercício de 2003 - pagamentos não contabilizados no valor de R\$ 24.253,29, sendo que R\$10.866,62, se refere à mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária;
- b) agosto de 2004 – que do montante exigido no valor de R\$ 39.839,94, o valor de R\$ 17.745,30 diz respeito a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária;
- c) março de 2005 – não foi excluída do estouro de Caixa de R\$ 28.967,52, a substituição tributária no valor de R\$ 26.696,49;
- d) agosto de 2005 – que do valor acusado de R\$ 38.397,94, não foi excluído o valor de R\$20.178,13 referente à substituição tributária;
- e) que foram inseridas no Demonstrativo da Reconstituição da Conta Caixa (fls.402/543), como pagamentos a fornecedores não declarados, as notas fiscais do CFAMT e PGF referentes a mercadorias sujeitas à substituição tributária e antecipação parcial;
- f) que as Notas Fiscais nº 110954, 169898, 223914, 582685, 023521, 111171, 581527, 114724, 194760, 592416, 0278, 586794, 594024, 242349, 588922, 0119352, 808208, 610607, 078439, 612223, 612224, 61225, 000989, 106755, 063738, 801807, 250706, 020283,0034454, 0224868, 017164, 883779, 232513, 171247, referentes à cobrança do ICMS no estabelecimento filial com base nas informações CFAMT e PGF, foram lançadas no roteiro de Caixa;
- g) que não foi deduzido o crédito presumido à base de 8%.

Assim, afirma que no exercício de 2003, foram incluídas indevidamente na auditoria de Caixa, as notas fiscais da informação CFAMT e PGF, referente à substituição tributária e por antecipação parcial, objeto da autuação no estabelecimento filial, conforme relação às fls.412/543 e Doc.[06 e 07].

Salientando que restaram violadas as normas complementares da legislação tributária, pede que, se prevalecer o levantamento fiscal, seja aplicada na determinação da base de cálculo devida, a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, para a exclusão das operações sujeitas ao regime de substituição tributária, pugnando, ao final pela insubsistência do Auto de Infração.

Conclui sua impugnação requerendo exclusão da exigência de ICMS pelo não pagamento de antecipação parcial, bem como exclusão dos valores lançados pela autuante e não comprovados com cópias das NF's e aplicação de redução para pagamento estabelecido no art. 919 do RICMS/97.

Na informação fiscal às fls.1.466 a 1.468, a autuante considerou prejudicadas as alegações do autuado argumentando que:

1. tanto o CFAMT como o PGF/SINTEGRA são sistemas confiáveis, da SEFAZ, e a autuada em momento algum alegou não ter adquirido as mercadorias constantes das notas fiscais relacionadas, nem se insurgiu contra os seus valores, o que no entendimento da autuante, houve confissão tácita dessa cobrança. Quanto a argumentação referente à prova do recebimento das mercadorias, feita pela autuado, como meio de defesa, a autuante se manifesta afirmando que os fornecedores têm atendido aos pedidos da SEFAZ, remetendo as cópias das ditas notas fiscais e a forma de pagamento, e o autuado não tem como negar o recebimento das mercadorias.
2. que as notas fiscais que foram solicitadas ao CFAMT estão anexadas ao PAF nas suas respectivas infrações, cujos demonstrativos específicos de Substituição Tributária; Antecipação Parcial e Caixa somente foram elaborados após a constatação da falta de escrituração das mesmas nos respectivos Livros de Registros de Entradas da empresa, mediante confronto entre a relação do CFAMT e o livro de Registro de Entradas, cujas notas fiscais não escrituradas, pela autuada, foram solicitadas ao CFAMT, recebidas e após constatação da falta do recolhimento do ICMS devido, referentes aos exercícios de 2003, 2004, 2005 e 2006, respectivamente, constantes das infrações: 01 (Falta de recolhimento do ICMS

antecipação parcial) e 02 (Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária). Considerou desnecessária a citação da localização das folhas no PAF, por entender que todas as notas fiscais a ele anexadas, foram obtidas nos sistemas CFAMT e PGF/SINTEGRA.

3. sobre a citação da IN 56/2007, frisa que o último exercício fiscalizado foi 2006, e que a IN referida não se aplica ao presente caso, por não ter aplicação retroativa. Por outro lado, aduz que o autuado não provou a existência de controle sobre a situação tributária das mercadorias ou qualquer proporcionalidade a ser utilizada.
4. a grande maioria das notas fiscais do PGF/SINTEGRA solicitadas aos fornecedores através de comunicação direta/circularização (após constatação da falta de escrituração do registro das mesmas no livro competente, assim como a falta dos respectivos recolhimentos do ICMS devido por substituição tributária e antecipação parcial) já estão anexadas ao PAF nas suas respectivas infrações, porém, que está juntando nesta oportunidade xerox das notas de números: 879.635 (13/10/2004), 319.357 (08/06/2005), 342.488 (19/11/2005), 362.659 (13/02/2006) e 390.386 (10/07/2006) constantes do demonstrativo elaborado e acostado às folhas 1.156 pela autuado na sua defesa, e que chegaram após a lavratura do auto de infração.
5. Quanto a infração 03 – omissão de saídas constatada através do saldo credor de caixa – salientou que não foi incluída nenhuma nota fiscal na planilha de apuração do saldo credor de caixa, cuja cópia não tenha sido anexada ao auto de infração. Esclareceu ainda que os documentos fiscais do estabelecimento filial, oriundos dos Sistemas CFAMT e PGF/SINTEGRA, foram incluídos na infração nº 03 da matriz, pelo fato da empresa fazer escrituração única do livro Caixa.
6. não é devida a alegação de bitributação como suscitado pela impugnante, tendo em vista o roteiro de Caixa foi aplicado para efeito de verificação do que preceitua o art.2º do RICMS/97 no seu parágrafo 3º, que diz "Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar: 1- saldo credor de caixa." Esclarece que o estabelecimento autuado comercializa mercadorias da substituição tributária e mercadoria do regime normal de tributação com aquisição na Bahia e em outras Unidades da Federação, sendo que, a exigência fiscal é sobre infrações diversas, caracterizadas pela falta de recolhimento do ICMS até a data do lançamento fiscal, referente a mercadoria para comercialização, adquirida em outro estado: a) mercadoria do regime normal de tributação (artigos do vestuário, meias, artigos esportivos, malas, sacolas, etc) sujeitas a antecipação parcial; b) mercadorias elencadas na substituição tributária (calçados) por falta de recolhimento do ICMS substituição tributária nos exercícios de 2002 a 2006, conforme notas fiscais originárias do CFAMT e do PGF/SINTEGRA anexadas ao PAF, como prova para as infrações 01 e 02. Quanto aos lançamentos exigidos através da auditoria de Caixa, frisa que se referem a omissões de saídas de mercadorias tributadas, sendo que as notas fiscais de calçados foram lançadas como comprovante de pagamentos efetuados pela empresa, ficando assim, descaracterizada a bitributação proposta pelo sujeito passivo em suas razões defensivas.
7. fica prejudicada a alegação defensiva de duplicidade, tendo em vista que: 1) quanto as notas fiscais, apontadas às fls. 1139 do PAF, a de nº 21.403, não se encontra listada às fls. 16 e 435 do PAF como indica a impugnante, e as de nº 28874 e 30187 também não fazem parte de nenhuma planilha deste PAF. 2) quanto as notas fiscais utilizadas no demonstrativo do Roteiro de Caixa, as mesmas foram listadas de acordo duplicatas a elas inerentes, pois neste Roteiro informam-se os pagamentos que foram efetuados no mês. Salienta que uma nota fiscal de mercadoria adquirida a prazo deve aparecer nas Planilhas de Caixa dos respectivos meses, tantas vezes quantas forem as duplicatas do parcelamento, sem, contudo, caracterizar duplicidade de lançamento.

8. quanto ao questionamento sobre a redução da multa referente às infrações 01 e 02 (falta de recolhimento do ICMS referente a Antecipação Parcial e Substituição Tributária), a autuante observa que não cabe discussão administrativa, por ser matéria de lei.

Conclui pela manutenção integral do Auto de Infração.

Na folha 1.477 a advogada Dr^a Ivonildes Oliveira Martins, em 18/12/2007, juntou procuração lhe outorgando poderes para representar o autuado no presente processo administrativo fiscal, ao tempo em que pediu vista dos autos para que pudesse sobre ele se inteirar.

Posteriormente, em 03/01/2008, o autuado através da citada advogada, atendendo à intimação expedida pela Infaz Serrinha (fls.1474 a 1.475) se manifestou às fls.1.482 a 1.491 sobre a informação fiscal constante às fls.1.466 a 1.473, alegando que as informações prestadas pela autuante são equivocadas, já que teria reconhecido e ratificado em sua informação fiscal que:

- a) incluiu as notas fiscais referentes às mercadorias sujeitas à substituição tributária, no roteiro de Caixa do estabelecimento matriz, sem fazer a proporcionalidade para exclusão dos seus valores na base de cálculo do ICMS reclamado por presunção do § 4º do art.4º da Lei nº 7.014/96.
- b) a grande maioria das Notas Fiscais do PGF/SINTEGRA, solicitadas aos fornecedores através de comunicações direta/circularização já está anexada ao PAF e as juntadas pela informante são de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (fl. 1.467), o que, no seu entendimento, reforça a tese de que se os valores teriam sido lançados no roteiro de caixa desenvolvido no estabelecimento matriz e não teria sido feito a proporcionalidade, por esse motivo houve duplicidade de cobrança do tributo.

No que se refere à prova, aventada na informação fiscal, o autuado afirma que é assente, na jurisprudência administrativa, a necessidade de prova da aquisição das mercadorias no lançamento fiscal para que o contribuinte exerça o seu direito de defesa. Lembra que a IN 56/2007, da Superintendente de Administração Tributária, e decisões reiteradas do Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF, é no sentido de impossibilidade de cobrança quanto à substituição tributária sem a devida proporcionalidade, no sentido de excluir da base de cálculo do ICMS lançado de ofício, para apuração de omissão de saídas presumidas, nos termos do §3º do art. 2º do RICMS/97, c/c art. 4º da Lei nº 7.014/96.

Quanto à prova da proporcionalidade ou demonstração, diz cabe ao fisco fazê-la, nos termos do artigo 142 do CTN. Teceu alguns comentários sobre princípios da legalidade do ato administrativo de lançamento, sua vinculação à lei, sobre a responsabilidade funcional prevista nos artigos 3º e 142, parágrafo único do CTN, bem como, sobre o ônus da prova, inclusive na visão de renomado professor de direito tributário.

Observa que além da não apresentação das provas das aquisições das mercadorias relacionadas no relatório CFAMT e SINTEGRA para a apuração do recolhimento da substituição tributária, também não foi observado que o pagamento da antecipação parcial difere da sistemática da substituição tributária, uma vez que naquela há encerramento da fase de tributação.

Diz que a juntada de cópias de notas fiscais na informação fiscal constitui apenas a prova da invalidade do lançamento fiscal, por entender que o trabalho fiscal foi elaborado sem as notas fiscais correspondentes e sem atentar para a natureza do regime a que se sujeitam as mercadorias. Por conta disso, alega que foram juntadas apenas as notas fiscais de números 232389; 237862; 879635; 319357; 342488; 362659 e 390396 relacionadas o PGF, enquanto que as notas fiscais números 6574; 46366; 477690; 831; 79478; 235704; 237862; 120095; 120932; 664543; 664545; 425540; 729537; 733097; 168941; 169358; 8098; 175334 e 175786, deixaram de ser apresentadas. Frisa que estas notas fiscais se referem às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e não foram excluídas do roteiro de Caixa desenvolvido na matriz.

Chama a atenção de que a autuante reconhece que muitas das notas fiscais utilizadas no levantamento fiscal indicadas no Relatório SINTEGRA ou CFAMT não se encontram no processo, e desta forma, sem as provas do recebimento das mercadorias, houve duplicidade de lançamento, tanto os valores das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária no estabelecimento filial quanto na matriz, conforme auditoria de Caixa, fls.402/543 do PAF, itens 01 e 02, e AI nº 02227.0016/07-8.

Além disso, observa que a autuante admitiu que muitas das notas fiscais indicadas no Relatório SINTEGRA e CFAMT não se encontram no processo, não acatando a informação de que não foram explicitadas todas as notas fiscais, com base no argumento de que não foram observados os demonstrativos elaborados, bem como a relação de duplicidade de lançamentos (notas fiscais nº 28874 e 30187), conforme docs. 03, 04 e 05.

Lembra que, além da não apresentação das provas de aquisição das mercadorias, relacionadas no relatório CFAMT e PGF/SINTEGRA, para a apuração de recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, a autuante também teria olvidado que o pagamento por antecipação parcial difere da sistemática da substituição tributária, sendo que as mesmas notas fiscais foram incluídas no roteiro de Caixa desenvolvido na Matriz.

Recorda que para o roteiro de Caixa, nos casos de prática de operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, relativo às presunções referidas no §4º do art.4º, da Lei nº 7.014/96, o preposto fiscal deveria lançar o ICMS, considerando que parte dos valores se refere a essas operações, excluindo-as do cálculo.

Retornando à questão de proporcionalidade, a defendente advoga a tese de que a presunção contida no § 4º do art.4º da Lei nº 7.014/96 para a apuração de omissão de saídas de mercadorias em estabelecimento que comercializa com mercadorias isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, somente terá validade se aplicada a IN nº 56/2007, e que se verificada a impossibilidade desse cálculo o fato deve ser registrado no termo de encerramento de fiscalização.

Desta forma, entende que somente no caso de não cabimento da proporcionalidade, devidamente circunstanciada, e com a autorização expressa da autoridade competente poderia efetuar o lançamento, sob pena de descumprimento do dever legal. Seguindo esta linha de raciocínio, argumenta o autuado que a juntada das cópias das notas fiscais com a informação fiscal deve constituir a prova de sua nulidade, o que confirmaria as razões aduzidas em sede de defesa, segundo a qual, alega que o relatório teria sido utilizado pela autuante sem as notas fiscais correspondentes e sem atentar para a natureza do regime a que se sujeitavam as mercadorias.

Infere que a presunção legal, como pretende a autuante, não transfere a autuada à obrigação do fiscal de determinar a matéria tributável, entendendo que as informações da autuante somente corroboram com as razões da defesa, de que o lançamento não atende o que determina o artigo 142 do CTN e a legislação estadual, motivo pelo qual o reputa como nulo de pleno direito, já que o ordenamento jurídico não admite exigência de tributo baseado em incerteza.

Alega que o presente lançamento fiscal não contém os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, o que o faz defender a tese segundo a qual, um simples indício de infração não autoriza a fiscalização a lavrar um auto de infração arrimado em suposições não contempladas em lei, sob pena de se está tentando cobrar um imposto que não se sabe realmente se é devido.

Recorda que, em referencia a alegada confiabilidade desses relatórios, a autuante não procedeu no lançamento como determina a legislação vigente e as orientações reiteradas do CONSEF, pelo que o autuado espera julgamento improcedente do auto de infração.

Acrescenta ainda que, em referencia a responsabilidade do Fisco pela apresentação das cópias das notas fiscais do CFAMT e da prova de que elas não foram registradas no movimento do

contribuinte, lembra pronunciamentos do Conselho Estadual de Fazenda - CONSEF, afirmando que este tem se manifestado pela obrigação do fisco em produzir provas.

Conclui sua manifestação aduzindo desenquadramento do feito aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, reiterando as razões defensivas.

Tendo em vista a controvérsia entre as razões defensivas para a autuação, relativamente às infrações 01, 02 e 03, e visando esclarecer algumas questões no levantamento fiscal, o presente processo foi submetido a pauta suplementar do dia 26/06/2008, sendo decidido pelo encaminhamento do mesmo à ASTEC/CONSEF, para ser efetuada uma revisão fiscal nos termos do despacho constantes às fls.1.497 a 1.499, sendo cumprida a diligência por fiscal estranho ao feito conforme Parecer ASTEC nº 0163/2008 às fls.1.500 a 1.505, e esclarecido que:

1 - INFRAÇÕES 01 e 02

1.1- não procede a alegações defensiva de que as Notas Fiscais nº 28874 e 30187 foram consignadas em duplicidade, inclusive que tais documentos fiscais sequer fazem parte dos demonstrativos elaborados pela autuante.

1.2 – as Notas Fiscais nº 6574; 464366; 477690; 831; 79478; 232389; 235704; 237862; 120095; 120932; 664543; 664545; 879635; 425540; 319357; 729537; 342488; 733097; 362659; 188941; 169358; 390396; 8098; 175334 e 175786, e outras baseadas no PGF para fundamentar a infração (fls.1.156), não existem cópias no processo, ou seja, que existem apenas as NFs nº 6.574, 46.366, 477.690 e 831 (infração 01, demonstrativo fls.15 a 17), e NFs. Nº 79.478 e 232.389 (infração 02, demonstrativo fls. 74 a 76). Não foi constatada duplicidade de lançamentos nas auditorias citadas. Além disso, que não procede a informação do autuado, constante do 2º parágrafo da fl.1.487, de que foram posteriormente juntadas cópias das notas fiscais nº 232.389 a 237.862, pois conforme informado pela autuante no item “c” da fl.1.467, foram anexadas à informação fiscal cópias das NFs. nº 879635; 319357; 342488; 362659 e 390386 (fls.1.469 a 1.473).

1.3 - foi excluído dos demonstrativos às fls. 15-17 e 74-76 o débito das notas fiscais acima citadas que não constam cópias no processo, nos seguintes valores: Infração 01: NF 6.574 = R\$41,49, mês 11/04; 46.366 = R\$67,41, mês 12/04; 477.690 = R\$ 24,75, mês 09/05 e 831 = R\$ 208,72, mês 09/06. Infração 02: NF 79.478 = R\$ 47,66, mês 10/03 e 232.389 = R\$ 133,60, mês 12/03.

2 – INFRAÇÃO 03

2.1 - a Nota Fiscal nº 21403, emitida por Diplomata Indústria e Comércio de Artigos de Viagens Ltda. (fls. 16 e 435), consta no demonstrativo à fl.15 (auditoria da antecipação parcial), mas não consta do demonstrativo à fl. 435 (auditoria de Caixa); não procede a alegações defensivas de que as Notas Fiscais nº 28874 e 30187 foram consignadas em duplicidade, inclusive que tais documentos fiscais sequer fazem parte dos demonstrativos elaborados pela autuante.

2.2 – argumentação do autuado de duplicidade de lançamentos na auditoria de Caixa deu-se em virtude de uma suposta inserção de notas fiscais de entrada na auditoria de substituição tributária (fls. 74 a 76) e na auditoria de Caixa (fls. 402 a 543). O revisor fiscal respondeu em conjunto a esta questão nos itens 2.2 e 2.4, observando que o entendimento do representante do autuado é de que uma mesma nota fiscal de entrada não pode ser considerada em duas auditorias.

2.3 - realmente não foi considerado o crédito presumido de 8% concedido às empresas enquadradas no Regime do SIMBAHIA, nos períodos de apuração.

2.4 – quanto a alegação de que foram inseridas no Demonstrativo da Reconstituição da Conta Caixa (fls.402/543), como pagamentos a fornecedores não declarados, as notas fiscais do CFAMT e PGF referentes a mercadorias sujeitas à substituição tributária e antecipação parcial, foi informado que: “A Autuada apresentou – às fls. 1157 e 1158 – um documento que denominou “DEMONSTRATIVO ELABORADO PELA AUTUADA REFERENTE ÀS NOTAS FISCAIS DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, SENDO QUE AS CÓPIAS PARA PROVAR A CIRCULAÇÃO NÃO FORAM JUNTADAS AO PAF E OUTRAS FORAM BASEADAS APENAS NO PGF PARA FUNDAMENTAR O

LANÇAMENTO, CUJAS CÓPIAS TAMBÉM NÃO FORAM ANEXADAS AO PAF”. Ocorre que tal demonstrativo é meramente sintético. Traz valores totalizados mês a mês e não discrimina as notas fiscais, com seus respectivos números, valores e datas. No que se refere à infração 03, constatou-se não haver lançamentos em duplicidade na “Reconstituição do Caixa”, de fls. 402 a 543. No demonstrativo das precitadas folhas, os valores de despesas apontados são discriminados por suas origens: números das duplicatas, FGTS, EMBASA, TELEMAR, COELBA, números das notas fiscais de compra etc. Não há “PAGAMENTOS A FORNECEDORES NÃO DECLARADOS” na coluna “Histórico”. Quanto a declaração da advogada da sociedade empresária que a alegada duplicidade teria ocorrido porque diversas notas fiscais de entrada, como anteriormente dito, teriam sido insertas na auditoria de substituição tributária (fls. 74 a 76) e na auditoria de caixa (fls. 402 a 543) ressalta que o patrono do autuado, ao juntar demonstrativo meramente sintético (fls. 1157 e 1158), não faz prova do que aduz. Ou seja, que os documentos que se seguem ao predito demonstrativo, de fls. 1169 e seguintes, denominados “CÓPIAS DAS NOTAS FISCAIS REFERENTE (sic) AO ESTABELECIMENTO FILIAL, INCLUÍDAS NO CAIXA COMO PAGAMENTOS NÃO CONTABILIZADOS”, não dizem respeito à suposta duplicidade de lançamentos na auditoria de caixa, mas ao fato de na mesma auditoria terem sido levadas em consideração operações dos estabelecimentos matriz e filial.

2.5 – no tocante a alegação de que comercializa com mercadorias tributadas e com fase de tributação encerrada (regime de substituição tributária), foi esclarecido que: após a análise dos livros e seus respectivos documentos fiscais, observou que grande parte do movimento de vendas do estabelecimento é de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (tributação encerrada). Diz que um significativo percentual de suas comercializações é de calçados, como se pode observar em quase todos os documentos fiscais e demonstrativos presentes no PAF. Além disso, diz que em alguns meses, inclusive, quase todas as vendas foram de mercadorias com fase de tributação encerrada; em outubro de 2006, a totalidade das vendas foi de mercadorias com fase de tributação encerrada; e não foram constatadas operações isentas.

2.6 - a empresa escritura o livro Caixa conjuntamente com as operações da matriz e da filial, sendo que, da análise da reconstituição do caixa (fls. 402 a 543) e documentos relativos, permite se concluir que ali estão consignadas operações dos dois estabelecimentos, fato esse, confirmado pela autuante, na informação fiscal (item “d” da fl.1467).

3. Não foi constatada duplicidade de lançamentos na Auditoria de Estoques. Foi informado que o estabelecimento autuado não faz jus ao crédito presumido de 8%, pois, durante o período objeto da auditoria de Caixa, não estava enquadrada no Regime SIMBAHIA, conforme HISTÓRICO DE CONDIÇÃO em anexo (fl. 1.509).

4. Com relação ao pedido de proporcionalidade prevista na IN 56/2007, foram adotados os seguintes procedimentos:

4.1 - O autuado foi intimado no dia 09/10/2008 a apresentar demonstrativo mensal (exercícios de 2003 a 2006) contendo operações de compras e vendas de mercadorias de acordo com as suas respectivas situações tributárias (tributáveis, isentas, sujeitas à substituição, antecipação parcial etc.).

4.2 - O contribuinte atendeu ao pedido e foi feita análise através do cotejo dos totais de vendas ali existentes com as notas fiscais de vendas, com os livros de entradas, saídas e apuração do ICMS.

4.3 - O mencionado cotejo explicitou serem procedentes os números consignados no demonstrativo entregue pelo sujeito passivo, sendo calculado os percentuais previstos na Instrução Normativa 56/2007, com base no RAICMS.

4.4 – Após ratificadas pelo diligente fiscal as informações na planilha entregue pelo autuado, através do “DEMONSTRATIVO DA PROPORCIONALIDADE DAS MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA”, foi elaborado o “DEMONSTRATIVO DO DÉBITO DA AUDITORIA DE

CAIXA APÓS APLICADA A PROPORCIONALIDADE”, tudo de conformidade com as cópias dos livros de apuração do ICMS referentes aos exercícios de 2003, 2004, 2005 e 2006 (docs. fls. 1.510 e 1.511).

5. Por conta disso, o valor exigido na auditoria de caixa, que era inicialmente R\$157.168,64 (cento e cinquenta e sete mil cento e sessenta e oito reais e sessenta e quatro centavos), passou, após a aplicação do critério da proporcionalidade, para R\$ 54.497,16 (cinquenta e quatro mil quatrocentos e noventa e sete reais e dezesseis centavos), conforme demonstrativo à fl. 1.512 a 1.513.

Após o cumprimento da diligência fiscal, conforme intimação e AR dos Correios (fls. 1.599 a 1.600), o sujeito passivo foi intimado, sendo fornecido, sob recibo, no ato da intimação cópia do Parecer ASTEC/CONSEF e dos novos elementos acostados aos autos por ocasião da revisão fiscal, além de cópia do despacho de diligência da 2ª JJF, porém, no prazo estipulado de 10 (dez) dias, não houve qualquer manifestação do autuado.

O autuante também foi cientificado do resultado da revisão fiscal, mas não se manifestou.

O processo foi pautado para julgamento no dia 07/04/2009, e na assentada de julgamento, verificando-se que, além de notas fiscais obtidas junto ao CEFAMT, a exigência fiscal tomou por base notas fiscais identificadas no PGF e colhidas junto aos estabelecimentos emitentes, o processo foi baixado em diligência para que o autuante adotasse as seguintes providências:

1. informasse através de que meios foram coletadas as notas fiscais originárias do PGF, trazendo aos autos os documentos que formalizaram tal coleta, haja vista que os emitentes das notas fiscais são localizados em outras unidades da Federação;
2. trouxesse aos autos, em relação às notas fiscais mencionadas, elementos que demonstrem a circulação das respectivas mercadorias no território baiano ou comprovação de suas aquisições a exemplo dos pagamentos das faturas ou prova dos recebimentos das mesmas pelo autuado;
3. excluísse o imposto reclamado das infrações 01 e 02, em relação às notas fiscais, acima, que não tiverem as comprovações constantes do item 2, e refazer os respectivos demonstrativos de apuração.
4. excluísse do “demonstrativo de reconstituição da conta Caixa”, quanto à Infração 03, o valor das mencionadas notas fiscais que não tiverem as comprovações constantes do item 2, lançadas a título de saídas de Caixa, em seus valores totais ou pelos valores das faturas ou duplicatas nos vencimentos correspondentes. Reconstituísse o Caixa do contribuinte, observando o mesmo critério adotado, bem como demonstrasse os seus novos valores, após as exclusões dos referidos documentos fiscais. Feito isso, elaborasse, também, demonstrativo com as notas fiscais excluídas.
5. Elaborasse demonstrativo das notas fiscais excluídas nas infrações citadas.

A autuante, fls. 1.608 a 1.609, dando cumprimento ao pedido do órgão julgador, informou o que segue:

Com relação ao item 01 da diligência fiscal, esclareceu que os meios pelos quais foram coletadas notas fiscais identificadas no SINTEGRA, já foi informado na letra “c” da informação fiscal datada de 12/12/2007 (fl. 1.467) do PAF. Ratificou sua afirmativa de que as referidas notas fiscais foram solicitadas aos fornecedores através de comunicação direta/circularização (após constatação da falta de escrituração do registro das mesmas no livro competente, assim como a falta dos respectivos recolhimentos do ICMS devido por substituição tributária e antecipação parcial), e, acrescentou que todas foram solicitadas através de FAX-PEDINF, via correio, por AR dos Correios, e, recebidas dos fornecedores através de: FAX (conforme se vê nas cópias a grafia FAX, data, hora e página, o que caracteriza, o meio do envio, ter sido via FAX), outras, através dos correios e, também, via e-mail. Para comprovar esta informação foram juntadas cópias de FAX-PEDINF

assinadas pelo Inspetor Fazendário Carlos Vanderlon Almeida Cunha, além de Guia de Postagem - A/R – Registrados, conforme documentos às fls. 1.629 a 1.685.

Quanto ao item 02, informou que não dispõe de elementos nos termos solicitados, a não ser o que já se encontra no próprio PAF. No entanto, em atendimento ao item 03, que excluiu das infrações 01 e 02 os valores correspondentes às Notas Fiscais que embora integrem as planilhas, não se encontram no PAF, pois, não foram enviadas pelos fornecedores para que se procedesse a juntada ao Auto de Infração, conforme documentos às fls. 1.610 a 1.628.

Em referência ao determinado no item 04, foi aduzido que não há o que se retificar da infração 03 fora do parecer da ASTEC, por entender que as Notas Fiscais não enviadas por fornecedores até a lavratura do Auto de Infração, já não foram inseridas na planilha da conta Caixa, conforme está, claramente, explicitado no item 2 (letra “d”) da Informação Fiscal datada de 12/12/2007 à fl 1.467 do PAF.

Ratificou as infrações 01 e 02, sendo a infração 01, reduzida em R\$ 300,89 e passando do valor de R\$7.704,48, para R\$7.403,59, e, a infração 02 sofrendo uma redução de R\$ 1.670,26 e passando do valor de R\$52.898,14 para R\$51.227,88. Declarou ter acolhido a decisão da ASTEC na aplicação do critério da proporcionalidade na infração 03, de acordo com a Instrução Normativa nº 56/2007, reduzindo o seu valor de R\$157.168,64 para R\$ 54.497,16, conforme fls. 1.504 a 1.505. Conclui que, após processadas as exclusões por determinação da 2ª Junta de Julgamento Fiscal e pela ASTEC, fica mantido o Auto de Infração no valor histórico de R\$ 113.509,08, o qual será acrescido de multa e cominações legais.

Conforme intimação e AR dos Correios, o sujeito passivo foi cientificado dos novos elementos acostados ao processo (fls. 1686 a 1.687), manifestando-se através de advogado legalmente constituído, arguindo que:

- a) o lançamento tributário não atendeu aos pressupostos do art.142 do CTN;
- b) a autuante aduziu que não dispõe dos elementos solicitados na diligência;
- c) não foram excluídas do levantamento fiscal as notas fiscais para as quais não existe prova da circulação das mercadorias, a exemplo das NFs nº 6574; 664545; 879635; 319357; 342488; 362659; 390386;
- d) existem duplicidades nas informações referentes às NFS. 28874 e 30187;
- e) não foram juntadas as notas fiscais relacionadas no PGF;
- f) se restar comprovados os recebimentos das mercadorias constantes nas notas fiscais do CFAMT e do PGF, a inclusão de tais notas no roteiro de Caixa e a cobrança do ICMS antecipação parcial e substituição tributária, resulta em duplicidade de exigência fiscal.
- g) o Caixa da empresa é único, contemplando matriz e filial, e por isso o presente processo deveria ser julgado conjuntamente com o AI nº 922227.0016/07-8, porque o roteiro de Caixa aplicado, incluiu as mesmas notas fiscais originárias das informações CFAMT e PGF não contabilizadas, como pagamentos não declarados, que não ficou demonstrado terem sido consideradas para o cálculo das exclusões de que trata a IN 56/2007;
- h) no roteiro de Caixa englobou no ano de 2003 o movimento com mercadorias dos dois estabelecimentos, incluindo como pagamentos não contabilizados o valor de R\$ 24.253,29, sendo que R\$10.866,62 se refere às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária; em agosto de 2004 foi exigido ICMS de R\$ 39.839,94, sem considerar que R\$17.745,30 se refere às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária; no mês de março de 2005, foi apurado R\$28.967,52 de estouro de Caixa, sem excluir o valor das mercadorias sujeitas à substituição tributária de R\$ 26.696,49, assim como, no mês de agosto de 2005, foi apurado o valor de R\$38.397,94, sem excluir a substituição de R\$20.178,13;

- i) em virtude do estabelecimento operar com mercadorias com fase de tributação encerrada pelo regime de substituição tributária, caberia a proporcionalidade prevista na IN 56/2007 sobre o débito apurado no roteiro de Caixa.
- j) as provas e a verificação dos fatos, deve ser investigadas a pedido do órgão julgador em busca da verdade material.

Concluindo, argüindo incerteza do crédito tributário em razão da inclusão de documentos após a impugnação, requer a nulidade do auto de infração ou caso contrário a procedência em parte.

VOTO

Inicialmente, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas pelo defendente, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, não estando presentes qualquer dos motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA, cujas exigências fiscais estão fundamentadas em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e cópias de notas fiscais e demais documentos que fundamentam cada item da autuação.

Apesar disso, visando evitar futura alegação de cerceamento de defesa, na fase de instrução, o processo foi baixado em diligência à ASTEC/CONSEF, tendo sido esclarecido as questões suscitadas nas preliminares argüidas na defesa, sendo acolhidas as que comprovadamente foram consignadas indevidamente no levantamento fiscal.

Quanto a pretensão do contribuinte no sentido de que as defesas dos Autos de Infração nº 022227.0015/07-1 e nº 022227.0016/07-8 devam ser julgadas conjuntamente, observo que, embora as acusações fiscais tenham pertinência entre si, os números e os documentos fiscais se referem a estabelecimentos distintos (matriz e filial). Além do mais, o AI 022227.0016/07-8 já se encontra julgado, conforme Acórdão JJF nº 0000-01/08 da 1ª Junta de Julgamento Fiscal.

Também não há como prosperar a preliminar de que no roteiro de Caixa aplicado (infração 03), foram incluídas notas fiscais originárias das “Informações CFAMT e do PGF não contabilizadas”, como “pagamentos não declarados”, que serviram de base para o cálculo da antecipação tributária (infrações 01 e 02), uma vez que as diferenças apuradas na auditoria de Caixa dizem respeito a presunção legal de operações de saídas anteriores que foram utilizadas no pagamento das compras que foram objeto da exigência do imposto por antecipação tributária, não se confundindo com a obrigação tributária de pagamento do imposto por antecipação.

No que tange a preliminar de que o lançamento foi constituído sem observância dos princípios da racionalidade e da proporcionalidade, configurando-se em presunção não autorizada em lei, por está baseado em informação do CFAMT e PGF/SINTEGRA, sem a comprovação, mediante assinatura, dos recebimentos das mercadorias pelos estabelecimentos e pela comprovação dos pagamentos, inclusive que não foram apresentadas algumas cópias dos documentos fiscais, deixo para apreciar esta questão quando do mérito, por se tratar de elemento de prova da acusação fiscal.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, uma vez que o auto de infração foi objeto de duas revisões fiscais. Desta forma, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa.

No mérito, na análise das peças processuais, constato que das cinco infrações constantes no Auto de Infração, não existe lide quanto aos débitos das infrações 04 e 05, uma vez que o sujeito passivo em sua peça defensiva não fez qualquer referência, impugnando apenas as infrações 01, 02 e 03.

Portanto, ante o silêncio do sujeito passivo, considero totalmente procedente o débito no valor de R\$166,45, lançado na infração 04, pois está documentado às fls. 1.123 a 1.128 cometimento da infração referente a falta de recolhimento do imposto referente a operações escrituradas nos livros fiscais no mês de julho de 2003.

Igualmente o débito no valor de R\$214,00, lançado na infração 05, por se encontrar demonstrado na planilha e no RAICMS às fls. 1.112 a 1.128, a ocorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS no mês de junho de 2004.

Quanto às infrações, no caso da infração 01, pela descrição do fato no auto de infração, constata-se que trata de acusação de falta de recolhimento e de recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, referente a aquisições para comercialização de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquanto a infração 02, diz respeito a falta de recolhimento do ICMS por antecipação no total, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97.

O débito destas infrações foram apurados com base em cópias de notas fiscais originárias do CFAMT e do PGF, todas não escrituradas nos livros fiscais, conforme demonstrativos às fls. 15 a 17, e 74 a 413, e cópias de notas fiscais acostadas ao processo.

Na defesa fiscal o autuado não nega sua obrigação tributária em tais aquisições, porém, impugnou o lançamento com base nas seguintes alegações: inclusão no levantamento fiscal de várias notas fiscais em duplicidade; inexistência nos autos de cópias de várias notas fiscais; cópias de notas fiscais apresentadas na informação fiscal que deveriam ter sido apresentadas na conclusão fiscal.

Todas estas questões foram objeto da diligência fiscal, conforme despacho às fls. 1.497 a 1.499, no qual se encontram discriminados todos os documentos fiscais apontados na defesa, tendo sido esclarecidas na revisão fiscal que resultou no Parecer ASTEC/CONSEF às fls.1.500 a 1.505, inclusive excluídos, a pedido do órgão julgador, do levantamento fiscal os documentos fiscais inexistentes no processo, ficando deduzidos os débitos constantes nas planilhas às fls.1.501 a 1.502.

Não obstante o autuado, apesar de intimado pela Infaz de origem (fls. 1.599 a 1.601), não ter se manifestado sobre o resultado da revisão fiscal, o que por si, poderia ser entendido como uma aceitação tácita da conclusão fiscal revisora, na sessão de julgamento do dia 07/04/2009, visando dar o mesmo tratamento de outros processos que tratam de exigências fiscais apuradas através de notas fiscais do SINTEGRA, o processo foi convertido em diligência para que a autuante adotasse as providências constante no despacho à fl. 1.605.

Portanto para proferir o meu voto, tomo por base a informação fiscal às fls.1.608 a 1.609, pois ela se reportou ao resultado da revisão fiscal, e acrescentou as conclusões fiscais que foram objeto do pedido de diligência.

Antes, porém, tendo em vista que na apuração do débito dos citados itens foram consideradas cópias de notas fiscais obtidas no CFAMT e junto ao SINTEGRA, passo a analisar os argumentos defensivos a esse respeito.

Alega a defesa que o lançamento foi constituído sem observância dos princípios da racionalidade e da proporcionalidade, configurando-se em presunção não autorizada em lei, por está baseado em informação do CFAMT e PGF/SINTEGRA, sem a comprovação, mediante assinatura, dos recebimentos das mercadorias pelos estabelecimentos e pela comprovação dos pagamentos.

Conforme dito acima, o trabalho fiscal está baseado cópias de notas fiscais coletadas nos postos fiscais da SEFAZ e obtidas junto ao CFAMT, e através do arquivo SINTEGRA, cujas cópias destas últimas foram apresentadas pelos fornecedores através de circularização a pedido da SAT/DAT/NORTE/INFAZ/SERRINHA (docs.fls.1.629 a 1.685), e foram carreadas aos autos pela

autuante e se encontram juntamente com as correspondências às fls.80 a 1.074, e entregues, pela repartição fazendária, cópias de tais documentos fiscais.

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

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

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

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

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

Entendo que quando a fiscalização apura débito com base em dados do SINTEGRA sem a apresentação das respectivas notas fiscais, esse levantamento fica bastante fragilizado, uma vez que não existe o documento de prova da operação realizada, haja vista que, a nota fiscal representa um documento empregado para a comprovação de uma operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Trata-se, portanto, de um instrumento hábil capaz de estabelecer a regularização da mercadoria ou serviço, definindo-lhe origem e destinação.

No presente caso, visando afastar quaisquer dúvidas quanto à fidedignidade das notas fiscais identificadas a partir do SINTEGRA, a fiscalização anexou aos autos cópias das mesmas, obtidas pela Secretaria da Fazenda mediante circularização juntos aos fornecedores e que fundamentam parte da exigência fiscal dos itens 01 e 02.

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

Entendo que é possível se considerar que as cópias das notas fiscais obtidas junto aos fornecedores servem como elemento de prova das aquisições de mercadorias realizadas pela empresa, uma vez que constam todos os dados cadastrais do estabelecimento autuado, pois foram fornecidas pelos respectivos fornecedores a pedido da SEFAZ.

No entanto, a jurisprudência do CONSEF é no sentido de que a cópia da nota fiscal, por si só, quando obtida junto aos fornecedores de outros Estados, não comprova que o destinatário tenha adquirido a mercadoria, tornando necessária a comprovação efetiva da circulação das mercadorias pelo Estado da Bahia ou a prova de que foi o destinatário (autuado) quem efetuou o pagamento da fatura.

Acompanhando o entendimento das Câmaras de Julgamento deste CONSEF, de que além da cópia da nota fiscal, faz-se necessário também a comprovação através de outros elementos que demonstrem a circulação das respectivas mercadorias no território baiano ou a comprovação de suas aquisições a exemplo dos pagamentos das faturas ou prova dos recebimentos das mesmas pelo autuado, como dito acima, foi determinado por esta 2ª JJF, que a autuante adotasse as

providencias constante no despacho à fl.1.605, tendo a mesma prestado a informação fiscal constante às fls.1.608 a 1.609.

Analisando a mencionada informação fiscal, constato que a autuante comprovou oficialidade fazendária para obtenção das cópias das notas fiscais junto aos fornecedores (docs.fls.1.629 a 1.684); excluiu do levantamento fiscal das infrações 01 e 02, as notas fiscais que não foi possível obter cópias, resultando nos demonstrativos às fls.1.608 a 1.628.

Observe, contudo, que a autuante não atendeu integralmente o pedido do órgão julgador, ou seja, em relação às notas fiscais mencionadas, não apresentou elementos que demonstrem a circulação das respectivas mercadorias no território baiano ou comprovação de suas aquisições a exemplo dos pagamentos das faturas ou prova dos recebimentos das mesmas pelo autuado.

Desta forma, considerando que, em relação às notas fiscais obtidas junto aos fornecedores, embora existindo cópias no processo, não foram apresentados elementos que comprovem as aquisições das mercadorias pelo autuado, excluo dos demonstrativos às fls.1.615 a 1.628, todas as notas fiscais que têm como origem “Sintegra”, o resulta nos demonstrativos de débitos a abaixo:

INFRAÇÃO 01

		EXCLUSÕES - DÉBITOS DAS NF SINTEGRA		
MESES	VL.INF.FISCAL	N.FISCAIS	VALOR	VL.DEVIDO
mar/04	322,60			322,60
abr/04	752,57			752,57
mai/04	270,28			270,28
jun/04	626,25			626,25
jul/04	529,92	2249	20,16	509,76
set/04	85,90			85,90
out/04	408,99			408,99
nov/04	451,96			451,96
dez/04	85,21			85,21
abr/05	358,42			358,42
mai/05	780,39	2889 E 26781	69,39	711,00
jun/05	334,04			334,04
ago/05	634,13			634,13
out/05	189,56			189,56
nov/05	46,60			46,60
fev/06	243,20			243,20
jul/06	731,46	701; 55369/70	731,46	-
set/06	552,10			552,10
TOTAL	7.403,58		821,01	6.582,57

INFRAÇÃO 02

		EXCLUSÕES - DÉBITOS DAS NF SINTEGRA		
MESES	VL.INF.FISCAL	N.FISCAIS	VALOR	VL.DEVIDO
abr/03	803,05			803,05
mai/03	2.340,09			2.340,09
jun/03	1.238,50	229171	147,11	1.091,39
jul/03	1.386,86			1.386,86
ago/03	1.863,59			1.863,59
set/03	247,01			247,01
out/03	1.892,48	362084; 610227; 613177; 811659	750,59	1.141,89
nov/03	2.179,30	149466; 156830; 250594; 69202	623,15	1.556,15
dez/03	146,37	264170	84,75	61,62
jan/04	210,31		-	210,31
fev/04	372,78		-	372,78

mar/04	313,32		-	313,32
abr/04	2.260,83	658124; 197848; 659420/421; 659509	316,30	1.944,53
mai/04	1.996,33	861215; 477405	137,35	1.858,98
jun/04	756,26		-	756,26
jul/04	1.305,23		-	1.305,23
ago/04	1.633,54	634600; 637016	126,87	1.506,67
set/04	1.271,03	75381	303,30	967,73
out/04	3.645,98	706312; 879635; 757333; 774270	371,25	3.274,73
nov/04	4.574,72		-	4.574,72
dez/04	686,86		-	686,86
jan/05	375,72			375,72
fev/05	339,52	967777; 347187	202,68	136,84
mar/05	380,42	9548; 39457	249,04	131,38
abr/05	1.467,48	162259	36,09	1.431,39
mai/05	2.949,34	191176; 512571; 9814; 260047	742,66	2.206,68
jun/05	1.052,53	319357	42,11	1.010,42
jul/05	661,54	31611	502,21	159,33
ago/05	405,88	710759	219,53	186,35
set/05	661,66	332638	70,38	591,28
out/05	3.238,43	28142; 945487; 342488; 181770; 371565	835,68	2.402,75
nov/05	2.772,61	182955; 411271; 81867; 663505	413,02	2.359,59
dez/05	598,35	187531	35,29	563,06
jan/06	768,32			768,32
fev/06	365,18	362659	61,45	303,73
mar/06	206,59			206,59
abr/06	656,08			656,08
jun/06	218,26	162734	218,26	-
jul/06	413,42	390386	413,42	-
ago/06	502,21	31611	502,21	-
set/06	1.452,84	31670; 599532/33; 262579	1.452,84	-
out/06	105,10	808502	105,10	-
dez/06	511,98			511,98
TOTAL	51.227,90		8.962,64	42.265,26

Assim, subsistem em parte os itens 01 e 02, nos valores de R\$6.582,57 e R\$42.265,26, respectivamente.

No tocante à infração 03, a acusação fiscal é concernente a falta de recolhimento do ICMS referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldos credores na Conta “Caixa”, no meses de julho de 2003 a dezembro de 2006, conforme demonstrativos às fls. 414 a 555 e notas fiscais às fls. 556 a 946.

O saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, e quando o contribuinte não comprova a improcedência dessa presunção legal, a irregularidade encontra amparo no art. 2º, § 3º, inciso I, do RICMS/97.

Quando é detectada pela fiscalização omissão de saídas de mercadorias apuradas através de saldo credor de Caixa, conforme mencionado, a legislação tributária autoriza a presunção legal de omissão de mercadorias sem a tributação devida (art. 2º, § 3º, inciso I, do RICMS/97).

Para elidir tal presunção, o sujeito passivo na peça impugnatória alegou que na auditoria de Caixa: houve inclusão indevida de notas fiscais e duplicidade de lançamento; não foi deduzido o crédito presumido de 8% em função de sua condição do contribuinte enquadrado no regime do SIMBAHIA; ocorreu inclusão de notas fiscais referentes a mercadorias sujeitas à antecipação

tributária total e antecipação parcial; não foi aplicada a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007 sobre as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Conforme diligência determinada por esta Junta, todas as questões suscitadas na defesa foram observadas, cujas conclusões são suficientes para a decisão sobre a lide, senão vejamos.

a) que a Nota Fiscal nº 21403, emitida por Diplomata Indústria e Comércio de Artigos de Viagens Ltda (fls.16 e 435), consta no demonstrativo à fl. 15 (auditoria da antecipação parcial), mas não consta do demonstrativo à fl.435 (auditoria de Caixa);

b) não procede a alegações defensiva de que as Notas Fiscais nº 28874 e 30187 foram consignadas em duplicidade, inclusive tais documentos fiscais sequer fazem parte dos demonstrativos elaborados pela autuante.

c) que a alegada duplicidade de lançamentos na auditoria de Caixa e no levantamento da substituição tributária do mesmo documento fiscal em nada prejudicou o levantamento fiscal, pois a exigência fiscal consignada nas infrações 01 e 02 se refere a imposto sobre as mercadorias constantes nas notas fiscais, enquanto que o imposto exigido na infração 03 diz respeito a operações anteriores, não levadas à tributação do ICMS, que foram utilizadas para o pagamento das citadas aquisições. Além do mais, os levantamentos juntados na defesa (fls. 1.157 e 1.158) foram apresentados de forma sintética, não discriminando as notas fiscais, com seus respectivos números, valores e datas.

d) que o fato do Livro Caixa ser unificado contemplando as operações dos estabelecimentos matriz e filial, não há impedimento legal de ser exigido o imposto do estabelecimento autuado (matriz) sobre as diferenças apuradas.

d) realmente não foi considerado o crédito presumido de 8% concedido às empresas enquadradas no Regime do SIMBAHIA, nos períodos de apuração, porém, o estabelecimento autuado, no período objeto da auditoria de Caixa, não faz jús ao referido crédito, pois não estava enquadrado no citado Regime, conforme HISTÓRICO DE CONDIÇÃO em anexo (fl. 1.509).

e) com relação ao pedido para aplicação da proporcionalidade prevista na IN 56/2007, restando ratificado na revisão fiscal que o estabelecimento, no período objeto da autuação, comercializa com mercadorias tributadas e com fase de tributação encerrada (regime de substituição tributária), é devido aplicar o percentual de proporcionalidade das mercadorias tributadas sobre o débito apurado, tomando por base inclusive o demonstrativo fornecido pelo autuado à revisão fiscal, constante às fls.1.510 a 1.511, pois foi atestado pelo diligente fiscal a fidedignidade dos números neles constantes.

f) que não foram incluídas na auditoria do Caixa as notas fiscais excluídas das infrações 01 e 02.

Disso decorrente, de acordo com a revisão fiscal não impugnada pelo autuado, o levantamento fiscal inicial não merece qualquer reparo, sendo devido, apenas, aplicar a proporcionalidade prevista na IN nº 56/2007, o que resulta na diminuição da exigência fiscal para o valor de R\$54.497,16, tudo conforme demonstrativos às fls. 1.510 a 1.513.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$103.715,44, ficando o demonstrativo de débito das infrações 01, 02 e 03 modificados para os quadros abaixo.

INFRAÇÃO 01					
Data Ocor.	Data Venc.to.	B.de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	VL.do Débito
31/03/2004	09/04/2004	1.897,65	17,00	60	322,60
30/04/2004	09/05/2004	4.426,88	17,00	60	752,57
31/05/2004	09/06/2004	1.589,88	17,00	60	270,28
30/06/2004	09/07/2004	3.683,82	17,00	60	626,25
31/07/2004	09/08/2004	2.998,59	17,00	60	509,76
30/09/2004	09/10/2004	505,29	17,00	60	85,90
31/10/2004	09/11/2004	2.405,82	17,00	60	408,99

30/11/2004	09/12/2004	2.658,59	17,00	60	451,96
31/12/2004	09/01/2005	501,24	17,00	60	85,21
30/04/2005	09/05/2005	2.108,35	17,00	60	358,42
31/05/2005	09/06/2005	4.182,35	17,00	60	711,00
30/06/2005	09/07/2005	1.964,94	17,00	60	334,04
31/08/2005	09/09/2005	3.730,18	17,00	60	634,13
31/10/2005	09/11/2005	1.115,06	17,00	60	189,56
30/11/2005	09/12/2005	274,12	17,00	60	46,60
28/02/2006	09/03/2006	1.430,59	17,00	60	243,20
30/09/2006	09/10/2006	3.247,65	17,00	60	552,10
TOTAL					6.582,57

INFRAÇÃO 02

Data Ocor.	Data Vencto.	B.de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vl.do Débito
30/04/2003	09/05/2003	4.723,82	17,00	60	803,05
31/05/2003	09/06/2003	13.765,24	17,00	60	2.340,09
30/06/2003	09/07/2003	6.419,94	17,00	60	1.091,39
31/07/2003	09/08/2003	8.158,00	17,00	60	1.386,86
31/08/2003	09/09/2003	10.962,29	17,00	60	1.863,59
30/09/2003	09/10/2003	1.453,00	17,00	60	247,01
31/10/2003	09/11/2003	6.717,00	17,00	60	1.141,89
30/11/2003	09/12/2003	9.153,82	17,00	60	1.556,15
31/12/2003	09/01/2004	362,47	17,00	60	61,62
31/01/2004	09/02/2004	1.237,12	17,00	60	210,31
29/02/2004	09/03/2004	2.192,82	17,00	60	372,78
31/03/2004	09/04/2004	1.843,06	17,00	60	313,32
30/04/2004	09/05/2004	11.438,41	17,00	60	1.944,53
31/05/2004	09/06/2004	10.935,18	17,00	60	1.858,98
30/06/2004	09/07/2004	4.448,59	17,00	60	756,26
31/07/2004	09/08/2004	7.677,82	17,00	60	1.305,23
31/08/2004	09/09/2004	8.862,76	17,00	60	1.506,67
30/09/2004	09/10/2004	5.692,53	17,00	60	967,73
31/10/2004	09/11/2004	19.263,12	17,00	60	3.274,73
30/11/2004	09/12/2004	26.910,12	17,00	60	4.574,72
31/12/2004	09/01/2005	4.040,35	17,00	60	686,86
31/01/2005	09/02/2005	2.210,12	17,00	60	375,72
28/02/2005	09/03/2005	804,94	17,00	60	136,84
31/03/2005	09/04/2005	772,82	17,00	60	131,38
30/04/2005	09/05/2005	8.419,94	17,00	60	1.431,39
31/05/2005	09/06/2005	12.980,47	17,00	60	2.206,68
30/06/2005	09/07/2005	5.943,65	17,00	60	1.010,42
31/07/2005	09/08/2005	937,24	17,00	60	159,33
31/08/2005	09/09/2005	1.096,18	17,00	60	186,35
30/09/2005	09/10/2005	3.478,12	17,00	60	591,28
31/10/2005	09/11/2005	14.133,82	17,00	60	2.402,75
30/11/2005	09/12/2005	13.879,94	17,00	60	2.359,59
31/12/2005	09/01/2006	3.312,12	17,00	60	563,06
31/01/2006	09/02/2006	4.519,53	17,00	60	768,32
28/02/2006	09/03/2006	1.786,65	17,00	60	303,73
31/03/2006	09/04/2006	1.215,24	17,00	60	206,59
30/04/2006	09/05/2006	3.859,29	17,00	60	656,08
31/12/2006	09/01/2007	3.011,65	17,00	60	511,98
TOTAL					42.265,26

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO – INFRAÇÃO 03

Data Ocor.	Data Vencto.	B.de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vl.do Débito
30/07/2003	09/08/2003	10382,82	17,00	70	1.765,08
31/08/2003	09/09/2003	4183,29	17,00	70	711,16
30/09/2003	09/10/2003	3563,35	17,00	70	605,77
31/10/2003	09/11/2003	8754,06	17,00	70	1.488,19
30/11/2003	09/12/2003	2249,88	17,00	70	382,48
31/12/2003	09/01/2004	361,65	17,00	70	61,48
31/01/2004	09/02/2004	3892,53	17,00	70	661,73
29/02/2004	09/03/2004	923,35	17,00	70	156,97
31/03/2004	09/04/2004	613,94	17,00	70	104,37
30/04/2004	09/05/2004	1421,18	17,00	70	241,60
31/05/2004	09/06/2004	2706,59	17,00	70	460,12
30/06/2004	09/07/2004	1227,94	17,00	70	208,75
31/07/2004	09/08/2004	15617,29	17,00	70	2.654,94
31/08/2004	09/09/2004	20250,65	17,00	70	3.442,61
30/09/2004	09/10/2004	12249,24	17,00	70	2.082,37
31/10/2004	09/11/2004	4712,47	17,00	70	801,12
30/11/2004	09/12/2004	13938,18	17,00	70	2.369,49
31/12/2004	09/01/2005	18105,65	17,00	70	3.077,96
31/01/2005	09/02/2005	16040,76	17,00	70	2.726,93
29/02/2005	09/03/2005	12153,47	17,00	70	2.066,09
31/03/2005	09/04/2005	12487,88	17,00	70	2.122,94
30/04/2005	09/05/2005	7452,24	17,00	70	1.266,88
31/05/2005	09/06/2005	7610,71	17,00	70	1.293,82
30/06/2005	09/07/2005	5453,24	17,00	70	927,05
31/07/2005	09/08/2005	18836,65	17,00	70	3.202,23
31/08/2005	09/09/2005	17954,88	17,00	70	3.052,33
30/09/2005	09/10/2005	14804,18	17,00	70	2.516,71
31/10/2005	09/11/2005	15260,76	17,00	70	2.594,33
30/11/2005	09/12/2005	10550,76	17,00	70	1.793,63
31/12/2005	09/01/2006	866,29	17,00	70	147,27
31/01/2006	09/02/2006	706,47	17,00	70	120,10
28/02/2006	09/03/2006	22574	17,00	70	3.837,58
31/03/2006	09/04/2006	5013,41	17,00	70	852,28
30/04/2006	09/05/2006	4031,94	17,00	70	685,43
31/05/2006	09/06/2006	7332,41	17,00	70	1.246,51
30/06/2006	09/07/2006	4467,65	17,00	70	759,50
31/07/2006	09/08/2006	4441,94	17,00	70	755,13
31/08/2006	09/09/2006	4330,76	17,00	70	736,23
30/09/2006	09/10/2006	1178,65	17,00	70	200,37
31/10/2006	09/11/2006	0	17,00	70	0,00
30/11/2006	09/12/2006	1650,12	17,00	70	280,52
31/12/2006	09/01/2007	218,18	17,00	70	37,09
TOTAL					54.497,14

INFRAÇÃO	VL.INICIAL	VL.DEVIDO	CONCLUSÃO
1	7.704,48	6.582,57	Subsistência parcial
2	52.898,14	42.265,26	Subsistência parcial
3	157.168,64	54.497,16	Subsistência parcial
4	166,45	166,45	Não impugnado
5	214,00	214,00	Não impugnado
TOTAIS	218.151,71	103.725,42	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 22227.0015/07-1, lavrado contra ARAGOM MODAS LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$103.725,42**, acrescido das multas de 50%, sobre R\$166,45 60%, sobre R\$49.061,83 e 70%, sobre R\$54.497,14, previstas no artigo 42, I, “a”, II, “b”, e “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de outubro de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR