

A. I. Nº - 206987.0322/10-7
AUTUADO - ANTONIO MESSIAS SILVA SANTOS
AUTUANTE - BOAVENTURA MASCARENHAS LIMA
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET - 11. 04. 2012

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0041-01/12

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. Restou comprovado que o contribuinte no exercício objeto da autuação – 2005 – já se encontrava na condição de Empresa de Pequeno Porte. Infração subsistente. **2. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Apesar de o autuado ter sido intimado a comprovar suas alegações nada apresentou capaz de elidir a autuação. Infração subsistente. **3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO.** Infrações 03 e 04 subsistentes. **4. ESTOQUE FINAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Não acolhidas as preliminares de nulidades. Indeferido o pedido de revisão por Auditor Fiscal estranho ao feito. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/2010, exige ICMS no valor de R\$ 11.268,90, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Recolheu a menos o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia) nos meses de janeiro a dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.803,85, acrescido da multa de 50%;
2. Falta de recolhimento do imposto constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos

meses de janeiro a dezembro de 2005, janeiro a junho, agosto a dezembro de 2006, janeiro e fevereiro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.083,22, acrescido da multa de 70%;

3. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89 [art. 353, I, II, do RICMS/BA], nos meses de janeiro, março a junho, agosto a outubro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.498,83, acrescido da multa de 60%;

4. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de fevereiro a junho e outubro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.007,06, acrescido da multa de 50%;

5. Deixou de recolher ICMS relativo a mercadorias constantes do seu estoque final, quando do encerramento de suas atividades, sendo o montante a recolher apurado através de levantamento fiscal, em 31/12/2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.875,94, acrescido da multa de 70%.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 271 a 293 – vol.II), consignando quanto à infração 01, que o autuante acusa a falta de recolhimento de ICMS na qualidade de Empresa de Pequeno Porte do exercício de 2005, entretanto, se observa que não ultrapassou o teto para ser enquadrada como microempresa que era de R\$ 240.000,00, logo, deveria ter recolhido o imposto devido como microempresa e não empresa de pequeno porte, conforme é exigido no Auto de Infração em comento.

No que tange à infração 02, preliminarmente, diz que pode se observar que houve um evidente cerceamento ao direito de defesa, pois o autuante ao proceder a lavratura da mencionada infração não lhe entregou, em arquivo magnético e nem impresso, e não junta nos autos o Relatório TEF, que demonstra, assim, a materialidade da infração. Ou seja, que o levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Rechaça o mérito, destacando que a infração padece de motivação ou deveras vezes é nula, pois o autuante elabora relatório sem considerar a materialidade dos fatos. Alega que se o autuante considerasse o Relatório TEF disponibilizado pela administradora de cartão de crédito e de débito em comparação com os seus cupons fiscais, perceberia que toda e qualquer operação teve respaldo de cupons fiscais, ocorrendo, em verdade, um erro de registro na forma de pagamento.

Diz que por absurdo caso não seja acatado o argumento acima aludido, convém destacar que o autuante desconsiderou nos exercícios de 2006 e 2007 que grande parte das mercadorias comercializadas está sujeita a substituição, antecipação tributária, isenta ou não tributada pelo ICMS, fato que lhe obriga a considerar da base de cálculo exigida, a diferença encontrada entre a venda fornecida por instituição financeira e administradora de cartão de crédito e a da Redução Z, tão-somente o percentual de mercadorias sujeitas à tributação normal, segundo o princípio da proporcionalidade amplamente evocada na Instrução Normativa nº 56/2007, por esse CONSEF.

Frisa que da análise dos demonstrativos elaborados pelo autuante, pode-se perceber que este aplica a proporcionalidade apenas no exercício de 2005, desconsiderando a Instrução Normativa nº 56/2007 referente aos exercícios de 2006 e 2007.

No respeitante às infrações 03 e 04, destaca que o autuante não prova o quanto demonstrado em seu papel de trabalho ao relacionar as notas fiscais de entrada supostamente capturadas pelo sistema CFAMT, pois não traz aos autos inúmeros documentos fiscais e não lhe entrega cópias, o que fulmina a auditoria em comento por completa falta de provas. Diz, ainda, que o autuante ignora também o total dos valores pagos, bem como as devoluções de mercadorias para cálculo do imposto devido.

Relativamente à infração 05, destaca que o autuante se desvia da verdade material, uma vez que a empresa não encerrou suas atividades exatamente no final de 2005, para considerar para tanto os valores registrados na DME, conforme redução Z que anexa, o que fulmina a autuação por falta de motivação ou por motivos falsos e inexistentes.

Requer seja julgada nula a ação fiscal, ou, se assim não entender este órgão julgador, que seja julgada improcedente, pelos motivos de fato e de direito que passa a expor.

No que tange à infração 01, destaca que não poderia o autuante efetuar o lançamento em apreço com base em entendimento diverso do que a legislação estabelece motivo pelo qual não poderia exigir em 2005, o recolhimento do ICMS na qualidade de Empresa de Pequeno Porte, e sim como microempresa.

Aduz que da interpretação literal do art. 384-A do RICMS/BA, cujo teor transcreve, pode se perceber que só consideraria ultrapassado o limite para enquadramento em determinada faixa ou condição no SimBahia se a receita bruta ajustada superar 20% dos limites respectivos, ainda que sua receita bruta seja inferior aos mesmos.

Afirma que a sua receita bruta no ano 2004 não supera o valor limite de Microempresa para fins de desenquadramento, devendo, assim, ser apurado o ICMS durante o exercício de 2005, como Microempresa, que só poderia ser reenquadrada de ofício no mês subsequente ao prazo de sua entrega do exercício seguinte, ou seja, março de 2006, conforme o §9º do art. 384-A do RICMS/BA, caso superasse o valor, e não utilizando as alíquotas de Empresas de Pequeno Porte.

Salienta que a legislação do SimBahia na época dos referidos fatos geradores estabelecia que o reenquadramento de ofício dos contribuintes optantes pelo regime simplificado se daria no mês subsequente ao prazo de entrega da DME, ou seja, em março, conforme o art. 384-A § 9º. c/c o art. 335 do RICMS/BA, cuja redação reproduz.

Diz que se observa assim que não havia motivo para exigir o ICMS em 2005 na qualidade de contribuinte enquadrado como Empresa de Pequeno Porte, posto que é premissa exata que quaisquer atos administrativos se embasam na Lei.

Ressalta que se houve reenquadramento de ofício da empresa antes de janeiro de 2005, para empresa de pequeno porte, constando, assim, no histórico de enquadramento da SEFAZ/BA, não poderia o Fisco estadual exigir o imposto como tal, sem demonstrar que foi regularmente intimado do seu reenquadramento na época.

Sustenta que resta evidente o caráter arbitrário e ilegal do ato do Fisco, à medida que não encontra amparo em dispositivo legal que autorize a exação ora perpetrada, muito pelo contrário, vai de encontro ao baluarte da legalidade em que assenta o ordenamento jurídico tributário pátrio.

Tece ampla consideração sobre o princípio da legalidade, invocando o art. 5º, II, da Constituição Federal, bem como o art. 150 da mesma Carta Magna. Transcreve também lição de Celso Ribeiro Bastos e Maria Sylvia Zanella di Pietro, nesse mesmo sentido.

Conclui dizendo que o autuante deveria considerar que o contribuinte não supera os limites do art. 284-A, inciso I do RICMS, devendo, assim, o imposto ser apurado como microempresa, conforme DME de 2004, uma vez que o reenquadramento de ofício dos contribuintes optantes pelo SimBahia se dá apenas no mês subsequente ao prazo de entrega da DME e mediante regular intimação.

No tocante à infração 02, frisa que padece de nulidade, decorrente da inobservância do devido processo legal, uma vez que o autuante não juntou aos autos Relatório TEF, nem tampouco lhe apresenta em arquivo magnético e nem impresso, representando, assim, um evidente cerceamento ao direito de defesa e que a infração em comento não contém elementos suficientes para determinar a infração.

Tece considerações sobre os princípios da ampla defesa e do contraditório, consolidados na Constituição Federal no seu art. 5º, inciso LV. Invoca lições de Rui Portanova, Vicente Greco Filho,

Ovídio A. Baptista da Silva, Maria Sylvia Zanela di Pietro, também sobre os referidos princípios. Indaga: *“Como imputar a empresa suposta omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, se o Fisco Estadual não traz aos autos e não apresenta ao contribuinte a prova da informação colhida pela administradora de cartão de débito/ crédito: o Relatório TEF?”* Diz restar evidente que é impossível.

Sustenta que, nesse sentido, o Auto de Infração é nulo, por representar ato administrativo praticado com preterição do direito de defesa, conforme estabelece o artigo 18, inciso II e IV, “a”, art. 41 e art. 46 do RPAF, Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, cujo teor reproduz.

Afirma que restou elucidado pela exposição dos fatos na peça de defesa, que todo e qualquer ato da autoridade fiscal que resulte na imputação de uma penalidade, exige que seja obedecido o devido processo legal, permitindo um adequado direito de defesa, sob pena de invalidação do lançamento tributário, razão pela qual pugna pela nulidade do Auto de Infração em comento pelos fatos amplamente expostos.

Reportando-se sobre o que denomina de mérito da infração 02, destaca que o autuante lhe imputa suposta omissão de saída de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, entretanto não considera em seu levantamento as saídas respaldadas com notas fiscais e cupons fiscais.

Alega que se o autuante considerasse o Relatório TEF disponibilizado pela administradora de cartão de crédito e de débito em comparação com os cupons fiscais que emitiu, logo perceberia que toda e qualquer operação teve respaldo de cupons fiscais. Acrescenta que, em verdade, houve um erro de registro na forma de pagamento. Diz que para comprovar amplamente o fato discutido, bastava o autuante analisar os valores das operações registradas nos cupons conjuntamente com o relatório TEF disponibilizado pela administradora de cartão de débito/crédito. Cita e transcreve lições de Celso Antonio Bandeira de Melo, Hely Lopes Meirelles e Seabra Fagundes, sobre a matéria. Também, reporta-se sobre a publicação da Editora Forense em “Comentários ao Código Tributário Nacional”.

Sustenta pelas razões expostas, que não havia motivo para que o autuante imputasse a infração, pois os valores registrados nas operações com cartão de débito/crédito tem amplo respaldo de cupons fiscais, conforme diz restará demonstrado durante o processo administrativo fiscal.

Continuando, afirma que Auto de Infração merece ser revisto para ser julgado nulo ou mesmo procedente em parte ante a completa falta de previsão legal para a exigência do imposto que a exação fiscal considera devido.

Frisa que conforme se vê dos papéis de trabalho, o lançamento encerra em si um patente equívoco consistente na exigência de imposto de mercadorias declaradamente já pago, quando da remessa dos referidos produtos (substituição ou antecipação tributária), isentos ou não tributáveis, como é o caso da parcela de mercadorias comercializadas pelo contribuinte que sofrem redução de base de cálculo.

Diz que a legislação tributária do ICMS, seja no âmbito do Estado da Bahia, seja no âmbito nacional, não traz qualquer menção de nova incidência do imposto, tributação sem previsão legal ou tributação em operação, ou parte de operação, em que a lei dispensa a exigência do imposto. E assim, não pode o lançamento fiscal, que é ato administrativo vinculado e regido pela lei, inovar as normas que regem as relações tributárias para exigir imposto sobre fato gerador já tributado ou não tributado.

Consigna que neste sentido, este CONSEF já se pronunciou em sede de processos administrativos contenciosos, corrigindo anomalias no mundo das relações jurídico - tributárias, como se vê das decisões que transcreve, no caso, o Acórdão JF N°. 0052-04/05, Resolução nº 1104/97.

Salienta que a interpretação deve ser dada em face da determinação constitucional, no caso, artigo 170, no sentido de beneficiar o empresário e não prejudicá-lo. Acrescenta que negar ao contribuinte o direito de dedução dos impostos já pagos, em sede de substituição ou antecipação tributária, ou até mesmo das parcelas não tributadas, via Auto de Infração, é destoar da Constituição Federal, que veda a bitributação e a exigência do imposto contra a lei ou sem previsão legislativa.

Destaca e reproduz as palavras do ilustre Relator Fernando Antônio Brito de Araújo da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, referentes a adoção da proporcionalidade, proferidas no Acórdão nº 0429-11/06.

Frisa que tal entendimento é tão pacífico que se tornou uma Instrução Normativa DE Nº 56/2007, cujo teor transcreve.

Diz que nesse sentido, é mister que seja considerado sobre a base de cálculo da presunção, somente o percentual das mercadorias tributadas normalmente, ou seja, 29.86%, conforme aferido pelo autuante no exercício de 2005, contudo, não aplicado nos exercícios de 2006 e 2007.

Assevera que restando comprovado que comercializava mercadorias que sofrem antecipação tributária, substituição tributária, isenção e / ou redução de base de cálculo, deve ser deduzido, por tanto, da base de cálculo, o percentual das mercadorias com a fase de tributação encerrada, isentas ou não tributáveis.

Por tudo exposto, solicita que seja adequada a base de cálculo da presunção fiscal apurada ao percentual de saída de mercadorias pelo regime normal do estabelecimento autuado dos exercícios de 2006 e 2007, pugnando pela procedência em parte da infração.

No que tange às infrações 03 e 04, destaca em caráter preliminar que o autuante não traz aos autos inúmeras provas da materialidade da infração, nem tampouco lhe entregou as notas fiscais provenientes de outro Estado, isto porque, ao constatar o recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial ou total, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, deveria trazer prova da ocorrência do referido fato gerador do ICMS por antecipação (Notas Fiscais de Entrada) e do recolhimento a menos (DAE) referente as operações relacionadas nos seus demonstrativos.

Afirma que tais infrações padecem, assim, de materialidade, pois o Fisco não traz aos autos prova da aquisição das notas fiscais relacionadas, bem como não lhe entrega cópia. Destaca, inclusive, que desconhece a procedência de muitas notas fiscais relacionadas pelo autuante.

Ressalta que mesmo diante da impugnação respectiva infração, no que tange a falta de provas e a incerteza da imputação, ainda sim, é dever do Fisco demonstrar a improcedência da impugnação. Nesse sentido, cita e transcreve lição de Paulo de Barros Carvalho e Suzy Gomes Hoffmann.

Sustenta que deve ser rechaçada, portanto, qualquer "imperatividade" às suposições dos atos administrativos, em especial a exigência fiscal do presente Auto de Infração, devendo ser declarada nula em razão de não conter elementos suficientes para determinar a infração e representar um evidente cerceamento ao direito de defesa, consoante determina o artigo 18, inciso II e IV, "a", art. 41 e art. 46 do RPAF, cujo teor reproduz.

Ressalta que no Direito Tributário é nulo o Auto de infração baseado em presunção fiscal sem a devida fundamentação, uma vez que se converte em ficção, ferindo o princípio do ato regrado ou vinculado à Lei (CTN, art. 97, I e II, 114, 116, I, 141, 142, 144; CF/88, arts. 5º II; 37 "caput", 150, I). Acrescenta que a referida imputação é desprovida de elementos comprobatórios, como exige o RPAF, em seus artigos 2º, caput, 39, inciso III e IV, alínea "b" e 41, inciso II, cuja redação transcreve.

Pugna pela nulidade destas infrações por cerceamento de direito de defesa e / ou por falta de elementos suficientes para determinar a infração.

Prosseguindo, ressalta também que muitas das mercadorias das notas fiscais de entradas de mercadorias adquiridas fora do Estado foram devolvidas, havendo, em verdade, um erro de seus

fornecedores ao encaminhar as mercadorias, com posterior refaturamento das notas fiscais, ou devolução, bem como houve o pagamento do ICMS, o que justificaria o não pagamento do ICMS por antecipação sobre mercadoria com imposto já pago ou devolvida.

Afirma que a verdade é que muitas das notas fiscais apontadas pelo autuante nos seus demonstrativos não tiveram a efetiva entrada para revenda no seu estabelecimento, em face do retorno e / ou devolução das mercadorias, ou já teve o ICMS recolhido mediante pagamento, o que não justifica o recolhimento do ICMS por antecipação parcial.

Ressalta, ainda, que, em verdade, há uma presunção de que adquiriu as mercadorias contidas nas notas fiscais colhidas no Posto Fiscal (CFAMT) para revenda, conforme amplamente demonstrado o contrário, pois a real comprovação só seria possível através do pedido de fornecimento, o canhoto da Notas Fiscais referidas com a sua assinatura; o comprovante de pagamento dos fretes referentes a ditas notas fiscais; comprovante de pagamento das referidas compras junto aos fornecedores ou ainda a diferença no estoque que possa confirmar a presunção hipoteticamente admitida.

Salienta que deveria o autuante comprovar a ação fiscal com o comprovante de pagamento das referidas compras junto aos fornecedores, ou acosta cópias das prováveis duplicatas mercantis, ou, ainda, comprovar suas alegações.

Assinala que a infração tributária deverá sempre ser provada, pois sem prova não há que se falar em lançamento fiscal. Invoca e reproduz, neste sentido, ensinamento do professor Clélio Berti.

Assevera que é necessário que todo ato da autoridade fiscal que exige o pagamento de um tributo seja motivado, isto é, indicar as causas que estão motivando a exigência do tributo, as particularidades das provas indiciárias, com suas regras de experiência e outras especialidades que conduzem o raciocínio lógico, para a presunção da verdade, exigem uma *explicitação expressa* dos seus motivos, para permitirem um adequado direito de defesa, sob pena de invalidação do lançamento tributário.

Diz que assim restará demonstrado que grande parte das mercadorias relacionadas nas notas fiscais citadas pelo autuante foram objeto de devolução ou retorno, o que não justificaria o recolhimento do ICMS por antecipação parcial do ICMS, ou teve o imposto efetivamente recolhido, devendo, assim, serem deduzidas da base de cálculo do presente auto de infração.

Solicita pelas razões expostas, que sejam excluídas dos demonstrativos elaboradas pelo autuante as notas fiscais de entradas provenientes de outros estados e / ou valores (devolução parcial) referentes aos retornos ou devoluções por não representar mercadorias revendidas pelo autuado, não justificando, assim, a antecipação parcial do imposto, bem como as operações em que tiveram o efetivo recolhimento do ICMS, conforme DAE e notas fiscais a serem anexado aos autos. Razão pela qual requer que seja declarada a nulidade da infração em apreço por falta de provas ou a procedência em parte da infração em destaque.

No que diz respeito à infração 05, destaca que o autuante se desvia da verdade material, uma vez que a empresa não encerrou suas atividades exatamente no final de 2005 para considerar para tanto os valores registrados na DME, conforme redução Z em anexo, o que fulmina a autuação por falta de motivação ou por motivos falsos e inexistentes. Salienta que o princípio da verdade material é uma das pedras fundamentais que assenta nosso sistema tributário. Cita os autores Reginaldo de França, Geraldo Ataliba, Paulo de Barros Carvalho, José Artur Lima Gonçalves e Márcio Severo Marques, para afirmar que estes consideram que o objetivo da fiscalização é apurar os fatos concretos ocorridos de forma a possibilitar a sua correta tributação. Desta forma, sendo possível a apuração da verdade concreta pelos documentos apresentados pelo contribuinte, mesmo que estes não sejam os desejáveis em consonância estrita com a lei tributária, e vislumbrando-se o correto recolhimento dos tributos aplicáveis ao caso, não teria sentido a atividade fiscalizatória.

Reitera que não tendo encerrado no final de 2005, conforme reduções Z em anexo, não poderia o autuante exigir o recolhimento de ICMS constantes do seu estoque final com base na DME de 2005,

pois seu roteiro de fiscalização se desvia em completo da verdade material, devendo, assim, ser julgado improcedente a infração.

Finaliza sua peça defensiva requerendo a nulidade do Auto de Infração, ou, no mérito, sua improcedência.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 302 a 304), na qual contesta a alegação defensiva referente à infração 01, afirmando que o autuado fez opção de Empresa de Pequeno Porte desde 01/04/2001, conforme Relatório de Histórico de Atividade Econômica/Condição/Situação que apensa ao PAF, motivo pelo qual mantém integralmente este item da autuação.

Quanto à infração 02, diz que relativamente à preliminar de nulidade em função de suposto cerceamento ao direito de defesa, pela falta de entrega dos relatórios TEF, não prospera as alegações defensivas, posto que todos os relatórios TEF lhe foram entregues mediante recibo, conforme consta às fls. 11 a 23 dos autos.

No mérito, consigna que o autuado preliminarmente alega a existência de erro de registro na forma de pagamento e, finalmente, que o autuante não analisou os valores das vendas com notas fiscais e cupons fiscais com o relatório TEF.

Salienta que acredita não ter o autuado analisado os demonstrativos de fls. 11 a 14 do PAF – onde estão considerados todos os valores consignados nas respectivas leituras “Z” - fls. 91 a 209 do PAF – como pagamento com cartão de débito e crédito. Diz que, em assim sendo, não há que se falar que não considerou os valores dos cupons fiscais registrados nos documentos fiscais (NFVC e Leitura “Z”).

Mantém integralmente este item da autuação.

No que concerne às infrações 03 e 04, afirma que não procedem as alegações do autuado, haja vista que lhe foram entregues os demonstrativos onde são consignados: “DATA – Nº NF – CNPJ DO EMITENTE – VALOR – PRODUTO – MVA – ALÍQUOTA - VALOR JÁ RECOLHIDO – DIFERENÇA A RECOLHER”, conforme recibo às fls. 24 a 27 do PAF.

Assevera que todas as Notas Fiscais de Compras, que foram entregues para fiscalização, conforme recibo, folhas 15 e 16 do PAF, além do que, foram apensadas ao PAF cópias de todas as notas fiscais que foram objeto da exigência do ICMS destas infrações, folhas 210 a 269 do PAF.

Quanto à infração 05, esclarece que efetuou o cálculo do ICMS devido sobre o estoque, levando em consideração o término do exercício de 2005, tendo em vista que o autuado não apresentou comprovantes de movimentação - notas fiscais de vendas, redução Z, bem como notas fiscais de compras, referente ao exercício de 2006, além do que, não apresentou DME referente ao exercício de 2006, contudo, em sua defesa, o autuado apresentou a redução Z do dia 03/01/2006 no valor de R\$ 117,00.

Diz que diante disto, concorda parcialmente com as alegações defensiva e apresenta novo demonstrativo de débito, passando o valor do ICMS devido para R\$ 2.873,02.

Finaliza consignando que o novo demonstrativo de débito do Auto de Infração fica da seguinte forma:

INFRAÇÃO 01 – MANTIDA INTEGRALMENTE	R\$ 1.803,85
INFRAÇÃO 02 – MANTIDA INTEGRALMENTE	R\$ 2.083,22
INFRAÇÃO 03 – MANTIDA INTEGRALMENTE	R\$ 3.498,83
INFRAÇÃO 04 – MANTIDA INTEGRALMENTE	R\$ 1.007,06
INFRAÇÃO 05 – MANTIDA PARCIALMENTE	R\$ 2.873,02

TOTAL DO DÉBITO R\$ 11.263,98

O autuado se manifestou (fls. 313 a 318), ressaltando que desconhece as razões trazidas pelo autuante, pois nunca optou em ser Empresa de Pequeno Porte, uma vez que sua Receita Bruta nunca superou o teto das microempresas. Acrescenta que o autuante não provou que o desenquadramento decorreu de opção do próprio autuado ou que foi procedida de ofício, após regular intimação,

devendo, assim, ser dado o tratamento tributário referente as microempresas, pois a sua Receita Bruta não superou, efetivamente, no período fiscalizado o valor de R\$ 240.000,00.

Reproduz o art. 2º do RPAF e o art. 384-A do RICMS/BA, para pugnar com base no princípio da verdade material, que lhe seja dispensado o tratamento de microempresa e não Empresa de pequeno Porte, conforme exige o Fisco Estadual, determinando, assim, que fiscal estranho ao feito corrija os demonstrativos elaborados pelo autuante.

No que tange à infração 02, reitera os argumentos apresentados na defesa inicial, e acrescenta que na informação fiscal, o autuante se limita a informar que entregou o relatório TEF, conforme recibo às fls. 11 a 23, e, no mérito, que considerou “todos os valores consignados nas respectivas leituras “Z” – folhas 91 a 209 – como pagamento com cartão de crédito e débito”.

Rechaça tal informação, afirmando que às fls. 11 a 23, não consta que recebeu em arquivo magnético ou impresso do Relatório TEF, prova essencial da infração, pois representa as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito e débito referente a cada operação realizada pelo contribuinte autuado. Acrescenta que não diz que o autuante não considerou as vendas de cartão de crédito e cartão de débito registrado na Redução Z, pelo contrário, afirma que houve um erro do autuado na emissão de seus cupons fiscais, onde muitas vendas realizadas por meio de cartão de crédito e débito foram registradas como a vista. Diz que bastava o autuante relacionar os cupons fiscais, e não as reduções Z, com as operações de cartão de crédito e cartão de débito informado pelas administradoras, abstraídas do Relatório TEF, que logo perceberia o erro e a improcedência da presunção legal.

Ressalta que o autuante não se reporta na informação fiscal acerca do evidente erro de seus demonstrativos em não ter aplicado a proporcionalidade nos anos de 2006 e 2007, em que pese ter aplicado em 2005, apontados na defesa, buscando, assim, passar despercebido por esse Conselho da Fazenda.

Pelas razões acima expostas, requer que seja considerada nula a infração, por faltar elementos suficientes para comprovar a irregularidade, improcedente, caso seja considerado o erro de registro do autuado acima demonstrado, ou, ao menos, procedente em parte, considerando, para tanto, apenas a parcela das mercadorias tributadas (proporcionalidade).

No respeitante às infrações 03 e 04, consigna que o autuante alega, genericamente, que as notas fiscais foram entregues para fiscalização, conforme recibo de fls. 15 e 16, e todas as notas foram juntadas ao PAF às fls. 210 a 269, contudo, ressalta que desconhece a procedência das notas fiscais relacionadas pelo autuante e nenhum momento entregou para fiscalização as referidas notas fiscais. Assevera que todas as notas fiscais de entradas entregues para fiscalização tiveram o seu imposto – antecipação parcial – devidamente pago, quando devido.

Alega que, desta forma, resta evidente o cerceamento do direito de defesa, pois o autuante não lhe entregou cópias das supostas notas fiscais de fls. 210 a 269, mesmo quando alega expressamente que desconhece suas origens.

Pugna pela nulidade das infrações em comento, por cerceamento de direito de defesa em razão não ter recebido cópia das notas fiscais de fls. 210 a 269, ou pela procedência em parte da infração, caso haja alguma nota fiscal de entrada exigida pelo autuante, eventualmente não juntada aos autos.

Quanto à infração 05, afirma que o autuante se desvia da verdade material, uma vez que não encerrou suas atividades exatamente no final de 2005 para considerar para tanto os valores registrados na DME, conforme redução Z anexada, o que fulmina a autuação por falta de motivação ou por motivos falsos e inexistentes.

Salienta que na informação fiscal, o autuante, para fins de encontrar a base de cálculo do ICMS relativo a mercadorias constantes do estoque final e corrigir os erros apontados na defesa inicial, termina por fim realizando um arbitramento sem previsão legal, pois aplica a Margem de Valor

Agregado (MVA) de 35% sobre o estoque final de 2005 e, após encontrar o que chama de estoque ajustado, deduz as vendas de 2006 para fins de encontrar a base de cálculo do imposto.

Afirma que esse procedimento adotado pelo autuante para fins de apurar a base de cálculo do imposto não possui respaldo legal, representando um arbitramento sem previsão legal, pois o parágrafo único do art. 63 do RICMS/BA, determina que a base de cálculo seja o VALOR DAS MERCADORIAS INVENTARIADAS acrescido dos percentuais previstos nos anexos 88 e 89, e não suposto estoque ajustado deduzido das vendas seguintes.

Salienta que, além disso, a MVA devida é de 20% e não 35%, conforme anexo 89 do RICMS, uma vez que as mercadorias comercializadas são artigos de vestuário e acessórios em geral.

Alega ainda que deveria ser deduzida da base de cálculo as operações isentas ou não tributadas ou cujo imposto já tivesse sido recolhido por antecipação, conforme determina a norma, cuja margem já foi levantada pelo próprio autuante nos papéis de trabalho da infração 02 do exercício de 2005, 70,14%.

Diante das razões acima expostas, pugna pela nulidade da infração em comento, por não obedecer ao devido processo legal e representar um arbitramento sem previsão legal, ou pela procedência em parte, caso sejam corrigidos os erros retro aludidos.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração, ou, no mérito, sua improcedência.

O autuante se manifestou (fl. 321), afirmando que analisando as alegações do contribuinte em sua defesa, observou que o mesmo não traz nenhuma informação nova, quer seja através de documentos ou através de demonstrativos, motivo pelo qual mantém integralmente os demonstrativos apensados na informação fiscal.

A 1ª JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o processo em diligência (fls. 325/326), à INFAZ/ITABERABA (fls. 3225/326), a fim de que fosse designado o autuante ou outro Auditor Fiscal, para adotar as seguintes providências:

Infração 02

Para receber, **mediante recibo específico**, os Relatórios de Informações TEF – Diário, contendo todas as suas operações individualizadas informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito/débito, assim como para que o autuado fornecesse os dados que possibilitasse o cálculo da proporcionalidade referente aos exercícios de 2006 e 2007, na forma da Instrução Normativa nº 56/2007, inclusive, elaborando demonstrativos, se fosse o caso. Deveria, também, o autuado elaborar demonstrativo cotejando as operações informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito com os documentos fiscais emitidos para acobertá-las, resumindo-os, mensalmente, nos períodos indicados no Auto de Infração, apresentando os correspondentes boletos de cartões com os respectivos documentos fiscais, com a finalidade de comprovar suas alegações defensivas. 2. Caso o contribuinte atendesse a intimação, o diligente deveria conferir o demonstrativo apresentado pelo autuado e, se fosse o caso, elaborar novo demonstrativo de débito em relação aos valores não comprovados;

Infrações 03 e 04

Para entregar no ato da intimação, **mediante recibo específico**, cópia das notas fiscais arroladas na autuação coletadas através do sistema CFAMT. Na oportunidade, deveria ser informado ao autuado **da reabertura do prazo de defesa 30 (trinta) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação**, para que não ficasse caracterizado o cerceamento do direito de ampla defesa do contribuinte.

O autuante se pronunciou (fl. 330), consignando que em atendimento às solicitações contidas na diligência relativamente à infração 02, entregou ao autuado mediante recibo específico os Relatórios de Informações TEF – Diário, no dia 08/06/2011, contendo todas as suas operações individualizadas informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito/débito.

No que tange aos dados para cálculo da proporcionalidade referente aos exercícios de 2006 e 2007, na forma da Instrução Normativa 56/2007, diz que deixou de calcular a proporcionalidade para estes exercícios, tendo em vista que não houve compras, contudo, o contribuinte foi intimado, no dia 08/06/2011 a apresentar dados que possibilitassem a aplicação da citada Instrução Normativa, contudo, não apresentou os dados.

Quanto aos demonstrativos cotejando as operações informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito com os documentos emitidos para acobertá-las, diz que foram apensados aos autos – fls. 11 a 14, 18 a 21 e 23, bem como já foram entregues ao contribuinte mediante recibo, contudo, está apensando novamente.

No respeitante às infrações 03 e 04, afirma que todas as notas fiscais arroladas na autuação, foram fornecidas pelo autuado, conforme relatório de fls. 15 e 16 do PAF, ao passo em que as citadas notas fiscais, foram devolvidas ao contribuinte conforme “TERMO DE ARRECADAÇÃO DE LIVROS E/OU DOCUMENTOS FISCAIS” – fls. 40 do PAF.

O autuado se manifestou (fls. 368 a 387), reiterando os argumentos defensivos atinentes à infração 01.

Com relação à infração 02, destaca que se o autuante considerasse o Relatório TEF disponibilizado pela administradora de cartão de crédito e de débito em comparação com os cupons fiscais, bem como Redução Z, logo perceberia que toda e qualquer operação teve respaldo de cupons fiscais, uma vez que as operações com cupons fiscais superam os valores informados pela administradora de Cartão de Crédito, conforme demonstrativo elaborado pelo próprio autuante referente ao exercício de 2005, algumas reduções “Z” acostadas aos autos por amostragem, e as demais que se coloca à disposição da Fiscalização para exame, devidamente acompanhado dos cupons fiscais. Acrescenta que para comprovar amplamente o fato discutido, bastava o autuante analisar os valores das operações registradas nos cupons conjuntamente com o relatório TEF disponibilizada pela administradora de cartão de débito/crédito, pois assim, restará demonstrado que grande parte das mercadorias relacionadas nas notas fiscais citadas pelo autuante foram devolvidas ou retornadas, o que não justificaria o recolhimento do ICMS por antecipação parcial do imposto, ou teve o imposto efetivamente recolhido, devendo, assim, serem deduzidas da base de cálculo do presente auto de infração.

Em face do exposto, solicita que sejam excluídas dos demonstrativos elaboradas pelo autuante as notas fiscais de entradas provenientes de outros estados e / ou valores (devolução parcial) referentes aos retornos ou devoluções por não representar mercadorias revendidas pelo autuado, não justificando, assim, a antecipação parcial do imposto, bem como as operações em que tiveram o efetivo recolhimento do ICMS, conforme DAE e notas fiscais a serem anexado aos autos. Razão pela qual requer que seja declarada a nulidade da infração em apreço por falta de provas ou a procedência em parte da infração em destaque.

No que tange à infração 05, reitera os argumentos apresentados na peça de defesa inicial e manifestação posterior.

Conclui requerendo que seja designado Auditor Fiscal estranho ao feito, a fim de que:

- a) Infração 01: seja verificado se foi regularmente intimado a respeito de qualquer mudança de faixa ou reenquadramento de Microempresa à EPP realizado pelo Fisco Estadual para fins de que seja constatada a regular forma de apuração do imposto a ser dispensado na Infração 01, caso negativo, seja apurado o imposto conforme dispensado às Microempresas e não às EPP;
- b) Infração 02: analise o total dos cupons fiscais e reduções Z do contribuinte em comparação ao Relatório TEF ora disponibilizado pelo autuante para fins de verificar se houve qualquer operação realizada sem cupom fiscal, e, caso persista alguma diferença, se aplique ao final a proporcionalidade apurada pelo fiscal autuante referente ao exercício de 2005 (Infração 02);

- c) Infrações 03 e 04: verifique se todas as notas fiscais de entrada relacionadas pelo autuante estão acostadas aos autos e caso não haja alguma (s), seja feito os demonstrativos realizados, bem como considere alguns pagamentos ou devoluções eventualmente desconsiderado.

Ao final, julgue procedente o pedido para fins de desconstituir o crédito tributário em lide decretando a nulidade, acaso acolhida a preliminar ou, no mérito, a improcedência do lançamento tributário que resultou na lavratura do presente Auto de infração..

A 1ª JF, considerando que o autuante não fora cientificado sobre a defesa apresentada, converteu o processo em diligência à INFAZ/ITABERABA, a fim de que fosse dada ciência ao autuante sobre a defesa do autuado e, posteriormente, prestasse informação fiscal abordando todos os aspectos suscitados pelo defendente referentes às infrações impugnadas.

O autuante se pronunciou, salientando que a determinação da diligência de fls. 325/326, foi rigorosamente cumprida, conforme abaixo:

- Informação de DILIGÊNCIA, fls. 330;
- Intimação fl. 331, NÃO CUMPRIDA pelo autuado;
- Recibo de entrega dos relatórios TEF ao contribuinte, fl. 332;
- Relatórios TEF, entregues ao contribuinte, fls. 333 a 352;

Relatórios de Auditoria TEF, entregues ao contribuinte, fls. 353 a 364.

Ressalta que o autuado apresentou nova defesa, com os mesmos argumentos da defesa anteriormente apresentada. Diz que são alegações vazias, não atendeu a intimação; não produziu nenhuma prova material; não produziu nenhum relatório; porquanto, todo trabalho de auditoria foi fundamentado com notas fiscais de compras fornecidas pelo autuado; reduções Z; relatórios TEF; planilhas e demonstrativos, todos já entregues ao autuado.

Mantém integralmente o Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de cinco infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado.

Inicialmente, cabe-me apreciar as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, conforme faço a seguir:

a)no que tange à infração 01, verifico que a alegação defensiva de que só poderia ser reenquadrado de ofício no mês subsequente ao prazo de sua entrega do exercício seguinte, ou seja, março de 2006, conforme o §9º do art. 384-A do RICMS/BA, caso superasse o valor, e não utilizando as alíquotas de Empresas de Pequeno Porte, não pode prosperar, haja vista que apesar de o aludido dispositivo regulamentar assim determinar, o seu reenquadramento na condição de Empresa de Pequeno Porte ocorreu desde 01/04/2001, conforme Relatório de Histórico de Atividade Econômica/Condição/Situação acostado aos autos, significando dizer que, se a exigência fosse referente ao exercício de 2001 – hipoteticamente afastada a decadência – lhe assistiria razão.

Ocorre que a exigência fiscal diz respeito ao exercício de 2005, e considerando que anualmente com base na Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (DME) do exercício anterior, o reenquadramento se dará no mês subsequente ao prazo de entrega da DME, produzindo efeitos a partir do segundo mês subsequente ao prazo estabelecido para entrega da DME, conforme o § 9º do art. 384-A do RICMS/BA, aludido pelo autuado, não há que se falar em ilegalidade do reenquadramento;

b)quanto à nulidade da infração 02, por inobservância do devido processo legal, em razão de não ter o autuante juntado aos autos os Relatórios TEF, bem como, não ter apresentado em arquivo

magnético e nem impresso, cerceando o seu direito de defesa, além de não conter elementos suficientes para determinar a infração, não acolho as argumentações defensivas.

Isto porque, no intuito de preservar o direito do contribuinte de ampla defesa e do contraditório, assim como trazer aos autos os elementos necessários para determinação da infração, esta Junta de Julgamento Fiscal, converteu o processo em diligência à repartição fazendária de origem, a fim de que fossem fornecidos ao contribuinte os Relatórios de Informações TEF – Diário, contendo todas as suas operações individualizadas informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito/débito. Também foi solicitado que o autuado fornecesse os dados que possibilitassem o cálculo da proporcionalidade referente aos exercícios de 2006 e 2007, na forma da Instrução Normativa nº 56/2007, bem como que elaborasse demonstrativo cotejando as operações informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito com os documentos fiscais emitidos para acobertá-las, resumindo-os, mensalmente, nos períodos indicados no Auto de Infração, apresentando os correspondentes boletos de cartões com os respectivos documentos fiscais, com a finalidade de comprovar suas alegações, sendo-lhe concedido o prazo de 30(trinta) dias para apresentação de defesa;

c) no que concerne à nulidade das infrações 03 e 04, por cerceamento do direito de defesa, pois o autuante não lhe entregou cópias das notas fiscais de fls. 210 a 269, mesmo quando alega expressamente que desconhece suas origens, também não acolho a pretensão defensiva, haja vista que a diligência solicitada por esta JJF trouxe o esclarecimento de que todas as notas fiscais arroladas nestas infrações, foram fornecidas pelo próprio contribuinte, conforme relatório de fls. 15 e 16 dos autos, inclusive sendo posteriormente devolvidas, consoante o Termo de Arrecadação de Livros e/ou Documentos Fiscais acostado à fl. 40 dos autos;

d) quanto à infração 05, observo que a verdade material foi observada pelo autuante, haja vista que este acatou a alegação defensiva de que a empresa não encerrara sua atividade em 2005, conforme comprovação trazida apenas na defesa inicial, e refez os cálculos considerando as operações realizadas no exercício de 2006, consoante será visto na análise de mérito destas infrações.

Diante do exposto, não acolho as preliminares de nulidade arguidas, pois o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, especialmente o seu art. 39, além do que foram preservados o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte, inclusive com a realização de diligência e reaberto o prazo de defesa de 30 (trinta) dias, para que pudesse exercer plenamente o seu direito, incorrendo quaisquer das hipóteses de nulidade previstas no art. 18 do RPAF/99.

Quanto ao pedido de revisão por Auditor Fiscal estranho ao feito, indefiro a solicitação, pois considero desnecessária para solução da lide, em face de os elementos existentes nos autos se tornarem suficientes para decisão da lide.

No mérito, no que tange à infração 01, constato que assiste razão ao autuante, pois o autuado deixou de recolher na ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte, condição esta que se encontrava enquadrado desde 01/04/2001, conforme consta no Relatório de Histórico de Atividade Econômica/Condição/Situação acostada aos autos pelo autuante.

Certamente, a alegação defensiva de que desconhecia tal enquadramento não pode prosperar, pois a exigência diz respeito ao exercício de 2005, isto é, mais de quatro anos após o reenquadramento.

Ademais, a alegação de que sua receita não ultrapassou o limite de R\$ 240.000,00, deveria ter sido apresentada à repartição fiscal, no intuito de que fosse reenquadrada como microempresa.

Diante disto, considero correta a exigência fiscal atinente a este item da autuação. Infração mantida.

No respeitante à infração 02, observo que diz respeito a apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito o que enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido.

Conforme dito linhas acima, esta Junta de Julgamento converteu o processo em diligência, a fim de que o autuado apresentasse a comprovação de suas alegações, demonstrando a correspondência entre os valores informados pelas administradoras de cartões com os cupons fiscais e notas fiscais emitidas, inclusive, com a entrega dos Relatórios TEF, não tendo o autuado apresentado qualquer comprovação de suas alegações, mesmo com a reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

Observo que o autuante considerou todos os valores consignados nas reduções Z (fls. 91 a 209), conforme os demonstrativos de fls. 11 a 14 dos autos, como pagamento com cartão de débito e crédito, descabendo, portanto, a alegação defensiva de que não foram considerados os valores dos cupons fiscais registrados nos documentos fiscais.

Relevante consignar que, apesar de ter sido intimado a apresentar dados atinentes à alegada proporcionalidade, conforme diligência solicitada por esta JJF, o autuado não atendeu a intimação, razão pela qual prevalece, no caso, a determinação da Instrução Normativa n. 57/2006, no sentido de que não sendo obtido ou apresentado pelo contribuinte dados que possibilitem o cálculo da proporcionalidade, o preposto fiscal lançará o ICMS devido utilizando como base de cálculo o valor total da omissão de operações de saída apurada.

Desta forma, este item da autuação é integralmente subsistente. Infração mantida.

No que concerne às infrações 03 e 04, observo que dizem respeito, respectivamente, a recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no art. 353, I, II, do RICMS/BA, e recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Constato que, diversamente da alegação do autuado de desconhecimento das notas fiscais arroladas na autuação, os referidos documentos fiscais foram fornecidos ao autuante pelo próprio contribuinte, conforme se verifica no relatório de fls. 15/16 dos autos, sendo, inclusive, posteriormente devolvidos, de acordo com o Termo de Arrecadação de Livros e/ou Documentos Fiscais acostado à fl. 40 dos autos.

Noto que foram fornecidos ao contribuinte os demonstrativos elaborados pelo autuante, nos quais constam a “DATA – Nº NF – CNPJ DO EMITENTE – VALOR – PRODUTO – MVA – ALÍQUOTA - VALOR JÁ RECOLHIDO – DIFERENÇA A RECOLHER”, conforme recibo às fls. 24 a 27 dos autos.

Observo, ainda, que todas as notas fiscais arroladas na autuação foram apensadas aos autos às fls. 210 a 269.

Vejo que a alegação defensiva de que muitas das mercadorias acobertadas pelas notas fiscais de entradas de mercadorias adquiridas fora do Estado foram devolvidas, havendo, em verdade, um erro de seus fornecedores ao encaminhar as mercadorias, com posterior refaturamento das notas fiscais, ou devolução, bem como houve o pagamento do ICMS, o que justificaria o não pagamento do ICMS por antecipação sobre mercadoria com imposto já pago ou devolvida, não restou demonstrada ou comprovada. Em verdade, trata-se de alegação feita de forma genérica, sem ao menos indicar ou precisar os números das notas fiscais e os documentos comprobatórios dos pagamentos.

Da mesma forma, a alegação de muitas das notas fiscais apontadas pelo autuante nos seus demonstrativos não tiveram a efetiva entrada para revenda no seu estabelecimento, em face do retorno e / ou devolução das mercadorias, ou já tiveram o ICMS recolhido mediante pagamento, o que não justifica o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, também não restou comprovada.

Apesar de não ser aplicável ao presente caso - pois as notas fiscais arroladas na autuação foram fornecidas pelo próprio contribuinte -, o argumento defensivo de que há uma presunção de que adquiriu as mercadorias contidas nas notas fiscais colhidas no Posto Fiscal (CFAMT) para revenda, pois a real comprovação só seria possível através do pedido de fornecimento, o canhoto das notas fiscais referidas com a sua assinatura; o comprovante de pagamento dos fretes referentes a ditas notas fiscais; comprovante de pagamento das referidas compras junto aos fornecedores ou ainda a

diferença no estoque que possa confirmar a presunção hipoteticamente admitida, a título de esclarecimento, registro que se encontra pacificado no âmbito deste CONSEF, em reiteradas decisões, que as notas fiscais obtidas através do CFAMT se constituem em elementos necessários e suficientes de comprovação da realização da operação, por restar comprovada a realização da operação de circulação da mercadoria, através do Posto Fiscal.

Diante disto, considero correta a exigência fiscal referente às infrações 03 e 04.

Contudo, no que concerne à multa imposta na infração 04 – antecipação parcial - no percentual de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96, constato que foi indicada erroneamente no Auto de Infração, haja vista que a multa correta é de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, uma vez que esta era a pena prevista na lei para a irregularidade à época dos fatos geradores ocorridos no exercício de 2005.

Diante do exposto, a multa de 50% prevista no art. 42, I, “b”, “1” da Lei nº 7.014/96, indicada originalmente no Auto de Infração na infração 04, fica retificada de ofício para 60%, conforme previsto no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Relativamente à infração 05, verifico que, inicialmente o autuante efetuara o cálculo do ICMS devido sobre o estoque, levando em consideração o término do exercício de 2005, em razão de não ter o contribuinte apresentado os elementos comprobatórios de movimentação referente ao exercício de 2006, inclusive a DME.

Entretanto, como na defesa apresentada o impugnante trouxe os elementos atinentes à redução Z do dia 03/01/2006 no valor de R\$ 117,00, o autuante de forma correta, acatou parcialmente as alegações defensivas e apresentou novo demonstrativo de débito (fls. 302 a 304), no qual demonstra os ajustes efetuados na apuração do valor R\$ 2.873,02, referente ao ICMS devido nesta infração, inclusive a forma de obtenção da base de cálculo, com a qual coaduno integralmente, inclusive com a MVA aplicada, haja vista que restou comprovado que o autuado deixou de recolher ICMS relativo a mercadorias constantes do seu estoque final, quando do encerramento de suas atividades.

Desta forma, a infração 05 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 2.873,02.

Diante do exposto, as infrações 01, 02, 03 e 04 são subsistentes e a infração 05 parcialmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206987.0322/10-7**, lavrado contra **ANTONIO MESSIAS SILVA SANTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.265,98**, acrescido das multas de 50% sobre R\$1.803,85, 60% sobre R\$4.505,89 e de 70% sobre R\$4.956,24, previstas no artigo 42, incisos I, alínea “b”, item 3, II, “d”, “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR