

A. I. Nº - 206958.0038/09-0
AUTUADO - CASA ILHÉUS CALÇADOS LTDA.
AUTUANTE - LUCAS XAVIER PESSOA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 22.12.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0405-02/09

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Elidida em parte e infração. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Elidida em parte e infração. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE LANÇAMENTO NO REGISTRO DE SAÍDAS. Fato não contestado. 4. ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas, e também não contabilizadas. Infração NULA, uma vez que não foram carreadas ao processo cópias das notas fiscais do CFAMT pelas quais se fundamenta a acusação fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 22/06/2009, para exigência de ICMS no valor de R\$96.480,90, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, no valor R\$646,04, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, no período de setembro a novembro de 2004, e outubro a dezembro de 2007, conforme demonstrativos às fls.09 e 10.
2. Recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, no valor R\$11.234,68, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos meses de dezembro de 2004, setembro de 2005, outubro a dezembro de 2007, conforme demonstrativos às fls. 11 a 15.
3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$8.006,98, referente a omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais, nos meses de abril, junho e novembro de 2004, conforme demonstrativos às fls.20 a 23.
4. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$76.593,20, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, caracterizada pelo não registro das notas fiscais relativa aos meses de fevereiro a novembro de 2004, janeiro a março, junho a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, janeiro a março, maio e junho de 2007, conforme demonstrativos às fls. 16 a 19.

O autuado, por seu representante legal, em sua defesa às fls. 33 a 36, inicialmente destacou a tempestividade de sua defesa, e em seguida, arguiu a nulidade do auto de infração com base na preliminar de que o lançamento não satisfaz ao exigido no inciso do artigo 28, § 4º, inciso II, do

RPAF/99, pois não foram anexadas as notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal. Conclui que por falta de prova fica extinto o direito de efetuar o lançamento, impondo o cancelamento do auto de infração.

O autuante em sua informação fiscal à fl. 43, aduz que em virtude do contribuinte ter protocolado pedido de parcelamento do débito das infrações 01, 02 e 03, descabe se manifestar sobre estes itens.

Quanto a infração 04, salienta que o autuado concentrou sua defesa combatendo a ausência das vias originais das notas fiscais arroladas na acusação. Esclareceu que no curso da ação fiscal as cópias das notas fiscais foram requeridas à SAT/DPF/GETRA – Gerência da Fiscalização de Trânsito, através do Processo de nº 096371/2009-2, cuja resposta foi no sentido da impossibilidade temporária do resgate, haja vista o fim do último contrato mantido com a empresa gerenciadora do Arquivo, conforme documento à fl. 45.

Desta forma, frisa que a ausência das vias originais constitui, de fato, uma omissão relevante, mas que somente os Egrégios Membros do Consef poderão momento julgar como bastante ou não para a anulação da exigência, como foi pedido, ou se o processo deve aguardar a vigência de novo contrato para que, quando o processo as contiver, seja, finalmente, produzido o competente julgamento.

VOTO

Não foram impugnadas os itens 01, 02 e 03, referentes a recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial; idem do ICMS por antecipação (mercadorias do Anexo 88); e falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais, cujos débitos nos valores de R\$646,04; R\$11.234,68 e R\$8.006,98, respectivamente, foram objeto de pedido de parcelamento no total R\$19.887,70, conforme RELATÓRIO DÉBITO DO PAF extraído do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária (fls. 49 e 50).

Quanto ao item 04, a acusação diz respeito a falta de recolhimento do ICMS referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, caracterizada pelo não registro das notas fiscais, identificadas no sistema CFAMT, de compras interestaduais de mercadorias tributadas.

Foi suscitada a nulidade deste item, com base na preliminar de que falta prova da acusação fiscal, representada pela cópia das notas fiscais.

Na análise das peças processuais, verifico que o débito encontra-se demonstrado na planilha às fls.16 a 19, na qual foram discriminados analiticamente todos os dados de cada documento fiscal, tais como, número, data de emissão CNPJ do emitente, valor, e ICMS lançado, porém não existem nos autos cópias das notas fiscais.

A existência de uma lide tem como característica partes em posições opostas, onde as 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.

Notas fiscais capturadas pelo sistema do CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito) provam que as mercadorias nelas especificadas circularam no território baiano. Há, portanto, uma prova inequívoca de que as mercadorias realmente circularam e entraram no território baiano, com destino ao estabelecimento destinatário, tanto assim que passaram fisicamente pelo posto fiscal. Contudo faz-se necessário que sejam carreadas ao processo cópias das notas fiscais e entregá-las ao sujeito passivo para o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Reza o § 4º do artigo 28, *in verbis*:

Art. 28. *A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:*

§ 4º *O Auto de Infração far-se-á acompanhar:*

I - *de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, que poderão ser substituídas por reprodução do exato teor do termo em folha à parte, pela autoridade fiscalizadora, devendo neste caso ser indicada a página do livro em que foi lavrado o termo original;*

II - *dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido.*

No presente processo o próprio autuante admitiu que não foram trazidas as provas representadas pelas cópias de notas fiscais, tendo esclarecido que deixou de anexá-las por impossibilidade de obtenção de cópias junto à SAT/DPF/GETRA, conforme informação à fl. 45.

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

Não obstante o parágrafo 1º do citado artigo prevê a possibilidade de serem corrigidas incorreções e omissões acaso existentes no processo, no caso em comento, restou evidenciada a impossibilidade de resgate das notas fiscais que possibilitassem aos usuários do CFAMT formalizar o lançamento tributário.

Nestas circunstâncias, restando caracterizado um vício insanável neste processo, concluo que nos autos não contém elementos suficientes para se determinar com segurança a infração, sendo, portanto, nula a acusação fiscal de que cuida o item 04, no valor de R\$ 76.593,20, com base no disposto no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Sendo assim, represento à autoridade competente para que, caso justifique, determine a renovação do procedimento fiscal, referente à ocorrência descrita no item 04, a salvo de equívocos, nos termos do artigo 156, do RPAF/99.

Em face de tudo isso, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, no valor de R\$ 19.887,70, devendo ser homologado o valor recolhido pelo autuado.

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 **206958.0038/09-0**, lavrado contra **CASA ILHÉUS CALÇADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.887,70**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$11.880,72 e 70%, sobre R\$8.006,98, previstas no artigo 42, II, “b”, e “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos através de parcelamento.

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, 10 de dezembro de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR