

A. I. Nº - 269369.0111/10-9
AUTUADO - AUTOPLAN PEÇAS E SERVIÇOS AUTOMOTIVOS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO FISCHBORN
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 25/03/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0040-03/11

EMENTA: ICMS. ENTRADA DE MERCADORIA. 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. Refeitos os cálculos, o debito originalmente apurado ficou reduzido. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 08/03/2010, refere-se à exigência de R\$24.723,38 de ICMS, acrescido da multa de 70%, em razão da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no período de janeiro a agosto de 2008.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 309, apresentou impugnação (fls. 269 a 304), alegando que o autuante infringiu diversos princípios constitucionais, e que o afastamento dos princípios constantes no estatuto do contribuinte expresso na Constituição Federal, nos artigos 145 e seguintes, ensejará a nulidade absoluta da referida imputação fiscal. Apresenta o entendimento de que o autuante, ao imputar a infração ao sujeito passivo, utilizou os Sistemas SINTEGRA/CFAMT para elaborar uma relação de notas fiscais de mercadorias que, supostamente, teria entrado no estabelecimento da empresa autuada, sem apresentar as provas do efetivo ingresso de tais mercadorias, além de não apresentar, nem mesmo, parte das notas fiscais que relacionou. Também alega que o autuante não deduziu o valor relativo ao crédito fiscal das mercadorias efetivamente adquiridas pela empresa, cujo ICMS foi pago na entrada, bem como considerou as mercadorias adquiridas por meio de substituição tributária, como sendo mercadorias de tributação normal. Saliencia que tal procedimento vai de encontro ao que prescreve a CF/88, bem como o que prevê a legislação do ICMS no que tange aos Princípios da não-cumulatividade e do *bis in idem*, seja porque não deduziu o crédito; seja porque o ICMS foi pago antecipadamente. Afirma que este órgão julgador, ao decidir sobre lavratura de auto de infração, nunca deverá resolver de plano, sem qualquer aprofundamento quanto à real existência do fato gerador. Em seguida, o defendente comenta sobre a instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo, asseverando que a ação da autoridade fiscal, impulsionada pelo dever de ofício, tem de apurar o valor do tributo de acordo com os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte, investigando-os sem qualquer interesse no resultado final, já que o princípio da legalidade objetiva exige do Fisco uma atuação oficial e imparcial para obtenção da verdade dos fatos, ou seja, a função administrativa tributária que deve ser exercida pela autoridade fiscal exige a obediência ao princípio da legalidade objetiva, em que o tributo será tornado líquido e certo e exigido dentro da mais estrita legalidade, agindo o Fisco com integral imparcialidade. O defendente apresentou as seguintes preliminares:

a) DA ILEGITIMIDADE PASSIVA: Alega que o autuante não comprovou a efetiva entrada das mercadorias e o seu recebimento respectivo no estabelecimento autuado, uma vez que, não apresentou qualquer documento que prove que o autuado efetivamente adquiriu as mercadorias objeto da ação fiscal, configurando ilegitimidade passiva. Observa que após análise comparativa

entre a relação de notas fiscais elaborada pelo autuante e o livro de Registro de Entrada de mercadorias da autuada (2008) em anexo (Doc 05) não há sequer uma nota fiscal que tenha sido registrada quando da sua entrada, fato que reforça o entendimento da defesa de que a imputação teve como base o Sistema SINTEGRA, posto que não há provas de que o autuado é o destinatário das referidas mercadorias, não sendo, portanto, a empresa autuada parte legítima para figurar no pólo passivo da referida relação tributária. Assegura que qualquer pessoa que tivesse acesso aos dados cadastrais da empresa e tivesse interesse em fraudar o Fisco poderia se utilizar dos dados para adquirir mercadorias em nome do autuado, o que, de fato ocorreu. Diz que não é um caso isolado ou algo impossível de ocorrer, e que tal entendimento é de fácil constatação quando se verifica que no livro de Registro de Entrada de 2008 foram efetuados mais de 3000 registros de notas fiscais de entrada, enquanto que o autuante apresenta relação de entradas contendo menos de 50 notas fiscais não escrituradas no referido livro, ou seja, aproximadamente um por cento do seu total de entrada. Afirma que não existe o menor motivo para o autuante, com base em mera relação de notas do SINTEGRA, presumir que houve omissão de mercadoria tributável. Diz que embora o Sistema SINTEGRA emita relação de notas fiscais atribuindo a responsabilidade ao autuado pelo recolhimento do imposto, este entendimento não pode prevalecer em detrimento do Princípio da Verdade Material que rege o PAF, tendo em vista que o fato gerador da obrigação tributária ocorre com a efetiva entrada de mercadorias no estabelecimento autuado, que em nenhum momento ficou caracterizado mesmo porque não há sequer registro no livro de Entrada da empresa, embora tenham ocorrido inúmeros registros de centenas de outras notas fiscais nos referidos livros. Entende que neste caso, seria fundamental que o autuante, antes de imputar infração ao contribuinte, observasse se, de fato, foi feito o pedido das mercadorias pela autuada; se existe o carimbo na nota fiscal de entrada no posto de fronteira da Bahia; se tem o destaque do canhoto da nota fiscal; se tem o registro da nota fiscal no sistema CFAMT onde ficam registradas todas as compras da empresa; se consta via da nota fiscal no dossiê da empresa na SEFAZ; ou qualquer outra prova que traga a certeza da entrada de mercadoria na empresa autuada.

b) DA FALTA DE PROVAS: Alega que o autuante apresentou relação de notas fiscais, sem apresentar as notas fiscais de números 74007, 74008, 80161, 80162 da Empresa Fânia; 26065 da Empresa Car Way, 14356, 15613 da Empresa São Paulo Alpargatas; 1938 da Empresa Rei Auto Parts e 761107 da Empresa Cremer AS/SC, para que o autuado pudesse reconhecer ou não a efetiva entrada de tais mercadorias em seu estabelecimento. Cita ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho, Suzy Gomes Hoffmann e do Professor Clélio Berti, “O Processo Fiscal – Teoria e Prática”, Ed. Ícone, Pág. 91, meditando sobre a prova por presunção em matéria de direito tributário, além de decisões do CONSEF.

No mérito, o defendente alega que há duplicidade de exigência fiscal, porque o autuante apresentou a mesma relação de notas fiscais contendo as notas fiscais de nºs 1990 da Empresa Imal, 165709, 167235 ambas da Motopeças transmissões S.A, as notas 2897, 3472, 3739, 4198, 4727, 5107, 5533, 5984 todas da ABC, 142434 da Metalúrgica Schadek, a 238549 da Decar Autopeças, 8971 da Brascola Ltda, 667075 da Comercial Jahu e 116795 da Rinaldi s/a, referentes a mercadorias adquiridas pelo autuado, objeto de substituição tributária, logo, com o ICMS pago antecipadamente, inclusive a NF 13189 da Empresa Garrafix Peças de fixação para auto Ltda. Diz que o autuante, ao imputar a suposta infração à autuada, cometeu outro equívoco vez que não observou que as mercadorias constantes das notas fiscais acima citadas têm o ICMS pago antecipadamente pelo remetente e têm a etapa de circulação e tributação encerradas, não podendo ser exigido novamente o imposto, por configurar duplicidade de exigência fiscal. Portanto, afirma que o presente auto de infração merece ser revisto para ser julgado improcedente. Neste sentido, argumenta que exigir o ICMS sobre a entrada de mercadorias, não registradas não pode prosperar porque o tributo já foi recolhido. A Fazenda Estadual estaria, assim, exigindo o tributo por meio de dois regimes de apuração do ICMS (substituição e normal) sobre um mesmo fato gerador, caracterizando, portanto, *bis in idem*. Entende que, se tivessem ingressado no estabelecimento do autuado as mercadorias relacionadas pelo autuante, ainda

assim o nobre preposto fiscal não deduziu do débito, o crédito fiscal a que o autuado tem direito, contrariando o que prescreve o art. 93 do RICMS/BA. Diz que a regra constitucional da não-cumulatividade, como não poderia deixar de ser, é um limite imposto pelo próprio texto constitucional (art. 155, §2º, II, *a* e *b*) para permitir que o ente tributante invada o patrimônio do particular, sem esta autorização não pode, sob qualquer pretexto, o Estado pretender cobrar tributo do cidadão. Portanto, o ICMS está adstrito ao princípio constitucional da não-cumulatividade, nos exatos termos da Carta Magna, não podendo o legislador infra-constitucional ou o Administrador Público pretender-lhe novos contornos, aumentando ou diminuindo sua eficácia. Nesse sentido, cita lição do Professor Carrazza (Curso de Direito Constitucional Tributário. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 568), transcrevendo, também, lição da professora Misabel Derzi sobre o princípio da não-cumulatividade. Ressalta assim que no Direito Tributário, é nulo o Auto de infração baseado em presunção fiscal sem a devida fundamentação. Assim, o defendente requer que seja decretada a nulidade total do presente Auto de Infração. Caso assim não entenda este Órgão Julgador, o autuado postula pela improcedência da autuação fiscal.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 328 a 343 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que o Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS em decorrência da constatação de “Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas”. Diz que a presunção legal pode ser afastada com a apresentação de provas contrárias a tal presunção, conforme determina o parágrafo 3º do artigo 2º do Regulamento do ICMS/BA. Indica como primeiro elemento de prova, cópia das notas fiscais, assegurando que o autuado adquiriu as mercadorias cujas notas fiscais não foram registradas na escrita fiscal, pois tais informações constam do relatório SINTEGRA. Os dados obtidos através do sistema SINTEGRA, que compõe os anexos 2 e 3 deste Processo Administrativo Fiscal, não são o único, mas um dos elementos de prova, e como tal deve ser considerado. Transcreve parte de um trabalho do Auditor Fiscal Renato Aguiar de Assis, da SEFAZ/BA, transcrevendo também, os arts. 201, 218 e 220 do RICMS/BA. Como segundo elemento de prova, informa que as cópias da maioria das notas fiscais relacionadas no sistema SINTEGRA, tendo como destinatário a empresa AUTOPLAN, inscrição estadual 56.488.739, estão acostadas a este processo, ou seja, a cópia das notas fiscais que foram enviadas pelas empresas remetentes das mercadorias, atendendo solicitação do Fisco através de ofício (cópias dos ofícios também anexadas a este processo). Repete que as notas fiscais não são a única prova do ilícito tributário deste processo, mas, um dos elementos de prova. Como terceiro elemento de prova, informa que no curso dos trabalhos de auditoria no estabelecimento autuado, identificou a falta de registro na escrita fiscal (Livro Registro de Entradas) de várias notas fiscais constantes nos dados do sistema SINTEGRA e a omissão de entrada de mercadorias ensejou a lavratura do Auto de Infração. Para evitar erro de avaliação, porque algumas das notas fiscais constantes na relação podem não ter sido recebidas por essa empresa, e se as mercadorias constantes nessas notas fiscais não tenham sido objeto de aquisição (compra) pelo autuado, encaminhou intimação com os seguintes pedidos:

- a) Apresentar declaração por escrito, com firma reconhecida, de que a empresa AUTOPLAN não efetuou o pedido, nem a efetiva compra, nem efetuou pagamento das mercadorias constantes nas notas fiscais da relação anexa. (emitir uma declaração para cada fornecedor, constante na relação anexa, mencionando o número das notas fiscais).
- b) Apresentar Boletim de Ocorrência Policial em que declare que a empresa AUTOPLAN não efetuou o pedido, nem a efetiva compra, nem efetuou pagamento das mercadorias constantes nas notas fiscais da relação anexa, emitidas pelos respectivos fornecedores. Caracterizando o fato de que a empresa AUTOPLAN foi vítima de empresas que utilizaram indevidamente seu CNPJ e Inscrição Estadual, para em seu nome, como destinatária, simularem operações de remessa de mercadorias.

O fato de o autuado não ter atendido à intimação, prestando declarações por escrito, com firma reconhecida, de que a empresa AUTOPLAN não efetuou o pedido, nem a efetiva compra, nem

efetuiu pagamento das mercadorias constantes nas notas fiscais e nem apresentou “Boletim de Ocorrência Policial” em que declare que a empresa AUTOPLAN não efetuou o pedido, nem a efetiva compra, nem efetuou pagamento das mercadorias constantes nas notas fiscais da relação anexa, emitidas pelos respectivos fornecedores. Caracterizando o fato de que a empresa Autoplan foi vítima de empresas que utilizaram indevidamente seu CNPJ e Inscrição Estadual, para em seu nome, como destinatária, simularem operações de remessa de mercadorias - não é a única prova, mas é um dos elementos de prova de uma prática ilícita realizada pela empresa: A falta de contabilização da entrada de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou esses pagamentos com recursos também não contabilizados, decorrentes de vendas anteriormente realizadas e não contabilizadas (parágrafo 3º do artigo 2º do Regulamento do ICMS/BA).

Quarto elemento de prova: As empresas remetentes não teriam feito prova contra si mesmas, se essas notas fiscais e mercadorias não tivessem sido, endereçadas, encaminhadas e recebidas pelo efetivo destinatário delas, a empresa AUTOPLAN. Assim sendo, o efetivo encaminhamento das cópias das notas fiscais pelas empresas não é a única prova, mas é um dos elementos de prova de uma prática ilícita realizada pelo autuado:

Quinto elemento de prova: os documentos enviados pelas empresas que fizeram a remessa das mercadorias e a emissão das notas fiscais, que constam no anexo 10, folha 202, deste processo, ou seja, através dos ofícios relacionados no anexo 9 foi solicitado das empresas cópia de ao menos um dos seguintes documentos (vinculados às notas fiscais relacionadas em anexo): a) cópia dos pedidos das mercadorias (caso existente); b) cópia dos canhotos das notas fiscais com assinatura e identificação do recebedor das mercadorias; c) comprovante do pagamento das mercadorias por parte do cliente (destinatário das mercadorias), podendo ser por meio de boletos bancários, duplicatas, transferências bancárias, etc.; d) algum outro documento que comprove o recebimento e aceitação por parte da empresa AUTOPLAN das mercadorias vinculadas a tais notas fiscais.

Informa que os documentos comprobatórios, recebidos das empresas fornecedoras constam no anexo 10, folhas 202 a 251 deste processo, e que, o encaminhamento de outros documentos (além da nota fiscal) pelos fornecedores, não são a única prova, mas um dos elementos de prova da prática ilícita realizada pela empresa. Reproduz o § 3º do art. 2º do RICMS/BA, salientando que o ônus da prova é da empresa, e as alegações defensivas não comprovam a improcedência da presunção. Diz que a preocupação em detalhar o que chamou de 5 (cinco) elementos de prova, foi no sentido de evitar avaliações simplificadas com base em que as simples cópias das notas fiscais não servem de elemento suficiente de prova. Situações que, aparentemente, foram identificadas em processos analisados e julgados pelo CONSEF, a exemplo do Acórdão da Câmara Superior nº 1023/99 e Acórdão CJF nº 0303-11/08. Diz que este não é o caso deste auto de infração, as cópias das notas fiscais não são o único elemento de prova, mas são um dos elementos de prova da infração.

Em seguida, o autuante aborda os demais itens apresentados nas razões defensivas, reconhecendo que o defendente está correto em sua contestação, tendo em vista que, de fato, deixou de anexar algumas notas fiscais que constam no relatório SINTEGRA e que não foram registradas pela empresa. Esclarece que as notas fiscais não foram anexadas porque a correspondência enviada à empresa através dos Correios, com A. R. (Aviso de Recebimento), retornou com a indicação dos Correios de que a empresa não foi localizada em seu endereço, ou porque simplesmente a empresa não atendeu a solicitação de enviar cópias das notas fiscais, conforme solicitado no Ofício. Afirma que a cópia da nota fiscal não é o único elemento de prova deste trabalho, conforme foi dito anteriormente. Diz que em relação às cópias das notas fiscais (das empresas não localizadas), intimou o autuado (original da intimação no anexo 8 do Auto de Infração, folhas 146 a 150 deste processo) a “prestar declarações por escrito, com firma reconhecida, de que a empresa AUTOPLAN não efetuou pedido, nem efetiva compra, nem efetuou pagamento das mercadorias constantes nas notas fiscais e a apresentar “Boletim de Ocorrência Policial em que declare que a empresa AUTOPLAN não efetuou pedido, nem efetiva compra, nem

efetuiu pagamento das mercadorias constantes nas notas fiscais da relação anexa, emitidas pelos respectivos fornecedores, caracterizando o fato de que a empresa Autoplan foi vítima de empresas que utilizaram indevidamente seu CNPJ e Inscrição Estadual, para em seu nome, como destinatária, simularem operações de remessa de mercadorias”. Reproduz outras alegações apresentadas pelo defendente e finaliza, pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

Considerando a informação prestada pelo autuante, de que parte das notas fiscais do SINTEGRA não foi acostada aos autos, e que há necessidade desta comprovação, inclusive para confirmar se o autuado é mesmo o destinatário das mercadorias, sob pena de nulidade por cerceamento do direito de defesa, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência (fls. 347/348 do PAF), para o autuante assinar as planilhas de fls. 29/30 do PAF, e excluir do levantamento fiscal as notas fiscais obtidas por meio do CFAMT e do SINTEGRA, que não se encontram nos autos, elaborando novo demonstrativo de débito.

Quanto ao argumento do defendente de que comercializa mercadorias sujeitas à substituição tributária, foi solicitado para que o autuante intimasse o autuado a apresentar demonstrativo indicando os valores de acordo com o regime jurídico de tributação (tributadas, isentas/não tributadas e sujeitas à substituição tributária) possibilitando apurar a proporção das operações tributáveis em relação ao total das operações do estabelecimento. Que fosse realizado o confronto do demonstrativo apresentado com os documentos fiscais originais e a necessária exclusão do valor exigido, conforme determinado pela instrução normativa 56/2007.

Após as providências pelo autuante, que a inspetoria fiscal entregasse ao autuado de cópia de todos os elementos que fossem anexados aos autos pelo autuante, inclusive as notas fiscais de fls. 33 a 77 e dos documentos às fls. 203 a 259 dos autos, mediante recibo firmado pelo contribuinte ou seu representante legal, com a indicação do prazo de trinta dias para o mesmo se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

Em atendimento ao solicitado, o autuante prestou nova informação fiscal às fls. 352 a 354 dos autos, dizendo que foram assinados os demonstrativos acostados aos autos e foram excluídas do levantamento fiscal as notas fiscais cujas cópias não foram acostadas ao presente processo, conforme indicou à fl. 352. Informa que anexou aos autos (fls. 356 a 367 do PAF) cópia da DMA apresentada pelo autuado, referente ao exercício de 2008, onde estão comprovados os montantes das saídas de acordo com o regime jurídico de tributação. Diz que identificou algumas notas fiscais cujas mercadorias foram objeto de substituição tributária, estando a base de cálculo e o montante do ICMS por substituição tributária devidamente destacados nos documentos fiscais. Assim, foi elaborado novo demonstrativo, apurando o débito mensal (fl. 369 do PAF), deduzindo o valor das notas fiscais cujas cópias não foram acostadas aos autos e as notas fiscais cujas mercadorias foram objeto de substituição tributária.

Intimado da informação fiscal e dos novos demonstrativos elaborados pelo autuante, o defendente se manifestou às fls. 374 a 401, apresentando as mesmas alegações da impugnação inicial. Como preliminar de nulidade, alega que o autuante não comprovou a efetiva entrada das mercadorias e o seu recebimento no estabelecimento autuado. Diz que embora o Sistema SINTEGRA emita relação de notas fiscais atribuindo responsabilidade ao autuado pelo recolhimento do imposto, o fato gerador do imposto ocorre com a efetiva entrada de mercadorias no estabelecimento autuado. Afirmar que este fato não ficou caracterizado e que não há lançamento no livro Registro de Entradas da empresa. Assim, entende que não ficando demonstrado que as mercadorias ingressaram no estabelecimento autuado, não se pode pretender o recolhimento do imposto pelo defendente, uma vez que não há que se falar em ocorrência do fato gerador. Cita decisões do CONSEF. Repete a alegação de que não constatou nos autos as notas fiscais de números 74007, 74008, 80191, 80162 da empresa Fânia; 26065 da empresa Car Way; 14356, 15613 da empresa São Paulo Alpargatas; 1938 da empresa Rei Auto Parts e 761107 da empresa Cremer AS/SC, para que o autuado pudesse reconhecer ou não a efetiva entrada das mercadorias em seu estabelecimento. Pede a nulidade do Auto de Infração quanto à falta de

provas. Diz que a infração tributária deve sempre ser provada, e sem prova não há que se falar em lançamento fiscal. O defendente também alega que na defesa inicial apresentou relação constando as notas fiscais de números 1990 da empresa Imal, 165709, 167235, da Moto peças Transmissões S/A, 2897, 3472, 3739, 4198, 4727, 5107, 5533, 5984 todas da empresa ABC; 142434 da Metalúrgica Schadek, 238549 da Decar Autopeças, 8971 da Brascola; 667075 da Comercial Jahu, 13189 da empresa Garrafix Peças e 116795 da Rinaldi, referentes a mercadorias adquiridas pelo autuado, que foram objeto de substituição tributária. Por fim, o autuado requer a nulidade total e no mérito pede a improcedência do presente Auto de Infração.

Outra informação fiscal foi prestada pelo autuante à fl. 409, dizendo que foram excluídas do levantamento fiscal as notas fiscais cujas cópias não se encontravam nos autos, conforme fls. 352 e 369 do PAF. Também excluiu as notas fiscais cujas mercadorias foram objeto de pagamento do ICMS por substituição tributária.

VOTO

Inicialmente, o defendente apresentou preliminar de nulidade da autuação, por entender que o autuante, ao imputar a infração ao sujeito passivo, utilizou os Sistemas SINTEGRA/CFAMT para elaborar uma relação de notas fiscais de mercadorias que teria entrado no estabelecimento da empresa autuada, sem apresentar as provas do efetivo ingresso de tais mercadorias. Não apresentou qualquer documento que prove que o autuado efetivamente adquiriu as mercadorias objeto da ação fiscal, configurando ilegitimidade passiva.

Observo que o Sintegra facilita o fornecimento de informações dos contribuintes aos fiscos estaduais e aprimora o fluxo de dados entre as administrações tributárias. De posse desses dados, cabe à fiscalização fazer o seu papel. A utilização pela SEFAZ/BA de arquivos magnéticos do SINTEGRA decorre do fato de o Estado da Bahia ter aderido ao Convênio ICMS 57/95, celebrado nos termos da Lei Complementar 24/75 e não cabe a este CONSEF a apreciação de matéria atinente à programação de fiscalização e demais atribuições da Administração Tributária

Em relação ao CFAMT, as notas fiscais provam que as mercadorias nelas especificadas circularam no território baiano com destino ao estabelecimento indicado como destinatário, estando comprovado que as mercadorias passaram fisicamente pelo posto fiscal onde foram arrecadadas os documentos fiscais.

Rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que não ficou configurada a alegada ilegitimidade passiva, o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

No mérito, o Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, em razão da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no período de janeiro a agosto de 2008, conforme demonstrativo às fls. 29/30 do PAF.

Observo que a exigência fiscal está amparada na presunção legal, prevista no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96:

§ 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 sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Vale salientar, que o art. 2º, § 3º, incisos II e IV do RICMS-BA, também caracteriza tal fato como omissão de saídas anteriores sem pagamento do imposto.

Art 2º

(...)

§ 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:

II - suprimimento a caixa de origem não comprovada;

...

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

Em sua impugnação, o autuado alegou que além de não apresentar, nem mesmo, parte das notas fiscais que relacionou, o autuante não deduziu o valor relativo ao crédito fiscal das mercadorias efetivamente adquiridas pela empresa, bem como, incluiu no levantamento fiscal as mercadorias adquiridas com pagamento do ICMS por meio de substituição tributária

Quanto à primeira alegação, o autuante disse nas informações prestadas no presente processo, que foram excluídas do levantamento fiscal as notas fiscais cujas cópias não se encontravam nos autos, conforme fls. 352 e 369 do PAF. Assim, todas as notas fiscais alegadas pelo autuado foram excluídas da exigência fiscal, ficando sanada a irregularidade apontada nas razões de defesa, salientando-se que a NF 1938 da empresa Rei Auto Parts encontra-se à fl. 76 dos autos, por isso, não foi excluída.

A segunda alegação de que o autuante não deduziu o valor relativo ao crédito fiscal das mercadorias efetivamente adquiridas pela empresa, observo que neste tipo de levantamento efetuado pelo autuante não cabe atribuição de crédito fiscal, por se tratar de presunção legal de omissão de saídas sem o pagamento do imposto.

Quanto ao direito e escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, o impugnante deve observar o que preceitua a norma regulamentar, em especial os arts. 91, 92 e 93 (Direito ao Crédito Fiscal) e art. 101 (Escrituração do Crédito Fiscal), do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97. Neste caso, não cabe a compensação de crédito fiscal, mas o contribuinte poderá fazer a regularização da escrita referente às notas fiscais do CFAMT/SINTEGRA incluídas no levantamento fiscal, não escrituradas anteriormente, e requerendo a utilização extemporânea dos respectivos créditos, observando o prazo decadencial.

Em relação ao argumento do autuado de que o autuante considerou as mercadorias adquiridas com pagamento do ICMS por meio de substituição tributária, o autuante disse nas informações prestadas no presente processo, que foram excluídas do levantamento fiscal as notas fiscais cujas cópias não se encontravam nos autos, conforme fls. 352 e 369 do PAF. Assim, todas as notas fiscais alegadas pelo autuado foram excluídas da exigência fiscal, ficando sanada a irregularidade apontada nas razões de defesa, salientando-se que a NF 13189 da empresa Garrafix Peças (fl. 32 do PAF) não houve pagamento do imposto por substituição tributária, por isso, não foi excluída.

Acato o novo demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 369 dos autos, após a exclusão das notas fiscais do SINTEGRA, que não foram acostadas ao presente processo e notas fiscais com pagamento do imposto por substituição tributária, ficando reduzido o valor histórico da exigência fiscal para R\$14.644,63.

Vale salientar, que o defendente foi intimado da informação fiscal e novos demonstrativos e de todos os elementos acostados aos autos, inclusive as fls. 16 a 30, 31 a 77 e 203 a 259, conforme intimação à fl. 372. Embora não tenha acatado as conclusões do autuante, não foram apresentados novos argumentos, além daquelas alegações constantes na impugnação inicial.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **nº269369.0111/10-9**, lavrado contra **AUTOPLAN PEÇAS E SERVIÇOS AUTOMOTIVOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$14.644,63**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA