

PROCESSO - A. I. Nº 022227.0015/07-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ARAGOM MODAS LTDA.
RECORRIDOS - ARAGOM MODAS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0326-02/09
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
INTERNET - 12/05/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0091-11/11

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Exigência fiscal parcialmente subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que previsione a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Exigência fiscal parcialmente subsistente. 3. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos, nem provada a existência de erros materiais do levantamento fiscal. Reduzido o débito por ter sido aplicada a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 57/2007 sobre o débito apurado. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte – Acórdão JJF nº 0326-02/09’, lavrado em 26/09/2007, para exigência de ICMS no valor total de R\$218.151,71, decorrente do cometimento de cinco infrações, sendo objeto de ambos os Recursos apenas as imputações tituladas como infrações 01, 02 e 03, a seguir descritas:

1. Falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, no total de R\$7.704,48, nas aquisições interestaduais de mercadorias não escrituradas nos livros fiscais, provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, no período de março a dezembro de 2004, abril a novembro de 2005, fevereiro, julho e setembro de 2006, conforme demonstrativos e documentos de fls. 15 a 17 e notas fiscais de fls. 18 a 73. Em complemento consta: *“Referente às Notas Fiscais originárias do CFAMT e do PGF não contabilizadas.”*
2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$52.898,14, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias não escrituradas nos livros fiscais, provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, no período de janeiro a dezembro de 2003, fevereiro a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, e janeiro a dezembro de 2006, conforme demonstrativos e documentos de fls. 74 a 413. Em complemento consta: *“Referente às Notas Fiscais originárias do CFAMT e do PGF não contabilizadas.”*
3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$157.168,64, referente à omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldos credores na conta “Caixa”, nos meses de julho de 2003 a dezembro de 2006, conforme demonstrativos de fls. fls. 414 a 555 e notas fiscais de fls.556 a 946.

Obedecidos os trâmites legais, o contribuinte apresentou impugnação tempestiva (fls. 1132 a 1146), inicialmente arguindo nulidade da autuação, sob os fundamentos de não-cumprimento do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, reportando-se a três preliminares.

Em seguida, no mérito, sustentou ser a cobrança do imposto por antecipação parcial indevida, pois se o contribuinte não efetuar o pagamento na forma estabelecida, mas, se as operações foram incluídas no seu movimento com mercadorias, somente seria cabível a aplicação de multa. Aduziu que, no presente caso, as notas constantes das informações PGF e CFAMT foram objeto de cobrança no roteiro de Caixa do estabelecimento Matriz, para fins de cobrança também do ICMS, como “pagamentos não contabilizados”, portanto se defendendo no sentido de restar apenas a multa pelo descumprimento do dever legal.

Quanto à infração 2, alegou que valores foram lançados no roteiro de Caixa do estabelecimento matriz, e que não foram juntadas ao processo as cópias das notas fiscais relacionadas à fl. 1.158, devendo, por conseguinte, ser excluídas deste item e do levantamento que resultou em omissão de receita.

Reportando-se à infração 3, o autuado apontou diversos equívocos que teriam ocorrido na apuração, asseverando que não foram excluídos do levantamento fiscal os valores correspondentes à substituição tributária, bem como desconsiderado o crédito presumido de 8%, nos períodos de apuração e, prevalecendo o levantamento fiscal, deve ser aplicada na determinação da base de cálculo devida, a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, para a exclusão das operações sujeitas ao regime de substituição tributária.

O autuante prestou as informações de praxe (fls. 1466 a 1468), analisando todos os itens e, após considerar prejudicadas as alegações defensivas, manteve integralmente a autuação.

O autuado, através de advogada legalmente constituída, após vista dos autos, apresentou nova manifestação de fls. 1482 a 1491, combatendo a informação fiscal e renovando os argumentos defensivos.

Em face da controvérsia entre as razões defensivas e a autuação, relativamente às infrações 1, 2 e 3, e visando esclarecer algumas questões no levantamento fiscal, o processo foi submetido à pauta suplementar do dia 26/06/2008, sendo decidido pelo seu encaminhamento à ASTEC/CONSEF, para revisão fiscal, nos termos do despacho constantes às fls. 1.497 a 1.499, sendo cumprida a diligência por fiscal estranho ao feito, conforme Parecer ASTEC nº 0163/2008 (fls.1.500 a 1.505).

A JJF, na assentada de julgamento, decidiu encaminhar o processo ao autuante, em diligência, a qual foi atendida, consoante informação de fls. 1608/1609.

O sujeito passivo, devidamente cientificado, voltou a se manifestar às fls. 1690/1693, arguindo principalmente a incerteza do crédito tributário, em face da inclusão de documentos após a impugnação, razão pela qual requereu a nulidade do Auto de Infração, ou se assim não fosse, pela procedência em parte.

A Junta de Julgamento Fiscal, de plano, rejeitou as preliminares de nulidade suscitadas, por entender que o PAF se encontrava revestido das formalidades legais, uma vez determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, não estando presentes qualquer dos motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA, pois as exigências fiscais estão fundamentadas em diplomas legais vigentes, nos demonstrativos e cópias de notas fiscais e demais documentos que fundamentaram cada item da autuação.

De outra parte, destacou que visando evitar futura alegação de cerceamento de defesa, na fase de instrução, o processo foi baixado em diligência à ASTEC/CONSEF, esclarecendo-se as questões suscitadas na defesa, sendo acolhidas aquelas comprovadamente consignadas de forma indevida no levantamento fiscal.

Após analisar individualmente cada uma das três preliminares, concluiu a JJF não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometessem a eficácia da autuação fiscal, sendo as questões com eventuais erros na apuração do débito objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, por já ter sido o Auto de Infração submetido a duas revisões fiscais.

Assim, foram rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas na defesa.

No mérito, ressaltou que em relação aos débitos das infrações 4 e 5, inexistente lide, uma vez que o sujeito passivo, em sua peça defensiva, apenas impugnou as infrações 1, 2 e 3.

Prosseguindo, a JJF julgou pela Procedência em Parte do Auto de Infração, sob os fundamentos a seguir transcritos:

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

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

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

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

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

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

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

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

Conforme dito acima, o trabalho fiscal está baseado cópias de notas fiscais coletadas nos postos fiscais da SEFAZ e obtidas junto ao CFAMT, e através do arquivo SINTEGRA, cujas cópias destas últimas foram apresentadas pelos fornecedores através de circularização a pedido da SAT/DAT/NORTE/INFAZ/SERRINHA (docs.fls. 1.629 a 1.685), e foram carreadas aos autos pela autuante e se encontram juntamente com as correspondências às fls. 80 a 1.074, e entregues, pela repartição fazendária, cópias de tais documentos fiscais.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

JFF, que a autuante adotasse as providências constante no despacho à fl. 1.605, tendo a mesma prestado a informação fiscal constante às fls. 1.608 a 1.609.

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

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

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

INFRAÇÃO 01

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

INFRAÇÃO 02

		EXCLUSÕES - DÉBITOS DAS NF SINTEGRA		
MESES	VL.INF.FISCAL	N.FISCAIS	VALOR	VL.DEVIDO
abr/03	803,05			803,05
mai/03	2.340,09			2.340,09
jun/03	1.238,50	229171	147,11	1.091,39
jul/03	1.386,86			1.386,86
ago/03	1.863,59			1.863,59
set/03	247,01			247,01
out/03	1.892,48	362084; 610227; 613177; 811659	750,59	1.141,89
nov/03	2.179,30	149466; 156830; 250594; 69202	623,15	1.556,15
dez/03	146,37	264170	84,75	61,62
jan/04	210,31		-	210,31
fev/04	372,78		-	372,78
mar/04	313,32		-	313,32
abr/04	2.260,83	658124; 197848; 659420/421; 659509	316,30	1.944,53
mai/04	1.996,33	861215; 477405	137,35	1.858,98
jun/04	756,26		-	756,26
jul/04	1.305,23		-	1.305,23
ago/04	1.633,54	634600; 637016	126,87	1.506,67
set/04	1.271,03	75381	303,30	967,73
out/04	3.645,98	706312; 879635; 757333; 774270	371,25	3.274,73
nov/04	4.574,72		-	4.574,72
dez/04	686,86		-	686,86
jan/05	375,72			375,72
fev/05	339,52	967777; 347187	202,68	136,84
mar/05	380,42	9548; 39457	249,04	131,38
abr/05	1.467,48	162259	36,09	1.431,39
mai/05	2.949,34	191176; 512571; 9814; 260047	742,66	2.206,68
jun/05	1.052,53	319357	42,11	1.010,42
jul/05	661,54	31611	502,21	159,33

ago/05	405,88	710759	219,53	186,35
set/05	661,66	332638	70,38	591,28
out/05	3.238,43	28142; 945487; 342488; 181770; 371565	835,68	2.402,75
nov/05	2.772,61	182955; 411271; 81867; 663505	413,02	2.359,59
dez/05	598,35	187531	35,29	563,06
jan/06	768,32			768,32
fev/06	365,18	362659	61,45	303,73
mar/06	206,59			206,59
abr/06	656,08			656,08
jun/06	218,26	162734	218,26	-
jul/06	413,42	390386	413,42	-
ago/06	502,21	31611	502,21	-
set/06	1.452,84	31670; 599532/33; 262579	1.452,84	-
out/06	105,10	808502	105,10	-
dez/06	511,98			511,98
TOTAL	51.227,90		8.962,64	42.265,26

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

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

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

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

Para elidir tal presunção, o sujeito passivo na peça impugnatória alegou que na auditoria de Caixa: houve inclusão indevida de notas fiscais e duplicidade de lançamento; não foi deduzido o crédito presumido de 8% em função de sua condição do contribuinte enquadrado no regime do SIMBAHIA; ocorreu inclusão de notas fiscais referentes a mercadorias sujeitas à antecipação tributária total e antecipação parcial; não foi aplicada a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007 sobre as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

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

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

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

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

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

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

e) com relação ao pedido para aplicação da proporcionalidade prevista na IN 56/2007, restando ratificado na revisão fiscal que o estabelecimento, no período objeto da autuação, comercializa com mercadorias tributadas e com fase de tributação encerrada (regime de substituição tributária), é devido aplicar o percentual de proporcionalidade das mercadorias tributadas sobre o débito apurado, tomando por base inclusive o

demonstrativo fornecido pelo autuado à revisão fiscal, constante às fls.1.510 a 1.511, pois foi atestado pelo diligente fiscal a fidedignidade dos números neles constantes.

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

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

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

INFRAÇÃO 01					
Data Ocor.	Data Vencido.	B.de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vl.do Débito
31/03/2004	09/04/2004	1.897,65	17,00	60	322,60
30/04/2004	09/05/2004	4.426,88	17,00	60	752,57
31/05/2004	09/06/2004	1.589,88	17,00	60	270,28
30/06/2004	09/07/2004	3.683,82	17,00	60	626,25
31/07/2004	09/08/2004	2.998,59	17,00	60	509,76
30/09/2004	09/10/2004	505,29	17,00	60	85,90
31/10/2004	09/11/2004	2.405,82	17,00	60	408,99
30/11/2004	09/12/2004	2.658,59	17,00	60	451,96
31/12/2004	09/01/2005	501,24	17,00	60	85,21
30/04/2005	09/05/2005	2.108,35	17,00	60	358,42
31/05/2005	09/06/2005	4.182,35	17,00	60	711,00
30/06/2005	09/07/2005	1.964,94	17,00	60	334,04
31/08/2005	09/09/2005	3.730,18	17,00	60	634,13
31/10/2005	09/11/2005	1.115,06	17,00	60	189,56
30/11/2005	09/12/2005	274,12	17,00	60	46,60
28/02/2006	09/03/2006	1.430,59	17,00	60	243,20
30/09/2006	09/10/2006	3.247,65	17,00	60	552,10
TOTAL					6.582,57

INFRAÇÃO 2

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

31/01/2006	09/02/2006	4.519,53	17,00	60	768,32
28/02/2006	09/03/2006	1.786,65	17,00	60	303,73
31/03/2006	09/04/2006	1.215,24	17,00	60	206,59
30/04/2006	09/05/2006	3.859,29	17,00	60	656,08
31/12/2006	09/01/2007	3.011,65	17,00	60	511,98
TOTAL					42.265,26

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO – INFRAÇÃO 03

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

INFRAÇÃO	VL.INICIAL	VL.DEVIDO	CONCLUSÃO
1	7.704,48	6.582,57	Subsistência parcial
2	52.898,14	42.265,26	Subsistência parcial
3	157.168,64	54.497,16	Subsistência parcial

4	166,45	166,45	Não impugnado
5	214,00	214,00	Não impugnado
TOTAIS	218.151,71	103.725,44	

Em face da Decisão pela procedência parcial, a JF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

De sua parte, o sujeito passivo, inconformado, apresentou Recurso Voluntário (fls. 1733 a 1749), pedindo a reforma da Decisão em relação às mesmas infrações 1, 2 e 3.

Em sua peça recursal, o recorrente ratificou as razões aduzidas em suas manifestações anteriores, sustentando, principalmente, que o lançamento fiscal não poderia se basear em meras presunções ou indícios, sendo da Administração Tributária o ônus da prova da suposta ocorrência, portanto não poderia se conformar com a simples afirmativa de que os documentos comprobatórios deveriam estar na posse do sujeito passivo e, por conseguinte, deveriam ser trazidos aos autos.

Asseverou que o tributo somente seria devido se ocorresse o fato, o qual, nos termos da lei, cria a obrigação tributária correspondente, sendo absurdo ter o contribuinte de pagar um tributo apenas porque não teve condições de provar a inoccorrência de determinado fato.

Reiterou o protesto no sentido da necessidade de julgamento em conjunto dos dois autos de infração, o da filial e o presente (da matriz), porque, além de indevidos porque baseados nos relatórios CFANT e PGF, as mesmas notas fiscais foram incluídas no roteiro de auditoria de caixa da matriz, “*sem excluir a cobrança por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (calçados) provenientes de outras Unidades da Federação.*”

Arguiu que a falta de apresentação das provas referentes às notas fiscais constantes dos relatórios invalidava a acusação de falta de recolhimento de antecipação parcial, bem como por substituição também invalida o ICMS apurado pelo roteiro de caixa, e, se comprovadas as aquisições, esses documentos não poderiam ser cobrados em duplicidade, alegando, para comprovar tal duplicidade, que o autuado relacionou diversas notas fiscais, além das que já constavam em duplicidade no “relatório”.

Afirmou então que: “*Portanto verificado que o Auto de Infração desatente as formalidades legais, outra alternativa não restaria senão o julgamento pela declaração de sua nulidade.*”

Ao se referir à omissão de saídas constatadas através do saldo credor de caixa, argumentou que restou comprovado que as mesmas notas fiscais objeto de reclamação de ICMS na filial foram incluídas no caixa pelo fato da empresa ter escrituração única de livro Caixa.

Aduziu que, da presunção de ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, sempre que a escrituração indicasse credor de caixa, deveriam ser excluídas as mercadorias sujeitas à substituição tributária, posto que, uma vez pago o tributo se encerrava a fase de tributação e “*se não foi pago e esta se cobrando agora com o lançamento e este mesmo fato não poderá servir para cobrança do ICMS ainda que por presunção.*”

Insistiu no argumento de que as notas fiscais do CEFAMT e do PGF que serviram de base para a cobrança de ICMS, por falta de recolhimento da antecipação parcial e da substituição tributária, não poderiam ser incluídas também no roteiro de auditoria de caixa, entendendo que o critério adotado pela fiscalização violava a regra que proíbe dupla tributação sobre o mesmo sujeito tributário e mesma coisa.

Aludiu que a presunção de “estouro de caixa” para ser legal e ter valor probante necessitaria provar que as notas fiscais lançadas foram efetivamente recebidas pelo contribuinte recorrente, assim como demonstrada a proporcionalidade das operações dos valores com mercadorias isentas, não tributadas ou sujeitas à substituição tributária consideradas na base de cálculo.

Prosseguiu a irresignação, sustentando ser o certo que a *“Autuante exigisse no lançamento fiscal guerreado o ICMS referente a substituição tributária em duplicidade, pois manuseou a documentação do autuado e não fez a devida proporcionalidade como determinam a IN 56/2007 da Superintendente de Administração Tributária e as decisões reiteradas do Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, no sentido excluir da base de cálculo do ICMS, para apuração da suposta omissão de saídas presumidas, nos termos do §3º do art. 2º do RICMS/97, com matriz no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96”*.

Entendeu o recorrente que *“a presunção legal não transferia ao autuado a obrigação do fiscal de determinar a matéria tributável, como pretende a n. Auditora Fiscal, de modo que as Informações do autuante e o resultado da Diligência confirmam que o lançamento não atende o que determina o artigo 142 do CTN e a legislação estadual, pelo que é nulo de pleno direito, pois o nosso ordenamento jurídico ainda não admite exigência de tributo baseado em incerteza...”*

Por fim, afirmou que, conforme demonstrado, os lançamentos violavam a sistemática do nosso direito, afrontando a princípios consagrados no Texto Constitucional, devendo ser o Recurso Voluntário julgado procedente para reformar a Decisão recorrida, por ser medida de Direito e de Justiça.

A ilustre representante da PGE/PROFIS apresentou o seu Parecer (fls. 1753 a 1756), opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, considerando a ausência de argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do Acórdão recorrido.

Destacou se encontrarem as infrações devidamente tipificadas e alicerçadas na legislação tributária estadual, tendo sido respeitados, na integralidade, os princípios constitucionais da ampla defesa.

Aduziu ter sido o processo convertido em diligência fiscal para verificação de possíveis lançamentos em duplicidade e *“Assim sendo, as alegações de nulidades deverão ser afastadas por falta de amparo legal.”*

No mérito, confirmou a procedência parcial das infrações referentes à antecipação tributária parcial e antecipação tributária por substituição, após a revisão dos lançamentos pela ASTEC, exclusão de notas fiscais não comprovadas, bem como a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através saldo credor na conta Caixa, não tendo o sujeito passivo comprovado a origem dos Recursos.

Ressaltou ter o contribuinte apresentado argumentos irrelevantes e inaptos para elidir a presunção de legitimidade da ação fiscal, concluindo pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Após o Parecer, o sujeito passivo ingressou com a petição de fls. 1758/1760, sob a alegação de se manifestar sobre a diligência requerida pela 2ª JF, tendo, no ensejo, apenas renovado os argumentos já apresentados na impugnação e no Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, em face de ter a JF exonerado parcialmente o sujeito passivo do débito relativamente às infrações 1, 2 e 3, conforme previsto no art. 169, I, “a-1”, do RPAF, e Voluntário, este último visando modificar a Decisão da 1ª Instância referentemente às mesmas increpações do Auto de Infração em comento.

Inicialmente, no que atine às preliminares de nulidade repisadas no Recurso Voluntário, rejeito-as, de plano, por se encontrarem a ação fiscal e o PAF, revestidos das formalidades legais, estando determinados, com clareza, o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, portanto, inexistindo qualquer dos motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA, ressaltado o aspecto de que as exigências fiscais estão

fundamentadas em diplomas legais vigentes, nos demonstrativos, cópias de notas fiscais e demais documentos que fundamentam cada item da autuação, restando inviabilizada qualquer dúvida quanto ao exercício do pleno direito de defesa.

Outrossim, válido frisar que durante a instrução em primeira instância, a JJF, objetivando esclarecer pontos questionados pela defesa e buscando a verdade material, converteu o processo em diligência à ASTEC/CONSEF, a qual atendeu ao quanto solicitado, elucidando as questões suscitadas nas preliminares aduzidas na defesa, sendo acolhidas aquelas que, comprovadamente, foram consignadas de forma indevida no levantamento fiscal.

De outra parte, foram prestadas pelo autuante duas informações fiscais, tendo o sujeito passivo, em ambas as oportunidades, apresentado as suas manifestações.

Tangentemente à tese do contribuinte de que os Autos de Infração n^{os} 022227.0015/07-1 e 022227.0016/07-8 deveriam ser julgados conjuntamente, comungo do entendimento da JJF, na linha de que, embora as acusações fiscais tenham pertinência entre si, os números e os documentos fiscais se referem a estabelecimentos distintos (matriz e filial) e a legislação tributária trata o tema de forma bastante clara, considerando matriz e filial como estabelecimentos distintos.

Por outro lado, razão também não assiste ao recorrente quando sustenta a inclusão indevida de notas fiscais sem a comprovação do efetivo recebimento das mesmas, bastando para tanto a simples leitura de trecho do acórdão recorrido, às fls. 1713/1714, para se constatar que a Decisão, de conformidade com a própria jurisprudência desse CONSEF, excluiu todas as notas fiscais obtidas junto aos fornecedores, mesmo existindo cópias no processo, destacado o aspecto de não terem sido apresentados elementos capazes de comprovar as aquisições das mercadorias pelo autuado.

A par disso, não pode ser acolhida a alegação de que no roteiro de Caixa aplicado (infração 3) foram incluídas notas fiscais originárias das “Informações CFAMT e do PGF não contabilizadas”, como “pagamentos não declarados”, as quais serviram de base para o cálculo da antecipação tributária (infrações 01 e 02), porquanto o contribuinte incorre, reiteradamente, em entendimento equivocado, uma vez que as diferenças apuradas na auditoria de Caixa se reportam à presunção legal de operações de saídas anteriores que foram utilizadas no pagamento das compras objeto da exigência do imposto por antecipação tributária, não se confundindo com a obrigação de pagamento do imposto por antecipação, decorrente das mercadorias adquiridas, constantes das referidas notas fiscais.

Meritoriamente, o Recurso Voluntário não trouxe à apreciação desta CJF qualquer fato novo, concreto, tratando-se de repetição, *ipsis litteris*, da impugnação inicial, estando a procedimentalidade desacompanhada de prova documental robusta, capaz de sustentar a argumentação do recorrente e promover alguma alteração no julgamento do feito.

O recorrente insiste na sustentação de que, para apuração da proporcionalidade, não foi aplicada corretamente a Instrução Normativa n^o 56/07, sem, entretanto, apresentar qualquer demonstrativo ou elemento probatório que comprove a sua alegação.

O que se constata nos autos, sem margem a dúvidas, é o fato de ter a JJF, amparada em diligência realizada pela ASTEC, promovido todas as correções necessárias no levantamento fiscal, aplicando corretamente a referida Instrução, de tudo resultando a redução do valor da infração 3, de R\$157.168,64 para R\$54.497,16.

Ainda em suas alegações recursais, o sujeito passivo busca transferir para o fisco, na autuação por presunção, o ônus da prova, nesse particular, necessária a invocação do artigo 143 do RPAF – BA para asseverar que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Nesse contexto, depois de analisar cuidadosamente a procedimentalidade e constatar ser a matéria eminentemente fática, mantenho a procedência parcial das infrações 1, 2 e 3, objetos dos

Recursos de Ofício e Voluntário, encontrando-se o julgamento de primeira instância embasado em provas documentais, valendo ressaltar que ditos fatos-suportes foram reconhecidos pelo próprio autuante, pela ASTEC, na oportunidade do atendimento às solicitações da diligência, e pela JJF, de tudo resultando os ajustes e correções efetivados pela instância de piso, cuja Decisão reputo incensurável, porquanto em estrita consonância com as normas vigentes.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os Recursos de Ofício e Voluntário, mantendo integralmente a Decisão recorrida, nesse passo, reduzindo o valor total do débito do Auto de Infração para R\$103.725,42, adotados como demonstrativo dos débitos os quadros apresentados no acórdão, às fls. 1716, 1717 e 1718 dos autos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **22227.0015/07-1**, lavrado contra **ARAGOM MODAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$103.725,42**, acrescido das multas de 50% sobre R\$166,45, 60% sobre R\$49.061,83 e 70% sobre R\$54.497,14, previstas no artigo 42, incisos I, “a”, II, alíneas “b” e “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTI-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS