

A.I. Nº - 117227.0050/08-5
AUTUADO - COMERCIAL DE FERRAGENS E MATERIAL ELÉTRICO MARAMBAIA LTDA.
AUTUANTE- ROQUE PEREIRA DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 08/06/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0118-03/10

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDOS CREDORES. PRESUNÇÃO DE OPERAÇÕES NÃO DECLARADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Demonstrada a existência de saldos credores de Caixa, situação em que a lei autoriza a presunção de que os valores apurados decorrem de operações tributáveis não contabilizadas. Mantido o lançamento. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. FALTA DE PAGAMENTO DA ANTECIPAÇÃO. SAÍDAS POSTERIORES TRIBUTADAS. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEIXOU DE SER ANTECIPADO.** Embora não tenha sido explicitado no Auto de Infração – como devia –, a multa aplicada neste caso tem por fundamento o § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, combinado com o inciso II, alínea “d”, do mesmo artigo. Os fatos ocorreram em 2004, e à época o § 1º do art. 42 apenas previa essa multa para a falta do pagamento do imposto relativamente à antecipação pura e simples. Somente após a alteração do referido § 1º pela Lei nº 10.847, de 27.11.07, é que foi acrescentada a expressão “inclusive por antecipação parcial”. Não se trata de regra interpretativa, pois o vocábulo “inclusive” deixa evidente que houve “inclusão”, e portanto foi criado direito novo. Em matéria penal – e a regra em apreço é de direito tributário-penal –, somente se admite a retroatividade benigna. Excluída a multa. **3. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO, NA ESCRITA FISCAL, DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. MULTAS. a) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. b) OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS.** Fatos demonstrados nos autos. **4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO.** Fato reconhecido pelo autuado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/6/08, diz respeito aos seguintes fatos:

1. omissão de saídas de mercadorias apurada através de saldo credor de Caixa, sendo lançado ICMS no valor de R\$ 267.061,54, com multa de 70%;
2. falta de pagamento de ICMS a título de antecipação parcial referente a aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal, com saídas posteriores tributadas, sendo por isso aplicada multa de do imposto que deveria ter sido antecipado;

3. falta de registro, na escrita fiscal, de entradas de mercadorias relativas a operações tributáveis [pelo ICMS], sendo por isso aplicada multa de R\$ 8.466,66 [equivalente a 10% do valor comercial das entradas não escrituradas];
4. falta de registro, na escrita fiscal, de entradas de mercadorias relativas a operações não tributáveis [pelo ICMS], sendo por isso aplicada multa de R\$ 323,33 [equivalente a 1% do valor comercial das entradas não escrituradas];
5. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisições de material para uso e consumo do estabelecimento, sendo glosado crédito no valor de R\$ 546,90, com multa de 60%.

Foi solicitada a expedição de DAE para pagamento de parcelas reconhecidas pelo contribuinte (fl. 2585).

O autuado apresentou defesa (fls. 2589/2600) alegando que no lançamento do item 1º o saldo credor de Caixa foi apurado com base em Notas Fiscais emitidas em nome de sua empresa cujos números foram obtidos através do Sintegra, nas quais consta como se as mercadorias tivessem sido adquiridas por ela. Sustenta que sua empresa jamais fez tais aquisições. Considera que, caso não haja erro de informação no Sintegra por parte dos fornecedores, alguém tenha utilizado o CNPJ de sua empresa para efetuar aquelas compras, e, por esta razão, não poderá responsabilizar-se pelo imposto de mercadorias que não adquiriu. Argumenta que cabe ao fiscal provar nos autos que as mercadorias foram realmente adquiridas e recebidas pelo autuado. Diz que tal prova não existe neste caso, pois as informações eletrônicas do Sintegra não oferecem nenhuma segurança de que as mercadorias foram adquiridas e recebidas pelo seu estabelecimento. A seu ver, aquelas informações servem como parâmetro de estimativa, jamais podendo ser utilizadas como meio de autuação fiscal, pois o CNPJ e a inscrição estadual de qualquer empresa estão no “site” da receita federal e das secretarias dos estados, com acesso livre a qualquer pessoa ou empresa, com todos os dados cadastrais dos empresários, podendo qualquer pessoa ir a um estabelecimento comercial e adquirir mercadorias em nome de terceiros. Acredita que alguém tenha utilizado o CNPJ e a inscrição estadual de sua empresa para adquirir as mercadorias, ou que se trate de erro de informação no Sintegra quando da transmissão de dados dos fornecedores.

Diz o autuado ter conhecimento de que, na operação de “malha” das operações durante os meses de abril, maio e junho de 2008, constava nas informações do Sintegra que um mercadinho de bairro teria adquirido em uma só Nota Fiscal da fornecedora Martins mercadorias no valor de R\$ 631.000,00, sendo que, pela quantidade das mercadorias, seria preciso um navio para transportá-las. Com isso faz ver que as informações do Sintegra não são merecedoras de credibilidade, muito menos para fins de autuação fiscal.

Observa que o fiscal juntou aos autos um resumo do livro Caixa para provar a existência de omissões de saídas, constando no referido resumo o pagamento de Nota Fiscal do Sintegra, porém considera que tais elementos não dão nenhuma segurança de que as mercadorias tenham sido adquiridas e muito menos pagas pelo autuado, sendo que o fiscal lançou no resumo do Caixa como se a empresa tivesse efetuado o pagamento de Notas Fiscais e duplicatas de mercadorias adquiridas pelo autuado e que ainda não teriam sido pagas nas épocas de seus vencimentos, sem sequer solicitar à empresa a comprovação dos pagamentos.

Acrescenta estar juntando à defesa os relatórios do Caixa, nos quais constam todos os pagamentos efetuados em 2003 e 2004, e assegura que naqueles exercícios jamais houve qualquer saldo devedor [sic]. Comenta que, se o autuante incluiu no levantamento do Caixa Nota Fiscal do Sintegra como se as mercadorias tivessem sido adquiridas, com base em informações passadas por empresas que têm o CNPJ do autuado mas não são merecedoras de credibilidade, é lógico que o Caixa vai ficar credor.

O autuado assegura que todas as Notas Fiscais de mercadorias Caixa, bem como os demais pagamentos, e, de acordo com os elen os exercícios de 2003 e 2004 não houve saldo credor de Caixa em un

Conclui dizendo que, caso o autuante insista em manter esta autuação, cabe ao mesmo provar, através de Notas Fiscais e seus “canhotos”, que as mercadorias foram recebidas pelo autuado em seu estabelecimento, bem como provar os pagamentos das compras.

Destaca as provas acostadas à defesa.

Reitera noutros termos o seu inconformismo com a autuação, assegurando que as Notas Fiscais em que o lançamento se baseia não se referem a aquisições feitas pela empresa ou por ela pagas, tanto assim que aqueles documentos não constam no Caixa da empresa nem em seu Registro de Entradas.

Assinala por fim que no demonstrativo fiscal os pagamentos de duplicatas foram considerados com base nos vencimentos, e protesta que não se pode proceder dessa forma, pois o fiscal sequer solicitou os comprovantes dos pagamentos ou a comprovação de que os débitos se encontravam em aberto. Afirma que no levantamento fiscal muitas duplicatas constam como se tivessem sido pagas, mas nos arquivos da empresa figuram como não tendo sido pagas, e outras se encontram em cartórios de protesto. Requer que o autuante prove nos autos que solicitou por escrito tais elementos, sob pena de nulidade.

Impugnou também o lançamento do item 2º, alegando que a acusação não é verdadeira, pois as Notas Fiscais que o autuante alega estarem devidamente registradas na escrita fiscal com saídas posteriores tributadas normalmente não existem, uma vez que o fiscal se utilizou do sistema falho do Sintegra para pegar as Notas Fiscais contendo o CNPJ do autuado, baseado na presunção de que a empresa teria adquirido as mercadorias. A seu ver, o órgão julgador deve apurar isso, pois o fiscal estaria usando de má-fé para autuar a empresa a fim de obter pontos para melhorar o seu salário, que considera uma vergonha.

Prossegue dizendo que não aceita a imputação fiscal porque o seu CNPJ, como o de todas as empresas, está aberto para consulta a qualquer pessoa, o mesmo ocorrendo com as inscrições estaduais, de modo que qualquer indivíduo pode adquirir mercadorias em nome de uma empresa sem que esta tenha conhecimento, pois, com o pedido e feito o pagamento, com certeza o fornecedor envia as mercadorias pelo meio de transporte que o comprador determinar, e sendo assim o sistema Sintegra é falho e não se pode utilizar suas informações para autuar empresas sérias e que mantêm empregos e pagam impostos, como no seu caso, que funciona há mais de 13 anos e jamais deixou de honrar seus compromissos.

Requer que o órgão julgador solicite ao autuante a juntada aos autos do Registro de Entradas e prove o registro das Notas Fiscais em questão.

Declara reconhecer o débito de R\$ 152,02, relativo ao mês de março de 2004.

Assinala que no caso das Notas Fiscais 64986 e 65239 [não diz quem são os emitentes] não é devida a “diferença” apontada pelo autuante porque o imposto já foi pago ao remetente na qualidade de substituto tributário.

Quanto às Notas Fiscais 6049 a 114480, das fls. 8/32 e 9/32 do autuante [sic], docs. 170-171 [fls. 2759-2760 dos autos], diz que desconhece tais documentos, pois jamais pediu as mercadorias e por conseguinte estas não entraram em seu estabelecimento, tendo o fiscal utilizado o sistema falho do Sintegra, pelas razões já expostas. Aduz que também não reconhece as Notas Fiscais 24757 e 11167 [não diz quem são os emitentes], pois não adquiriu as mercadorias.

Quanto à Nota Fiscal 303 [não diz quem é o emitente], alega que o imposto foi pago, conforme documento anexo.

Contesta todo o débito referente ao mês de julho de 2004, alegando não ter adquirido as mercadorias.

Com relação à Nota Fiscal 89344 [não diz quem é o emitente], alega que nela há mercadorias com imposto pago por substituição. Pelos seus cálculos, o valor do imposto devido por antecipação parcial é de R\$ 170,76, recolhido conforme documento anexo.

No caso das Notas Fiscais 539367 a 12795, de setembro de 2004, alega que não fez as compras.

Questiona a autuação referente à Nota Fiscal 10578 [não diz quem é o emitente], dizendo que houve erro, porque o imposto já foi recolhido por substituição, conforme comprovante anexo.

Alega que também não procede a autuação no caso da Nota Fiscal 87789 [não diz quem é o emitente], pois o tributo já foi pago, de acordo com o comprovante anexo.

Declara não reconhecer os débitos referentes aos meses de outubro e novembro de 2004, alegando que não adquiriu as mercadorias.

Também não reconhece o débito da Nota Fiscal 32814 [não diz quem é o emitente], por se tratar de mercadorias que estão na substituição tributária, conforme DAE anexo.

Diz que, com relação à Nota Fiscal 97876 [não diz quem é o emitente], a antecipação parcial foi paga, conforme documento anexo. Ainda com relação a essa Nota, alega que uma parte não se refere a mercadorias da substituição tributária, havendo imposto retido pelo remetente, que tem inscrição na Bahia como substituto tributário, conforme retenção destacada na Nota Fiscal, anexa.

No tocante às Notas Fiscais 90365 e 369 [não diz quem são os emitentes], alega que o imposto foi recolhido por antecipação, conforme documento anexo.

O autuado impugna também os lançamentos dos itens 3º e 4º, alegando que não adquiriu nem pagou as mercadorias. Reitera os termos da impugnação expostos no caso do item 1º. Frisa que o autuante apresentou à empresa apenas relatório discriminativo elaborado por ele próprio com as alegações de que as mercadorias teriam entrado no estabelecimento, mas não juntou sequer uma Nota Fiscal com a discriminação das mercadorias que comprovasse o recebimento das mesmas, tornando assim sem nenhum valor a autuação, que considera nula, totalmente improcedente.

Declara reconhecer o débito do item 5º.

Pede que se compreenda que houve erro de informações do Sintegra. Especifica os valores que considera devidos. Pede a improcedência da parte defendida. Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 2817/2825) dizendo que, quanto às alegações do autuado de que o levantamento foi feito com base em números de Notas Fiscais obtidos no Sintegra, ele, auditor, poderia, se assim desejasse, valer-se do sistema Sintegra, mas a auditoria foi realizada com base nos documentos fornecidos pela empresa e em Notas Fiscais do sistema CFAMT [Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito], tendo os documentos sido solicitados à Gerência de Trânsito (GETRA), conforme elementos às fls. 235-236, tendo sido entregues cópias ao contribuinte.

Quanto à alusão da defesa ao caso de um mercadinho num procedimento de “malha”, o fiscal diz que o seu trabalho se refere a um caso concreto de omissão de saídas, e não a elucubrações sem fundamento.

No tocante à acusação de que o auditor estaria usando de má-fé para melhorar o seu salário, considerado uma vergonha, o auditor contrapõe que o seu salário não está em julgamento. Sugere que os termos, por serem imprestáveis, sejam retirados dos autos.

Relativamente à alegação do autuado de que constam pagamentos de duplicatas tomando-se por base os seus vencimentos, e de que havia duplicatas com pagamento em aberto, o fiscal diz que caberia ao autuado demonstrar tais fatos. Informa que a empresa foi intimada a apresentar todos os documentos relativos ao seu Caixa, tendo ele, auditor, se estabelecimento, e como alguns documentos não foram apresentados pagamento das duplicatas as datas de seus vencimentos. Aduz que

lançados no levantamento do Caixa corresponde ao efetivo dia do pagamento comprovado pelos boletos bancários apresentados pelo contribuinte, sendo que, no caso dos documentos que não tinham os comprovantes de pagamento, foram consideradas as datas dos vencimentos constantes nas Notas Fiscais, pois seria equívoco lançar tais aquisições como compras a vista.

O fiscal observa que os documentos coletados pelo sistema CFAMT são emitidos por fornecedores habituais do autuado e não por fornecedores fantasmas, e as operações não foram feitas a vista, e sim a prazo.

Conclui dizendo que, se houve alguma distorção de data que implicasse redução do imposto, competiria ao autuado, mediante apresentação de demonstrativos e juntada de documentos, apontar esses elementos.

No tocante ao item 2º, o fiscal rebate a alegação de má-fé, contrapondo que má-fé é utilizar-se de argumentos que não condizem com a verdade.

Quanto ao pleito do autuado no sentido de que o órgão julgador solicite a juntada do Registro de Entradas e a prova do registro das Notas Fiscais, o auditor diz que já constam nos autos cópias do referido livro, e afirma que nele consta o registro das Notas Fiscais.

O fiscal reconhece que procedem os argumentos do autuado no que tange às Notas Fiscais 64986 e 65239 [não diz quem são os emitentes], lançadas na planilha da antecipação parcial, pois se trata de mercadorias do regime de substituição tributária, sendo portanto indevido o valor lançado.

No tocante às Notas Fiscais 6049 a 114480 e às Notas Fiscais 24757 e 11167, também lançadas na planilha da antecipação parcial, em relação às quais o contribuinte alega não ter adquirido as mercadorias, o fiscal diz que se trata de documentos arrecadados no trânsito das mercadorias através do sistema CFAMT, e estão acostadas aos autos, tendo sido entregues cópias ao contribuinte no ato da assinatura do Auto de Infração, considerando que devam ser novamente entregues cópias dos mesmos ao autuado.

Diz reconhecer a procedência do argumento do autuado com relação ao débito do mês de junho de 2004, referente à Nota Fiscal 303, no valor de R\$ 15,43, pois o imposto foi pago.

Com relação ao débito do mês de julho de 2004, que o contribuinte alega ser referente a mercadorias que não adquiriu, o fiscal diz que se trata de documentos arrecadados no trânsito das mercadorias através do sistema CFAMT, e estão acostadas aos autos, tendo sido entregues cópias ao contribuinte no ato da assinatura do Auto de Infração, considerando que devam ser novamente entregues cópias dos mesmos ao autuado.

O autuante reconhece que parte dos argumentos do contribuinte relativamente à Nota Fiscal 89344 [não diz quem é o emitente] procede, pois algumas mercadorias estão no regime de substituição tributária. Quanto ao DAE apresentado na defesa, o fiscal diz que o mesmo já se encontra na planilha fiscal. Opina pelo abatimento da quantia de R\$ 434,02, reduzindo-se o débito de R\$ 3.907,02 para R\$ 3.473,00.

Quanto às Notas Fiscais 539367 a 12795, em relação às quais o contribuinte alega não ter adquirido as mercadorias, o fiscal diz que se trata de documentos arrecadados no trânsito das mercadorias através do sistema CFAMT, e estão acostadas aos autos, tendo sido entregues cópias ao contribuinte no ato da assinatura do Auto de Infração, considerando que devam ser novamente entregues cópias dos mesmos ao autuado.

Declara reconhecer os argumentos do autuado no tocante à Nota Fiscal 87789 [não diz quem é o emitente], pois o tributo foi pago, devendo ser reduzida a quantia de R\$ 191,83. Não aceita, contudo, as alegações do autuado quanto à Nota Fiscal 10578 [não diz quem é o emitente], de que todas as mercadorias seriam do regime de substituição. Observa que na planilha de maio de setembro de 2004 consta a indicação do imposto recolhido em parte das mercadorias do regime de substituição, sendo lançada a antecipação parcial correspondente às demais mercadorias.

Relativamente aos meses de outubro e novembro de 2004, cujos valores o contribuinte alega serem referentes a mercadorias que não adquiriu, o fiscal diz que os documentos foram arrecadados no trânsito das mercadorias através do sistema CFAMT, e estão acostadas aos autos, tendo sido entregues cópias ao contribuinte no ato da assinatura do Auto de Infração, considerando que devam ser novamente entregues cópias dos mesmos ao autuado.

Já no tocante às Notas Fiscais 32814, 90365 e 369, o fiscal reconhece que o autuado tem razão, pois o imposto estava pago.

No caso da Nota Fiscal 97876 [não diz quem é o emitente], o fiscal reconhece em parte as alegações do autuado, já que existem mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Quanto ao DAE anexado pelo autuado, informa que o documento já se encontra na planilha fiscal. Opina pela redução de R\$ 548,88, passando o imposto a ser de R\$ 309,45.

No que tange ao lançamento do item 3º, o fiscal autuante considera que o demonstrativo e as cópias dos documentos fiscais anexos aos autos demonstram a realidade dos fatos. Quanto à alegação do autuado de que só teria recebido relatório discriminativo, sem as cópias das Notas Fiscais correspondentes, o fiscal contrapõe que os documentos fiscais relativos a esta infração foram também arrecadados do CFAMT e os remetentes das mercadorias são os mesmos fornecedores com os quais a empresa tem uma relação comercial de muitos anos.

Relativamente ao lançamento do item 4º, o fiscal assinala que os argumentos da defesa são os mesmos do item 3º. Diz que, como ser humano, está sujeito a praticar um ou outro equívoco, e está sempre preparado para receber manifestações dos contribuintes com conteúdo e provas materiais que possibilitem uma análise criteriosa das alegações aduzidas, porém lamenta ter que disponibilizar tempo para contestar palavras, palavras e palavras sem nenhum conteúdo legal.

Quanto ao item 5º, observa que não há o que contestar, pois o débito foi reconhecido pelo autuado.

Conclui opinando pela procedência parcial dos lançamentos, reduzindo-se o valor do imposto do item 2º para R\$ 25.975,38. Considera que devam ser novamente entregues cópias dos documentos fiscais arrecadados no trânsito de mercadorias através do CFAMT, grifando que cópias dos mesmos já foram entregues no ato da assinatura do Auto de Infração. Destaca que o total do débito fica reduzido para R\$ 302.373,81. Juntou demonstrativo do débito do item 2º.

Consta intimação do sujeito passivo, dando conta da entrega de cópia da informação fiscal, das Notas Fiscais e dos demonstrativos (fl. 2832).

O autuado manifestou-se (fls. 2836/2838) dizendo que contesta todas as Notas Fiscais incluídas na autuação e não escrituradas no seu Registro de Entradas porque o autuante se baseou em informações do CFAMT, sem nenhuma prova de que as mercadorias foram adquiridas, recebidas e pagas pela empresa. Argumenta que, tomando por base as “informações” do CFAMT, qualquer pessoa pode ir a um estabelecimento comercial com o número do CNPJ da empresa e adquirir mercadorias em seu nome, e a empresa jamais poderá ser responsabilizada pelo pagamento de ICMS como pretende o autuante. Pede que os aludidos documentos não sejam considerados, por falta de prova de que as mercadorias foram adquiridas ou pagas pela empresa. Reitera a alegação feita na defesa relativamente a uma Nota Fiscal de um mercadinho de bairro em valor absurdo e em quantidade que para ser transportada seria preciso o emprego de 10 a 100 caminhões ou carretas, sendo que um mercadinho com 100 a 150 m² não teria como receber tal quantidade de mercadorias e muito menos como pagar R\$ 631.000,00. Pede que sejam consideradas todas as razões aduzidas na defesa, sem atenção aos documentos anexados pelo autuante. Comenta o resultado da “malha fiscal” procedida pelo fiscal, dizendo que foram incluídos os nomes de mais de 3.000 empresas na internet para apresentar documentos, no período de 1.4.08 a 30.6.08, com o intuito de autuar as empresas com base ilegal no CFAMT com dados retirados do Sintegra e terminou tal medida não dando em nada, por ser ilegal, tendo as autoridades fi autuar qualquer empresa. Sustenta que neste caso sua empresa não ICMS de mercadorias que não adquiriu, com base em Notas Fiscais

Sintegra, sem prova de que as mercadorias entraram em seu estabelecimento ou foram pagas por sua empresa. Pede que o Auto de Infração seja declarado improcedente.

Dada vista dos autos ao fiscal autuante, este se pronunciou considerando que o contribuinte não trouxe nada de novo, mantendo a mesma postura e metodologia da defesa inicial, e por isso nada tem a acrescentar ao que já foi dito na contestação.

VOTO

Este Auto de Infração compõe-se de 5 itens. Nos quatro primeiros, fora alguns tópicos em que são apontadas questões de mérito acerca de erros materiais, o cerne da defesa concentra-se basicamente na tese de que a fiscalização se baseou em dados de Notas Fiscais obtidos através do Sintegra (Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços) e não há prova, nos autos, de que as mercadorias foram adquiridas ou pagas pelo autuado, ou que tivessem entrado em seu estabelecimento.

Porém, ao prestar a informação, o fiscal autuante deixou claro que os lançamentos não foram efetuados com base em Notas Fiscais do Sintegra, e sim em documentos fornecidos pela empresa e em Notas Fiscais do sistema CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito), dos quais foram entregues cópias ao contribuinte.

Analisando-se as peças acostadas aos autos, nota-se que realmente se trata de vias de documentos captadas pela fiscalização do trânsito de mercadorias, bem como de cópias de 1^{as}. vias de Notas Fiscais, ficando patente que estas se encontravam em poder do autuado.

Embora o fiscal já tivesse fornecido cópias desses documentos ao autuante, foi novamente feita entrega de cópias dos mesmos documentos após a informação fiscal. Ao manifestar-se sobre o teor da informação, o contribuinte insistiu na generalização de que todas as Notas Fiscais incluídas na autuação e não escrituradas no seu Registro de Entradas seriam baseadas em “informações” do CFAMT, sem nenhuma prova de que as mercadorias foram adquiridas, recebidas e pagas pela empresa. Argumenta que, tomando por base as “informações” do CFAMT, qualquer pessoa pode ir a um estabelecimento comercial com o número do CNPJ da empresa e adquirir mercadorias em seu nome, e a empresa jamais poderá ser responsabilizada pelo pagamento de ICMS como pretende o autuante. Pede que os aludidos documentos não sejam considerados.

Diferentemente do que ocorre com relação aos dados do Sintegra, no caso do CFAMT não se trata de “informações”, como alega a defesa, mas de provas físicas, documentais. 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.

Dou por superada, assim, a alegação da falta de prova das compras.

O lançamento do item 1º diz respeito a omissão de saídas de mercadorias apurada em face da existência de saldo credor de Caixa, situação em que a lei autoriza a presunção de que os valores apurados decorrem de operações tributáveis não contabilizadas. O autuado alega que no demonstrativo fiscal os pagamentos de duplicatas foram considerados com base nos vencimentos, e que muitas duplicatas constam como se tivessem sido pagas, mas nos arquivos da empresa figuram como não tendo sido pagas, e outras se encontram em cartórios de protesto. Se isso ocorreu, cabia ao autuado apontar quais as duplicatas em relação às quais houve equívocos do autuante. A mera alegação de erros, sem apontá-los objetivamente, é ineficaz. Mantenho o lançamento do item 1º.

O 2º item refere-se à falta de pagamento de ICMS a título de antecipação parcial relativamente a aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização. A escrituração fiscal, com saídas posteriores tributadas, sendo por isso equivalente a 60% do imposto que deveria ter sido antecipado. Alén

compras, matéria já superada neste voto, o autuado, de concreto, apontou na defesa uma série de objeções, todas atinentes a este item, e o fiscal autuante, de forma pormenorizada e atenta, analisou cada caso, deixando claro o que deveria ser considerado ou não, com a devida fundamentação. O débito do item 2º foi reduzido pelo autuante para R\$ 25.975,38, conforme demonstrativo à fl. 2826.

Há, contudo, um problema de ordem legal neste caso. Mais precisamente, um problema de irretroatividade da lei.

Embora o fiscal autuante não tenha feito constar no Auto de Infração – como devia –, a multa aplicada neste caso tem por fundamento o § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, combinado com o inciso II, alínea “d”, do mesmo artigo. Os fatos ocorreram em 2004, e à época a redação do aludido § 1º era esta:

“§ 1º No caso de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas que, comprovadamente, houver recolhido o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II.”

Note-se que a lei se referia à falta de recolhimento do imposto “por antecipação”. Àquela época, quando se falava em “antecipação tributária”, no ordenamento jurídico estadual, tinha-se em vista as situações em que a lei previa o pagamento antecipado do imposto nas aquisições ou entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Não havia àquela época a chamada “antecipação parcial”. Por conseguinte, o legislador, ao se referir à falta de recolhimento do imposto “por antecipação”, tinha em vista unicamente a figura da antecipação pura e simples, então vigente.

Em novembro de 2007, portanto após os fatos em exame, o referido § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 sofreu uma alteração, pela Lei nº 10.847, de 27.11.07, passando a ter a seguinte redação:

“§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”;

Observe-se que a nova redação acrescentou a expressão “inclusive por antecipação parcial”.

É evidente que esse acréscimo constitui direito novo.

Poder-se-ia dizer que o acréscimo apontado constituiria uma regra interpretativa, e, como tal, teria efeitos retroativos.

Acontece que é praticamente impossível haver uma regra “interpretativa”. Só é interpretativa a norma que se limite a explicitar o que a anterior já diz. No caso aqui considerado, o vocábulo “inclusive” deixa evidente que houve “inclusão”, ou seja, que houve acréscimo. Sendo assim, foi criado direito novo.

Em matéria penal – e a regra em apreço é de direito tributário-penal –, somente se admite a retroatividade em se tratando do que a doutrina denomina de retroatividade benigna.

Sendo assim, não se aplica neste caso a penalidade prevista no inciso II, “d”.

A multa do item 2º deste Auto é, portanto, improcedente.

Com relação aos itens 3º e 4º, as multas estipuladas referem-se à falta de registro, na escrita fiscal, de entradas de mercadorias relativas a operações tributáveis pelo não tributáveis (item 4º). O autuado recebeu cópias dos documen

que não fez as compras. Essa questão já foi abordada inicialmente no meu voto. Considero caracterizadas as infrações. Mantenho os lançamentos.

O lançamento do item 5º não foi impugnado pelo sujeito passivo.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, homologando-se as quantias já pagas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **117227.0050/08-5**, lavrado contra **COMERCIAL DE FERRAGENS E MATERIAL ELÉTRICO MARAMBAIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 267.608,44**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 546.90 e de 70% sobre R\$ 267.061,54, previstas no art. 42, incisos VII, “a”, e III, da Lei nº 7.014/96, além das multas por descumprimento de obrigações aleatórias, no total de **R\$ 8.789,99**, previstas nos incisos IX e XI do art. 42 da supracitada lei, mais os acréscimos legais, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de maio de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – JULGADORA