

A. I. N° - 233048.0014/06-1
AUTUADO - PITUBA CALÇADOS E ACESSÓRIOS LTDA.
AUTUANTE - KARIME MANSUR MACHADO
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET - 28/07/2011

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0166-03/11

EMENTA: ICMS. 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 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 no prazo regulamentar. Refeitos os cálculos, mediante revisão fiscal, o imposto exigido ficou reduzido. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de nova diligência fiscal e perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 12/06/2006, refere-se à exigência de R\$109.228,47 de ICMS, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do imposto por antecipação referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, sujeitas ao regime da substituição tributária, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 375 a 383), inicialmente suscitando a nulidade do presente lançamento, sob a alegação de que todos os documentos e demonstrativos que lastrearam o Auto de Infração deveriam ter sido entregues ao autuado, e concedido o prazo de trinta dias para apresentação de defesa. Transcreve os arts. 2º e 46 do RPAF/BA, e assegura que se o autuante não entregou todos os termos, notas fiscais e demonstrativos elaborados, configura cerceamento do direito de defesa, tendo em vista a impossibilidade de se estabelecer o contraditório e a ampla defesa. Assim, entende que o lançamento deve obediência à lei, aos princípios da legalidade, verdade material e do inquisitório, e por força desses princípios, deve o procedimento administrativo do lançamento buscar a verdade material, e por isso, deve-se fazer a entrega da documentação que embasou o Auto de Infração. Transcreve o art. 18 do RPAF/99, e assegura que o autuante não entregou, mediante recibo, as notas fiscais que serviram de base para a lavratura do Auto de Infração, restando prejudicada a elaboração da defesa pelo autuado. Como segunda preliminar de nulidade, o defensor alega que foram incluídos no levantamento fiscal produtos não enquadrados na substituição tributária, a exemplo de bolsas, sacolas, berloques, cabedal, sandálias e outras mercadorias. Lembra que a responsabilidade pela substituição tributária deve estar prevista em lei, de acordo com o art. 128 do CTN, que transcreveu. Cita ensinamento de Rubens Gomes de Souza, e argumenta que no caso em tela, em decorrência da inexistência de lei para se exigir o tributo do sujeito passivo em relação a diversas mercadorias apontadas no Auto de Infração, aplica-se a falta de certeza e liquidez do lançamento, devendo ser julgado nulo, consoante o disposto no art. 18, IV do RPAF/BA. No mérito, o defensor alega que a exigência fiscal deve ser considerada insubstancial porque as mercadorias objeto da autuação foram devolvidas aos fornecedores com a própria nota fiscal de aquisição. O autuado informa que as operações comerciais por ele praticadas têm como característica o relacionamento informal com

os fornecedores, sendo realizados os pedidos de mercadorias por telefone ou meio eletrônico, com o objetivo de tornar mais célere o recebimento dos produtos. Na hipótese de a mercadoria não se amoldar às especificações requisitadas pelo impugnante, após a conferência, é devolvida ao fornecedor com a mesma nota fiscal que amparou a sua remessa. Argumenta que houve falha apenas operacional, sem qualquer prejuízo para o Estado, tendo em vista que a falta de registro e emissão de nota fiscal de devolução sujeitaria o autuado a uma multa de caráter formal, jamais a exigência de imposto. Diz que, considerando o exíguo período para apresentação de defesa, e a falta de entrega das notas fiscais pela autuante, protesta pela apresentação posterior de documentos que comprovem que a autuação está eivada de irregularidades e que todas as mercadorias foram devolvidas ao fornecedor com a própria nota fiscal de remessa. Requer a realização de diligência por Auditor Fiscal estranho ao feito e perícia em todos os documentos fiscais que supostamente não foram registrados. Reafirma que em relação a diversas notas fiscais constantes do levantamento fiscal não há previsão legal de enquadramento na substituição tributária, carecendo de legalidade a exigência fiscal, devendo ser anulado o procedimento fiscal. Salienta que o princípio da verdade material exige que a autoridade administrativa investigue “de ofício” a verdade dos fatos, produzindo provas verdadeiras e, diferente do processo judicial, no processo administrativo devem ser consideradas todas as provas e fatos novos, ainda que sejam favoráveis ao interessado, mesmo que não tenham sido alegados e declarados. Assegura que no processo administrativo tributário a autoridade fiscal é quem deve provar a ocorrência do fato gerador; as autoridades administrativas podem colher as provas que entenderem indispensáveis para verificar a ocorrência de ato jurídico tributário, e não ficando provados os elementos constitutivos do crédito tributário o lançamento deve ser anulado. Comenta sobre os elementos que devem constar no Auto de Infração, e acrescenta que além de todo o exposto, constatou no levantamento da autuante, notas fiscais que não pertencem ao defendant, e não há prova nos autos de que as mercadorias foram adquiridas pelo autuado, bem como, não há provas de que as notas fiscais não foram registradas em suas escritas fiscal e contábil. Diz que está sendo comum, no comércio baiano, determinadas empresas inidôneas adquirirem mercadorias utilizando-se do CNPJ e inscrição estadual de outras empresas para fugir da tributação. Assim, entende que há necessidade de o Fisco comprovar a efetiva entrada das mercadorias, como ocorre no levantamento que não foi realizado pela autuante, apesar de estar na posse de todos os livros e documentos necessários à constatação das referidas omissões. Entende que no caso em exame estaria sendo ferido o princípio da segurança jurídica, numa verdadeira inversão do ônus da prova. O defendant também alega que constatou, no levantamento fiscal, a existência de diversas notas fiscais em duplicidade, a exemplo da Nota Fiscal de nº 20.381, do mês de maio de 2004 e, como se não bastasse os mencionados equívocos, diversas notas fiscais indicadas no demonstrativo da autuante foram registradas na escrita fiscal, o que se pode constatar pela análise do livro Registro de Entradas. O impugnante afirma que diante das diversas inconsistências apontadas nas razões de defesa, resta a este órgão julgador tornar totalmente improcedente a exigência fiscal, ou que no mínimo, seja designado Auditor Fiscal estranho ao feito para retificar todo o lançamento, quando será comprovada a sua insubstância. Prossegue aduzindo, que além das irregularidades e equívocos apontados, a autuante exigiu imposto em relação a uma mercadoria que sequer estava enquadrada na substituição tributária, tendo em vista que somente a partir de 01/03/2006, por meio da Alteração 38 do RICMS/BA, Decreto 8.413, de 30/12/2002 é que passou a vigorar a antecipação tributária para calçados, ou seja, anteriormente essa mercadoria era sujeita à tributação normal, no sistema de débitos e créditos. Por fim, o impugnante pede que sejam acolhidas as preliminares de nulidade, e na hipótese de ser apreciado o mérito, pede a total improcedência do Auto de Infração, em razão de: a) devoluções de mercadorias não consideradas no levantamento fiscal; b) mercadorias que foram registradas nas escritas fiscal e contábil; c) mercadorias não sujeitas à substituição tributária incluídas no levantamento fiscal; d) notas fiscais supostamente endereçadas ao autuado; e) mercadorias que não foram adquiridas pelo autuado; f) exigência de imposto a título de antecipação tributária sem

amparo legal, nos meses de janeiro e fevereiro de 2003. Reafirma o pedido para realização de perícia e diligência fiscal.

A autuante, em sua informação fiscal às fls. 401 a 403 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que em relação ao pedido de nulidade, conforme fl. 15 do PAF, o autuado recebeu as dez folhas do anexo ao Auto de Infração, constando no mencionado anexo os números e datas das notas fiscais, bem como a espécie e marca das mercadorias, base de cálculo, alíquota, crédito fiscal considerado e o ICMS a recolher. Salienta que o responsável pela contabilidade do contribuinte esteve presente durante o procedimento fiscal, foram conferidas todas as notas fiscais do CFAMT no livro Registro de Entradas do autuado, cuja cópia encontra-se acostada ao presente processo. Diz que o contribuinte teve à sua disposição o Auto de Infração em tela para a sua análise e requisição de qualquer folha, durante um mês, e por isso, entende que não deve ser acatada a alegação de nulidade do lançamento. Quanto ao mérito, a autuante informa que o autuado não comprovou a alegação de que algumas mercadorias foram devolvidas; não juntou ao processo a cópia do livro Registro de Entradas para comprovar a alegação de que algumas notas fiscais foram registradas; faz referência a um produto que não está na substituição tributária, mas não indicou qual produto seria esse. A autuante informa que concorda em excluir do levantamento fiscal o valor de R\$365,24, referente à NF 20.381, relativa ao mês 05/2004, que foi erroneamente cobrada em duplicidade.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, o defendant apresentou nova manifestação à fl. 407 a 418. Inicialmente reproduz os termos da informação fiscal, reitera a argüição de nulidade do Auto de Infração por cerceamento do direito de defesa, pela falta de entrega das notas fiscais coletadas no CFAMT. Como segunda preliminar de nulidade reitera a alegação de que não identificou na legislação vigente a atribuição de responsabilidade por substituição tributária à empresa adquirente de bolsas, sacolas, berloques, cabedal, sandálias e outras mercadorias exigidas no Auto de Infração. No mérito, o defendant afirma que a autuante não procedeu a uma revisão no lançamento; a título de exemplo cita a NF 612546, de 15/02/2005, no valor de R\$2.646,36, lançada em duplicidade, para comprovar que apesar de não estar na posse das notas fiscais que serviram de base para o levantamento fiscal, o demonstrativo da autuante está eivado de erros. Reitera o pedido de diligência fiscal por estranho ao feito, para que seja realizada uma completa revisão do lançamento. Reproduz as demais alegações defensivas apresentadas na impugnação inicial, bem como o pedido para que sejam acolhidas as preliminares de nulidade, e na hipótese de análise do mérito, pede a total improcedência do Auto de Infração em lide.

Nova informação fiscal foi prestada pela autuante à fl. 420, esclarecendo que o contribuinte e seu contador participaram de uma reunião, estando presentes a autuante, a Inspetora Fiscal e a Supervisora. A reunião teve por objetivo esclarecer os motivos da autuação, e em nenhum momento o autuado alegou que as notas fiscais objeto do levantamento fiscal não eram da empresa. Informa que constatou que se tratava de 290 notas fiscais que não foram registradas no livro fiscal, e convidou o responsável pela contabilidade para conferir e acompanhar o trabalho da fiscalização e também, em nenhum momento, os prepostos da contabilidade mencionaram que as notas fiscais não pertenciam à empresa, ou que se tratava de mercadorias devolvidas. Quanto à argüição de nulidade, afirma que as notas fiscais e demais documentos do processo administrativo fiscal ficam à disposição do contribuinte e/ou seu advogado durante trinta dias, podendo solicitar cópias durante este período. Concorda com a exclusão da base de cálculo do imposto exigido das notas fiscais relativas às mercadorias sobre as quais não é devido o imposto por antecipação tributária (blosas, perfumes etc), e duas notas fiscais de mercadorias não tributáveis. Salienta que, futuramente, essas notas fiscais serão objeto de nova autuação, tendo em vista que o contribuinte deu entrada de mercadorias tributadas sem o devido registro no livro próprio, caracterizando omissão de saídas. Diz ainda, que também concorda com a exclusão do valor de R\$735,90, relativamente à NF 1023, de 12/08/2004, e da NF 612546, de 15/12/2005, no valor de

R\$2.646,36. A primeira, por estar escriturada no livro fiscal e a segunda, porque foi cobrada em duplicidade.

O autuado foi intimado a tomar conhecimento da nova informação fiscal e se manifestou às fls. 427 a 436, aduzindo que não pode concordar com os argumentos apresentados pela autuante, tendo em vista que restou prejudicado o exercício da ampla defesa e do contraditório, uma vez que não recebeu as notas fiscais coletadas no CFAMT. Além disso, o defendant alega que não conseguiu identificar os números das notas fiscais constantes dos demonstrativos da autuante com quaisquer elementos de sua escrituração ou de seus controles internos. Afirma que ficou impossibilitado do pleno conhecimento do teor dos referidos documentos e da natureza das operações a que se refere. Reproduz os arts. 41 e 46 do RPAF/BA. Reiterou as preliminares de nulidade apresentadas na impugnação inicial, reproduzindo também, os pedidos de nulidade e improcedência da autuação. Pugna pela entrega de cópias das notas fiscais e reabertura do prazo de defesa.

À fl. 439 do PAF, a autuante informa que ratifica a contestação às fls. 420 a 424 do presente processo.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência (fl. 433), para a Inspetoria Fiscal entregar ao defendant, cópias das notas fiscais do CFAMT, juntamente com os novos demonstrativos elaborados pela autuante, quando prestou a informação fiscal. Foi determinada a reabertura do prazo de defesa, para que o autuado pudesse manifestar-se, querendo.

Conforme documento à fl. 447, em cumprimento à diligência solicitada, foram entregues ao contribuinte as cópias das notas fiscais (fls. 68 a 370), bem como, os novos demonstrativos elaborados pela autuante após a revisão por ela efetuada (fls. 421/424), e reaberto o prazo de defesa.

O autuado apresentou nova impugnação ao lançamento (fls. 450 a 463), inicialmente descrevendo a infração. Na preliminar de nulidade alega que houve cerceamento do direito de defesa, dizendo que falta ao presente Auto de Infração, elementos para se determinar com segurança a infração apurada. Reproduz ensinamentos do jurista Hely Lopes Meirelles, e alega que após a impugnação inicial, a autuante excluiu de seu lançamento original, diversas notas fiscais incluídas indevidamente em seu demonstrativo, sem indicar qual o valor remanescente para que o autuado pudesse exercer o seu direito de defesa. Diz que em outra informação fiscal prestada após manifestação do contribuinte, a autuante reduz o valor exigido em R\$365,24, mas também não indicou quais as notas fiscais remanescentes da sua autuação original e qual o valor efetivamente devido. Não foi elaborado novo demonstrativo de débito, dificultando o exercício do contraditório. Assim, o defendant entende que houve ofensa ao art. 39 do RPAF/BA, que transcreveu. Além disso, alega que as notas fiscais de números 202801, 641802, 10033, 660881, 80, 106, 137, 139, 172, 292, 301, 306, 319, 327, 350 não foram entregues ao impugnante, ficando comprovado, mais uma vez, o cerceamento do direito de defesa. Reitera o argumento de que o presente Auto de Infração está caracterizado por inexistência de certeza e liquidez, devendo ser nulo de pleno direito. Como segunda preliminar de nulidade, o defendant alega que não identificou na legislação vigente atribuição de responsabilidade por substituição tributária à empresa adquirente de bolsas, sacolas, berloques, cabedal, sandálias e outras mercadorias exigidas no Auto de Infração. No mérito, apresenta as mesmas alegações de sua impugnação inicial, pedindo também, a realização de diligência e perícia por Auditor Fiscal estranho ao feito. Portanto, o defendant apresenta alegações em relação a mercadorias devolvidas (NFs 24048, 24206 e 33352) que foram incluídas no levantamento fiscal; produtos não enquadrados na substituição tributária (NFs 4175, 180 e 72449); notas fiscais inexistentes (NFs 575229, 845451, 65963, 210223, 68210, 3806, 734273, 32295); Notas Fiscais em duplicidade (NFs 612547, 4591171 e 459177); crédito fiscal não concedido; equívoco no valor computado: NF 909238; remessas fictícias pelos fornecedores;

Notas fiscais escrituradas. Finaliza, pedindo a nulidade do presente lançamento, ou sua improcedência. Protesta, ainda, pela realização de diligência ou perícia.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 472 a 474, aduzindo que em relação à preliminar de nulidade suscitada pelo deficiente, não houve cerceamento do direito de defesa, tendo em vista durante o procedimento fiscal houve ampla discussão sobre o mérito da autuação e dos documentos acostados aos autos; durante o prazo de defesa o contribuinte solicitou e obteve as cópias das notas fiscais que comprovam a autuação, tendo sido reaberto o prazo de defesa. Contesta a alegação do autuado de que as notas fiscais objeto da autuação não lhe pertencem, tendo em vista que nos mencionados documentos fiscais constam os dados do autuado, que não comprovou a alegada devolução das mercadorias. Quanto à alegação de que não há provas de que os documentos fiscais não foram registrados, diz que anexou às fls. 17 a 55 do PAF fotocópias do livro Registro de Entradas, sendo constatado que somente duas notas fiscais alegadas pelo deficiente (NFs 1023 e 53121) foram lançadas no livro próprio, e já foram excluídas do levantamento fiscal. Em relação ao argumento defensivo de que foi exigido imposto relativo aos meses de janeiro e fevereiro de 2003, diz que não ocorreu, tendo em vista que o presente lançamento foi efetuado no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2005. Quanto a uma declaração da empresa DI CRISTALLI, comprovando a devolução das mercadorias das NFs 24048, de 30/01/2004, no valor de R\$3.889,82 e da NF 24206, de 06/02/2004, no valor de R\$640,26, diz que os documentos apresentados são cópias, e por isso, caberá ao CONSEF aceitá-los ou não. Relativamente à NF 33.352, a autuante contesta a alegação defensiva, informando que esta nota fiscal não foi objeto da autuação. Informa que concorda em excluir do levantamento fiscal as NFs 47175, de 21/05/2004 e 180, de 20/08/2004, correspondentes a produtos não enquadrados na substituição tributária, e a NF 72449 não foi objeto da autuação. Quanto às Notas Fiscais que o autuado alega que são inexistentes, a autuante informa:

- NF 575229, de 10/06/2004, o seu número verdadeiro é 575259, o valor e a data conferem;
- NF 845451 – o contribuinte se equivocou, haja vista que pode ter se referido à NF 855451, de 09/06/2004;
- NF 210223, de 30/09/2004 – esta nota fiscal está grafada de modo a causar dúvida, pois o oito parece um zero, ou seja, o seu número pode ser 218223, o que não invalida a autuação;
- NF 65963, de 21/09/2004, no valor de R\$11.981,00, consta à fl. 164 do PAF, e não há porque ser retirada;
- NF 68210, de 09/03/2005 – esta nota fiscal foi escrita com o número oito a menos; o número correto é 688210; a Nota Fiscal pertence ao contribuinte e conferem seu valor e data, o que não invalida a sua inclusão no levantamento fiscal;
- NF 3806, de 11/04/05 – trata-se da NF 3816, grafada com lapso, pelos mesmos motivos das notas fiscais anteriores, e não será retirada da base de cálculo do imposto exigido;
- NF 734273, de 30/08/2005 – a via desta nota fiscal está apagada, deixando margem a dúvida entre o número 734273 e 734277. Em qualquer caso, o documento fiscal não foi registrado no livro fiscal; e a nota fiscal pertence ao contribuinte;
- NF 32275, de 06/09/2005 – o número correto é 39295, mas o erro não invalida a autuação fiscal pelos mesmos motivos dos itens anteriores.

A autuante informa, ainda, que concorda em excluir da exigência fiscal as notas fiscais de números 612547, 459177, 459171, de 15/02/2005. Discorda da alegação defensiva quanto à NF 75739, que o contribuinte reclama que não foi concedido o crédito fiscal, uma vez que foi concedido o mencionado crédito, conforme fl. 08 do presente processo. Entretanto, ao analisar a citada nota fiscal, a autuante constatou que se trata de aquisição na Bahia e por isso, não cabe a cobrança da substituição tributária, concordando em retirá-la. Quanto à NF 909238, de 06/04/2005, o valor total constante no documento fiscal é R\$1.408,32, e por isso, vai ser abatido o valor de R\$14,34,

referentes ao que foi exigido a mais. Esclarece que foi lavrado o Auto de Infração de nº 233048.0067/06-8, no qual constaram as notas fiscais que não eram base de cálculo para substituição tributária, mas, como o contribuinte não escriturou as notas fiscais, o Auto de Infração foi julgado procedente, conforme Acórdão JJF 0027-04/07. Por fim, a autuante indica à fl. 475 os valores remanescentes da autuação, no total de R\$92.014,38.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, o defendant se manifestou às fls. 487 a 500, argüindo preliminar de nulidade sob o argumento de que está comprovada a falta de elementos para se determinar com segurança a infração imputada. Transcreve ensinamentos de Hely Lopes Meirelles e salienta que a autuante retirou do lançamento notas fiscais que foram incluídas equivocadamente em seu demonstrativo. Diz que o procedimento fiscal feriu de morte o estatuto no art. 39 do RPAF/BA, que transcreveu, haja vista que não foi elaborado novo demonstrativo contendo as notas fiscais remanescentes, o que dificulta o exercício do contraditório. Assegura que as notas fiscais de números 641802, 10033, 8998, 914127 não foram entregues ao impugnante. Além disso, foram entregues cópias ilegíveis, dentre as quais as notas fiscais de números 3467, 158607, 159190, 159055, 51854, 161146, 6296, 20381, 4175, 75739, 20018, 173291, 65963, 73643, 33964, o que comprova o cerceamento do direito de defesa. Como segunda preliminar de nulidade reafirma a alegação apresentada na impugnação inicial, de que foram incluídas na exigência fiscal mercadorias não enquadradas no regime da substituição tributária: bolsas, sacolas, berloques, cabedal, sandálias e outras mercadorias. Requer a realização de diligência a ser realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito. Reproduz as alegações apresentadas nas manifestações anteriores, em relação às devoluções de mercadorias e indica nas fls. 496 a 499 as inconsistências apuradas no levantamento fiscal. Pede que sejam acatadas as preliminares de nulidade e se assim não for entendido, que seja julgado improcedente o presente Auto de Infração.

À fl. 510-A, a autuante informa que reitera os termos da contestação às fls. 472 a 483, salientando que em relação aos documentos de fls. 503 a 507, fica a critério do CONSEF acatar ou não, por se tratar de cópias.

Considerando a alegação defensiva de que não foi elaborado novo demonstrativo contendo as notas fiscais remanescentes, dificultando o exercício do contraditório, e que as notas fiscais de números 641802, 10033, 8998, 914127 não foram entregues ao impugnante. Além disso, foram entregues cópias ilegíveis, dentre as quais as notas fiscais de números 3467, 158607, 159190, 159055, 51854, 161146, 6296, 20381, 4175, 75739, 20018, 173291, 65963, 73643, 33964, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 513) para as seguintes providências:

1 – Que a autuante elaborasse demonstrativo constando as notas fiscais remanescentes, excluindo as mercadorias não enquadradas na substituição tributária.

2 – Que a Inspetoria Fiscal fornecesse ao autuado, mediante recibo, cópia do novo demonstrativo elaborado pela autuante, e também, das notas fiscais de números notas fiscais de números 641802, 10033, 8998, 914127 (que não foram entregues ao impugnante) 3467, 158607, 159190, 159055, 51854, 161146, 6296, 20381, 4175, 75739, 20018, 173291, 65963, 73643, 33964 (foram entregues cópias ilegíveis).

3 – Que fosse concedido o prazo de dez dias para o autuado se manifestar, querendo.

Em atendimento ao solicitado, a autuante informa à fl. 515 que elaborou novo demonstrativo (fls. 516 a 523) constando notas fiscais remanescentes da autuação. Quanto às mercadorias não enquadradas na substituição tributária, esclarece que as mesmas foram excluídas do cálculo do imposto exigido, quando da primeira informação fiscal (fls. 420 a 424) e da segunda (fls. 472 a 483 do PAF). Em relação ao argumento defensivo de que foram incluídas notas fiscais inexistentes, diz que colocou em negrito as notas fiscais que tiveram seus números modificados por estarem apagados ou com a numeração trocada e estes itens encontram-se à fl. 473 do presente processo.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal e demonstrativo acostado aos autos, o defendant se manifestou às fls. 529 a 540, aduzindo que “é impossível para o impugnante conferir todas as notas fiscais acostadas ao presente processo no exíguo prazo de 10 dias, quando a autuante obteve mais de 60 (sessenta dias) para contestar nossas alegações defensivas”. Cita o art. 127 e reproduz o art. 129 do RPAF/BA. Diz que está comprovado que o presente Auto de Infração apresenta diversas irregularidades desde a sua lavratura, devido aos equívocos cometidos pela autuante, que foram gradativamente sanados na medida em que o defendant foi apresentando as provas dos erros apurados. Reproduz os arts. 2º e 46 do RPAF/BA, argumentando que, se a autuante não elaborou novo demonstrativo, permitindo ao defendant o exercício da ampla defesa, deve ser determinada a reabertura do prazo de defesa. Como primeira preliminar de nulidade, o defendant alega que, por força dos princípios da estrita legalidade, da verdade material e do inquisitório, devem ser entregues a documentação e o demonstrativo de débito que embasaram o Auto de Infração. Diz, ainda, que não identificou nos diplomas legais vigentes a atribuição de responsabilidade por substituição tributária à empresa adquirente de bolsas, sacolas, berloques, cabedal, sandálias e outras mercadorias incluídas no levantamento fiscal. Comenta sobre a substituição tributária, e no mérito, alega que apesar da inexistência de novo demonstrativo de débito, na absurda hipótese de ser apreciado o mérito do presente Auto de Infração, os julgadores deverão considerar insubstancial a autuação fiscal porque as mercadorias incluídas no levantamento foram devolvidas aos fornecedores com a própria nota fiscal de aquisição. O autuado afirma que as suas operações comerciais têm como característica o relacionamento informal com os fornecedores, os pedidos de mercadorias são realizados por telefone ou e meio eletrônico, concordando que houve falha apenas operacional, sem contudo, causar prejuízo ao erário estadual. Considera exíguo o tempo para oferecimento de defesa e em decorrência da falta de entrega das notas fiscais pelo autuante, o defendant protesta pela apresentação “a posteriori” de documentos que comprovem que toda a autuação está envolta de irregularidades. Pede a realização de diligência fiscal por estranho ao feito, reafirmando que diversas notas fiscais elencadas pela autuante como sujeitas à antecipação tributária não tem previsão legal de enquadramento. Comenta sobre o princípio da verdade material, assegurando que no processo administrativo tributário a autoridade fiscal é quem deve provar a ocorrência do fato gerador, bem como todos os elementos constitutivos do lançamento tributário. Comenta sobre os elementos constitutivos do crédito tributário e diz que, se não bastasse os equívocos cometidos pela autuante, diversas notas fiscais indicadas no levantamento fiscal estão devidamente escrituradas, como se pode verificar numa breve análise no livro Registro de Entradas de Mercadorias. Além dessas irregularidades e equívocos, diz que a autuante exigiu imposto de diversos produtos que sequer estavam enquadrados na substituição tributária, a exemplo das notas fiscais que relacionou às fls. 538/539. Finaliza pedindo a reabertura do prazo de defesa; elaboração de novo demonstrativo de débito; que seja acolhida a preliminar de nulidade; reafirma o protesto pela realização de diligência por órgão específico, por fiscal estranho ao feito para que possam comprovar as alegações defensivas.

À fl. 542, a autuante diz que todos os pontos já foram esclarecidos e/ou modificados, e está ciente da última manifestação do autuado, nada tendo a acrescentar.

Considerando a alegação defensiva de que ainda constatou erros no levantamento fiscal, esta Junta de Julgamento Fiscal, converteu o presente processo à ASTEC (fl. 546) para que o diligente adotasse as seguintes providências:

- 1 – Intimasse o autuado a apresentar o levantamento de todas notas fiscais correspondentes aos equívocos constatados no levantamento fiscal.
- 2 – Solicitasse os documentos fiscais originais comprobatórios das alegações defensivas e elaborasse demonstrativo, excluindo as mercadorias não enquadradas na substituição tributária, as notas fiscais computadas em duplicidade ou indevidamente, bem como as notas fiscais relativas às devoluções que fossem comprovadas, indicando os saldos mensais remanescentes.

3 – Elaborasse novo demonstrativo de débito.

Conforme PARECER ASTEC Nº 078/2008 (fls. 547/549), em atendimento ao solicitado, a Auditora Fiscal encarregada pela diligência fiscal disse que intimou o autuado em 07/03/2008 (fl. 550), e em 12/03/2008 o deficiente apresentou pedido de dilação do prazo concedido, por mais quinze dias, para apresentação dos documentos solicitados, conforme fl. 552 do PAF. No dia 11/04/2008, através da manifestação de fls. 556/558, foi apresentada pelo autuado uma relação de notas fiscais reconhecendo a aquisição das mercadorias constantes nos documentos fiscais relacionados pelo deficiente (fls. 556/558), tendo sido confrontado pela diligente com os demonstrativos elaborados pela autuante. A diligente informa à fl. 548 as notas fiscais relativas às compras de bolsas, que o deficiente reconhece suas aquisições e que já foram excluídas da autuação pela autuante. Indica também, as Notas Fiscais correspondentes às compras de calçados que o deficiente reconhece suas aquisições, informando que os documentos fiscais foram acostados aos autos. Diz que apesar de o autuado não reconhecer as demais notas fiscais que constam no levantamento fiscal, as mesmas não foram excluídas porque todas foram anexadas ao PAF e ao serem examinadas não apresentaram indício de que sejam falsas. A diligente informa ainda, que após revisão efetuada, não foram elaborados novos demonstrativos porque a autuante já havia excluído as notas fiscais referentes às compras de mercadorias que não estão enquadradas na substituição tributária e as notas fiscais computadas em duplicidade ou indevidamente. Afirma que o deficiente não apresentou provas que justificassem suas alegações; todas as notas fiscais relacionadas pela autuante estão acostadas aos autos, apresentam sinais de regularidade, e os valores remanescentes da infração estão demonstrados às fls. 516/523, planilhas elaboradas pela autuante na informação fiscal. Por fim, a diligente elaborou o demonstrativo de débito da infração, totalizando R\$92.813,03.

Consta às fls. 556/558 e no CD à fl. 567 do presente processo, requerimento do autuado, referente à intimação da ASTEC, para a realização da diligência fiscal, aduzindo que em cumprimento à intimação da ASTEC datada 11/03/2008, após um trabalho extremamente cansativo e desgastante de análise de aproximadamente 300 (trezentas) fotocópias de Notas Fiscais entregues pela fiscalização, o deficiente reconhece a aquisição junto aos fornecedores das Notas Fiscais que relacionou, afirmando que em relação às demais notas fiscais elencadas no processo não se referem a aquisições da impugnante.

Intimado do PARECER ASTEC Nº 078/2008, o autuado se manifestou às fls. 574/581, aduzindo que, na absurda hipótese de ser apreciado o mérito do presente Auto de Infração, devem os julgadores desta Junta de Julgamento Fiscal considerar insubstancial a autuação fiscal, em face do completo desconhecimento do autuado da remessa das mercadorias pelos fornecedores, objeto do presente lançamento de ofício. Diz que no processo administrativo fiscal, a autoridade fiscal é quem deve provar a ocorrência do fato gerador, tendo em vista que as autoridades administrativas, na esfera tributária, possuem liberdade para colher as provas que entenderem indispensáveis para verificar a ocorrência dos fatos que dão respaldo à autuação. Entende que se não for comprovado com elementos constitutivos do crédito tributário, o lançamento deve ser anulado, independentemente de o contribuinte alegar a insubstancialidade do mesmo. Alega que no caso em tela, o lançamento de ofício está envolto de irregularidades, a exemplo de devoluções não consideradas, mercadorias não enquadradas no regime da substituição tributária, notas fiscais digitadas com erros. Por isso, entende que deve ser considerado improcedente o lançamento fiscal. Assegura que é do conhecimento da Secretaria da Fazenda da Bahia, como também dos órgãos policiais, a prática da utilização da razão social e inscrição estadual de empresas idôneas por indivíduos inescrupulosos para fraudar o fisco, o que tem ocorrido de maneira freqüente, e não foram juntados aos autos quaisquer documentos que comprovem a irregularidade indicada na autuação fiscal, a não ser notas fiscais coletadas nos Postos Fiscais de fronteira, notas estas que o contribuinte afirma que não tem conhecimento; e que nunca adquiriu quaisquer das mercadorias nas indicadas. Diz que ao Fisco baiano, seria muito mais fácil comprovar a inexistência de tais aquisições, porque dispõe de recursos financeiros, materiais e técnicos, além da competência

para investigar os livros fiscais e contábeis de qualquer empresa. Entende que a SEFAZ da Bahia poderia designar profissionais do seu corpo técnico para deslocarem-se até as empresas remetentes e comprovar, à luz da documentação fiscal e contábil dos referidos estabelecimentos, a quem responsabilizar pelo pagamento do ICMS incidente sobre as mercadorias. Cita o art. 142 do CTN e a respeito do tema ônus da prova, transcreve ensinamento do jurista Paulo Celso Bonilha, na obra "Da prova no processo administrativo tributário". Quanto ao ônus da prova, transcreve o art. 333 do Código de Processo Civil. Salienta que o Estado de Minas Gerais, adotando uma postura arrojada e corajosa, fez publicar a Lei 13.515/00, Código de Defesa do Contribuinte, visando garantir proteção ao contribuinte contra o abuso do direito na cobrança de tributo autorizado em lei, o qual ampara a pretensão do autuado. Fala sobre os direitos e garantias fundamentais do cidadão elencados no art. 5º da Constituição Federal de 1988, e assegura que a Constituição Federal, bem como a Legislação infraconstitucional, com escopo de compatibilizar ambos os princípios, estabeleceu limites para a atividade fiscal do Estado e, em contrapartida, criou um sistema próprio para salvaguardar o direito do Ente Público de desenvolver sua atividade financeira, via arrecadação de tributos. Nesse sentido, transcreve a lição de HUGO DE BRITO MACHADO, além de trecho da exposição de motivos do projeto de Código de Defesa do Contribuinte em tramitação no Senado. Finaliza, pedindo que este órgão julgador requisite ao preposto fiscal que colacione aos autos as provas da aquisição das mercadorias; pede a realização de perícia e diligência na empresa, por órgão específico, por fiscal estranho ao feito, e a produção de todas as provas, inclusive testemunhais, em Direito admitidas.

De acordo com a fl. 584, a autuante tomou conhecimento e não se manifestou quanto PARECER ASTEC Nº 078/2008.

Considerando que o deficiente ainda apontou equívocos no levantamento fiscal, que não foram retificados pela diligente, e que na relação de Notas Fiscais reconhecidas pelo autuado (fls. 556/558), existem documentos fiscais que se referem a calçados e outros referentes a bolsas e calçados, não computados no demonstrativo de fls. 516/523, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em nova diligência à ASTEC (fl. 586) para que a diligente adotar as seguintes providências:

- 1 – Se manifestar quanto aos equívocos apontados, podendo refazer as planilhas, computando somente as mercadorias sujeitas à substituição tributária, indicando as Notas Fiscais e os respectivos valores do imposto, apurando os débitos mensais.
- 2 – Solicitar que o deficiente indique as Notas Fiscais relativas às devoluções, devendo excluir aquelas que forem comprovadas.
- 3 – Elaborar novo demonstrativo de débito.

Conforme PARECER ASTEC Nº 12/2009 (fls. 591/592), foi informado pela diligente que na primeira diligência fiscal o autuado teve trinta e cinco dias para apresentar os documentos que comprovassem suas alegações, mas não foi atendida a intimação, inclusive, em sua manifestação de fls. 574/581, datada de 26/05/2008, nenhum documento foi apresentado para que pudesse ser avaliado pela ASTEC. A diligente informa, ainda, que o autuado foi intimado a indicar as notas fiscais referentes às devoluções, conforme intimação à fl. 590 dos autos, e no dia 26/01/2009, solicitou dilação do prazo, alegando quantidade excessiva de documentos a serem compilados. Diz que o autuado teve sete meses para reunir os documentos necessários à sua defesa, e não apresentou qualquer elemento para comprovar suas alegações. Assim, a diligente manteve o PARECER ASTEC anterior, de fls. 547/549.

Intimado do PARECER ASTEC Nº 12/2009, o deficiente se manifestou às fls. 599 a 614, aduzindo que sempre cumpriu suas obrigações fiscais concernentes ao ICMS. Ressalta que qualquer ação discricionária do Estado, por mínima que seja, quando seu objeto for a transferência forçada e definitiva de parcela do patrimônio privado para o Erário Público, deve estar adstrito à

legalidade, e aos demais princípios que regem o processo administrativo fiscal. Por isso, o lançamento tributário deve ser efetuado com irrestrita obediência à lei, da qual decorrem os conhecidos princípios da estrita legalidade, da verdade material e do inquisitório na investigação dos fatos tributários. Com base nestes princípios, assegura que deve o procedimento administrativo do lançamento buscar a verdade material que, na hipótese dos autos, para se chegar a ela, deve-se necessariamente passar pela entrega da documentação, e demonstrativo de débito, que embasaram o auto de infração. Comenta e transcreve o artigo 18 do RPAF/BA. Diz que na autuação original, após a impugnação inicial, a autuante retirou do seu lançamento de ofício diversas notas fiscais equivocadamente incluídas no seu demonstrativo, sem, no entanto, indicar qual o valor remanescente, para que o autuado pudesse exercer o amplo direito de defesa. Depois da manifestação da empresa, em nova informação fiscal, foi reduzido mais uma vez o débito apurado em R\$365,24, e o defendant ainda continua questionando quais as notas fiscais que permaneceram da sua autuação original e qual o valor que porventura prospera para que possa exercer seu direito de defesa, haja vista que não foi elaborado um novo demonstrativo orientador do impugnante dificultando de sobremaneira o exercício do contraditório. Reproduz o art. 39 do RPAF/BA, reiterando a alegação de que as notas fiscais de nºs 202801, 641802, 10033, 660881, 80, 106, 137, 139, 172, 292, 301, 306, 319, 327, 350 não foram entregues ao recorrente, mais uma vez comprovando o cerceamento do direito de defesa. Portanto, o defendant assegura que restou configurada infringência aos princípios basilares do sistema tributário - a legalidade, verdade material e contraditório, que permitem excluir a margem de dúvidas quanto ao momento de constituição da obrigação tributária. Assim, afirma que o presente Auto de Infração está caracterizado por inexistência de certeza e liquidez no lançamento devendo ser nulo de pleno direito, por ausência, nos autos, de elementos que indiquem ter havido efetivamente prejuízos para o Erário Público, como também o cometimento de ilícito tributário.

Quanto ao PARECER ASTEC Nº 12/2009, o defendant alega que os documentos requeridos pela diligente encontram-se apensados aos autos, e nada mais justo que a mesma se debruçasse sobre os referidos documentos, procedendo a um exame minucioso, como requereu o julgador, com o objetivo de sanear todo o processo, permitindo que o autuado exercesse o seu amplo direito de defesa. Tal procedimento não foi adotado pela diligente, limitando-se a intimar o contribuinte, para que este realizasse todo o trabalho de auditoria suscitado pelo relator. Transcreve o art. 139 do RPAF/BA, e afirma que a diligente não cumpriu a solicitação do relator, omitindo-se de refazer as planilhas, indicando as notas fiscais remanescentes do auto de infração original e os respectivos valores do imposto, apurando os débitos mensais, ou seja, a diligente não elaborou novo demonstrativo de débito, necessário para informar o valor real do lançamento de ofício. Assegura que o cerceamento de defesa mostra-se evidente no caso em apreço, como também a desobediência ao princípio da verdade material, e como consectário lógico, o presente Auto de Infração deve ser anulado pela Junta de Julgamento Fiscal. Diz que o presente processo administrativo fiscal não se apresenta suficientemente saneado para ser incluído na pauta de julgamento, conforme se depreende da leitura do artigo 138 do RPAF-BA, que reproduziu, assegurando que a convicção deve apoiar-se sempre em prova objetivamente visível, e se no processo permanecem dúvidas sobre o valor do débito imputado ao autuado, não deve o julgador manifestar juízo de valor, sob pena de cometer injustiças irreversíveis e prejuízos ao patrimônio do contribuinte.

Em relação às notas fiscais coletadas pelo sistema CFAMT, o defendant alega que é impossível afirmar com um mínimo de convicção, que determinadas Notas Fiscais, captadas aleatoriamente e sem controle de tudo que transita pelas vias rodoviárias, náuticas, ruas das cidades, etc., realmente representam as operações de circulação de mercadorias entre os respectivos remetentes e destinatários arrolados nos respectivos documentos fiscais. Entende que são deficientes os registros do CFAMT utilizados pelos Fiscais para autuar, ao exigir o imposto com base na presunção de que o autuado foi responsável por estas transações. Diz que não há prova de que o autuado adquiriu realmente tais mercadorias, mas tão somente uma presunção sem

lastro e sem indícios que incriminem concretamente a empresa, e que é mera presunção arbitrária no pressuposto de que os registros do sistema CFAMT representam prova absoluta da verdade real, e que o contribuinte que “se vire para comprovar que nada tem a ver com as operações atinentes às Notas Fiscais captadas pela SEFAZ, isto é, que não adquiriu as mercadorias objeto da acusação”. Afirma que é prática comum no comércio varejista, e a SEFAZ tem conhecimento, da utilização de inscrições estaduais de quaisquer contribuintes por terceiros inescrupulosos que as utiliza para realizar pedidos de mercadorias junto a fornecedores de outras regiões do país, isto é, determinadas empresas inidôneas adquirem mercadorias utilizando-se do CNPJ e Inscrição Estadual de outras empresas para fugir à tributação.

O defensor assegura que não adquiriu as mercadorias constantes do lançamento de ofício e desconhece quem utilizou seus dados para viabilizar inescrupulosamente as compras constantes da Notas Fiscais apontadas no levantamento fiscal, e como meio de comprovar a seu idoneidade deixa à disposição deste colegiado todos os livros de escrituração contábil para análise pericial. Afirma que não houve qualquer fiscalização *in loco* no posto fiscal onde foram coletadas as notas fiscais, nem a colheita de outras provas que pudessem determinar algum elo suficiente para evidenciar a transação, tais como, duplicatas das vendas de mercadorias, as notas fiscais de saída e entrada ou registro da transportadora, uma vez que, o frete utilizado ficou por conta da empresa emitente, não integrando assim este a base de cálculo do referido tributo. Entende que caberia ao Fisco, se valer ao máximo do seu poder inquisitivo para provar que as mercadorias foram efetivamente adquiridas pelo autuado, se valendo de perícias, auditorias fiscal e contábil junto aos fornecedores, transportadores, circularização junto aos fornecedores, bem como a utilização de outras técnicas de fiscalização muito bem conhecidas e dominadas pela SEFAZ. Assegura que em relação ao crédito tributário, o ônus da prova de sua existência é da Fazenda, e o privilégio à ampla margem de investigação durante a fase antecedente ao lançamento está prelecionado no art. 195, do CTN, que transcreveu. Diz que a única prova de que dispõe o contribuinte é a sua escrita fiscal e contábil, que sempre estiveram à disposição da fiscalização, e que dela não poderia constar tal documento por completo desconhecimento de sua origem, ou na pior das hipóteses diante desta forma de coação confessar e assumir indevidamente uma dívida que não contraiu, prejudicando assim o pleno funcionamento do estabelecimento comercial.

Prosseguindo, o defensor comenta sobre o princípio da verdade material e assegura que, não ficando provados os elementos constitutivos do crédito tributário, o lançamento deve ser anulado, independentemente de o contribuinte alegar a insubsistência do mesmo. O impugnante afirma que não saberia como provar que não recebeu a mercadoria que alguém alegasse ter sido enviada, visto que, além de não ser possível documentar a falta de entrega, tampouco poderia invocar o testemunho de alguém que, durante 24 horas, sem dormir, tivesse permanecido à porta da empresa, para atestar que a transportadora não entregou as mercadorias. Cita e transcreve ensinamentos do tributarista Ives Gandra Martins em processo de sustentação oral no STF, cuja matéria se assemelha ao presente caso. Concorda que houve uma falha apenas operacional, sem contudo constatar-se qualquer prejuízo para o Estado, qual seja, a falta do registro da nota fiscal de aquisição e posterior emissão da nota fiscal de devolução de mercadorias, o que sujeitaria a autuada a penalidade de caráter formal, nunca, reitera, exigência de imposto. Requer a realização de nova diligência por fiscal estranho ao feito, para realizar efetivamente a perícia necessária em todos os documentos que supostamente não foram registrados. Volta a comentar sobre o princípio da verdade material, reiterando a alegação de que a maioria das notas fiscais elencadas no demonstrativo original da autuante não pertencem ao autuado e não foram adquiridas pela empresa impugnante.

Requer ao Egrégio Conselho de Fazenda Estadual, sejam julgados procedentes os seguintes pedidos, e a consequente anulação do Auto de Infração: a) reconhecer que a fiscal diligente não realizou na sua inteireza a diligência requerida pela 3^a JJF; b) designar nova diligência para colheita de provas junto aos fornecedores; c) retirar do levantamento as devoluções de mercadorias não consideradas no levantamento fiscal; d) verificar as mercadorias devidamente

registradas na escrita fiscal e contábil da empresa; e) retirar do levantamento as mercadorias que não foram adquiridas pela autuado; f) retirar do levantamento as notas fiscais inexistentes; g) considerar o crédito fiscal não concedido pela autuante; h) verificar o equívoco no valor imputado; i) retirar do levantamento as notas fiscais em duplicidade; j) realizar auditoria fiscal nos fornecedores para ratificar as remessas fictícias. Protesta ainda pela realização de perícia e diligência na empresa, por órgão específico, por fiscal estranho ao feito, para que se possam comprovar as alegações defensivas, e a produção de todas as provas, inclusive testemunhais, em Direito admitidas.

À fl. 620, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo à Infaz de origem para a autuante refazer o demonstrativo de fls. 516 a 523, indicando as notas fiscais remanescentes da autuação, excluindo as notas fiscais da Calçados Cristalli, conforme documentos de fls. 503/504 dos autos, e verificar se ainda permanecem mercadorias que não estão enquadradas na substituição tributária, como alegado pelo defendant. Elaborar novo demonstrativo de débito.

Após a providência acima, a Inspetoria Fiscal fornecer ao autuado, mediante recibo, cópia dos novos demonstrativos e informação fiscal que deverá ser prestada pela autuante, e também, cópias das notas fiscais de números notas fiscais de números 202801, 641802, 10033, 660881, 80, 106, 137, 139, 172, 292, 301, 306, 319, 327, 350 e 933, concedendo o prazo de trinta dias para o mesmo se manifestar, querendo.

Em atendimento, a autuante prestou a informação fiscal de fl. 623, indicando as notas fiscais excluídas do demonstrativo de fls. 516 a 523, pertencentes à empresa Calçados Cistalli. Informa que as demais notas fiscais e suas respectivas mercadorias estão enquadradas na substituição tributária. Juntou novas planilhas e demonstrativo do débito remanescente (fls. 624 a 628).

O contribuinte foi intimado (fls. 629/630), com reabertura do prazo de trinta dias para se manifestar, sendo fornecidos os novos demonstrativos elaborados pela autuante e informação fiscal. Apresentou manifestação às fls. 632 a 637 dos autos, aduzindo que está inserido no rol das empresas que gozam de tradição no setor em que atua, e sempre diligenciou no sentido de bem cumprir suas obrigações fiscais perante o Poder Público, notadamente no tocante ao cumprimento das obrigações tributárias concernentes ao imposto de competência estadual - o ICMS. Entende que a autuante não esclareceu a autuação, permanecendo no Auto de Infração diversos documentos fiscais que não se prestam para o fim colimado pela fiscalização e se originou de equivocado entendimento por parte da autuante, que demonstrou ter diligenciado por caminhos equivocados, em desatendimento aos mandamentos legais, a tal ponto que deve ser anulado por vício formal e jurídico. Apresenta preliminares de nulidade, alegando que permanecem erros grosseiros no levantamento realizado pela autuante, que mais uma vez maculam o lançamento de ofício levando-o inexoravelmente à nulidade. Reitera a alegação de que as mercadorias objeto do lançamento de ofício foram devolvidas pela recorrente aos fornecedores, com a própria nota fiscal de aquisição, citando como exemplo duas notas fiscais da empresa VIA UNO, que não foram retiradas do levantamento fiscal pela autuante e foram devolvidas ao fornecedor: Nota fiscal de nº 824076 de 17/02/2004 no valor de R\$ 1.677,60 e a Nota fiscal de nº 824166 de 18/02/2004 no valor de R\$ 958,80. Assegura que às vezes, o produto remetido não se amolda às especificações requeridas pela impugnante, e após a conferência são devolvidos ao fornecedor com a mesma nota fiscal que amparou a remessa. Diz que houve uma falha apenas operacional, sem, contudo constatar-se qualquer prejuízo para o Estado, e que a falta do registro da nota fiscal de aquisição e posterior emissão da nota fiscal de devolução, sujeitaria a autuada à penalidade de caráter formal, nunca, reiteramos, exigência de imposto. Quanto ao pedido do relator para que a repartição fiscal fornecesse ao autuado, mediante recibo, cópia dos novos demonstrativos e informação fiscal prestada pela autuante, e também, cópias das notas fiscais de números 202801, 641802, 10033, 660881, 80, 0106, 0137, 139, 0172, 0292, 0301, 0306, 319, 0327, 0350 e 0933, diz que tal providencia não foi atendida, tendo em vista que as mencionadas cópias não foram entregues. O defendant protesta pela apresentação “*a posteriori*”, de

documentos que comprovem que toda a autuação está eivada de irregularidades, e que todas as mercadorias foram devolvidas ao fornecedor com a própria nota fiscal de remessa.

Quanto à revisão efetuada pela autuante, o defensor alega que o verso da folha 625 do presente processo, apresenta demonstrativo ininteligível que deve ser esclarecido pela autuante. Afirma que diversos lançamentos no verso desta folha nada demonstram, levando a crer que nem mesmo a agente fiscal tem segurança no levantamento fiscal por ela elaborado. Diversas notas fiscais elencadas pela autuante como sujeitas antecipação tributária não têm previsão legal de enquadramento, carecendo de legalidade a imposição fiscal, e por ser matéria de ordem pública, deve ser anulado o procedimento fiscal. Pede a realização de diligência pericial por fiscal estranho ao feito, para esclarecer os fatos imputados, até mesmo pela desobediência da nobre autuante, que se nega reiteradamente a cumprir o quanto pedido pela 3ª JJF. Comenta sobre as regras do processo administrativo e reafirma a alegação de que a maioria das notas fiscais elencadas no demonstrativo da autuante, não pertencem ao autuado e não foram adquiridas pela empresa impugnante. Salienta que permanecem nos autos, notas fiscais lançadas em duplicidade, a exemplo da nota fiscal de nº 176.788, correspondente ao mês de abril de 2005, e que, diversas notas fiscais indicadas na planilha anexa ao Auto de Infração, estão devidamente escrituradas na escrita fiscal da recorrente como se pode verificar em uma breve análise do livro Registro de Entradas de Mercadorias. Para comprovar o equívoco da autuante, diz que a nota fiscal de nº 263 de novembro de 2004, não corresponde a produto enquadrado no regime da substituição tributária. Elabora demonstrativo (fls. 637 a 653) dizendo que indicou em negrito as notas fiscais devolvidas ao fabricante. Por fim, pede que seja acatada a preliminar de nulidade, e na hipótese de ser apreciado o mérito, roga pela total improcedência do Auto de Infração. Reitera o pedido de diligência e perícia por fiscal estranho ao feito.

À fl. 658, a autuante, em relação à alegação do autuado de falta de entrega das notas fiscais citadas na fl. 620 do presente processo, pede que a Inspetoria Fiscal atenda à diligência. Diz que às fls. 626/628, já elaborou novos demonstrativos em atendimento à mencionada diligência, nada tendo a acrescentar.

Esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em nova diligência à Inspetoria Fazendária (fl. 662) para:

- 1) Intimar o autuado e lhe fornecer as cópias das notas fiscais de números 202801, 641802, 10033, 660881, 80, 106, 137, 139, 172, 292, 301, 306, 319, 327, 350 e 933, com a indicação do prazo de trinta dias para se manifestar, querendo, considerando a alegação do autuado de que ainda não tinha recebido os mencionados documentos fiscais.
- 2) A autuante para prestar nova informação fiscal, com as seguintes providências:
- 3) Se manifestar quanto ao argumento do autuado de que o verso da folha 625 do presente processo, apresenta demonstrativo ininteligível que deve ser esclarecido pela autuante; que diversos lançamentos no verso desta folha nada demonstram.
- 4) Intimar o autuado a comprovar mediante apresentação de documentos e escrituração fiscal as devoluções alegadas nas razões de defesa, inclusive na última manifestação, a exemplo duas notas fiscais da empresa VIA UNO, que não foram retiradas do levantamento fiscal pela autuante e foram devolvidas ao fornecedor: Nota fiscal de nº 824076 de 17/02/2004 no valor de R\$ 1.677,60 e a Nota fiscal de nº 824166 de 18/02/2004 no valor de R\$ 958,80.
- 5) Se manifestar quanto à alegação de que nos novos demonstrativos que permanecem nos autos, notas fiscais lançadas em duplicidade, a exemplo da nota fiscal de nº 176.788, correspondente ao mês de abril de 2005, e que, diversas notas fiscais indicadas na planilha anexa ao Auto de Infração, estão devidamente escrituradas na escrita fiscal da recorrente.
- 6) Para evitar a interpretação de que notas fiscais elencadas no levantamento fiscal como sujeitas antecipação tributária não têm previsão legal de enquadramento, recomenda-se que

no demonstrativo elaborado conste uma coluna para indicar a mercadoria correspondente a cada documento fiscal.

- 7) Sendo elaborados novos demonstrativos pela autuante, a repartição fiscal deverá fornecer esses demonstrativos ao defensor, mediante recibo, com a indicação do prazo de dez dias para o defensor se manifestar, querendo.

Foi informado à fl. 663 dos autos, que em relação ao pedido de diligência encaminhado por esta Junta de Julgamento Fiscal, foram identificadas fisicamente no presente PAF, somente as notas fiscais de números 641802, 933, 202801 e 10033. As demais notas fiscais não foram identificadas fisicamente neste processo, inclusive pela autuante.

Considerando que não foram cumpridas todas as solicitações da diligência anteriormente encaminhada (fl. 662), inclusive com a entrega ao defensor das cópias das notas fiscais, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em nova diligência à Inspetoria Fazendária (fls. 669/670) para intimar o autuado e lhe fornecer as cópias das notas fiscais identificadas, conforme despacho à fl 663, e do encaminhamento de diligência fiscal, com a indicação do prazo de trinta dias para se manifestar, reabrindo o prazo de defesa.

Sendo apresentada ou não, nova impugnação, que o PAF fosse encaminhado para a autuante prestar nova informação fiscal, com as seguintes providências:

- 1) Se manifestar quanto ao argumento do autuado de que o verso da folha 625 do presente processo, apresenta demonstrativo ininteligível que deve ser esclarecido pela autuante, e que diversos lançamentos no verso desta folha nada demonstram.
- 2) Intimar o autuado a comprovar, mediante apresentação de documentos e escrituração fiscal, as devoluções alegadas nas razões de defesa, inclusive nas últimas manifestações, a exemplo duas notas fiscais da empresa VIA UNO, que não foram retiradas do levantamento fiscal e, segundo o contribuinte, as mercadorias foram devolvidas ao fornecedor: Nota fiscal de nº 824076 de 17/02/2004 no valor de R\$ 1.677,60 e a Nota fiscal de nº 824166 de 18/02/2004 no valor de R\$ 958,80.
- 3) Se manifestar quanto à alegação de que nos novos demonstrativos permanecem notas fiscais lançadas em duplicidade, a exemplo da nota fiscal de nº 176.788, correspondente ao mês de abril de 2005, e que, diversas notas fiscais indicadas na planilha anexa ao Auto de Infração, estão devidamente escrituradas na escrita fiscal da recorrente.
- 4) Para evitar a interpretação de que notas fiscais elencadas no levantamento fiscal como sujeitas antecipação tributária não têm previsão legal de enquadramento, recomenda-se que no demonstrativo elaborado conste uma coluna para indicar a mercadoria correspondente a cada documento fiscal.

O defensor foi intimado, conforme fl. 673, e apresentou manifestação às fls. 676 a 697, aduzindo que o Auto de Infração está eivado de vícios desde a sua lavratura e, em que pese o esforço do corpo de julgadores na tentativa de esclarecer a irregularidade apurada, com o pedido de diversas diligências para a autuante, o processo permanece indecifrável. Entende que restou demonstrado que este lançamento de ofício deve ser anulado, por completa falta de segurança para se comprovar a infração. Assim, o defensor pede a esta órgão julgador que decrete a nulidade deste Auto de Infração e reitera todas as alegações defensivas já apresentadas anteriormente.

Como preliminar de nulidade alega que houve cerceamento do direito de defesa pela falta de elementos para se determinar com segurança a infração imputada. Diz que a autuante, após contestação do defensor, retirou do lançamento de ofício diversas notas fiscais equivocadamente incluídas no seu demonstrativo, sem, no entanto, indicar qual o valor remanescente, para que o autuado pudesse exercer o amplo direito de defesa. Depois da manifestação da empresa à informação fiscal, por sinal escrita manualmente em uma caligrafia ininteligível, foi reduzido mais uma vez o débito tributário em R\$ 365,24. O defensor informa

que continua questionando quais as notas fiscais que remanesceram da autuação original e qual o valor porventura devido para que possa exercer a sua defesa. Salienta que não foi elaborado um novo demonstrativo orientador do impugnante dificultando de sobremaneira o exercício do contraditório, ferindo de morte o estatuído no artigo 39 do RPAF/BA. Assegura que as notas fiscais de nºs 202801, 641802, 10033, 660881, 80, 106, 137, 139, 172, 292, 301, 306, 319, 327, 350 não foram entregues ao recorrente, mais uma vez comprovado o cerceamento do direito de defesa. Diz que o Auto de Infração é nulo de pleno direito, por ausência, nos autos, de elementos que indiquem ter havido efetivamente prejuízos para o Erário Público, como também o cometimento de ilícito tributário. A segunda preliminar de nulidade diz respeito à atribuição de responsabilidade a terceiros para a exigência de tributo. Afirma que não identificou nos diplomas legais vigentes a atribuição de responsabilidade por substituição à empresa adquirente de bolsas, sacolas, berloques, cabedal, sandálias e outras mercadorias exigidas no Auto de Infração. A responsabilidade por substituição tributária tem que estar prevista em lei, seja com relação ao adquirente da mercadoria, como também quanto ao produto que está submetido ao mencionado regime tributário. Diz que no caso em tela, constata-se a inexistência da lei exigida pelo legislador complementar para se cobrar o tributo do sujeito passivo de diversas mercadorias apontadas no Auto de Infração. Entende que também se aplica ao presente processo a falta de certeza e liquidez do lançamento de ofício, e, por isso, deve ser julgado nulo, consoante disposto no artigo 18, IV, a do RPAF.

No mérito, alega que apesar da inexistência dos documentos fiscais, os julgadores deste Conselho deverão considerar insubstancial o ilícito tributário, porque as mercadorias objeto do lançamento de ofício foram devolvidas pela recorrente aos fornecedores, com a própria nota fiscal de aquisição. Às vezes, o produto remetido não se amolda às especificações requeridas pela impugnante, e após a conferência são devolvidas ao fornecedor com a mesma nota fiscal que amparou a remessa dos produtos. Concorda que houve uma falha apenas operacional, sem contudo, constatar-se qualquer prejuízo para o Estado. A falta de registro da nota fiscal de aquisição e posterior emissão da nota fiscal de devolução sujeitaria a autuada a penalidade de caráter formal, nunca, reitera, exigência de imposto. Considerando o exíguo período para o oferecimento da defesa, e a falta de entrega das notas fiscais pela autuante, a defendant protesta, pela apresentação “*a posteriori*”, de documentos que comprovem que toda a autuação está eivada de irregularidades, e que todas as mercadorias foram devolvidas ao fornecedor com a própria nota fiscal de remessa. Pede que esta JJF delibere pela realização de diligência por fiscal estranho ao feito, para verificar todos os documentos que supostamente não foram registrados. Ainda quanto ao mérito, alega que diversas notas fiscais elencadas pelo autuante como sujeitas a antecipação tributária não tem previsão legal de enquadramento, carecendo de legalidade a imposição fiscal, e por ser matéria de ordem pública, deve ser anulado o procedimento fiscal. Também alega que a maioria das notas fiscais elencadas no demonstrativo da autuante não pertence ao autuado e não foram adquiridas pela empresa impugnante. Diz que não há provas nos autos de que as mercadorias foram adquiridas pela autuada, como também não há provas nos autos de que as supostas notas fiscais não foram registradas na sua escrita fiscal e contábil. Entende que há necessidade de o fisco comprovar a efetiva entrada das mercadorias, como ocorre no caso de levantamento quantitativo de estoque de mercadorias, levantamento este, não realizado pelo autuante apesar de estar na posse de todos os livros e documentos fiscais necessários à constatação das referidas omissões. Também alega que no demonstrativo da autuante foram lançadas várias notas fiscais em duplicidade, à exemplo do mês de maio de 2004, onde consta o lançamento da nota fiscal 20381 em duplicidade, e que, diversas notas fiscais indicadas na planilha anexa ao Auto de Infração, estão devidamente escrituradas na escrita fiscal da recorrente como se pode verificar em uma breve análise do livro Registro de Entradas de Mercadorias. Diante das diversas inconsistências apontadas na peça defensiva, o defendant pede a improcedência do Auto de Infração, ou que no mínimo, seja designado fiscal estranho ao feito para retificar todo o lançamento de ofício quando será comprovada a inexistência de qualquer ilícito tributário. Diz que além de todas as irregularidades e equívocos cometidos, a

autuante exigiu imposto de um produto que sequer estava enquadrado no regime de substituição tributária, haja vista que o a exigência do tributo por antecipação tributária só passou a viger a partir de 01/03/2006, conforme Decreto 8413 de 30/12/2002 que promoveu a alteração nº 38 ao RICMS-BA, com efeitos a partir de 01/03/2006. Que a autuante ainda incluiu no seu demonstrativo a nota fiscal de nº 4175 de 21/05/2004 emitida por APZ Comércio, cuja mercadoria se trata de bolsa, e por isso, deve ser excluída do levantamento fiscal elaborado. Outras notas fiscais devem ainda ser retiradas do levantamento: nota fiscal 180, (cadeira de rodas), 72449 (base de vitrine), e a nota fiscal da CEDISA que se trata de estrutura metálica. Ainda, a autuante incluiu equivocadamente no seu demonstrativo notas fiscais que não existem a exemplo dos seguintes documentos: Nota fiscal número 575229, 845451, 65963, 210223, 68210, 3806, 734273, 32295. Também consta no demonstrativo equivocado o lançamento de várias notas fiscais em duplicidade, a exemplo as notas fiscais 612547, 4591171, 459177, que também devem ser excluídas da autuação. Mais um erro deve ser creditado à autuante, que deve resultar na nulidade total deste Auto de Infração por total insegurança e falta de certeza e liquidez, na nota fiscal de nº 75.739, não foi concedido o crédito fiscal de 12%, a que faz jus a recorrente. Salienta que conseguiu identificar três fornecedores que estão utilizando indevidamente a razão social da recorrente de forma que serão acionados civilmente e penalmente pela autuada para comprovar a não aquisição das mercadorias, são elas: PIZZARE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CALÇADOS, DEL PIZO, CALÇADOS IMONNA LTDA. Alerta que as notas fiscais 1023, 53121 encontram-se devidamente escrituradas nos livros fiscais do contribuinte, e a diligência fiscal comprovará as nossas afirmações. Contesta os percentuais das multas aplicadas, apresentando o entendimento de que têm efeito confiscatório. Diz que a aplicação de multas nos percentuais de 60% e 70% ferem de morte o conceito de proporcional ou razoável, uma vez que impõe ao contribuinte sanção pecuniária relativa a uma sistemática de tributação que não acarreta qualquer prejuízo ao Erário Estadual. Também contesta a aplicação da Taxa Selic, dizendo que a mencionada taxa não é índice de correção monetária, pela absoluta falta de amparo legal, e que, sob qualquer ângulo que se analise a questão, a taxa SELIC não encontra respaldo legal e não pode ser utilizada no presente caso, devendo ser excluída e substituída por juros de 1% ao mês. Por fim, reitera os pedidos de nulidade do Auto de Infração, e na improvável hipótese de ser apreciado o seu mérito, rogamos pela sua total improcedência pelas razões aduzidas na peça defensiva. Protesta, ainda, pela realização de perícia e diligência na empresa, por órgão específico, por fiscal estranho ao feito.

A autuante informou à fl. 715 que as alegações apresentadas pelo contribuinte às fls. 677 a 697 já foram objeto de diligência pelo CONSEF e já houve esclarecimentos quando do atendimento às diligências encaminhadas.

Considerando que não foram cumpridas todas as solicitações das diligências anteriormente encaminhadas, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em nova diligência à Inspetoria Fazendária para que a autuante:

1. Se manifestasse quanto ao argumento do autuado de que o verso da folha 625 do presente processo, apresenta demonstrativo ininteligível que deve ser esclarecido pela autuante, e que diversos lançamentos no verso desta folha nada demonstram.
2. Intimasse o autuado a comprovar, mediante apresentação de documentos e escrituração fiscal, as devoluções alegadas nas razões de defesa, inclusive nas últimas manifestações, a exemplo duas notas fiscais da empresa VIA UNO, que não foram retiradas do levantamento fiscal e, segundo o contribuinte, as mercadorias foram devolvidas ao fornecedor: Nota fiscal de nº 824076 de 17/02/2004 no valor de R\$ 1.677,60 e a Nota fiscal de nº 824166 de 18/02/2004 no valor de R\$ 958,80.
3. Se manifestasse sobre a reiterada alegação do autuado de que não recebeu as cópias das notas fiscais de números 202801, 641802, 10033, 660881, 80, 0106, 0137, 139, 0172, 0292, 0301, 0306, 319, 0327, 0350 e 0933.

4. Se manifestasse quanto à alegação de que nos novos demonstrativos permanecem notas fiscais lançadas em duplicidade, a exemplo da nota fiscal de nº 176.788, correspondente ao mês de abril de 2005, e que, diversas notas fiscais indicadas na planilha anexa ao Auto de Infração, estão devidamente escrituradas na escrita fiscal da recorrente.
5. Para evitar a interpretação de que notas fiscais elencadas no levantamento fiscal como sujeitas antecipação tributária não têm previsão legal de enquadramento, recomendou-se que fosse elaborado novo demonstrativo constando as seguintes colunas: NOTA FISCAL N° E DATA, ESPÉCIE E MARCA DAS MERCADORIAS, ESTADO DE ORIGEM, BASE DE CÁLCULO, ALÍQUOTA, CRÉDITO FISCAL CONSIDERADO E ICMS A RECOLHER.
6. Após as providências dos itens anteriores, com a elaboração de novos demonstrativos pela autuante, que a repartição fiscal intimasse o autuado e lhe fornecesse os novos demonstrativos, mediante recibo assinado pelo contribuinte ou seu representante legal, com a indicação do prazo de trinta dias para o deficiente se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

Em atendimento, a autuante prestou nova informação fiscal à fl. 721 dos autos, esclarecendo que o verso da fl. 625 deste PAF deve ser desconsiderado, por se tratar de erro de impressão. Diz que o contribuinte foi intimado e apresentou duas notas fiscais e documentos que considera prova da devolução de mercadorias. A autuante apresentou o entendimento de que esses documentos não comprovam as devoluções. Quanto às NFs de números 80, 106, 137, 139, 172, 292, 301, 306, 327 e 350, assegura que não constam no processo e que sobre elas nenhum imposto foi cobrado. Informa que as NFs 202801, 641802, 10033, 660881 e 933 devem ser entregues ao deficiente pela repartição fiscal. Também informa que após a nova conferência realizada, a NF 176788, de abril de 2005, foi retirada da base de cálculo, não constando mais no novo demonstrativo elaborado. Juntou novo demonstrativo às fls. 722 a 730 do PAF.

Intimado da informação fiscal, dos novos demonstrativos elaborados pela autuante e da reabertura do prazo de defesa, com a entrega de cópias das NFs 202801, 641802, 10033, 660881 e 933, o deficiente se manifestou às fls. 751 a 754 dos autos, dizendo que está inserido no rol de empresa que gozam de tradição no setor em que atua, sempre diligenciou no sentido de cumprir suas obrigações fiscais. Apresenta o entendimento de que a autuante não esclareceu a autuação fiscal, permanecendo no Auto de Infração diversos documentos fiscais que não se prestam para o fim colimado pela fiscalização. Diz que a autuante diligenciou por caminhos equivocados, em desatendimento aos mandamentos legais. Diz que apesar dos diversos pedidos de diligência fiscal formulados pelo relator permanecem erros grosseiros no levantamento fiscal, que continuam a macular o lançamento. Afirma que a obstrução à garantia da ampla defesa e do contraditório é motivo incontestável de nulidade de qualquer Auto de Infração. Diz que a autuante não cumpriu o solicitado pelo relator, equivocou-se quanto à elaboração do novo demonstrativo uma vez que não relacionou a espécie e marca das mercadorias objeto das notas catalogadas, configurando cerceamento do direito de defesa, comprovando a fragilidade da autuação fiscal. Pede que o presente PAF seja submetido novamente à autuante para que possa elaborar novo demonstrativo, discriminando a espécie e marca das mercadorias. Alega que além desta omissão, em que pese o esforço da autuante ter informado sobre a desconsideração dos registros no verso da fl. 625, a autuante considerou na lavratura do Auto de Infração o verso da mencionada folha, imputando ao autuado o ônus sobre tal fato argüido. Quanto à devolução das mercadorias, informa que está comprovada através da declaração do remetente (Via Uno) e cópia do livro Registro de Entradas. Concorda que houve uma falha operacional, sem, contudo constatar-se qualquer prejuízo para o Estado. Tanto é verdade que o fornecedor forneceu declaração da devolução das mercadorias e acostou aos autos as cópias das notas fiscais de entrada da empresa remetente. Em relação à Nota Fiscal de números 933, diz que não pode permanecer no levantamento fiscal, porque se refere a bolsa, produto não inserido no rol de mercadorias alcançadas pelo regime de substituição tributária. Por fim, o deficiente protesta pela realização de nova perícia e diligência por órgão específico, por fiscal estranho ao feito,

para que possam comprovar as alegações defensivas. Requer a produção de todas as provas em Direito admitidas, inclusive testemunhais.

A autuante se manifestou quanto às alegações apresentadas pelo defendant, dizendo que o autuado alegou a existência de erros grosseiros no levantamento fiscal, mas não os aponta. Quanto à alegação de que não foram relacionadas as marcas e espécie de mercadorias diz que não é verdade, porque todas as mercadorias relacionadas são calçados e isto foi dito na planilha quando da descrição da infração. Relativamente ao verso da fl. 625, afirma que não foram considerados os valores, e se trata de erro de impressão. Quanto à Nota Fiscal nº 933, diz que este documento fiscal não consta no último demonstrativo às fls. 722 a 730 e, por isso, não há que se tratar desta Nota Fiscal neste PAF. Em relação ao pedido de nova perícia e diligência, fiscal, diz que cabe ao CONSEF decidir, mas na opinião da autuante, em cinco anos o contribuinte teve todas as oportunidades de ampla defesa, inclusive com a realização de diversas diligências. Reitera todos os termos da autuação fiscal, conforme o último demonstrativo às fls. 722 a 730 do PAF.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada e acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal.

O autuado alegou que os documentos e os demonstrativos que lastrearam o Auto de Infração deveriam ter sido entregues, e concedido novo prazo para apresentação de defesa. Quanto a esta alegação, conforme documento à fl. 447, em cumprimento à diligência solicitada, foram entregues ao contribuinte as cópias das notas fiscais (fls. 68 a 370), bem como, dos demonstrativos elaborados pela autuante, após a revisão por ela efetuada, e reaberto o prazo de defesa. Nas revisões efetuadas posteriormente, também foram fornecidas cópias ao defendant e concedido o prazo para a sua manifestação. Na última revisão às fls. 722 a 730, também foi fornecida a cópia e reaberto o prazo de defesa.

A segunda preliminar, diz respeito à inclusão no levantamento fiscal de mercadorias não incluídas na substituição tributária, a exemplo de bolsas, sacolas, sandálias e outras mercadorias. Foram realizadas revisões para exclusão das respectivas notas fiscais, permanecendo apenas as notas fiscais relativas aos calçados.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O autuado requereu a produção de provas por meio de nova diligência fiscal. Indefiro o mencionado pedido de diligência, nos termos de art. 147, I, “a” do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas. Ademais, por determinação deste órgão julgador, foi realizada diligência por preposto da ASTEC e pela autuante, e foi dado conhecimento ao contribuinte quanto ao resultado da mencionada diligência.

No mérito, o presente Auto de Infração trata de recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, sujeitas ao regime de substituição tributária, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA.

Trata-se de aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária (calçados), e os prazos para recolhimento do imposto são os previstos no art. 125, II, e § 7º, do RICMS/BA, ou seja, na entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada, a depender, se o contribuinte está ou não credenciado.

O autuado alegou desconhecimento dos documentos fiscais, e que não adquiriu os produtos neles consignados. Entretanto, não pode ser acatada a alegação defensiva, haja vista que este CONSEF tem decidido, reiteradamente, que as notas fiscais destinadas a um determinado contribuinte constitui prova suficiente da realização das operações, cabendo ao destinatário comprovar, com os meios de que disponha, que não realizou tais operações, podendo inclusive, solicitar ao remetente das mercadorias cópia dos pedidos para comprovar que não efetuou as aquisições.

Nos documentos fiscais objeto da autuação, estão consignados os dados do autuado, como a razão social, CNPJ e sua inscrição estadual, e se referem a mercadoria pertinente ao seu ramo de atividade. Portanto, o lançamento está embasado em demonstrativo elaborado pelo autuante, bem como em notas fiscais acostadas ao PAF, ressaltando-se que, embora o contribuinte tenha impugnado a autuação, não apresentou qualquer contestação aos cálculos efetuados.

Quanto à alegação do autuado de que as mercadorias não foram recebidas pelo seu estabelecimento ou enviadas por seus fornecedores não pode ser acolhida, tendo em vista que as notas fiscais foram coletadas em postos fiscais, constando o autuado como destinatário das mercadorias, estando comprovada a sua circulação, encontrando-se indicados os transportadores em diversos documentos fiscais, a exemplo de Itapemirim, Cometa e Cinco Estrelas. Consta, ainda, em diversas notas fiscais objeto da autuação, a indicação das datas de vencimento das faturas. Assim, ficou caracterizada a infração decorrente da aquisição de mercadorias sem o pagamento do imposto por antecipação, não cabendo ao Fisco obter outras provas.

Na impugnação apresentada e nas manifestações posteriores, o autuado alegou não foram entregues os demonstrativos e as notas fiscais que lastrearam o lançamento; que constatou notas fiscais em duplicidade; notas fiscais que foram registradas em sua escrita; mercadorias não enquadradas na substituição tributária e mercadorias devolvidas. Por isso, foram realizadas diversas diligências fiscais, por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal, visando o necessário saneamento do PAF, tendo sido reaberto o prazo de defesa e intimado o defendant a se manifestar em todas as diligências e revisões efetuadas.

Após as diversas diligências realizadas, a autuante prestou a informação fiscal à fl. 721 dos autos, esclarecendo que o verso do demonstrativo à fl. 625 deste PAF deve ser desconsiderado, por se tratar de erro de impressão. Diz que o contribuinte foi intimado e apresentou duas notas fiscais (NFs 824076 e 824166) e documentos que considera prova da devolução de mercadorias. A autuante apresentou o entendimento de que esses documentos não comprovam as devoluções. Informa que após a conferência realizada, elaborou novo demonstrativo às fls. 722 a 730 do PAF.

Na manifestação apresentada pelo autuado, após a última revisão da autuante, foi alegado que presente PAF deveria ser submetido novamente à autuante para que fosse elaborado novo demonstrativo, discriminando a espécie e marca das mercadorias. Alega que além desta omissão, em que pese o esforço da autuante ter informado sobre a desconsideração dos registros no verso da fl. 625, a autuante considerou na lavratura do Auto de Infração o verso da mencionada folha, imputando ao autuado o ônus sobre tal fato argüido. Quanto à devolução das mercadorias, informa que está comprovada através da declaração do remetente (Via Uno) e cópia do livro Registro de Entradas. Concorda que houve uma falha operacional, sem, contudo constatar-se qualquer prejuízo para o Estado. Tanto é verdade que o fornecedor forneceu declaração da devolução das mercadorias e acostou aos autos as cópias das notas fiscais de entrada da empresa remetente. Em relação à Nota Fiscal de número 933, diz que não pode permanecer no levantamento fiscal, porque se refere a bolsa, produto não inserido no rol de mercadorias alcançadas pelo regime de substituição tributária.

Apreciando a alegação de que a autuante não discriminou, no novo demonstrativo, a espécie e marca das mercadorias, observo que no cabeçalho do novo demonstrativo às fls. 722 a 730 do PAF, a autuante fez a descrição da infração e indicou o tipo de mercadoria objeto da autuação (calçados), sendo desnecessário indicar a marca.

Quanto às NFs 824076 e 824166, constato que o defendant comprovou por meio das Notas Fiscais de números 853958 e 853961 (fls. 506/507 do PAF) que o remetente da mercadoria (Bison Indústria de Calçados Ltda. – Via Uno) emitiu as mencionadas notas fiscais, referentes ao retorno da mercadoria, constando no corpo destas notas fiscais o número das NFs 824076 e 824166, que devem ser excluídas do presente lançamento, considerando a comprovação apresentada pelo defendant. Assim, não é devido o imposto relativo ao mês de fevereiro de 2004, no valor de R\$420,51, apurado no demonstrativo à fl. 722 em decorrência da exclusão das NFs 824076 e 824166.

Em relação à Nota Fiscal de número 933, também questionada pelo defendant na manifestação apresentada após a última revisão efetuada, a autuante esclareceu e está comprovado nos autos que este documento fiscal não consta no último demonstrativo às fls. 722 a 730 e, por isso, não há que se falar em excluir esta Nota Fiscal.

O defendant também alegou que a autuante exigiu imposto em relação a uma mercadoria que sequer estava enquadrada na substituição tributária, tendo em vista que somente a partir de 01/03/2006, por meio da Alteração 38 do RICMS/BA, Decreto 8.413, de 30/12/2002 é que passou a vigor a antecipação tributária para calçados. Quanto ao argumento defensivo, a autuante esclareceu e está comprovado pelo levantamento fiscal, que não assiste razão ao defendant, tendo em vista que o presente lançamento foi efetuado no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2005.

Quanto à multa, que foi objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96.

Acatando os valores apurados no levantamento fiscal, concluo pela subsistência parcial do presente lançamento, no valor total de R\$83.399,44, de acordo com o último demonstrativo elaborado pela autuante às fls. 722 a 730 do PAF e quadro planilha abaixo:

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO DÉBITO R\$
31/03/2004	09/04/2004	1.891,82
30/04/2004	09/05/2004	5.538,61
31/05/2004	09/06/2004	2.312,96
30/06/2004	09/07/2004	5.193,07
31/07/2004	09/08/2004	1.624,90
31/08/2004	09/09/2004	2.714,00
30/09/2004	09/10/2004	10.808,12
31/10/2004	09/11/2004	4.980,63
30/11/2004	09/12/2004	6.044,67
31/12/2004	09/01/2005	742,97
31/01/2005	09/02/2005	917,50
28/02/2005	09/03/2005	1.557,94
31/03/2005	09/04/2005	8.621,88
30/04/2005	09/05/2005	7.707,13
31/05/2005	09/06/2005	774,93
30/06/2005	09/07/2005	1.321,05

31/07/2005	09/08/2005	2.234,40
31/08/2005	09/09/2005	5.747,32
30/09/2005	09/10/2005	4.234,34
31/10/2005	09/11/2005	2.964,02
30/11/2005	09/12/2005	4.734,39
31/12/2005	09/01/2006	732,79
TOTAL	-	83.399,44

Quanto ao pedido de oitiva de testemunhas, não acolho, tendo em vista que não há previsão de utilização deste meio de prova no Processo Administrativo Fiscal.

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 nº 233048.0014/06-1, lavrado contra **PITUBA CALÇADOS E ACESSÓRIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$83.399,44**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de julho de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA