

A. I. Nº - 222567.0011/10-9
AUTUADO - MOBILIE MÓVEIS LTDA.
AUTUANTE - ELMON CARVALHO DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ T. FREITAS
INTERNET - 16.12.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0314-02/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Comprovado nos autos que parte do imposto exigido no lançamento fiscal, já havia sido recolhido pelo contribuinte de forma espontânea. Excluídas as parcelas pagas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2011, exige ICMS, no valor histórico de R\$14.998,73, acrescido das multas de 50% e 50%, contém a seguinte imputação: *“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado”*.

O autuado apresentou defesa, fl. 655 a 686 dos autos, afirmando inexistência de motivação, bem como a diferença de alíquota que está sendo o objeto único do auto de infração foi levantada, lançada e devidamente paga integralmente, não passando o lançamento tributário em questão de uma simples confusão do fisco.

Entende que o lançamento fiscal ora questionado é frágil, sem liquidez e certeza do quantum debeatur, não possível de ser objeto de execução fiscal, pela sua fragilidade e forma insegura do lançamento.

Aduz que, se forem empregados os quadros referidos, haverá uma revisão contábil em todos os elementos de registro e controle do período lançado e de suas respectivas datas e valores fracionados cuja aferição poderá ser feita por contador habilitado e em exercício de sua função que poderá indicar e mostrar de que o lançamento terá possibilidade de ser totalmente cancelado ou anulado.

Alude que o lançamento do crédito tributário em questão que se esteia em estimativa e arguição de omissão de receita têm analogia com resultado contábil de lucro bruto. A lei não pode fixar percentuais de lucro bruto para quaisquer produtos ou mercadorias, pois isso implicaria em pré-estimar a própria base de cálculo, aleatoriamente, fora da operação real e concreta.

Argumenta que o auto de infração deve ser lavrado, obrigatoriamente, no local onde a falta é verificada, sob pena de não ter validade. Essa regra do art. 10 do Decreto Federal nº 70.235, de 6.3.72, aplicável à fiscalização do Estado, em face dos arts. 72 e 89 da Lei nº 6.374/89 e art. 599 do Decreto nº 33.118, de 14.3.91, serem omissos. Analogicamente, aplica-se a legislação federal, para suprir a omissão local (CTN, art. 108, I; LICC, art. 4º; CPC, art. 126, 2ª parte). Mas, no presente caso, o auto de infração não foi lavrado no estabelecimento da autuada; mas, datilografados fora desse local e enviados prontos, pelo Correio, com a R. (doc. inclusos). Esse auto fere o princípio da legalidade, pois contraria a previsão expressa do art. 10 do Decreto Federal nº 70.235/72 (Constituição Federal de 1988, arts. 37, caput, e 5º, II; art. 96 do CTN).

Destaca a necessária habilitação legal de um contador, afirmando ser *conditio sine qua non* para a eficácia jurídica e a validade administrativa do ato administrativo-fiscal (exame de escrita, de livros de lançamentos, de documentos por pessoa não habilitada como contadora), esse ato resta nulo, por falta de capacidade do agente, ou seja do autuante sem tal qualificação, (CC arts. 82 e 145, III, IV e V).

Alude que o levantamento de ICMS cabe perícia contábil para provar que o valor fixado é aleatório, imaginário, sem liquidez e certeza, totalmente irreal e desproporcional a receita da autuada, correspondendo assim, à cobrança de indevida, injusta, (Constituição Federal de 1988, art. 146, III, “a”), sendo, pois, o ato de sua fixação um abuso de poder, pois praticado discricionariamente, fora do comando constitucional dos arts. 150, I, 155, § 2º, I, e com infração do art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988.

Alude que a partir da vigência das disposições sobre o sistema tributário nacional, oriundo da Constituição, o regime de estimativa ou por presunção fiscal do ICMS não mais pode subsistir, porque afronta dispositivos constitucionais:

“1) os ideais e os princípios adotados pela Constituição e o seu espírito de redemocratização, incompatível como regime arbitrário e ilegítimo, do qual emanou a LC nº. 44/83 (CF/88, art. 5º, § § 1º, 2º; art. 34 do ADTC);

2) o artigo 5º, LV, Constituição Federal de 1988, que assegura o contraditório pleno e amplo em toda a vida nacional, não admitindo, em consequência, que o fisco, em seu interesse exclusivo, sem qualquer critério racional ou lógico, sem qualquer relação com a capacidade contributiva do sujeito passivo, sem qualquer relação com seu movimento econômico, fixe arbitrária e aleatoriamente, por antecipação, valores de circulação ainda não ocorridas, com apego em critério futurólogo;

3) o art. 155, I, “b”, que não contém previsão autorizando o fisco a exigir ICMS mensal, sem que se prove a ocorrência material de circulação econômica ou jurídica de mercadorias, isto é, sem a prova da materialização do fato gerador do imposto;

4) o princípio da não - cumulatividade, inserto e garantido no art. 155, § 2º, I, porque impõe um quantum mensal a ser recolhido, haja ou não circulação no mês, sem considerar qualquer crédito pelas entradas com ICMS destacado na nota fiscal (pago pelo vendedor);

5) o art. 148 da Constituição Federal de 1988, ao criar um financiamento ao Estado e Distrito Federal, fora da sua previsão, cobrando ICMS sem qualquer vinculação à ocorrência do fato gerador;

6) o art. 148 do CTN/66, uma vez que não há contraprova do contribuinte, através de avaliação contraditória no valor da operação sujeita ao ICMS;

7) o art. 145, § 1º, Constituição Federal de 1988, pois a imposição obedece à única e exclusivamente o discricionário do fisco estadual, sem levar em conta o princípio da capacidade contributiva de cada sujeito passivo.”

Afirma que a imposição unilateral pelo fisco, do regime de tributação adotado, de forma sumária e presuntiva, por meio de lançamento de crédito tributário levantados aleatoriamente, nos moldes aqui estudados, dá ao contribuinte o direito de recorrer ao Judiciário, para obter tratamento tributário lícito e seguro para ser ter certeza da liquidez e certeza do valor apontado pelo agente autuante como devido.

Faz considerações doutrinárias sobre o princípio da moralidade

Afirma que se tratando de omissão de registro de entradas de mercadorias tributáveis se faz necessário o Agente Fiscal indicar as notas por notas fiscais que deixaram de serem lançadas no respectivo livro, bem como, o valor mensal do ICMS pago.

Aduz que o não ficou caracterizada a omissão de receita, visto não haver um levantamento de estoque para tal conclusão.

Considera a multa arbitrária, abusivas e confiscatória, bem como exorbitante, afinal, a embargante, não concorreu com prática delituosa de fato mais grave, ou seja, não sonegou imposto, não praticou fraude fiscal, nem artifício com conluio, não praticou apropriação indébita, não emitiu notas fiscais fria, não praticou subfaturamento, não praticou fraude cambial, não praticou qualquer falsidade ideológica, etc., inexistindo qualquer causa para merecer multa da forma arbitrada do valor do imposto, grau máximo. Traz a jurisprudência do STF se orienta no sentido aqui exposto, como se vê dos julgados na RTJ 74/320, 78/610, 79/610, 79/478 e 96/1.354.

Consigna que a certidão da dívida ativa é peça que deve conter obrigatoriamente os requisitos expressamente especificados na lei complementar nacional e na lei das execuções fiscais, sem ressalvas, rasuras, borrões ou emendas. Registra sentença do então juiz de direito de Sorocaba-sp, dr. domingos franciulli neto, confirmada pela 1a. Câmara civil do TASP (AP Nº. 174.430, DE 18-04-72), onde o fisco estadual cobrara ICMS com base em passivo fictício e a sentença decidiu que: “a) venda sem notas deve ser provada pelo fisco; b) a interpretação equivocada do balanço (certamente porque os fiscais não eram contadores experientes), não cria direito para o fisco e não de uma hipótese; d) a interpretação tributária deve ser imparcial: nem a favor do fisco, nem do contribuinte.

Conclui que não pode o fisco tributar ficções de direito, nem presumir fatos geradores inexistentes ou presumir fraude ou sonegações fiscais não materializadas;

Argumenta que pago o ICMS uma vez, não pode a Fazenda Estadual obrigar o contribuinte a recolhê-lo novamente, para creditar-se do segundo recolhimento sobre o mesmo fato gerador já quitado (STJ, REsp. nº 1.819-SP, 1a. T., DJU-I de 10.4.91, p. 3.414).

Alinha que o auto de infração não demonstra a conciliação dos valores recolhidos aos cofres públicos e os valores mensais que foram recolhidos a menor ou deixou de recolher ou que ficaram pendentes, com clareza dos valores líquidos, certos, sem resquício de dúvidas.

Entende ter ficado demonstrado no fato narrado dos referido auto de infração em toda sua extensão descritiva de forma cristalina sua origem tem exigência de multas confiscatórias é lacônica e confusa, e, às vezes, contraditória.

Argumenta que a jurisprudência sempre repudiou o lançamento baseado em presunção fiscal (TRF, Ap. nº 37.387-PR; REO nº. 60.552-SP, 6a. T., DJU-I de 20.5.82, p. 4.829).

Argumenta que se a notificação fiscal ou a notificação do lançamento não for expedida, nem, entregue ao sujeito passivo de lançamento, com prova cabal de sua entrega pessoal ou seu encaminhamento para o endereço ou domicílio tributário, o crédito não ficou constituído e não se consumou o lançamento, e, portanto, o prazo decadencial não foi superado, nem transposto: a decadência continua a fluir, ininterruptamente contra o fisco.

Aduz que a escrituração fiscal dos livros referente ao ICMS está e sempre esteve em ordem e em dia, com o registro das notas de aquisição de materiais (registros de entradas) e de transferências ou remessa dessas mercadorias para outros estabelecimentos.

Conclui que os demais vícios insanáveis do auto de infração que deram origem ao presente lançamento de ICMS, resta provado com transparência cristalina de que o trabalho fiscal é nulo de pleno direito, face sua pretensão de querer receber o ICMS por duas vezes, ou seja, exige o ICMS neste auto de infração de um período contido em outro lançamento por meio de auto de infração, mais antigo, nº 276473.0304/01-0, de 30/03/2001, conforme período nele indicado de 01/01/96 a 30/03/2001, vide anexos.

Assegura que, como se verifica ao examinar o auto de infração ora questionado de nº 222567.0011/10-9, expedido em 30-06-2011, se identifica com clareza, mediante a documentação ora acostada no presente recurso, que o fisco se precipitou ao lançar valor considerando indevido.

Com amparo na garantia constitucional do contraditório pleno (art. 5º inciso LV, Constituição Federal de 1988), e demais legislação ordinária vigente, a autuada REQUER, a autoridade julgadora, acolhimento e processamento da presente defesa, com apreciação das preliminares sobre a insubsistência do respectivo Auto de Infração, de forma ampla e geral, que se abstenha o recorrido de inscrever o lançamento do crédito tributário em dívida ativa, nem deixar de expedir certidões negativas em nome da recorrente, enquanto não for definitivamente julgado o presente processo, assim, procedendo Vossa Senhoria, estará certo de uma atitude justa, fortalecendo o Estado pela economia processual perante o Judiciário.

Requer a suspensão dos efeitos negativos para todos os efeitos da lei, especialmente, abster de inscrever o crédito fiscal em dívida ativa estadual, abster de lançar o nome da recorrente no CADIN, abster de expedir CND se for o caso, enquanto não for definitivamente construído o crédito tributário, após todas as fases do julgamento do presente processo.

Requer que seja realizada as devidas diligências na contabilidade e nos livros fiscais diante da documentação fiscal ora apresentada para aferição e conciliação das notas fiscais de entradas, de mercadorias adquiridas fora do Estado da Bahia, especialmente, aquelas que são identificadas diferencial de alíquota, levantando o valor do ICMS devido, pago conforme DUA, e saldo remanescentes devido se houver, com demonstração clara, para então se certificar de que a recorrente nada deve ao fisco, para então, evitar enriquecimento ilícito.

Os autuantes, às fls. 997 a 1003 dos autos, afirma que a empresa autuada não atende ao disposto no art.3º do RPAF parágrafo único que diz: ‘Com a petição ou no ato da intervenção, será feita a prova da identificação do interessado, do instrumento de mandato ou do seu vínculo com o sujeito passivo’; combinado com art.10º desse regulamento. Aduz que na página 648 do AI, consta uma procuração em que a empresa autuada nomeia o Sr. Gilmar Rosa Soares como seu procurador o que habilitou-lhe para assinar o auto de infração em tela. A página citada do AI coloca em questionamento a autenticidade da grafia entre as duas assinaturas, salvo maior juízo.

Tendo em vista o questionamento do autuado, às nº 658 e 659, alegando a existência dos registros nos livros fiscais de entradas conforme seus anexos e concluí argumentando que o autuante fez uma ‘verdadeira confusão fiscal’.

Afirma que solicitou ao autuado, constar na intimação página Nº 09 do AI, documentos que usaria para analisar os roteiros elencados na OS Nº 504352/11 expedida pela Sefaz. Desses que consta nesta intimação, chamou a atenção para o livro registro de entradas e documentos de arrecadação estadual (DAE). Afirma que do Livro de Registro de Entradas, somente lhe fora entregue os arquivos magnéticos, restando os livros apresentados em folhas de papel encadernadas e montadas nos moldes do que está disposto nos arts. 316, 317, 319 do Ricms/BA.

Quanto aos DAEs, aduz que foram entregues todos os que existiam na empresa, embora viesse, após os primeiros cruzamentos dos dados fiscais, solicitar da empresa autuada, outros DAEs ou documentos de arrecadação pertinentes as notas fiscais que não possuíam seus números nos corpos dos DAEs apresentados por ocasião da primeira intimação. Assegura que essas solicitações não foram atendidas naquele momento, tão pouco são atendidas nesta defesa. Reconhece como pago o imposto de alguns lançamentos das planilhas do AI, nos quais a defesa mostra através de DAEs pagos que determinadas notas fiscais tiveram os seus impostos devidos recolhidos, lançamentos esses que estornaremos no decorrer dessa informação fiscal, como segue.

Aduz que a defesa cita nos seus anexos página 691 VOL nº 5, a nota fiscal de nº 131325 e informa ao lado de uma Xerox da planilha do AI o valor de R\$ 2295,93 que possivelmente se refere a um DAE apresentado na página 693 desse anexo tendo esse DAE a referência de 02/2010 e vencimento para 25/03/2010 sendo pago nesta data.

Informa que essa NF de nº 131325 não está contida no DAE apresentado, bem como nos outros apresentados a essa fiscalização.

Mantém o valor cobrado no AI de R\$ 22,49. Salvo maior juízo.

Página 14 anexo 2 e anexos 3 xerox das nfs. Página 168.

EMIÇÃO	ENTRADA	cfop	NF.Nº	VR.NF	CNPJ.EMITENTE	UF	ALIQ	ALIQIN	Crédito	Débito	Reclamado
28/01/2010	fev-10	2.102	131325	264,87	90.441.460.000.148	RS	7%	17%	18,5409	45,03	26,49

Aduz que a defesa cita nos seus anexos página 691 VOL nº 5, a nota fiscal de nº31084 e informa que a mesma fora devolvida ao fornecedor.

Embora empresa autuada não apresente documentos HÁBEIS arts. 317 e 319 (LIVROS DE ENTRADA E SAÍDA) que satisfaçam as formalidades das obrigações acessórias do Ricms/BA, afirma acatar que essa nota fora devolvida conforme NF de saída nº 1560 emitida pela autuada, que consta no anexo da DEFESA página 750.

Concorda com o estorno da nf nº 31084. Valor para estorno de R\$14,00 como segue. Salvo maior juízo. Página 14 do anexo 2 das planilhas e página 167 anexo 3 das Xerox das NFs, que consta do processo AI. VOL 01 de 04.

EMIÇÃO	ENTRADA	Cfop	NF.Nº	VR.NF	CNPJ.EMITENTE	UF	ALIQ	ALIQIN	Crédito	Débito	Reclamado
18/03/2010	mar-10	2.102	31084	140,00	22.417.935.000.100	MG	7%	17%	9,8	23,80	14,00
TOTAL											14,00

Argumenta que o autuado cita nos seus anexos página 691 VOL nº 5, a nota fiscal de nº 78517 e informa ao lado de uma Xerox da planilha do AI o valor de R\$119,48 que possivelmente se refere a um DAE apresentado na página 752 desse anexo tendo esse DAE a referência de 03/2010 e vencimento para 22/03/2010 sendo pago em 19/03/2010, conforme relação de pagamentos da SEFAZ.

Informa que após verificação das notas fiscais contidas nestes DAEs, consta que o DAE da pagina 752 apresenta em seu corpo a nota fiscal de nº 78398 que embora seja desconhecida por não constar no banco de dados da SEFAZ, escrita da empresa autuada, ou em qualquer outra parte dessa defesa, ainda assim, concluí que trata-se de um equívoco de preenchimento do DAE quando fora feito no posto fiscal na entrada dessa mercadoria no Estado da Bahia. Acata a justificativa.

Concorda com o estorno da nf nº 78517. Valor para estorno de R\$92,86 como segue. Salvo maior juízo. Páginas 14, 172, planilhas do processo do AI anexo nº 2 e 3 das Xerox das nfs.

EMIÇÃO	ENTRADA	Cfop	NF.Nº	VR.NF	CNPJ.EMITENTE	UF	ALIQ	ALIQIN	Crédito	Débito	Reclamado
15/03/2010	mar-10	2.102	78517	928,64	60.963.378.000.112	SP	7%	17%	65,0048	157,87	92,86
TOTAL											92,86

Alinha que o impugnante cita nos seus anexos página 691 na Xerox da planilha do AI VOL nº 5, a nota fiscal de nº 571, 569, 31354, 19574, 3465 como devidamente pago o imposto devido, e apresenta o DAE no valor de R\$2247,66 com essas notas, na página 756 desse anexo tendo esse DAE a referência de 04/2010 e vencimento para 25/05/2010 sendo pago nesta data. Esses pagamentos constam na relação de pagamentos da SEFAZ. Acata a justificativa.

Concorda com o estorno das nfs nº 571,569,19574,3465,31354. Valor para estorno de R\$308,73 como segue. Salvo maior juízo.

Página 14 planilhas do processo do AI, anexo 2 e páginas 137,138,139,140,141,170 das Xerox das NFs.

EMIÇÃO	ENTRADA	cfop	NF.Nº	VR.NF	CNPJ.EMITENTE	UF	ALIQ	ALIQIN	Crédito	Débito	Reclamado
22/03/2010	abr-10	2.102	571	1.091,24	399.603.000.612	SC	7%	17%	76,3868	185,51	109,12
07/04/2010	abr-10	2.102	569	133,58	7.846.422.000.121	ES	12%	17%	16,0296	22,71	6,68
08/04/2010	abr-10	2.102	19574	327,77	441.902.000.163	SP	7%	17%	22,9439	55,72	32,78
13/04/2010	abr-10	2.102	3465	825,68	72.430.184.000.130	RS	7%	17%	57,7976	140,37	82,57
21/04/2010	abr-10	2.102	31354	775,78	55.088.157.000.102	SP	7%	17%	54,3046	131,88	77,58
TOTAL											308,73

Afirma que a defesa cita nos seus anexos página 694 a 720 VOL nº 5, extrato de pagamentos e 'copia' de páginas do livro de entradas como comprovação de pagamentos. Entende que esses questionamentos não se baseiam em documentos que podem ter suas informações comparadas para efeito de comprovação de pagamentos, por se tratar de um livro de entradas aberto sem controle do fisco por não guardar as formalidades da lei como já elencado em tela. Portanto, desconsidera essas informações como comprovação de pagamentos por esses motivos e pela não apresentação dos DAEs respectivos para essas operações com as notas em seus corpos.

Argui que a defesa cita nos seus anexos página 792 VOL nº 5, um DAE no valor de R\$764,45 contendo no seu corpo notas fiscais nº 39363, 16690, 28904, 101166, 6262, 6195, 7112, 56957, 61399, que não são cobradas no AI.

Concluí que esse DAE por não existir uma relação com o AI está sem efeito o que nos impede de buscar um entendimento e esclarecer o 'questionamento'.

Acrescenta que a DEFESA cita nos seus anexos página 794 VOL nº 5, um DAE no valor de R\$672,69 de referência 04/2009 com vencimento em 05/05/2009 e pago em 02/05/2009, contendo no seu corpo as notas fiscais nº 39910, 70418, 342405 e 342503. Verifica, que essas notas fiscais e acata a justificativa que a nota fiscal nº 39910 como pago o imposto. Segue planilha do cálculo dessas notas fiscais como justificativa do pagamento.

EMIÇÃO	ENTRADA	cfop	NF.Nº	VR.NF	CNPJ.EMITENTE	UF	ALIQ	ALIQIN	Crédito	Débito	Redução	Reclamado
24/04/2009	02/05/2009	2.102	70418	617,21	912882000161	RS	7%	17%	43,20	104,93	20%	49,38
22/04/2009	02/05/2009	2.102	342405	4.398,19	912882000161	RS	7%	17%	307,87	747,69	20%	351,86
24/04/2009	02/05/2009	2.102	342503	528,59	912882000161	RS	7%	17%	37,00	89,86	20%	42,29
24/04/2009	02/05/2009	2.102	39910	2.583,11	91953109000107	RS	7%	17%	180,82	439,13	20%	206,65
Total												650,17

Concorda com o estorno da nota fiscal nº 39910 contida no DAE mencionado na página 794/795 VOL nº. Valor para estorno de R\$258,31. Salvo maior juízo.

Aponta a página 12 do processo anexo 2 dos demonstrativos das notas do processo do AI e anexo das xeros das nfs página 174-A como segue.

EMIÇÃO	ENTRADA	cfop	NF.Nº	VR.NF	CNPJ.EMITENTE	UF	ALIQ	ALIQIN	Crédito	Débito	Reclamado
24-abr-09	mai-09	2102	39910	2.583,11	91.953.109.000.107	RS	7%	17%	180,82	439,13	258,31
Total											258,31

Enfatiza que cita a defesa nos seus anexos página 796 e 807 VOL nº 5, um DAE no valor de R\$1501,43 e outro no valor de R\$1824,02, contendo nos seus corpos notas fiscais nº 52265, 34002, 105272, 2661, 245066, 245067, 246084, 63190 e 38538, 10070, 21087 respectivamente que não são cobradas no AI. Concluí que esse DAE está sem efeito pelo o que o impede de buscarmos um entendimento e esclarecer o 'questionamento'.

Alude que a defesa cita nos seus anexos página 829 VOL nº 6, um DAE no valor de R\$1577,95 com as notas fiscais nº 58045 e 83599 que não são cobradas no AI. Concluímos que esse DAE está sem efeito o que nos impede de buscarmos um entendimento e esclarecer o 'questionamento'.

Consiga que a defesa cita nos seus anexos página 871 VOL nº 6, um DAE no valor de R\$22,83 contendo a nota fiscal no seu corpo de nº257689. Acata a justificativa que a nota fiscal nº 257689 fora pago o imposto devido.

Concorda com o estorno da nota fiscal nº 257689 contida no DAE mencionado na página 871 VOL nº 6. Valor para estorno de R\$25,61 como segue. Salvo maior juízo.

Aponta a planilha do AI página 13 do processo anexo 2 dos demonstrativos das notas e página 134 do anexo 3 demonstrativos das Xerox das notas fiscais.

EMIÇÃO	ENTRADA	cfop	NF.Nº	VR.NF	CNPJ.EMITENTE	UF	ALIQ	ALIQIN	Crédito	Débito	Reclamado
22-set-09	set-09	2102	257689	512,16	32.430.993.000.128	ES	12%	17%	61,46	87,07	25,61
Total											25,61

Aduz que a defesa cita nos seus anexos página 876 VOL nº 6, um DAE no valor de R\$4014,36 contendo em seu corpo as notas fiscais nº 2862,1250, e 7369 . Concluí que esse DAE por não existir uma relação com o AI está sem efeito o que o impede de buscarmos um entendimento e esclarecer o ‘questionamento’.

Argumenta que o impugnante menciona que o Auto de Infração de nº2764730304/01-0 de 30/03/2001 e período de 01/01/1996 a 30/03/2001, na página 684 do vol nº 5, como pagamento efetuado e cobrado indevidamente no AI nº 2225670011/10-9 em litígio. Cita nos seus anexos VOL nº 6, página 887 a nota fiscal nº 35690, página 888 um DAE no valor de R\$619,84, página 889 o auto de infração mod 4 de nº2321320716/09-3 com valor histórico de R\$619,84 e página 890 o demonstrativo de débito. Aduz que embora a defesa mencione o AI nº 2764730304/01-0 equivocadamente, menciona ainda acertadamente nos seus anexos página nº 889 o AI nº 2321320716/09-3 que refere-se ao pagamento da nota fiscal nº35690. Acata a justificativa que a nota fiscal nº 35690 fora pago o imposto devido conforme razões elencadas pela empresa autuada página 889 dos seus anexos.

Concorda com o estorno da nota fiscal nº 35690 contida no DAE e AI mencionado na página 887 e 889 VOL nº 6. Valor para estorno de R\$484,26 como segue. Salvo maior juízo.

Aponta a Planilha do AI página 13 do processo anexo 2 dos demonstrativos das notas, e anexos das Xerox das nfs. Página nº 174-B

EMIÇÃO	ENTRADA	cfop	NF.Nº	VR.NF	CNPJ.EMITENTE	UF	ALIQ	ALIQIN	Crédito	Débito	Reclamado
27-nov-09	dez-09	2102	35690	4.842,55	7.589.249.000.123	MG	7%	17%	338,98	823,23	484,26
Total											484,26

Alinha afirmar o impugnante que nos seus anexos página 892 VOL nº 6, um DAE no valor de R\$250,31 contendo as notas fiscais no seu corpo de nº 16046 e 379705. Verifica e calcula essas notas fiscais e acatamos a justificativa que a nota fiscal nº 16046 fora pago o imposto. Segue planilha do cálculo dessas notas fiscais como justificativa do pagamento.

Entrada	nºnf	emissão				ali/rem	ali/dest	Crédito	débito	Red	a/recolher
dez-09	379705	08/12/2009	912.882.000.404	RS	1891,2	7%	17%	132,387	321,5108	20%	151,14
dez-09	16046	08/12/2009	91.188.953.000.180	RS	1237,6	7%	17%	86,632	210,392	20%	98,85
Total geral											249,99

Concorda com o estorno da nota fiscal nº 16046 contida no DAE mencionado na página VOL nº 6. Valor para estorno de R\$123,76 como segue.Salvo maior juízo.

Indica a página 13 do processo do AI anexo 2 demonstrativos das planilhas e anexo 3 xerox das notas fiscais página 112.

Entrada	emissão	cfop	nºnf	Valor	CNPJ	ali/rem	ali/dest	crédito	débito	Red	a/recolher
8-dez-09	dez-09	2102	16046	1.237,60	91.188.953.000.180	RS	7%	17%	86,63	210,39	123,76
Total geral											123,76

Informa que cita a defesa nos seus anexos página 894, 937, e 938 VOL nº 6, a Xerox da planilha do AI, um DAE no valor de R\$244,15 referência 04/2008, vencimento 30/04/2008, pago em 28/04/2008 e a Xerox da nota fiscal de nº 545 respectivamente. No corpo do DAE contém a nota fiscal citada pela defesa. Acata a justificativa que a nota fiscal nº 545 pago o imposto.

Concorda com o estorno da nota fiscal nº 545 contida no DAE mencionado na página 937 VOL nº6. Valor para estorno de R\$179,52 como segue. Salvo maior juízo.

Aponta a página nº53-A do processo do AI anexo 3 das Xerox das notas

Entrada	emissão	cfop	nºnf	Valor	CNPJ	ali/rem	ali/dest	crédito	débito	Red	a/recolher
abr-08	23/04/08	2102	545	1.795,21	25927658000174	MG	7%	17%	125,66	305,19	179,52
Total geral											179,52

Afirma que cita a defesa, nos seus anexos páginas 939, 940, 941, 942, 943, 947,948, 949, 950 VOL nº 6, como argumento da devolução da venda conforme notas fiscais de saída 1014,1015,1016,1017 emitida pela autuada com o CFOP 6.917 - Remessa de mercadoria em consignação mercantil ou industrial, exhibe uma relação nas páginas 940 a 944 e a nota fiscal avulsa nº 479781 emitida pelo fisco de Minas Gerais, nas páginas 939 como já elencado.

Acata os argumentos da defesa por se tratar de matéria de operações de consignação mercantil de empresa do Simples Nacional. Concorda com o estorno da nota fiscal nº 479781. Valor para estorno de R\$699,70 como segue.Salvo maior juízo

Aponta a página 11 anexo dos demonstrativos e página 53-B das xerox anexo 3 do processo do AI

Entrada	emissão	cfop	nºnf	Valor	CNPJ	uf	ali/rem	ali/dest	Crédito	Débito	a/recolher
18/04/2008	abr-08	2918	479781	6.996,98	6236669000163	MG	7%	17%	489,79	1.189,49	699,70
Total geral											699,70

Informa que o defendente cita nos seus anexos páginas 951,952 VOL nº 6, um DAE no valor de R\$188,95 com referência de 05/2008, vencimento para 27/05/2008, pagamento em 27/05/2008 e notas fiscais nº112647 e 112766 respectivamente. Verificamos e calculamos essas notas fiscais e acatamos a justificativa que a nota fiscal nº 112647,112766 fora pago o imposto. Segue planilha do cálculo dessas notas fiscais como justificativa do pagamento, com segue.

EMIÇÃO	ENTRADA	Cfop	NF.Nº	VR.NF	CNPJ.EMITENTE	UF	ALIQ	ALIQIN	Crédito	Débito	Red	Reclamado
18/05/2008	mai/08	6101	112647	1064,1	5.038.737.000.117	SP	7%	17%	74,49	180,89	20%	85,13
19/05/2008	mai/08	6101	112766	1156,4	5.038.737.000.117	SP	7%	17%	80,95	196,58	20%	92,51
Total												177,64

Concorda com o estorno da nota fiscal nº 112647 contida no DAE mencionado na página 951, 952 VOL nº 6. Valor para estorno de R\$106,41 como segue. Salvo maior juízo.

Aponta a página do anexo 11 e anexo das xeros nfs.nº 53-c.

EMIÇÃO	ENTRADA	cfop	NF.Nº	VR.NF	CNPJ.EMITENTE	UF	ALIQ	ALIQIN	Crédito	Débito	Reclamado
18/05/2008	mai-08	2102	112647	1.064,08	5038737000117	SP	7%	17%	74,49	180,89	106,41

Alude citar a defesa DAE nos seus anexos página 955 VOL nº6, no valor de R\$1954,56.

Entende que esse DAE, por não conter em seu corpo ou em qualquer outra parte dos anexos da defesa uma relação com fundamentos legais de números de nfs pertinente ao mesmo, concluímos que está sem efeito pelo o que o impede de buscar um entendimento e esclarecer o 'questionamento'.

Em suas conclusões afirma que a empresa autuada não possui documentação hábil para questionar o que continuou a manter no AI como valores reclamados.Aduz que toda sua defesa, exceto as comprovações com apresentação DAEs pertinentes aos fatos, são baseadas em pagamentos efetuados, que segunda a defesa da autuada podem ser comparados com os Livros de Entradas e Saídas. Como mencionado no início dessa informação, esses livros não atende as formalidades do que está disposto nos art.316; 317; 319 do RICMS/BA.

Assegura que o autuado apresenta livros fiscais com escrita mecanizada, sem o conhecimento da SEFAZ, o que contraria o disposto nos arts. 316, 319 como segue.

“art. 316 ‘Os livros fiscais serão impressos e terão suas folhas numeradas tipograficamente, em ordem crescente, devendo ser costuradas e encadernadas de modo a

impedir a sua substituição.’

‘§ 1º Os livros fiscais serão confeccionados em consonância com os modelos anexos a este Regulamento’

in verbis-art. 319 ‘§ 1º Os lançamentos nos livros fiscais serão feitos a tinta, com clareza, não podendo a escrituração atrasar-se por mais de 5 dias, ressalvados os livros a que forem atribuídos prazos especiais.’

Afirma que esses livros, por não atenderem a essas formalidades legais, ficam abertos para receberem quaisquer alterações que forem convenientes para suprimir os valores de impostos a serem pagos.

Outro agravante, continua o autuante, é o fato de os mesmos, não possuírem termos de abertura e principalmente termo de encerramento contendo assinaturas dos responsáveis pela escrita contábil e gerência da empresa, e é claro o registro na junta comercial.

Assegura que esses fatos podem ser apreciados nas fotos tiradas dos livros de entradas após esta defesa e intimação à empresa página nº 996 desse processo e foram disponibilizadas em arquivos JPEG onde pode ser constatado a confecção desses livros o que contraria o disposto nos arts. 317 como segue.

“art. 317 ‘Serão observadas as seguintes formalidades relativas à abertura, autenticação e encerramento de livros fiscais:

I - os livros fiscais serão utilizados após a lavratura do Termo de Abertura (anexo 48);

II - o contribuinte lavrará Termo de Encerramento (anexo 49) após o esgotamento do livro fiscal ou o encerramento das atividades;’

Finaliza a informação fiscal aduzindo que mantém a exigência fiscal em seu valor histórico de R\$12.705,56 conforme suas planilhas ajustadas nessa informação fiscal, salvo melhor juízo.

VOTO

Trata-se de auto de infração lavrado para exigir ICMS em razão da falta de pagamento do imposto a título de antecipação parcial, por contribuinte inscrito no Simples Nacional.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, com ciência do auto de infração em 05/07/2001, à fl. 02, sem qualquer dúvida sobre a legitimidade de tal ciência ou da autoria da defesa, com os devidos efeitos sobre o prazo decadencial, inclusive os demonstrativos indicam as notas fiscais, com seus valores, créditos concedido, débito, e o quanto exigido, às fls. 11 a 14 dos autos, com ciência do autuado, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais. Não há, como foi alinhado de forma genérica, a fragilidade, sem liquidez e certeza do *quantum debeatur*, visto, inclusive os ajustes efetuados pelo autuante, acolhendo parte das arguições do autuado, reduzindo corretamente os valores exigidos, oferecendo a certeza e segurança do quando devido.

Não há, no presente lançamento de ofício, como atribuir a exigência indevida do imposto por antecipação parcial, sob alegação de estimativa ou presunção, não carecendo, para a apuração de seus valores, dos levantamentos apontados pelo impugnante, pois sua sistemática de apuração é claramente regulamentada e tal instituto não é maculado pela ilegalidade, moralidade ou mesmo inconstitucionalidade, quanto à sua cobrança, que está estribada nos dispositivos regulamentares apontados pelo autuante, previstos no art. 12-A da Lei 7014/96 e amparados pelo §7º do art. 150 da

CF, introduzido pela EC 3/93, conforme o próprio STF, que decidiu por sua constitucionalidade em ADI 3426/BA, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 22.3.2007.

Quanto à preliminar de nulidade, relativa ao fato de que o autuante lavrou o Auto de Infração na Inspetoria Fazendária e não no estabelecimento da empresa, cumpre lembrar que os Decretos Federais, relativos a tributos, disciplina os tributos de competência da União, guardando-se, assim, a autonomia administrativo/tributária dessas unidades federativas. O parágrafo 1º do art. 39 do RPAF, prevê que o Auto de Infração pode ser lavrado no estabelecimento do contribuinte, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas, pois, conforme já alinhado, não há necessidade de qualquer levantamento de estoque para apurar a aludida infração, ou mesmo contábil, bem como a exigência da antecipação tributária parcial viola qualquer dispositivo alinhado pelo autuado em sua defesa, muito menos aqueles inerentes a obediência a capacidade contributiva do mesmo, haja vista a sue próprio mecanismo de apuração, que exige apenas uma parcela do imposto que será devido em sua integralidade em momento posterior, quando da ocorrência do fago gerado presumido. Desnecessária tal diligência ou perícia, também, visto que o autuante analisou criteriosamente os DAEs apresentados, bem como a documentação com lastro probatório e acolheu as que tinham pertinência ajustando e reduzindo o valor exigido, conforme será melhor abordado na apreciação do mérito.

Restou comprovado nos autos, por ocasião da defesa, que parte das operações autuadas, reconhecidas pelo próprio autuante, já haviam sido recolhidas pelo contribuinte, relativos às notas fiscais e respectivos valores exigidos números: 31084, valor de R\$14,00; 78517, valor de R\$92,86; 571, 569, 19574, 3465, 31354, valor de R\$308,73; nota fiscal nº39910, valor de R\$258,31; nota fiscal nº 257689 , valor de R\$25,61; nota fiscal 35690 , valor de R\$484,26; 112647, valor de R\$106,41; 545 , valor de R\$179,52; 479781, valor de R\$699,70 ; 16046 , valor de R\$123,76, conforme respectivos DAE’s indicados na informação fiscal, bem como as planilhas de exclusão dos aludidos valores da presente exigência fiscal.

Quanto ao argumento do impugnante relativo ao Auto de Infração de nº 2764730304/01-0 de 30/03/2001 e período de 01/01/1996 a 30/03/2001, na página 684 do vol nº5, como pagamento efetuado e cobrado indevidamente no AI nº 2225670011/10-9 em litígio, citando nos seus anexos vol nº 6, página 887 a nota fiscal nº 35690, página 888 um DAE no valor de R\$619,84, página 889 o auto de infração mod 4 de nº 2321320716/09-3 com valor histórico de R\$619,84 e página 890 o demonstrativo de débito, verifico que embora a defesa mencione o AI nº 2764730304/01-0 equivocadamente, menciona ainda acertadamente nos seus anexos página nº 889 o AI nº 2321320716/09-3 que refere-se ao pagamento da nota fiscal nº35690. Fica acolhida a justificativa de que a nota fiscal nº 35690 fora pago o imposto devido conforme razões elencadas pela empresa autuada página 889 dos seus anexos.

O autuado, contudo, não obtém o mesmo acolhimento de seus argumentos, no que diz respeito à seguintes nota fiscal: NF de nº 131325, pois não está contida no DAE apresentado; a defesa cita nos seus anexos página 694 a 720 VOL nº 5, extrato de pagamentos e ‘cópia’ de páginas do livro de entradas como comprovação de pagamentos. Esses argumentos não têm como amparo documentos que podem ter suas informações confirmadas para efeito de comprovação de pagamentos, por se tratar de um livro de entradas aberto sem controle do fisco por não guardar as formalidades da lei como já elencado em tela. Portanto, não cabe acolhimento a essas informações como comprovação de pagamentos por esses motivos e pela não apresentação dos DAEs respectivos; a defesa cita nos seus anexos página 792 VOL nº 5, um DAE no valor de R\$764,45 contendo no seu corpo notas fiscais nº 39363,16690,28904,101166,6262,6195,7112,56957,61399, que não

são cobradas no AI, o DAE por não existir uma relação com o AI; a defesa apresenta às fls. 796 e 807 VOL nº5, um DAE no valor de R\$1501,43 e outro no valor de R\$1824,02, contendo nos seus corpos notas fiscais nº 52265, 34002, 105272, 2661, 245066, 245067, 246084, 63190 e 38538, 10070, 21087 respectivamente que não são cobradas no AI; apresenta a defesa nos à fl. 829 VOL nº 6, um DAE no valor de R\$1577,95 com as notas fiscais nº58045 e 83599 que não são cobradas no AI; consta, também, à fl. 876 VOL nº 6, um DAE no valor de R\$4014,36 contendo em seu corpo as notas fiscais nº2862,1250, e 7369, esse DAE por não existir uma relação com o AI, não foi considerado, visto que as notas não são alvo da exigência; Cita a defesa DAE nos seus anexos à fl. 955 VOL nº 6, no valor de R\$1954,56, o aludido DAE, por não conter em seu corpo ou em qualquer outra parte dos anexos da defesa uma relação com fundamentos legais de números de nfs pertinente ao mesmo, não cabe acolhimento.

Resta destacar que o impugnante não possui documentação hábil para questionar o que restou mantido na presente exigência após a informação fiscal que foi acolhida nesse voto.

Verifico, com exceção das comprovações com apresentação DAEs pertinentes aos fatos, são baseadas em pagamentos efetuados, visto que o autuante efetuou os trabalhos com base nos arquivos magnéticos fornecidos pelo autuado, não cabem comprovações através dos livros de Entradas e Saídas apresentados, pois os mesmos não atendem as formalidades do que está disposto nos art. 316;317 e 319 do Ricms/BA, na medida em que foram apresentados ao autuante livros fiscais com escrita mecanizada, sem o conhecimento da SEFAZ, o que contraria o disposto nos arts. 316, 319 como segue:

“art. 316 ‘Os livros fiscais serão impressos e terão suas folhas numeradas tipograficamente, em ordem crescente, devendo ser costuradas e encadernadas de modo a impedir a sua substituição.’.

‘§ 1º Os livros fiscais serão confeccionados em consonância com os modelos anexos a este Regulamento’

in verbis-art.319 ‘§ 1º Os lançamentos nos livros fiscais serão feitos a tinta, com clareza, não podendo a escrituração atrasar-se por mais de 5 dias, ressalvados os livros a que forem atribuídos prazos especiais.’

Cabe razão ao autuante quando afirma que *“esses livros, por não atenderem a essas formalidades legais, ficam abertos para receberem quaisquer alterações que forem convenientes para suprimir os valores de impostos a serem pagos.”*, bem como não possuírem termos de abertura e principalmente termo de encerramento contendo assinaturas dos responsáveis pela escrita contábil e gerência da empresa, e é claro o registro na junta comercial.

O autuante, para a devida prova, assegura que tirou fotos dos livros de entradas após a defesa e intimação à empresa página nº 996 desse processo e foram disponibilizadas em arquivos JPEG onde pode ser constatado a confecção desses livros o que contraria o disposto no art. 317.

Diante do exposto, o autuante efetua novas planilhas de ajustes, às fls. 1904 a 1907 dos autos, indicando os novos valores a serem exigidos, conforme segue: março/08 o valor de R\$2.095,72; maio de 2008, R\$174,05; fevereiro de 2009, R\$7,89; maio de 2009, R\$356,49; junho de 2009, R\$1.068,52, julho de 2009, R\$1708,79; agosto de 2009, R\$2.017,91; setembro de 2009, R\$717,02; outubro de 2009, R\$2.761,14; fevereiro de 2010, R\$26,49; outubro de 2010, R\$1771,55.

Assim, o valor histórico do presente auto de infração passa para R\$12.705,57, conforme suas planilhas ajustadas às fls. 1904 a 1907 dos autos.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo os valores recolhidos pelo sujeito passivo serem homologados pela autoridade fazendária competente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **222567.0011/10-9**, lavrado contra **MOBILIE MÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.705,57**, acrescido das multas de 50% sobre R\$10.3934,02 e de 60% sobre R\$1.771,55, previstas no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Os valores recolhidos pelo sujeito passivo devem ser homologados pela autoridade fazendária competente.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2011

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR