

A. I. Nº - 269515.0009/08-4
AUTUADO - ODESINA PIMENTEL MOREIRA RIBEIRO
AUTUANTE - NAGIBE PEREIRA PIZA
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS
INTERNET - 16.06.2010

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0136-02/10

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Imputação contestada. 2. 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. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. O art. 146 da Constituição especifica genericamente o papel da lei complementar sobre matéria tributária para os três níveis de governo. Para o ICMS, especificamente, a Carta, no art. 155, § 2º, XII, relaciona as matérias em relação às quais cabe à lei complementar preordenar a disciplina a ser fixada pela legislação ordinária. O fato de determinada matéria não ter sido regulada por lei complementar não impede os Estados de normatizá-la, fazendo uso de sua competência constitucional, desde que não se trate de matéria que deva, necessariamente, ser objeto de lei complementar ou de resolução do Senado. A diferença de alíquotas é prevista no art. 155, § 2º, VIII, da Constituição. O art. 4º, XV, e o art. 17, XI, da Lei nº 7.014/96 têm plena validade formal e material. Refeitos os cálculos em relação aos itens: “**a**” e “**b**”. Infrações parcialmente subsistentes. 4. 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. Refeitos parcialmente caracterizac

NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **a)** MERCADORIA TRIBUTÁVEL. MULTA DE 10% DO VALOR COMERCIAL DAS MERCADORIAS NÃO ESCRITURADAS. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA DE 1% DO VALOR COMERCIAL DAS MERCADORIAS NÃO ESCRITURADAS. Contribuinte não comprovou que parte das notas fiscais foram incluídas indevidamente no levantamento fiscal. Refeitos os cálculos. Infrações parcialmente comprovadas. Rejeitado o pedido de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 13/08/2008, para constitui o crédito tributário no valor histórico de R\$212.463,24, em decorrência:

Infração 01 - 03.01.01 - Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$124,00, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de apuração do ICMS.

Infração 02 - 05.05.01 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, com ICMS não recolhido no valor de R\$151.395,72.

Infração 03 - 06.01.01 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$7.845,65, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Infração 04 - 06.02.01 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$2.821,22, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do próprio estabelecimento.

Infração 05 - 07.01.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS, no valor de R\$1.106,48, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88.

Infração 06 - 16.01.01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, multa no valor de R\$ 46.993,19.

Infração 07 - 16.01.02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não-tributada sem o devido registro na escrita fiscal, multa no valor de R\$2.176,98.

O autuado apresentou defesa, fls. 223 a 228, alegando, inicialmente, que o auto de infração é fruto de flagrante arbitrariedade da autoridade fiscal, que deixou de analisar previamente os documentos e livros do contribuinte, exigindo, muitas vezes, tributos já recolhidos e aplicando penalidades sem que tenha se dado o descumprimento de obrigações acessórias. Pelos motivos de fato e direito que adiante restarão demonstrados, é de rigor o cancelamento integral das autuações.

Preliminarmente, requer nulidade do Auto de Infração face ao cerceamento de defesa em razão da capituloção incorreta das infrações. Em síntese apertada, o Senhor Agente Fiscalizador apontou como legislação fiscal infringida inúmeros artigos do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97. Registra que foi violado o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, bem como o art. 2º da Lei nº 10.941/01 que disciplina o processo administrativo, a obediência aos princípios do contraditório e ampla defesa, tem-se:

Created with

exata dos elementos identificadores da infração a que deu ensejo o lavratura do presente Auto de Infração, através de uma descrição específica da capitulação legal infringida.

Aduz que, sob este prisma, é evidente e irrefutável que nos autos ora discutidos, sob a ótica de sua legalidade, não houve a observância aos mencionados princípios consagrados por nosso ordenamento jurídico, uma vez que o Agente Fiscalizador apontou de forma genérica os artigos infringidos, não especificando-os. Apenas com o único escopo de evidenciar a fragilidade da autuação fiscal, fragilidade esta que impede o exercício da ampla defesa e do contraditório do defensor, aponta o erro na delimitação da capitulação legal dita por infringida, demonstração por amostragem, utilizando alguns artigos de infração dita por cometida, pois impossível delimitar todo o equívoco realizado no trabalho fiscal:

Infração II - o artigo 50 do RICMS/BA, possui em sua redação 3 (três) incisos, 5 (cinco) parágrafos e 9 (nove) alíneas. E para agravar ainda mais a possibilidade de defesa do defensor, podemos constatar que nesta mesma infração consta a infringência ao art. 322 do RICMS. Neste artigo temos, nada mais nada menos, que 13 parágrafos, e inúmeras alíneas e incisos;

Infração III – o artigo 131 do RICMS possui 5 incisos e 2 alíneas;

Infração IV – o artigo 72 possui III incisos;

Infração V – o artigo 61 possui 9 parágrafos, dentre várias alíneas e incisos;

Infrações VI e VII, esta merece uma atenção especial para delimitar o equívoco e o desleixo com que foi realizado o presente trabalho fiscal. É que nestes artigos, o Agente Fiscal responsável pela presente autuação se limitou a indicar como capitulação da sua autuação o “Artigo 322, incisos e parágrafos do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97”.

Assevera que, diferentemente da situação retratada pelo Agente Fiscal, tais artigos possuem diversos itens, parágrafos e alíneas, cada um contendo uma regra jurídica, das mais diversas especificidades possíveis, situação que impede o autuado constatar qual deles o Fisco entende ter sido violado. Essa realidade apontada no trabalho fiscal, qual seja, a incompleta capitulação legal dos artigos tidos como infringidos, é, diante da precisa lição de Hugo de Brito Machado Segundo, causa de cancelamento da exação fiscal. Portanto, conforme podemos observar do presente Auto de infração, em momento algum o Agente Fiscal apresentou um relatório satisfatório da capitulação legal, capaz de conferir ao contribuinte elementos suficientes para a apresentação de uma ampla e plena defesa.

Prosseguindo, tece comentários sobre o princípio da tipicidade fechada, ressaltando que o vício contido no presente Auto de infração, capitulação legal que não corresponde a verdade material, nem a indica claramente, efetivamente o anula, pois trata-se de vício substancial na motivação do lançamento e que acaba por infringir o art. 142 do CTN, o princípio da subsunção, da tipicidade e, consequentemente, o da ampla defesa e do contraditório.

Como segunda preliminar, aduz que a aplicação da Selic como fator de correção monetária, não encontra qualquer respaldo jurídico, eis que, conforme disposto no art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional os juros são calculados à taxa de 1% ao mês. Tal entendimento tem como pressuposto o fato de que a taxa de 1% (um por cento), prevista no referido dispositivo legal, é limite máximo para sua fixação, e não mero parâmetro para tanto, inclusive, estando este entendimento em consonância com o disposto no art. 192, § 3º da Constituição Federal. Requer que seja afastada a cobrança dos juros calculados pela Taxa SELIC, pela sua manifesta ilegalidade.

No mérito, em relação 01, assevera que o ICMS foi recolhido integral, conforme cópia de DAE juntado em anexo a impugnação (Doc. 01), não houve falta de recolhimento do imposto.

Observa que o valor constante do Livro de Apuração em 31/10/2004
Fisco entende devido em sua acusação, ou seja, R\$ 124,00. Nc

constatar do DAE que se apresenta na defesa, foi informado e recolhido ao fisco estadual o exato valor de R\$124,00, resultantes da diferença entre os débitos e créditos do contribuinte neste período. Portanto, resta mais do que comprovado que nenhum centavo é devido ao Estado, sendo de rigor o cancelamento desta acusação fiscal infundada, a qual poderia ser evitada com uma prévia notificação ao contribuinte ou uma mera análise de seus documentos fiscais.

Relativamente a infração 02, afirma que houve o efetivo registro das notas fiscais objeto da autuação, havendo uma precipitação da autoridade fiscal que, ao invés de diligenciar e verificar os documentos e livros fiscais da autuada, optou por lavrar o presente Auto de Infração sem qualquer prova das acusações nele contidas.

Salienta que, mesmo sabendo que caberia ao Fisco comprovar a falta de registro de entrada das mercadorias e a consequente omissão de saídas, optou por verificar nota por nota constante da relação fiscal e formular uma planilha demonstrando a data efetiva do registro dos documentos fiscais ou, ainda, o resultado encontrado em seu levantamento. Nesta planilha que se apresenta em anexo (Doc. 02), o contribuinte localizou o registro da grande maioria das notas fiscais ditas não escrituradas pela Fiscalização, o que derruba por terra todo o lançamento. Na planilha que ora se apresenta, constam as datas de emissão das notas fiscais, os seus respectivos números, valores e a data do efetivo lançamento no livro registro de entrada do contribuinte.

Frisa que os registros foram realizados nas datas em que as mercadorias adentraram ao estabelecimento da defendant, conforme determina o RICMS – BA. Ou seja, em que pese à data da emissão do documento não ser a mesma do registro (diferença de poucos dias), fato é que foram devidamente lançadas nos livros da defendant, caindo por terra a acusação fiscal.

Destaca que não há como se admitir que a autoridade fiscal não tenha verificado os livros do contribuinte para constatar se, realmente, tais documentos não teriam sido escriturados. Uma simples e rápida análise impediria esta acusação e, consequentemente, evitaria prejuízos para o contribuinte e para o próprio Estado. Apesar das absurdas alegações fiscais, consegui demonstrar na planilha juntada que as notas fiscais foram escrituradas e nas saídas das mercadorias foi recolhido integralmente o imposto devido. Não houve, portanto, qualquer tentativa de burlar o Fisco, até porque a defendant encontra-se, atualmente, no regime de Lucro Real, não sendo interessante deixar de escriturar notas fiscais, o que resultaria em um aumento de imposto sobre a renda e CSSL a recolher.

Registra que, devido ao exíguo prazo que teve o contribuinte para proceder a verificação de todas os documentos, algumas poucas notas ainda não foram localizadas, estando em branco na planilha anexa. Essa não localização certamente é fruto de uma não aquisição de tais mercadorias pela empresa, razão pela qual se requer à fiscalização que oficie os fornecedores para que comprovem, efetivamente, que houve a comercialização de tais produtos com a defendant. Tal atitude, que deveria ter sido adotada muito antes da lavratura desta autuação, será suficiente para demonstrar que a defendant sequer adquiriu algumas das mercadorias, não tendo, portanto, obrigação de escriturá-las em seu livro de entradas.

Reitera que são notas fiscais que a empresa não reconhece como sendo aquisições suas. E como é de conhecimento da fiscalização, não é incomum que fornecedores se utilizem de dados cadastrais de empresa idônea para acobertar o trânsito de mercadorias no Estado. Assim, as notas que encontram-se em abertas na planilha anexa não são fruto de aquisições da defendant, cabendo à fiscalização provar o contrário através de conhecimentos de transporte, pagamentos ou qualquer outra prova capaz de demonstrar a entrada de tais mercadorias na sede da autuada.

Chama a atenção de que outras notas fiscais merecem uma atenção especial, já que não referem-se a operações em que ocorre a incidência do imposto estadual. São situações em que não nasce a obrigação de recolher ICMS e que, portanto, não poderiam estar na mercadorias tributáveis. É o caso, por exemplo, das duas primeiras

auto de infração (NFs n.ºs 55.577 e 55.578). Tais notas, conforme admitido pelo agente fiscal na infração n.º 03, representam aquisições de bens para o ativo imobilizado da empresa. São, na verdade, câmaras frias para exposição de mercadorias que foram adquiridas para compor o ativo da empresa. E se são mercadorias destinadas ao ativo fixo da empresa, não há como incluí-las na acusação de omissão de saídas, já que tais produtos não são destinados à comercialização.

Ressalta que não são apenas os equívocos acima citados constantes do trabalho fiscal. Na planilha apresentada pela empresa constam, ainda, algumas notas fiscais que se referem a operações de comodato, bonificação para demonstração, mercadorias devolvidas sem entrada no estabelecimento, retorno de mercadorias para conserto e troca de produtos vencidos. Nessas operações não ocorre o fato jurídico tributário do ICMS, ou seja, não se dá a efetiva transferência de propriedade de mercadorias, não podendo se falar, dessa forma, em omissão de saídas de mercadorias tributadas, citando doutrina e jurisprudência sobre o tema.

Aponta, ainda com equívoco da fiscalização, a existência de notas fiscais emitidas para outros destinatários e com valores incorretos.

Reitera que trata-se de mais um equívoco cometido pela fiscalização que acabou gerando enormes prejuízos ao contribuinte autuado e ao próprio Estado. Visando comprovar o efetivo equívoco na autuação fiscal ora defendida, a defendant diligenciou às empresas que supostamente, conforme asseverado no auto de infração, teriam realizado operações de circulação de mercadorias, onde a autuada teria deixado de encriturar as notas fiscais relativas a estas supostas operações gerando, por conseguinte, a omissão de saídas tributáveis.

Frisa que chamou sua atenção em particular, foi quanto as notas fiscais emitidas por um fornecedor da cidade de Barreiras, Estado da Bahia, cadastrada no CNPJ sob o nº. 05.666.502/0001-71, empresa que se dedica ao ramo de distribuição de leites e laticínios, conforme se verifica do seu objeto social, constante do seu cadastro de CNPJ. Que embora já tenha realizado operação de compra de produtos por ela distribuídos, produtos como iogurtes, etc, sendo que os valores destas transações dificilmente extrapolavam o montante de R\$ 1.000,00. Entretanto, no levantamento fiscal consta, a título de exemplo, a Nota Fiscal nº. 4.042, determina como o valor da operação o montante de R\$ 24.764,08; já a Nota Fiscal de nº. 16.466, constante na mesma folha de descriminação, atribui ao valor da operação o montante de R\$ 19.849,87 (Fls. 16, papel de trabalho 05.05.01). Já às fls. 17, do mesmo papel de autuação (05.05.01), existem Notas Fiscais 18.105 e 21.611, que extrapolam o montante de R\$ 20.000,00.

Reitera que, conforme sustentando linhas acima, dificilmente realizou compras superiores a R\$1.000,00 para com a referida empresa emissora de tais notas, razão pela qual nega a realização das referidas operações. Mas, para dar subsídio a alegação de inexistência destas grandes operações, a defendant diligenciou, como dito, à empresa emissora das notas. Quando houve o questionamento acerca da existência, declarada pelo Fisco, de notas fiscais com valores absurdos, frente à rotina de negociação da própria empresa dita vendedora, os seus donos também se tomaram pelo mesmo espanto causado à defendant. Por essa razão disponibilizou as notas fiscais que, sob a acusação constante deste auto de infração, seriam emitidas em nome da defendant e, mais uma vez, houve nova surpresa sobre estes fatos. É que as notas fiscais foram, todas, emitidas a destinatários diversos da defendant, nem mesmo os valores que supostamente estariam constantes nas notas, sob a ótica do trabalho fiscal, batem.

Frisa que outro fato que também merece destaque na presente autuação, é a existência notas de emissões atribuídas a empresa estabelecida na cidade de Tanque Nove, Estado da Bahia, cidade esta famosa no meio fiscal pela ilegalidade com que empresários ali agem, salvo exceções. Pois bem, neste trabalho fiscal existem várias notas fiscais de emissão atribuída à empresa cadastrada sob o CNPJ nº. 13.464.343/0001-78.

Assevera que nunca realizou uma operação sequer com a sobredita empresa, tanto é que nem a detém em seu cadastro interno de fornecedores. Visando esclarecer os fatos, mais uma vez se valendo das prerrogativas do Fisco, a defendantee diligenciou à empresa situada na cidade de Tanque Novo e a questionou acerca das emissões de notas fiscais em seu nome. Sem qualquer resposta satisfativa, e sem mesmo qualquer intenção de esclarecimento por parte da empresa, numa clara demonstração de má-fé, a empresa se posicionou no sentido de que existem notas emitidas em nome da defendantee, mas que foram entregues em outros destinatários. O fornecedor assume ter cometido a fraude e o Fisco o perdoa, autuando a defendantee que NUNCA recebeu uma única autuação fiscal!

Mais uma vez a empresa defendantee desconhece a existência destas operações veiculadas em seu nome, eis que nunca realizou qualquer aquisição de mercadorias. Basta que seja oficiada a empresa fornecedora, CNPJ 13.464.343/0001-78, estabelecida na cidade de Tanque Novo, Estado da Bahia, à Av. Princesa Isabel, 658, Centro, para que reste definitivamente comprovado a inexistência das operações. Esta diligência deve-se dar nos autos deste processo administrativo em razão da busca do princípio da verdade material que deve nortear todo o seu curso, ainda mais quando comprovada a fragilidade nas acusações constantes neste auto de infração que aplica multa e impõe dever ao pagamento de tributo sem qualquer comprovação das presunções que o levaram a tanto.

Reitera sobre a impossibilidade de manutenção da presente autuação, tendo em vista a inexistência de provas da materialidade da ocorrência do fato gerador do ICMS, resta claro que diante do procedimento adotado pelo Agente Fiscalizador, este não conseguiu apurar uma única saída de mercadoria sem nota fiscal, embasando o presente Auto de infração em meras presunções ou supostos indícios sem qualquer comprovação fática. Isso porque, conforme já elucidado, várias operações elencadas neste tópico tiveram seu regular desfecho, conforme se comprova da planilha relativa ao trabalho 05.05.01 exibida em anexo.

Quanto às demais operações, as mercadorias que indicavam como destinatário o contribuinte/defendantee, nunca foram compradas, e muito menos entregues em seu estabelecimento. Quando do trabalho fiscal que identificou a defendantee como empresa destinatária de vários produtos, o que se concluiu da análise das notas fiscais de posse do Agente autuante, a d. fiscalização presumiu que aqueles produtos descritos nas notas, efetivamente haviam entrado no estabelecimento da defendantee. No entanto, no referido trabalho fiscal, não se comprovou qualquer indicio de que a defendantee teria realmente comprado as mercadorias, e muito menos que estas mercadorias foram entregues em seu estabelecimento e posteriormente vendidas, o que seria simples se o fisco quisesse comprovar essa suposta infração, pois bastaria que fosse solicitado junto à empresa vendedora os comprovantes de pagamentos, ou um simples conhecimento de transporte, que indicaria se realmente a empresa recebeu ou não os produtos, e se pagou ou não por eles.

Ao finalizar a impugnação relativa a infração 02, sustenta que é evidente que trabalhos como este não podem prosperar, devendo ser cancelados por total ausência de prova da ocorrência dos fatos geradores do ICMS.

Quanto as infrações 03 e 04, assevera que, conforme se pode ver da planilha juntada relativa ao papel de trabalho da infração 06.01.01 e 06.02.01, em várias das operações mencionadas pelo fisco houve o pagamento integral do diferencial de alíquota devido, os quais estão comprovados com a juntada dos DAEs em anexo. Estes pagamentos, que estão demonstrados por amostragem no levantamento feito pelo contribuinte, levantamento este que deveria ter sido realizado pelo Fisco, deixam claro que não houve uma prévia verificação do Sr. Agente Fiscal autuante, já que os pagamentos foram feitos e informados à fiscalização, conforme determina a legislação de competência.

Entende que a apresentação dos pagamentos da grande maioria das operações é o lançamento fiscal, já que fica comprovado tratar-se de um trabalho

valores já recolhidos, contrariando o art. 142 do Código Tributário Nacional. Em outros termos, por incluir em sua cobrança valores comprovadamente já pagos, o lançamento deve ser cancelado por inteiro, sob pena de flagrante desrespeito ao ordenamento jurídico vigente.

Ressalta que, além dessas comprovações de pagamento que eliminam praticamente toda a acusação fiscal, é importante registrar outro equívoco constante neste item.

É que a fiscalização exige ICMS diferencial de alíquota das notas fiscais nº 55.577 e 55.578, as quais foram emitidas em substituição às notas fiscais n.ºs 55.416 e 55.417. Essas duas últimas, que acobertaram as mercadorias inicialmente, foram escrituradas e sobre elas recolhido o diferencial de alíquota agora exigido. Quando da substituição pelas novas notas, as anteriores (55.416 e 55.417) foram canceladas, no entanto, o ICMS já havia sido levado aos cofres públicos. Assim, como as notas fiscais 55.577 e 55.578 apenas substituem as notas anteriormente expedidas, não há porque se recolher, novamente, o mesmo imposto, sob pena de se incorrer em dupla tributação.

Esses fatos estão comprovados pela carta de cancelamento enviada à defendante pela empresa fornecedora (documentos juntados aos autos), o que evidencia que tais notas representam exatamente as mesmas operações. Assim, como o ICMS referente ao diferencial de alíquota relativo às entradas dessas mercadorias no estabelecimento da defendante já havia sido recolhido quando do recebimento das NFs n.ºs 55.416 e 55.417, não há imposto a se exigir nas NFs nº 55.577 e 55.578.

Por estes motivos, nenhum imposto é devido também nas infrações 03 e 04, já que como se demonstra na planilha anexa, os DAEs foram devidamente recolhidos aos cofres públicos.

No tocante a infração 05, informa que mais uma vez estão sendo apresentados em anexo vários DAEs que comprovam o pagamento referente a várias notas mencionadas no trabalho fiscal e, em especial, neste tópico. Além disso, o contribuinte desconhece algumas das operações, não se tratando de mercadorias adquiridas por seu estabelecimento. Assim, caberá ao Fisco o dever de comprovar que tais operações foram praticadas com a autuada, o que poderá se dar com um simples ofício ou diligência aos fornecedores. Este trabalho incumbe ao Fisco, e que já deveria ter sido feito antes de se autuar o contribuinte, pois inúmeras foram as tentativas da defendante em pedir declarações das empresas fornecedoras no sentido de que não houve a operação de circulação de mercadoria, mas em razão do pouco tempo disponível para o contribuinte, e até mesmo por se tratar de documentos internos dos fornecedores, dependendo de sua boa vontade, não foi possível fazer tal prova.

Conclui que, frente as comprovações dos pagamentos, via DAEs exibidas em anexo a defesa, e da não realização de outras operações, de rigor que seja cancelado a presente autuação, frente a fragilidade do presente trabalho.

Sobre as infrações 06 e 07, ressaltar, inicialmente, que tais acusações devem ser analisadas em conjunto com aquela contida na infração 02, que diz respeito à omissão de saída em face da entrada de mercadorias não registradas nos livros fiscais da autuada. Como já restou demonstrado naquele item, e agora se faz novamente com a juntada de nova planilha e dos livros de entrada (documentos anexos), inúmeras são os documentos fiscais devidamente registrados nos livros do contribuinte. Nas planilhas estão demonstrados a data efetiva do registro das operações, o que derruba por terra boa parte do lançamento fiscal.

Argumenta que outra parte das notas mencionadas no trabalho fiscal não foram escrituradas pois, como já dito na infração 02, não se referem a compras praticadas pela defendante. E se não são mercadorias por ela adquiridas, jamais deveriam estar em sua escrita contábil. Por essa razão aguarda, confiante, o contribuinte que seja declarado nulo o presente trabalho fiscal e, em especial, que seja cancelada as presentes infrações ante a comprovação das escriturações das operações efetivamente realizadas com o contribuinte.

Sustenta que apesar de ter restado demonstrado que as obrigatoriamente, ser canceladas pelas razões de fato e direito apre

que por força do art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, tais multas devem ser relevadas, eis que não houve aqui dolo, fraude, má fé e muito menos falta de pagamento do imposto.

Ao final, requer:

01 – em sede de preliminar, seja anulado o lançamento fiscal pela incompleta capitulação legal da infração, bem como por conter em seu bojo a inconstitucional aplicação da taxa Selic;

02 – no mérito, seja cancelada a acusação contida no item 1, já que ficou comprovado o pagamento do imposto exigido (DAE anexo);

03 – no que tange ao item 2, seja cancelada a exigência do imposto e multa aplicados, uma vez que várias das operações foram devidamente registradas (conforme comprovado), além do que várias outras não implicam na incidência do ICMS, não havendo, portanto, como figurarem na acusação de omissão de saídas, já que são operações não tributadas;

04 – o cancelamento das infrações 03 e 04, já que aqui também restou comprovado o pagamento do diferencial de alíquota referente a aquisições de mercadorias para o ativo e consumo do estabelecimento, quando estes eram efetivamente devidos ao Estado;

05 – seja também cancelada a acusação 05, já que além de terem sido comprovados alguns recolhimentos referentes à substituição tributária, restou demonstrado que em muitas das operações a defendante não adquiriu tais mercadorias, não lhe competindo, pois, o pagamento do imposto exigido;

06 – já nas infrações 06 e 07, pelos mesmo motivos apontados no item 02, é de rigor o cancelamento das acusações, já que estão comprovados pelos livros de registro de entrada da defendante a efetiva escrituração dos documentos relacionados pela fiscalização e

07 – acaso superadas as alegações apresentadas, o que se admite a título de argumentação, requer-se, por fim, nos termos do art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, a relevação das multas aplicadas, uma vez que não houve fraude, dolo ou má-fé da defendante e, também, não houve qualquer prejuízo ao Erário.

O impugnante acostou planilhas e cópia de diversos documentos às folhas 261 a 1.934 dos autos.

Na informação fiscal, fls. 1.957 a 1.959, o autuante acolhe o argumento defensivo em relação a infração 01, reconhecendo que o contribuinte comprovou o recolhimento mediante cópia de DAE acostada à folha 289 dos autos.

Em relação a infração 02, aduz que em relação a planilha acostada pela defesa às folhas 265 a 275, todas as alegações de que as mesmas foram lançadas no livro Caixa, foram excluída da infração.

Admite que algumas notas de entradas podem ter sido lançadas com números invertidos ou errados, podendo, no recurso, o contribuinte se utilizar do trabalho de fls. 265 a 275 para lhe informar onde se encontra a nota fiscal de entrada correta, para que possa revisar o levantamento.

Assevera que criou, na 3ª coluna da planilha às folhas 265 a 275, grafada à lápis, para demonstrar a sua interpretação para as alegações expostas:

- A- Assertiva do contribuinte tem fundamento. Este item será excluído;
- B- Contribuinte aceita, tacitamente, o procedimento fiscal;
- C- Não existe lançamento no livro Registro de Entradas desta nota fiscal na data indicada e nem em outra data qualquer;
- D- Não apresentou prova material que sustentasse a afirmação;
- E- Acatada a afirmativa que foi lançada no livro Caixa;
- F- Aceita a menção que foi lançada no exercício seguinte.,

Informa que a infração foi reformada conforme novo demonstrativo acostado às folhas 1.936 a 1.944.

Relativamente a infração 03, aduz que o contribuinte à folha 1.009 comprova ter recolhido o ICMS pertinente as Notas Fiscais nº 69.839 a 69.842. Informa que a infração foi reformada conforme novo demonstrativo acostado às folhas 1.945 a 1.946.

No tocante a infração 04, reconhece que às folhas 1026, 1052, 1056, 1059, 1061, 1063, 1066, 1069, 1071, 1075, 1081, 1085, 1089 e 1094 o contribuinte comprova o pagamento de várias notas fiscais de entradas, as quais excluiu do novo demonstrativo acostado às folhas 1.947 e 1.948.

Informa que orientou o contribuinte a mencionar a folha que faz prova de pagamentos para as notas de entradas remanescentes, para que possa realizar novas reformas no levantamento.

No tocante a infração 05, reconhece que às folhas 1096 e 1098 o contribuinte comprovam os pagamentos relativos às Notas Fiscais de entradas Nºs. 140.734, 205.630 e 439.883, as quais excluiu do novo demonstrativo acostado às folhas 1.949.

De igual modo do item anterior, informa que orientou o contribuinte a mencionar a folha que faz prova de pagamentos para as notas de entradas remanescentes, para que possa realizar novas reformas no levantamento.

No tocante a infração 06, informa que as alegações fundamentadas pelo contribuinte foram acatadas, estando o novo demonstrativo às folhas 1.950 a 1.953.

No tocante a infração 07, do mesmo modo que no item anterior, informa que as alegações fundamentadas pelo contribuinte foram acatadas, estando o novo demonstrativo às folhas 1.954 a 1.956.

Às folhas 1.962 a 1.965, o contribuinte recebeu cópia da informação e do novo demonstrativos e foi intimado do prazo legal para se manifestar.

Em nova peça defensiva, fls. 1967 a 1.977, o contribuinte se manifesta sobre a informação e os novos demonstrativos, inicialmente, observa que várias foram as reformas realizadas pelo Agente Fiscal no presente caso, entretanto muitos documentos comprobatórios de equívoco na autuação fiscal não foram levados em consideração na manifestação que ora se responde, devendo, pois, ser novamente apreciada por esse Conselho de julgamento, inclusive diante das tantas considerações realizadas na informação fiscal prestada pelo Agente autuante em relação à cada item de acusação.

Em relação a infração 02, aduz que o fiscal não observou que a maioria das notas fiscais estão devidamente escrituradas nos livros Fiscais de Entradas correspondentes, apenas com datas de entradas diferentes das datas de emissões, pois foram escrituradas pelas datas efetivas de entradas no estabelecimento, conforme determina o próprio RICMS-BA (conforme planilha já anexa ao auto). Assim procedendo, o autuante o faz desprovido de respaldo legal, praticando, dessa maneira um equívoco na conclusão de sua fiscalização, eis que o momento que se concretiza o fato tributável do ICMS é com a efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento do adquirente.

Aduz que, para cobrança da infração, necessário se faz que as notas fiscais relacionadas não tivessem sido realmente escrituradas, o que não é o caso, já que as mesmas fazem parte dos livros fiscais correspondentes apresentados ao auditor, e foram escrituradas nas datas das suas efetivas entradas no estabelecimento. Todo o documento comprobatório do alegado encontra-se devidamente acostado à defesa apresentada e a qual se espera seu integral provimento.

Sustenta que outra parte das notas fiscais são de operações que “não geram saídas” como “bonificação para demonstração”, “consumo próprio”. Por não gerar saída, não existe a realização do evento tributável imputado ao contribuinte, pois trata da empresa sem que houvesse qualquer intuito de comercialização

incidência do tributo imputado ao contribuinte.

A outra parte das notas fiscais dessa infração são de operações que não chegaram até o estabelecimento do defendant, como é o caso de diversas notas fiscais que foram emitidas e posteriormente devolvidas (conforme cópias anexas ao auto), além disso, existem, inclusive, diversas notas fiscais de outro contribuinte comprovando que a defendant não poderia omitir saídas de notas fiscais que além de não entrarem no estabelecimento nem a pertencem.

Argumenta que é imperioso citar, à título de elucidação, algumas notas fiscais comprobatórias de que não houve falta de pagamento de imposto, as quais passou a indicar.

Notas Fiscais nº 55.416 e 55.417 que estão na planilha anexa ao auto onde comprovou-se que as mesmas foram substituídas pelo fornecedor em função de processo de financiamento no BANCO DO NORDESTE, para o pagamento das mesmas, pelas N.F. nº 55.577 e 55.578. Salienta-se que as últimas notas fiscais expedidas em substituição às primeiras, nºs. 55.416 e 55.417, são relativas aos mesmos produtos, sendo que o recolhimento do DAE ocorreu com relação às N.Fs 55.416 e 55.417, pois emitidas anteriormente. Se é do ATIVO FIXO como de fato confirmamos, não teria saída, mais uma vez demonstrando que não existe o fato gerador de tal infração relacionado às notas fiscais em questão na infração 02 – 05.05.01 e por consequência exclui também o fato gerador da infração 06 – 16.01.01.

Notas Fiscais nº 115.446 de 27/05/2005, 115.070 de 19/10/2005, 150.949 e 152.145 de 27/10/2006, que são de emissão do grupo TEKA / CENTERFARMA, onde se emite uma nota fiscal de faturamento e outra nota fiscal de remessa para entrega, sendo que pode ter havido a falta de escrituração de uma delas por equívoco contábil, o fato é que não há que se falar em omissão de saídas, na medida em que trata-se de um único ingresso.

Notas Fiscais nº 29743, 29744, 29745 de 18/01/2006 constantes no relatório do autuante como pertencentes a filial, as mesmas são da matriz e estão devidamente escrituradas no LRE em 20/01/2006, conforme anexo.

Reitera que lhe causou um grande espanto a quantidade de notas fiscais em nome de outros contribuintes que o Autuante atribui à defendant, além disso, os valores por ele anotados são bem diferentes dos valores reais das notas fiscais, (conforme cópias anexas). Outra informação importante é que existem diversas notas fiscais que foram canceladas, devolvidas, oriundas de consumo, notas fiscais com números errados, de troca por substituição de produtos vencidos, de comodato, de serviços tomados, que o Autuante identifica como notas fiscais de regular aquisição de mercadorias para revenda, e não verificou em seu trabalho essas situações com os fornecedores. Na defesa apresentada foi disponibilizada uma tabela comprovando, nota a nota, a ocorrência destes eventos suplantados pelo agente fiscal autuante. Existem ainda outras notas fiscais que não reconhece como sendo compras feitas pelo estabelecimento defendant, ou seja, acredita-se serem notas fiscais utilizadas por terceiros para transitar com mercadorias utilizando os dados cadastrais da defendant, que goza de respaldo tributário para tanto.

Com relação a infração nº 03, aduz que apresenta os pagamentos correspondentes às notas fiscais questionadas, e o livro fiscal de Entradas com suas entradas registradas no estabelecimento, conforme recomenda o RICMS-BA. Com os documentos anexos, ver-se com peculiar clareza que a infração é totalmente improcedente, inclusive mais uma prova que o contribuinte cumpre a determinação da Lei e não entende o porque das autuações, se não deu até hoje motivos para o acontecido, pelo contrário, sempre cumpriu com suas obrigações perante a fiscalização.

Já em relação a infração nº 04, aduz também apresenta os pagamentos correspondentes às notas fiscais questionadas, e o livro fiscal de Entradas com suas entradas registradas no estabelecimento, conforme recomenda o RICMS-BA. Com os documentos anexos, ver-se que a infração é totalmente improcedente.

Na infração nº 05, como fez nas anteriores, diz que anexa os pa

notas fiscais questionadas, e o Livro Fiscal de Entradas com suas entradas registradas no estabelecimento, conforme recomenda o RICMS-BA e assim com os documentos anexos, ver-se que a infração é totalmente improcedente.

Já especificamente sobre as infrações 06 e 07, que estão diretamente relacionadas com a infração 02 e conforme já demonstrado anteriormente com a documentação apresentada, vê-se, que o fator gerador da infração é inexistente, tornando improcedente todas as outras infrações ligadas a infração 02, pois o que determina a infração é o fator gerador, como está provado que o fato gerador é inexistente também se torna inexistente as infrações correlacionadas.

Requer a nulidade do Auto de infração, embasado no disposto no artigo 18, Inciso III do RPAF-BA, que determina que é nulo o lançamento baseado em decisões não fundamentadas. Pois ao proceder a autuação sem solicitar a informação sobre a escrituração das notas fiscais ao contribuinte, o autuante, incorre em nulidade absoluta da autuação fiscal, pois como demonstra os documentos anexos (notas fiscais, planilhas, livros de entradas), todas as notas fiscais estão devidamente escrituradas nos livros fiscais correspondentes, e as que não estão são aquelas que foram canceladas, devolvidas sem se quer entrar no estabelecimento, são de serviços, de outras operações que apesar de não estarem escrituradas não geram prejuízos para o fisco, como notas fiscais de despesas, de comodato, de troca por substituição de produtos vencidos, com números errados, de produtos isentos e notas fiscais de outros contribuintes, e pode em situações isoladas ter acontecido a falta da obrigação acessória, porém com todas as provas apresentadas achamos que o auto é totalmente nulo.

Argumentar ainda, que o órgão julgador pode dispensar a multa acessória, conforme facultado pelo § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, pois não houve dolo, fraude ou simulação, e não houve falta de recolhimento do imposto. Ressalta que existem inúmeros precedentes nas decisões desse Conselho em que a multa é reduzida ou cancelada com fundamento no dispositivo supramencionado. Por exemplo, cita-se o Acórdão 0483/99, em que foi Relatora a Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade, Acórdão CJF 0021/99, no qual foi Relator o Conselheiro Carlos Fabio Cabral Ferreira, e o Acórdão CJF 0076/99, no qual atuou como relator o conselheiro José Carlos Barros Rodeio.

Requer que seja dispensada essa multa, alegando que não deixou de pagar o imposto que não houve dolo, fraude ou simulação.

Prosseguindo, diz que entende que a presente autuação fiscal é improcedente. O ICMS aqui exigido é fruto de equívoco de verificação adotada pelo autuante, pois a autuada nunca deu causa ou motivos para o fisco estadual efetuar autos de infrações contra a mesma, pelo contrário sempre cumpriu a legislação vigente. Tal afirmação se torna evidente na medida em que juntou-se uma série de documentos que ilidem a presunção de certeza do trabalho fiscal, conforme salientado na defesa apresentada e na presente resposta.

Reitera que, se o autuante tivesse verificado a documentação completa, ou solicitado do contribuinte as datas das efetivas escriturações das notas fiscais questionadas e não somente parte dela, apresentada pela autuada, teria verificado a existência da escrituração das notas fiscais relacionadas e assim percebido que o contribuinte não tinha nenhuma irregularidade referente ao seu processo fiscal.

Diz que junta, mais cópias de notas fiscais já citadas correspondentes às planilhas do autuante em seu demonstrativo, bem como cópias dos livros fiscais de entradas de mercadorias referente ao período auditado, comprovando que não procede a afirmação do autuante quando diz que o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, sendo inexistente tal infração. Ficando claro que não houve omissões de saídas, não deixou de recolher nenhum imposto, pois todos os docum

mercadorias estão devidamente registrados nos livros próprios como determina o RICMS-BA e os que não estão são porque não eram necessários os registrados ou eram de outros contribuintes.

Ao final, requer pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração, acostando cópia de diversos documentos às folhas 1.978 a 2.047 dos autos.

O PAF foi convertido em diligencia para que o autuante prestasse nova informação fiscal em relação aos argumentos defensivos e os novos documentos acostados às folhas 1.978 a 2.047 dos autos.

Em nova informação fiscal o autuante, fls. 2.063 a 2.065, se manifesta da seguinte forma.

Infração 01 - Excluir totalmente esta infração.

Infração 02 - À fls. 1970 o contribuinte alega que as NFE/s 55416 e 55417 foram canceladas e substituídas pelas 55577 e 55578. No entanto, a fls. 2024 mostra categoricamente que a NFE 55417 foi substituída pela 55580 e na fls. 2025 fica evidenciado que a NFE 55416 foi substituída pela NFE 55579. Concluindo, continua a indagação do fisco baiano, onde foram lançadas as NFE/s 55577 (fls. 123) e 55578 (fls. 122). Interessante notar é que as NFE substituídas 55416/55417 foram lançadas no LRE em 01/09/04 (fls. 60) e as NFE substitutas, 55579/55580, foram lançadas no LRE antes das substituídas, ou seja, em 31/08/04 (fls. 2026). Observa que o LRE apresentado as fls. 59 a 61 não guarda correspondência com o da fls. 2026 apresentada pelo contribuinte. Demais NFE/s do papel de trabalho foram aceitas tacitamente.

Reitera que na defesa de fls. 265 a 275, todas as alegações de que as mesmas foram lançadas no Livro Caixa, estas foram eliminadas desta infração, visto não ter sido auditado livros contábeis. Algumas notas de entradas podem ter sido lançadas com números invertidos ou errados. Informa que esta infração foi reformada conforme fls. 2055 e 2056.

Infração 03 - Às fls. 1009 contribuinte prova ter recolhido ICMS pertinente as NF/s 69839 a 69842. Esta infração foi reformada, fl. 2057.

Infração 04 - Às fls. 1026, 1052, 1056, 1059, 1061, 1063, 1066, 1069, 1071, 1075, 1081, 1085, 1089 e 1094 contribuinte faz aprova de pagamento de várias notas de entradas que foram excluídas deste papel de trabalho. No recurso, orientamos o contribuinte a mencionar a folha que faz aprova de pagamentos para as notas de entradas remanescentes, para as reformas que se fizerem necessárias, fls. 2058 e 2059.

Infração 05 - Às fls. 1096 e 1098 contribuinte faz aprova de pagamento das notas de entradas 140.734, 205630 e 439883. Estas notas fiscais foram excluídas deste papel de trabalho. No recurso, orientamos o contribuinte a mencionar a folha que faz aprova de pagamentos para as notas de entradas remanescentes, para as reformas que se fizerem necessárias, fl. 2060.

Infração 06 - As alegações fundamentadas pelo contribuinte nos papéis de trabalho anteriores foram acatadas e modificaram este papel de trabalho, fl. 2061.

Infração 07 - As alegações fundamentadas pelo contribuinte nos papéis de trabalho anteriores foram acatadas e modificaram este papel de trabalho, fl. 2062.

Afinal, opina pela reforma parcial do presente Auto de Infração, como segue:

- Infração 01 – 03.05.01 = excluí-la totalmente;
- Infração 02 – 05.05.01 = reforma-la como exposto às fls. 2055 e 2056;
- Infração 03 - 06.01.01 = reforma-la como exposto às fls. 2057;
- Infração 04 - 06.02.01 = reforma-la como exposto às fls. 2058 e 2059;
- Infração 05 - 07.01.01 = reforma-la como exposto às fls. 2060;
- Infração 06 - 16.01.01 = reforma-la como exposto às fls. 2061;

- Infração 07 - 16.01.02 = reforma-la como exposto às fls. 2062.

Após receber cópia do resultado da diligência e dos novos demonstrativo, o contribuinte em sua 3^a peça defensiva, fls. 2.069 a 2.071, inicialmente expressa sua admiração pelo posicionamento justo e equilibrado desta Junta de Julgamento Fiscal, respeitando os ditames constitucionais da ampla defesa, bem como o Código Tributário Nacional e o Regulamento de ICMS do Estado da Bahia.

Em relação às Notas Fiscais nº 55577 e 55578, ambas datadas de 13/08/2004, principal questionamento do Auditor, em especial, por conta da cobrança do não recolhimento do diferencial de alíquota (folha 2057) e omissão de saída de mercadorias tributáveis (folha 2055), passa a detalhar os procedimentos adotados:

1. Tal operação refere-se à aquisição de expositores horizontais refrigerados (ilhas frigoríficas) e sua respectiva casa de máquinas, bens destinados ao ativo imobilizado;
2. Inicialmente, foram remetidas as Notas Fiscais nº 55416 e 55417, datadas do dia 30/07/2009, pelos Correios, a fim de iniciar o procedimento de financiamento dos equipamentos junto ao Banco do Nordeste S/A.
3. Tendo em vista que as notas acima listadas foram emitidas apenas para cumprir uma formalidade, o fornecedor Eletrofrio LTDA procedeu ao cancelamento das mesmas, através das notas 55579 e 55580 do dia 13/08/2004. Tais notas de cancelamento (devolução de vendas) jamais foram recebidas e, consequentemente escrituradas. Ressalta que o argumento do Auditor acerca da disparidade nas datas de registro não procede, haja vista que as notas de cancelamento foram registradas no dia 31/08/2004 pelo remetente (Eletrofrio LIDA), cujas vias não nos foram remetidas;
4. Ainda em 13/08/2004, o fornecedor Eletrofrio LTDA procedeu à emissão das notas fiscais nº 55577 e 55578 que acompanharam as mercadorias remetidas, fato este comprovado pela autenticação (carimbos) dos diversos postos fiscais pelos quais as mercadorias passaram. No afã de obtermos o financiamento, as notas 55577 e 55578 foram enviadas diretamente ao Banco do Nordeste S/A, caracterizando um lapso operacional quanto à escrituração das mesmas;
5. Posteriormente ao recebimento das mercadorias e ao envio das notas ao agente de crédito, recebemos, pelos correios, as notas fiscais nº 55416 e 55417 e procedemos ao devido registro contábil no dia 01/10/2004, bem como o recolhimento do diferencial entre as alíquotas internas e interestaduais atinentes à aquisição de ativo fixo;
6. Esperando elucidar, definitivamente, que não se trata de 02 (duas) operações distintas e, portanto, tributáveis. Houve uma falha quanto ao recebimento e a posterior escrituração dos documentos fiscais; no entanto, o cumprimento da obrigação principal (recolhimento do diferencial de alíquota) fora efetivamente realizado.
7. Causa-nos estranheza o ilustre Auditor continuar insistindo em "Omissão de Saída de Mercadorias Tributáveis". Ora, como é sabido e facilmente comprovado, as mercadorias adquiridas integram, até a presente data, o universo de ativo fixo da empresa. Para tanto, anexamos fotografias datadas de 15/09/2009 que demonstram a efetiva existência, utilização e depreciação destes bens.

A Nota Fiscal nº 436.678, emitida em 22/09/2004 pela Perdigão Agroindustrial S/A foi cancelada através da nota fiscal nº 439.463, de 29/09/2008, no valor de R\$ 8.563,21. Tal fato explícita um erro cometido pelo fornecedor em epígrafe, haja vista que as mercadorias e a respectiva nota jamais foram remetidas e recebidas por este contribuinte (vide folha 2.055).

A Nota Fiscal nº 436.680, emitida em 22/09/2004 pela Perdigão Agroindustrial S/A foi cancelada através da nota fiscal nº 439462, de 29/09/2008, no valor de R\$ 936,77. Tal fato explicita um erro cometido pelo fornecedor em epígrafe, haja vista que as mercadorias foram remetidas e recebidas por este contribuinte (vide folha 2.055).

A Nota Fiscal nº 171.209, emitida em 30/04/2005 pela Eletro Transol - Indústria e Comércio de Materiais Elétricos LTDA, no valor de R\$ 4.324,82, encontra-se elencada no rol de "Omissão de Saídas de Mercadorias Tributáveis" (vide folha 2055), sendo composta integralmente por cabos elétricos, disjuntores, buchas, arruelas e outros elementos necessários à instalação e operacionalização de um transformador elétrico. Todos os elementos descritos encontram-se, até a presente data, acoplados ao aludido equipamento e integrando o ativo fixo deste contribuinte.

A Nota Fiscal nº 50564, emitida em 03/05/2005 pela CEMEC Construções Eletromecânicas S/A, no valor de R\$ 6.229,99, também elencada no rol de "Omissão de Saídas de Mercadorias Tributáveis" (vide folha 2055), refere-se à aquisição do transformador elétrico descrito no item anterior; equipamento este essencial ao funcionamento dos equipamentos elétricos que se encontram no estabelecimento. Diz que anexa a este instrumento fotografias retiradas no dia 15/09/2009 que apresentam o referido transformador sendo utilizado nas atividades operacionais da empresa.

A Nota Fiscal nº 31027, emitida em 05/09/2005 pela Comercial Brasília de Plásticos LIDA está elencada no rol de "Omissão de Saídas de Mercadorias Tributáveis" (vide folha 2.056). Este documento fiscal contém exclusivamente sacolas plásticas impressas para uso nos processos de embalagem das mercadorias vendidas, ou seja, material para uso e consumo.

A Nota Fiscal nº 256871, emitida em 10/08/2006 pela TNL PCS S/A está elencada no rol de "Omissão de Saídas de Mercadorias Tributáveis" (vide folha 2.056). Este documento fiscal contém aparelhos celulares que continuam sendo utilizados por membros e colaboradores da empresa.

Ao final, requer que a autoridade julgadora declare a inconsistência dos elementos descritos e constantes na autuação.

Em sua 3^a informação fiscal o autuante, fls. 2.096 a 2.098, se manifesta da seguinte forma.

Infração 02:

- Notas Fiscais nº 55.577 e 55.578 – Reconhece que o contribuinte comprovou, fls. 2.069 a 2.070, que não se trata de duas operações com os balcões frigoríficos, devem ser excluída da infração;
- Notas Fiscais nº 436.678 e 436.680 – Excluída da autuação antes ao argumento de folha 2.078;
- Nota Fiscal nº 171.209 – Emitente Transol – Aduz que o contribuinte não comprovou que a mesma foi registra em livro fiscal;
- Nota Fiscal nº 50.564 – Emitente Cemec – Aduz que o contribuinte não comprovou que a mesma foi registra em livro fiscal;
- Nota Fiscal nº 31.027 – Emitente Brasplásticis – Aduz que o contribuinte não comprovou que a mesma foi registra em livro fiscal;
- Nota Fiscal nº 256.871 - Emitente TNL – Aduz que o contribuinte não comprovou que a mesma foi registra em livro fiscal;

Infração 03:

- Notas Fiscais nº 55.577 e 55.578 – Excluída da infração antes aos argumentos defensivos, fls. 2.069 a 2.070,;
- Nota Fiscal nº 171.209 – Emitente Transol – Aduz que o contribuinte não comprovou que a mesma foi registra em livro fiscal e nem houve recolhimento;
- Nota Fiscal nº 50.564 – Emitente Cemec – Aduz que o contribuinte não comprovou que a mesma foi registra em livro fiscal e nem houve recolhimento.

Infração 04 – Nota Fiscal nº 31.027 – Emitente Brasplásticis – . comprovou que a mesma foi registra em livro fiscal.

Infração 06:

- Notas Fiscais nº 55.577 e 55.578 – Reconhece que o contribuinte comprovou, fls. 2.069 a 2.070, que não se trata de duas operações com os balcões frigoríficos, devem ser excluída da infração;
- Notas Fiscais nº 436.678 e 436.680 – Excluída da autuação antes ao argumento de folha 2.078;
- Nota Fiscal nº 171.209 – Emitente Transol – Aduz que o contribuinte não comprovou que a mesma foi registra em livro fiscal;
- Nota Fiscal nº 50.564 – Emitente Cemec – Aduz que o contribuinte não comprovou que a mesma foi registra em livro fiscal;
- Nota Fiscal nº 31.027 – Emitente Brasplásticis – Aduz que o contribuinte não comprovou que a mesma foi registra em livro fiscal;
- Nota Fiscal nº 256.871 - Emitente TNL – Aduz que o contribuinte não comprovou que a mesma foi registra em livro fiscal;

Afinal, opina pela reforma parcial do presente Auto de Infração, como segue:

Infração 01 – 03.05.01 = excluí-la totalmente;

Infração 02 – 05.05.01 = reformá-la como exposto às fls. 2.088 e 2.089;

Infração 03 - 06.01.01 = reformá-la como exposto às fls. 2.090;

Infração 04 - 06.02.01 = reformá-la como exposto às fls. 2.091 e 2.092;

Infração 05 - 07.01.01 = reformá-la como exposto às fls. 2.093;

Infração 06 - 16.01.01 = reformá-la como exposto às fls. 2.094;

Infração 07 - 16.01.02 = reformá-la como exposto às fls. 2.095.

Após receber cópia do resultado da diligência e dos novos demonstrativo, o contribuinte em sua 4^a peça defensiva, fls. 2.102 a 2.104, inicialmente expressa sua admiração pelo posicionamento do auditor autuante, o qual, ante as provas carreadas nos autos, excluiu da autuação as notas fiscais 55.577, 55.578, 436.678 e 436.680.

Ressalta que ocorre que um único equívoco remanesce no processo em análise, relativo a infração 02 – 05.05.01, fls. 17 a 37, pois a acusação se trata de “Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, na condição de empresa normal”, entretanto, na manifestação apresentada em 15 de setembro de 2009, a defendente deixou exime de dúvidas, inclusive com a comprovação via fotografia, que não há como se falar em omissão de saída dos produtos descritos nas notas fiscais 171.209/Transol, 50.564/Cemec, 31.027/Brasplásticos, 256.871/TNL, eis que todos estes bens compõe o ativo fixo da empresa, ou são materiais de uso e consumo do contribuinte defendente.

Novamente, transcreve os bens constantes em cada nota fiscal acima mencionado:

1. A nota fiscal nº 171209, emitida em 30/04/2005 pela Eletro Transol – Indústria e Comércio de Materiais Elétricos LTDA, no valor de R\$ 4.324,82, encontra-se elencada no rol de “Omissão de Saídas de Mercadorias Tributáveis” (vide folha 2055), sendo composta integralmente por cabos elétricos, disjuntores, buchas, arruelas e outros elementos necessários à instalação e operacionalização de um transformador elétrico. Todos os elementos descritos encontram-se, até a presente data, acoplados ao aludido equipamento e integrando o ativo fixo deste contribuinte.
2. A nota fiscal nº 50564, emitida em 03/05/2005 pela CEMEC Con, no valor de R\$ 6.229,99, também elencada no rol de “Omissi

“Tributáveis” (vide folha 2055), refere-se à aquisição do transformador elétrico descrito no item anterior; equipamento este essencial ao funcionamento dos equipamentos elétricos que se encontram no estabelecimento. Anexamos a este instrumento fotografias retiradas no dia 15/09/2009 que apresentam o referido transformador sendo utilizado nas atividades operacionais da empresa.

3. A nota fiscal nº 31027, emitida em 05/09/2005 pela Comercial Brasília de Plásticos LTDA está elencada no rol de “Omissão de Saídas de Mercadorias Tributáveis” (vide folha 2056). Este documento fiscal contém exclusivamente sacolas plásticas impressas para uso nos processos de embalagem das mercadorias vendidas, ou seja, material para uso e consumo.
4. A nota fiscal nº 256871, emitida em 10/08/2006 pela TNL PCS S/A está elencada no rol de “Omissão de Saídas de Mercadorias Tributáveis” (vide folha 2056). Este documento fiscal contém aparelhos celulares que continuam sendo utilizados por membros e colaboradores da empresa.

Salienta que, resta claro que não estamos tratando de mercadorias, eis que a defendant não adquiriu referidos produtos com a pretensão de aferir lucro, nem tampouco a venda de tais produtos fazem parte do seu objeto social, não podem ser consideradas mercadorias apta a gerar o dever de recolhimento do tributo, fato que determina a impossibilidade de autuação destas notas fiscais na modalidade de omissão de saída.

Ao final, diz ser imperioso a necessidade de exclusão das notas fiscais acima referidas da autuação atinente a omissão de saídas, constante na infração 02 – 05.05.01, pois estamos diante de bens destinados ao uso e consumo da empresa autuada, que não são considerados mercadorias e, portanto, inaptos a gerar o dever de recolhimento do tributo cobrado.

Em sua 4ª Informação Fiscal o autuante, fls. 2106 a 2107, frisa a situação atualizada das infrações exposta às fls. 2097/8 deste PAF guarda consenso entre o fisco e o contribuinte, exceto por quatro notas fiscais de entradas: 171.209/Transol, 50.564/Cemec, 31.027/Brasplásticos e 256.871/TNL.

Salienta que vai demonstra o motivo destas quatro notas fiscais de entradas (NFE) serem mantidas nas infrações em que elas figuram:

Infração 02 - Se as NFE/s não estão registradas, seus respectivos fornecedores só podem ter sido pagos com dinheiro de venda de mercadoria tributada, também sem registro em livro fiscal próprio. É uma infração de cunho financeiro. Se não há registro, pergunta: de onde saiu o dinheiro para pagar a compra das quatro NFE/s?

Infração 03 - Duas NFE/s estão presentes neste ilícito fiscal, as de nºs 171.209 e 50.564. Trata-se de matéria constitucional na tentativa de melhor distribuir as receitas entre os Estados federados, conforme CF/1988, art. 155,VIII. Se estas duas NFE/s fossem lançadas em livros fiscais próprios, ambas estariam sujeitas ao pagamento da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, por se tratar de mercadoria adquirida em outra unidade da federação e destinada ao ativo do próprio contribuinte.

Infração 04 - A NFE 31.027 está lançada nesta infração. É a mesma argumentação dada à infração anterior, porém, refere-se a mercadoria destinada ao uso e consumo do próprio estabelecimento.

Infração 06 - As quatro NFE/s em questão figuram neste ilícito fiscal. Trata-se de penalidade por descumprimento de obrigação acessória: a de lançar documentos fiscais em livros fiscais próprio. É multa formal.

Afinal, opina pela reforma parcial do presente Auto de Infração, como segue:

Infração 01 – 03.05.01 = excluí-la totalmente;

Infração 02 – 05.05.01 = reformá-la como exposto às fls. 2.088 e 2.089

Infração 03 - 06.01.01 = reformá-la como exposto às fls. 2.090;
Infração 04 - 06.02.01 = reformá-la como exposto às fls. 2.091 e 2.092;
Infração 05 - 07.01.01 = reformá-la como exposto às fls. 2.093;
Infração 06 - 16.01.01 = reformá-la como exposto às fls. 2.094;
Infração 07 - 16.01.02 = reformá-la como exposto às fls. 2.095.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS em decorrência de 7 (sete) irregularidades. Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, sob a alegação de que não adquiriu as mercadorias constantes de algumas notas objeto da autuação, tendo em vista que nos referidos documentos fiscais constam os dados cadastrais do contribuinte autuado, sendo prova material da infração. Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

Na infração 01 é imputada ao autuado recolher a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS.

Em sua defesa o autuado assevera que o ICMS foi recolhido integral, o autuante reconheceu a procedência da alegação defensiva.

Em razão assistir ao autuado, uma vez que o contribuinte comprovou o recolhimento do imposto reclamado antes do início da ação fiscal, mediante cópia do DAE acostada à folha 289, contando o recolhimento do imposto relativo ao mês de 10/2004, recolhido em 15/12/04, com acréscimos moratórios correspondentes.

Infração não caracterizada.

Na Infração 02 é imputada ao autuado a omissão de saída de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas.

Em sua defesa o contribuinte apontou diversas divergências nos levantamento fiscal, informando que verificou nota por nota constante da planilha fiscal, observando que a grande maior das notas fiscais foram devidamente escrituradas, outras foram emitidas para outros contribuintes, outras são aquisições para o ativo imobilizado, conforme planilha acostada a defesa, quando as demais diz que não realizou as aquisições e houve erro de digitação de números de algumas notas.

Na informação fiscal, o auditor aduz que, em relação a planilha acostada pela defesa às folhas 265 a 275, todas as alegações de que as mesmas foram lançadas no livro Caixa, foram excluída da infração. Admite que algumas notas de entradas podem ter sido lançadas com números invertidos ou errados, podendo, no recurso, o contribuinte se utilizar do trabalho de fls. 265 a 275 para lhe informar onde se encontra a nota fiscal de entrada correta, para que possa revisar o levantamento. Assevera que criou, na 3^a coluna da planilha às folhas 265 a 275, grafada à lápis, para demonstrar a sua interpretação para as alegações expostas:

- G- Assertiva do contribuinte tem fundamento. Este item será excluído;
- H- Contribuinte aceita, tacitamente, o procedimento fiscal;
- I- Não existe lançamento no livro Registro de Entradas desta nota fiscal na data indicada e nem em outra data qualquer;
- J- Não apresentou prova material que sustentasse a afirmação;
- K- Acatada a afirmativa que foi lançada no livro Caixa;
- L- Aceita a menção que foi lançada no exercício seguinte.,

Informa que a infração foi reformada, conforme novo demonstrativo de fls. 2.094.

Em nova peça defensiva, fls. 1967 a 1.977, o contribuinte se manifesta sobre a informação e os novos demonstrativos, inicialmente, observa que várias foram as reformas realizadas pelo Agente Fiscal no presente caso, entretanto muitos documentos comprobatórios de equívoco na ação fiscal não foram levados em consideração na informação fiscal, devendosser novamente apreciada pelo órgão julgador, inclusive diante das tantas considerações realizadas na informação fiscal prestada pelo Agente autuante em relação à cada item de acusação.

O PAF foi convertido em diligência, tendo o autuado realizado revisão o levantamento, mais uma vez, excluídos outras notas fiscais.

Após receber cópia do resultado da diligência, o contribuinte volta a se manifestar, pela 3^a vez, questionando às Notas Fiscais nºs 55.577, 55.578, 436.678, 436.680, 171.209, 50.564, 31.027 e 256.871.

Em sua 3^a informação fiscal o autuante, fls. 2.096 a 2.098, acatou os argumentos defensivos e excluiu da infração as Notas Fiscais nºs 55.577, 55.578, 436.678 e 436.680.

Entretanto, não acatou os argumentos defensivos e manteve no levantamento os documentos abaixo indicados:

- Nota Fiscal nº 171.209 – Emitente Transol – Aduz que o contribuinte não comprovou que a mesma foi registrada em livro fiscal;
- Nota Fiscal nº 50.564 – Emitente Cemec – Aduz que o contribuinte não comprovou que a mesma foi registrada em livro fiscal;
- Nota Fiscal nº 31.027 – Emitente Brasplásticis – Aduz que o contribuinte não comprovou que a mesma foi registrada em livro fiscal;
- Nota Fiscal nº 256.871 - Emitente TNL – Aduz que o contribuinte não comprovou que a mesma foi registrada em livro fiscal;

Opina pela reforma parcial da infração 02, conforme planilha às fls. 2.088 e 2.089.

Em sua 4^a manifestação defensiva, o contribuinte volta a questionar a manutenção das Notas Fiscais nºs 171.209, 50.564, 31.027 e 256.871.

Em sua 4^a Informação Fiscal o autuante, fls. 2106 a 2107, frisa a situação atualizada das infrações exposta às fls. 2097/8 deste PAF guarda consenso entre o fisco e o contribuinte, exceto quanto a quatro notas fiscais de entradas: 171.209/Transol, 50.564/Cemec, 31.027/Brasplásticos e 256.871/TNL.

Após todas as manifestações defensivas e da fiscalização, no total de 08 (oito), entendo razão assistir ao contribuinte em relação as notas fiscais que forma excluídas nas revisões fiscais realizadas.

A imputação acima se encontra embasada no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, o qual transcrevo para um melhor entendimento.

“LEI N° 7.014 DE 04 DE DEZEMBRO DE 1996

(...)

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

No mesmo sentido, o RICMS/97 estabelece que presume-se a ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração entradas de mercadorias ou bens não registradas, “in verbis:”

“DECRETO Nº 6.284 DE 14 DE MARÇO DE 1997

(...)

Art. 2º Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

(...)

§ 3º 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:

(...)

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;”

Observa-se que os dispositivos legais acima transcritos, estabelecem que tal presunção poderá ser elidida pelo sujeito passivo.

Em sua defesa o autuado elidir a imputação em relação as diversas notas fiscais, as quais foram excluídas da autuação.

No tocante as quatro notas que remanescem em lide, Notas Fiscais nºs 171.209, 50.564, 31.027 e 256.871, entre o autuante e o autuado, meu posicionamento é que o contribuinte não comprovou os respectivos registros fiscais, devendo serem mantidas na infração, juntamente com as demais notas fiscais que não foram questionadas de defesa.

Alegação defensiva de que são relativas as aquisições de bens para ativo imobilizado e material de consumo, não é capaz de elidir a presunção, uma vez que as notas fiscais decorrente dessas aquisições devem ser escrituradas no livro Registro de Entradas, o que não foi comprovado pelo autuado. Tal fato, de acordo com os dispositivos acima transcritos caracterizam plenamente a aplicação da presunção de que tais pagamentos foram realizados pelo sujeito passivo com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Assim, acolho o resultado da última revisão fiscal, conforme demonstrativo acostado às folhas 2.088 e 2.089, estando parcialmente caracterizada a infração 02, no valor de R\$ 4.873,39, conforme abaixo:

INFRAÇÃO	DATA OCORR	VALOR DEVIDO
2	31/12/04	564,23
2	31/01/05	80,21
2	28/02/05	166,97
2	31/03/05	264,62
2	30/04/05	805,03
2	31/05/05	1.059,10
2	30/06/05	258,15
2	30/09/05	775,60
2	31/10/05	343,15
2	27/04/06	297,34

2	10/08/06	258,99
TOTAL INF 02		4.873,39

Na infração 03 é imputada ao autuado a falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Em sua defesa o sujeito passivo assevera que, conforme se pode ver da planilha juntada relativa ao papel de trabalho da infração 06.01.01, em várias das operações mencionadas pelo fisco houve o pagamento integral do diferencial de alíquota devido, os quais estão comprovados com a juntada dos DAE's. Ressalta que, além dessas comprovações de pagamento que eliminam praticamente toda a acusação fiscal, é importante registrar outro equívoco constante neste item. Frisa que a fiscalização exige ICMS diferencial de alíquota das notas fiscais nº 55.577 e 55.578, as quais foram emitidas em substituição às notas fiscais nº's 55.416 e 55.417.

Na 1ª informação fiscal, o autuante acatou o argumento defensivo, reconhecendo que o contribuinte à folha 1.009 comprova ter recolhido o ICMS pertinente as Notas Fiscais nº 69.839 a 69.842. Informa que a infração foi reformada conforme novo demonstrativo acostado às folhas 1.945 a 1.946.

Em sua 2ª manifestação defensiva, o sujeito passivo aduz que apresenta os pagamentos correspondentes às notas fiscais questionadas, e o livro fiscal de Entradas. Aduz ainda, apresenta os pagamentos correspondentes às notas fiscais questionadas, e o livro fiscal Registro de Entradas comprovaria os registradas dos documentos fiscais, sendo totalmente improcedente as infrações.

Na 2ª informação fiscal, o autuante reconhece que o às folhas 1009 o contribuinte prova ter recolhido ICMS pertinente as NF/s 69839 a 69842, informando que a infração foi reformada, fl. 2057.

O PAF foi convertido em diligência, tendo o autuado realizado revisado o levantamento, mais uma vez, excluídos outras notas fiscais.

Após receber cópia do resultado da diligência, o contribuinte volta a se manifestar, pela 3ª vez, questionando às Notas Fiscais nº's 55.577 e 55.578, reiterando que o valor foi incluído em duplicidade.

Em sua 3ª informação fiscal o autuante, fls. 2.096 a 2.098, acatou os argumentos defensivos e excluiu da infração as Notas Fiscais nº's 55.577 e 55.578. Entretanto, não acatou os argumentos defensivos e manteve no levantamento os documentos abaixo indicados:

- Nota Fiscal nº 171.209 – Emitente Transol – Aduz que o contribuinte não comprovou que a mesma foi registrada em livro fiscal;
- Nota Fiscal nº 50.564 – Emitente Cemec – Aduz que o contribuinte não comprovou que a mesma foi registrada em livro fiscal;
- Nota Fiscal nº 31.027 – Emitente Brasplásticis – Aduz que o contribuinte não comprovou que a mesma foi registrada em livro fiscal;

Conforme já analisado na infração 01, o contribuinte não comprovou ter escrivitado às Notas Fiscais nº 171.209, 50.564 e 31.027, bem como não comprovou ter recolhido o ICMS devido, sendo correto a manutenção das mesmas na infração, razão pela qual acato o demonstrativo da infração revisado à folha 2.090 dos autos.

Assim, entendo que a infração 03 restou parcialmente procedente, no valor de R\$ 1.163,88, conforme abaixo:

INFRAÇÃO	DATA OCORR	VALOR DEVIDO
3	30/04/05	216,24

Created with

3	31/05/05	311,50
3	30/06/05	485,19
3	31/10/07	150,95
TOTAL		1.163,88

Na infração 04 é imputada ao autuado a falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do próprio estabelecimento.

Em sua defesa o sujeito passivo, assevera que, conforme planilha juntada relativa ao papel de trabalho da infração 06.02.01, em várias das operações mencionadas pelo fisco houve o pagamento integral do diferencial de alíquota devido, os quais estão comprovados com a juntada dos DAE's.

Na 1ª informação fiscal, o autuante acatou o argumento defensivo, reconhecendo que o contribuinte à folha 1.009 comprova ter recolhido o ICMS pertinente as Notas Fiscais nº 69.839 a 69.842. Informa que a infração foi reformada conforme novo demonstrativo acostado às folhas 1.947 a 1.948.

Acolho o levantamento revisado pelo autuante, uma vez que a defesa comprovou suas alegações mediante documentos acostados aos autos, tendo o contribuinte recebido cópia do novo demonstrativo e não mais apresentado nenhuma questionamento relativo a infração em lide em sua 3ª defesa defensiva.

Assim, entendo que a infração 04 restou parcialmente procedente, no valor de R\$ 1.677,40, conforme abaixo:

INFRAÇÃO	DATA OCORR	VALOR DEVIDO
4	31/05/05	529,08
4	31/08/05	50,89
4	30/09/05	234,00
4	30/04/06	12,00
4	30/06/06	27,00
4	31/07/06	30,00
4	31/08/06	195,60
4	30/09/06	138,40
4	31/10/06	199,40
4	30/11/06	261,03
TOTAL		1.677,40

Na infração 05 é imputada ao autuado a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88.

Em sua defesa o autuado apresenta vários DAEs para comprovar o pagamento referente a várias notas mencionadas no trabalho fiscal.

Na 1ª informação fiscal, o autuante reconhece que às folhas 1096 a 1098 o contribuinte comprovam os pagamentos relativos às Notas Fiscais de entradas nºs. 140.734, 205.630 e 439.883, as quais excluiu do novo demonstrativo acostado às folhas 1.949.

Acolho o levantamento revisado pelo autuante, uma vez que a defesa comprovou suas alegações mediante documentos acostados aos autos, tendo o contribuinte recebido cópia do novo demonstrativo e não mais apresentado nenhuma questionamento relativo a infração em lide em sua 3ª defesa defensiva.

Assim, entendo que a infração 05 restou parcialmente procedente, no valor de R\$ 472,52, conforme abaixo:

INFRAÇÃO	DATA OCORR	VALOR DEVIDO
5	31/12/04	146,51
5	28/02/06	32,91
5	30/04/06	126,01
5	31/12/06	167,09
TOTAL		472,52

Na infração 06 é imputada ao autuado ter dado entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

Em sua defesa o autuado argumenta que as infrações 06 e 07, devem ser analisadas em conjunto com aquela contida na infração 02, que diz respeito à omissão de saída em face da entrada de mercadorias não registradas nos livros fiscais da autuada. Como já restou demonstrado naquele item, e agora se faz novamente com a juntada de nova planilha e dos livros de entrada (documentos anexos), inúmeras são os documentos fiscais devidamente registrados nos livros do contribuinte. Nas planilhas estão demonstrados a data efetiva do registro das operações, o que derruba por terra boa parte do lançamento fiscal.

Assim, como na infração 02 o autuante realizou três revisões fiscais.

Em sua 4ª manifestação defensiva, o contribuinte volta a questionar a manutenção das Notas Fiscais nºs 171.209, 50.564, 31.027 e 256.871.

Após todas as manifestações defensivas e da fiscalização, no total de 08 (oito), entendo razão assistir ao contribuinte em relação as notas fiscais que forma excluídas nas revisões fiscais realizadas.

No tocante as quatro notas que remanescem em lide, Notas Fiscais nºs 171.209, 50.564, 31.027 e 256.871, entre o autuante e o autuado, meu posicionamento é que o contribuinte não comprovou os respectivos registros fiscais, devendo serem mantidas na infração, juntamente com as demais notas fiscais que não foram questionadas de defesa.

Alegação defensiva de são relativas as aquisições de bens para ativo imobilizado ou material de consumo, não é capaz de elidir a presunção, uma vez que as notas fiscais decorrente dessas aquisições devem ser escrituradas no livro Registro de Entradas, fato que não foi comprovado pelo autuado. Tal fato, de acordo com o inciso IX, do Art. 42, da Lei nº 7.014/96, deve ser aplicado a multa 10% sobre os valores das referidas notas fiscais.

Assim, acolho o levantamento revisado pelo autuante, fl. 2.094, uma vez que a defesa comprovou suas alegações, parcialmente, mediante documentos acostados aos autos, tendo o contribuinte recebido cópia do novo demonstrativo e não mais apresentado nenhuma questionamento relativo a infração em lide em sua 3ª defesa defensiva.

Assim, entendo que a infração 06 restou parcialmente procedente, no valor de R\$ 2.785,55, conforme abaixo:

INFRAÇÃO	DATA OCORR	BASE CÁLCULO	VALOR DEVIDO 10%
6	31/12/04	3.318,98	331,90
6	31/01/05	469,63	46,96
6	28/02/05	973,76	97,38
6	31/03/05	1.556,61	

6	30/04/05	4.735,46	473,55
6	31/05/05	6.229,99	623,00
6	30/06/05	600,00	60,00
6	30/09/05	4.680,00	468,00
6	31/10/05	2.018,52	201,85
6	27/04/06	1.749,08	174,91
6	10/08/06	1.523,47	152,35
TOTAL INF		27.855,50	2.785,55

Na infração 07 é imputada ao autuado ter dado entrada no estabelecimento de mercadoria não-tributada sem o devido registro na escrita fiscal.

Em sua defesa o autuado argumenta que as infrações 06 e 07, devem ser analisadas em conjunto com aquela contida na infração 02, que diz respeito à omissão de saída em face da entrada de mercadorias não registradas nos livros fiscais da autuada.

Na 3^a informação fiscal, o autuante, do mesmo modo que no item anterior, informa que as alegações fundamentadas pelo contribuinte foram acatadas, estando o novo demonstrativo às folha 2.095.

Acolho o levantamento revisado pelo autuante, uma vez que a defesa comprovou suas alegações mediante documentos acostados aos autos, tendo o contribuinte recebido cópia do novo demonstrativo e não mais apresentado nenhuma questionamento relativo a infração em lide em sua 3^a defesa defensiva.

Assim, entendo que a infração 07 restou parcialmente procedente, no valor de R\$ 12,04, conforme abaixo:

INFRAÇÃO	DATA OCORR	BASE CÁLCULO	VALOR DEVIDO 1%
7	30/11/05	1.204,20	12,04
TOTAL		1.204,20	12,04

Quanto ao pedido de redução da multas das infrações 06 e 07, embora exista previsão legal, o art.158, do RPAF/99, estabelece que as penalidades por descumprimento de obrigação acessória poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, mediante o atendimento de determinadas condições, quais sejam: 1) desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e 2) que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo. Condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte, uma vez que no próprio Auto de Infração restou comprovado a falta de recolhimento do ICMS, em mais de um infração. Logo, entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$10.984,78, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR DEVIDO
1	IMPROCEDENTE	0,00
2	PROCEDENTE EM PARTE	4.873,39
3	PROCEDENTE EM PARTE	1.163,88
4	PROCEDENTE EM PARTE	
5	PROCEDENTE EM PARTE	

6	PROCEDENTE EM PARTE	2.785,56
7	PROCEDENTE EM PARTE	12,04
TOTAL		10.984,79

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269515.0009/08-4, lavrado contra **ODESINA PIMENTEL MOREIRA RIBEIRO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.187,19**, acrescido das multas de 60% sobre R\$3.313,80 e de 70% sobre R\$ 4.873,39, previstas no art. 42, II, alíneas “d” e “f” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$2.797,60**, previstas no art. 42, IX e XI, da mesma lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o estabelecido pela Lei nº 9837/05.

Esta Junta recorre da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR