

A. I. Nº - 269369.1104/09-2
AUTUADO - AUTOPLAN PEÇAS E SERVIÇOS AUTOMOTIVOS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO FISCHBORN
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 19.07.2012

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0187-04/12

EMENTA: ICMS. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas, também não contabilizadas, conforme presunção legal nesse sentido (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96). Exigência efetuada com base em dados obtidos junto ao STGCB/SINTEGRA. Notas fiscais colhidas junto às empresas emitentes, sem comprovação da circulação para o destinatário, são provas indiciárias, as quais requerem provas complementares da efetiva operação. Acostadas aos autos, parcialmente, as provas complementares da aquisição das mercadorias pelo destinatário. Infração parcialmente subsistente.

PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 23/11/2009, exige ICMS, no valor histórico de R\$ 373.279,48 e multa de 70%, em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entrada de mercadorias não registradas.

Consta no Termo de Encerramento de Fiscalização, de fl. 08, que “a empresa deixou de registrar nos anos de 2005, 2006 e 2007, a aquisição de diversas mercadorias, conforme comprovam as cópias das notas fiscais obtidas junto aos seus fornecedores (levantamento realizado através dos dados obtidos no Sistema Sintegra). A aquisição de mercadorias sem seu registro fiscal no livro Registro de Entradas e sem seu registro e lastro financeiro no livro Caixa, tipifica a obtenção de recursos através da venda de mercadorias sem registro fiscal e contábil (omissão de saída de mercadorias).”.

Está destacado, no mesmo termo, que “antes da lavratura do auto de infração, a empresa foi intimada a analisar a relação das notas fiscais, por fornecedor, constantes no relatório SINTEGRA, que não foram levadas a registro fiscal e contábil, e que foram objeto de autuação através deste processo. Foi solicitada a declaração por escrito, com firma reconhecida, de que a empresa não efetuou pedido, nem efetiva compra, nem efetuou pagamento das mercadorias constantes nas notas fiscais da relação anexa. (emitir uma declaração para cada fornecedor, constante na relação anexa, mencionando o número das notas fiscais). Também apresentar Boletim de Ocorrência Policial, em que declare que a empresa AUTOPLAN não efetuou pedido, nem efetivou compra, nem efetuou pagamento das mercadorias constantes nas notas fiscais da relação anexa, emitidas pelos respectivos fornecedores. Caracterizando o fato de que a empresa Autoplan foi vítima de empresas que utilizaram indevidamente seu CNPJ e inscrição estadual, para, em seu nome, como destinatária, simularem operações de remessa de mercadorias.

Estes documentos não foram apresentados pelo sujeito passivo, o que poderia subsidiar a caracterização do fato de ela, porventura, não ter efetuado pedido, compra, pagamento ou recebimento dessas mercadorias.”

O Termo de Intimação com tais solicitações encontra-se no Anexo 11 do PAF.

O sujeito passivo, por meio de patrono ingressa com defesa, fls. 1876/1907, e de início destaca alguns pontos que não foram observados pelo autuante tais como:

- a) que da relação de notas fiscais obtidas junto ao Sintegra, não foram apresentadas as cópias de cerca de 300 notas fiscais, conforme relação em anexo (Doc. 04).
- b) que a autuada não adquiriu todas as mercadorias objeto da aludida relação apresentada pelo autuante, mas apenas parte das mercadorias efetivamente ingressou na empresa, conforme relação de duplicatas pagas em anexo, (Doc. 05).
- c) que parte das mercadorias adquiridas é objeto de substituição tributária, logo o ICMS foi pago antecipadamente (DOC. 06) e,
- d) que o autuante deixou de observar que as mercadorias constantes das notas fiscais nºs 116822, 116824, 120034, 120033, 028084, 030609, em anexo (Doc. 07), não foram destinadas à comercialização, mas sim, para consumo e/ou ativo imobilizado.
- e) que o autuante não efetuou a dedução do crédito fiscal a que a autuada tem direito em razão do ICMS pago quando da efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento, o que prescreve o art. 93 do RICMS/BA.

Esclarece que após análise comparativa entre a relação de notas fiscais elaborada pelo autuante e os livros de Registro de Entrada de 2005, 2006 e 2007, não há sequer uma nota fiscal que tenha sido registrada quando da sua pseudo-entrada, fato que reforça o entendimento da empresa de que a imputação é mera presunção fiscal, presunção esta que teve como base o Sistema Sintegra, sem todavia, trazer provas de que o autuado é o destinatário das referidas mercadorias.

Frisa que foram infringidos diversos princípios constitucionais, posto que a invasão no patrimônio do contribuinte, não pode ser feita de forma aleatória, mas com obediência a todos os limites impostos pelo Poder Constituinte.

Aponta que apenas parte das notas fiscais apontadas no sistema Sintegra ingressou no estabelecimento, conforme se prova através da relação de duplicatas quitadas nos exercícios de 2005, 2006 e 2007, mercadorias adquiridas pela empresa sob a razão social ROCLAN.

Reclama que o autuante não deduziu o valor relativo ao crédito fiscal das mercadorias efetivamente adquiridas pela empresa, cujo ICMS foi pago na entrada, bem como considerou as mercadorias adquiridas por meio de substituição tributária, como sendo mercadorias de tributação normal, assim, como as mercadorias destinadas ao ativo imobilizado, etc, violação aos princípios da não cumulatividade, e do no bis in idem.

Aduz que a Junta ao decidir, nunca deverá resolver de plano, sem qualquer aprofundamento quanto à real existência do fato gerador, nos termos do CTN, da CF, e das leis infraconstitucionais, atendendo aos princípios da legalidade objetiva, da reserva legal.

Em preliminar, aponta que a presunção legal em que está amparada a infração deve ser elidida, vez que os fatos apresentados não correspondem à realidade dos acontecimentos, mesmo porque o autuante não prova a entrada de parte das mercadorias supostamente adquiridas pela empresa, aproximadamente 300 notas fiscais que, embora relacionadas na lista do autuante, não estão anexadas no processo. Ademais, embora o livro Registro de Entradas possua aproximadamente 2000 páginas, o que representa o registro de uma imensa gama de notas fiscais, as apontadas na infração não estão registradas. Assim, apenas ingressaram no estabelecimento, as mercadorias constantes das notas fiscais representadas através das duplicatas pagas, conforme relação elaborada pela empresa em anexo (Doc. 05), relação que reflete os ingressos efetivos de mercadorias. Assevera que também não estão presentes diversos documentos que, se acompanharem os autos, não deixariam dúvidas da entrada das referidas mercadorias no estabelecimento autuado, assim como é o caso do: pedido das mercadorias pelo autuado, carimbo da nota fiscal de entrada no posto de fronteira da Bahia, destaque do canhoto na nota fiscal,

registro da nota fiscal no sistema CFAMT, onde ficam registradas todas as compras da empresa, arquivamento da via da nota fiscal no dossiê das empresas na SEFAZ, dentre outras formas de comprovar que a empresa, efetivamente, adquiriu as mercadorias.

Traz os entendimentos do CONSEF, que referendam esta tese, tais como os Acórdãos JJF 0083-01/02, JJF 0386-04/02; JJF nº 0143-01/04.

Cita a doutrina acerca do princípio da não cumulatividade, da ilegitimidade passiva, esta por não ser responsável pela obrigação tributária imputada pelo autuante, vez que comprova com todos os fatos e documentos apresentados que as mercadorias não entraram, efetivamente, na empresa autuada, e o processo administrativo deve se pautar pelo princípio da verdade material.

Ademais, para apurar a verdade, poderia também o autuante verificar se as terceiras vias das notas fiscais de compra, em nome do autuado, foram recolhidas pelos postos fiscais de entrada e enviadas para o CFAMT; os comprovantes de pagamento das compras efetuadas, seja através de duplicatas a pagar, depósitos bancários, cheques, entre outras formas; o carimbo do posto fiscal Eduardo Freire localizado na BA/ES na nota fiscal de entrada e o registro das notas fiscais de entrada na Bahia no sistema CFAMT. Aponta decisões do CONSEF, tais como JJF 0361-03/09; 1852/98, 1104/97, 108-01/04, 0151/01/04, 007-03/03, pelo que pede a nulidade da autuação.

No mérito reafirma a falta de provas da acusação, por falta de documentos, no processo que comprovem que, efetivamente, as mercadorias ingressaram no estabelecimento, tais como:

- 1 – as terceiras vias das notas fiscais de compra que deveriam ter sido recolhidas pelos postos fiscais de entrada e enviadas para o CFAMT;
- 2 – o pedido de compra de mercadoria feito pela empresa autuada junto ao fornecedor;
- 3 – o canhoto do recebimento das mercadorias pela compradora;
- 4 - O comprovante de pagamento das compras efetuadas, seja através de duplicata a pagar, depósitos bancários, cheques, entre outras formas;
- 5 – o carimbo do posto fiscal Eduardo Freire localizado na BA/ES, na nota fiscal de entrada;
- 6 – o registro das notas fiscais de entrada na Bahia no sistema CFAMT.

No mesmo sentido traz a doutrina e decisões do CONSEF, Acórdãos JJF 0029-04/09, CJF 023-04/09, JJF 034-04/09.

Outrossim, assevera que devem ser excluídas do levantamento fiscal as mercadorias adquiridas que têm o imposto pago por antecipação, consoante a IN 56/2007. Ressalta que no direito tributário é nulo o auto de infração baseado em presunção fiscal sem a devida fundamentação, vez que se convertem em ficção, ferindo o princípio do ato regrado ou vinculado à lei.

A final pede a nulidade total do auto de infração, ou a sua improcedência.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 1970 a 1995, e rebate as questões trazidas na defesa, ao lembrar que o enquadramento legal da infração encontra-se no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, e cabe ao autuado promover as provas para desconstituir a acusação fiscal.

Reafirma que a empresa adquiriu mercadorias cujas notas fiscais não foram levadas a registro na escrita fiscal, pois tais informações constam do Relatório Sintegra, e este é um dos elementos de prova. Traz artigo do auditor fiscal Sr. Renato Aguiar de Assis, disponível no site www.iaf.org.br, no qual vislumbra a possibilidade jurídica de considerar o relatório do Sintegra como meio de prova para todos os efeitos legais. Neste sentido advoga que, apesar de o relatório Sintegra ser uma prova indiciária, esta pode ser levada em consideração pelo juiz, pois juntamente com a presunção legal permitem um juízo de procedência da acusação fiscal. Outrossim, o ônus da prova pertence ao contribuinte, pois a partir do relatório Sintegra ocorre uma inversão do ônus probatório, que inicialmente pertencia ao fisco, transfere-se para o contribuinte. Afirma que a empresa autuada adquiriu as mercadorias, pois uma vez intimadas, as empresas remetentes enviaram cópias dessas notas fiscais, caracterizando transação mercantil, que estão acostadas a este processo. Outrossim, não registrou as notas fiscais, prova disso é a

nota fiscal nº 316631, da empresa Volvo, que envolve a aquisição de um caminhão (fl. 890 do PAF). Também corrobora tal situação o manifestar da empresa, em sua defesa, quando alega que “o autuante deixou de observar que nas mercadorias constantes das notas fiscais nºs 116822, 116824, 120034, 120033, 029084, 030609, em anexo, não foram destinadas a comercialização, mas sim para consumo e/ou ativo imobilizado”. Essas notas fiscais citadas e apresentadas pela defesa, Anexo 7, foram emitidas pela empresa Randon S/A e referem-se a “semi-reboque” (carreta que acompanha o caminhão – cavalinho). Anexa relatórios de consulta ao sistema IPVA da SEFAZ, que indicam o emplacamento e propriedade do caminhão volvo em nome da empresa AUTOPLAN.

Salienta que a empresa foi intimada a conferir os dados relativos à não escrituração das notas fiscais, e apresentou declarações nas fls. 1815 a 1818 deste processo. Quanto ao ano de 2005, a empresa relaciona algumas notas que haviam sido levadas a registro. Em outras declarações, referentes aos anos de 2006 e de 2007, o contribuinte se limita a afirmar que as notas fiscais não foram encontradas nos registros de seu livro Registro de Entradas.

Questiona por que a empresa não apresentou declaração por escrito, com firma reconhecida, de que não efetuou pedido, nem efetiva compra, nem efetuou pagamento das mercadorias constantes nas notas fiscais. Talvez porque prestar declaração contra empresas do porte de Ipiranga, Petrobrás, Unifort, Volvo do Brasil, Cremer S/A, dentre outras não lhe fosse interessante. Ressalta que também não foi apresentado “Boletim de Ocorrência Policial.

Esclarece que, algumas empresas alcançadas por correspondência a elas enviadas, encaminharam cópias das notas fiscais, sem maiores formalidades, entretanto, muitas fizeram o encaminhamento das cópias acompanhadas por ofício, dirigido à fiscalização, dentre elas, Volvo do Brasil Veículos Ltda, Bosch – Robert Bosch Ltda, Fábrica Boechat Ltda, Brascola, Thermoglass Vidros Ltda, e várias outras, ofícios que fazem parte do Anexo 4 desta informação fiscal.

Reconhece que não possuia cópia das notas fiscais de cerca de 300 unidades, razão porque não as anexou aos autos.

Salienta que, de um universo de mais de 1.340 notas não registradas, constantes deste processo, a defesa apresenta 15 notas, como sendo de produtos sujeitos à substituição tributária, mas tratando-se de presunção legal, não há como identificar quais mercadorias foram objeto de omissão de saídas, mas apenas o montante financeiro delas. Outrossim, para caracterizar o ilícito tributário de omissão de saídas de mercadorias, com base no não registro de entradas, não importa se os bens ou mercadorias adquiridas e não registradas foram adquiridos para comercialização, para ativo da empresa ou para uso e consumo.

Entende que o crédito fiscal pleiteado pelo autuado não pode ser concedido, pois se as notas fiscais foram deixadas à margem da escrituração fiscal, não há que se falar em direito ao crédito. A final, manifesta-se pela procedência total do Auto de Infração.

O autuado após receber os documentos que compõem a informação fiscal, bem como a mesma, manifesta-se, fls. 2057 a 2092, ratifica as razões da defesa, em atendimento aos princípios da verdade material, da legalidade objetiva, segurança das relações jurídicas e da moralidade administrativa, além de que pede que sejam excluídas da relação do SINTEGRA apresentada pelo autuante:

1. As notas fiscais não apresentadas e,
2. As notas fiscais apresentadas mas sem comprovação do ingresso no estabelecimento do autuado.
3. Seja concedido o crédito do ICMS relativo às notas fiscais que efetivamente foram adquiridas, pelo autuado, conforme comprovantes de pagamento apresentados na defesa e nesta manifestação.

A 5ª JJF diligenciou o PAF à inspetoria de origem, para ser cumprida pelo auditor fiscal autuante. Neste sentido pediu que anexasse ao processo as cópias das notas fiscais faltantes e respectivos ofícios, com a resposta das empresas emitentes, e re-intimassem o contribuinte para que o mesmo se manifestasse, acerca dos referidos documentos.

Caso o autuante não disponha dos documentos faltantes, deverá proceder à exclusão das referidas notas fiscais. O mesmo procedimento deverá ocorrer em relação às notas fiscais que estejam desacompanhadas das respostas aos ofícios, remetidos pelo autuante.

Pari passu, deverá o autuante ajustar a base de cálculo do imposto exigido por presunção, aos ditames da IN 56/2007, aplicando-se a proporcionalidade, em função das saídas isentas, não tributadas ou tributadas antecipadamente. (fls. 2489/2490).

O diligente cumprindo o solicitado, fls. 2493 a 2495, embora discorde do procedimento de excluir as notas fiscais que não foram acostadas ao processo, pois constam na relação do Sintegra, procedeu ao levantamento, e informa:

1. Não dispõe dos documentos faltantes.
2. No Anexo 1, relacionou as notas fiscais constantes na relação do Sintegra, que não foram registradas pela empresa em seu Registro de Entradas, mas cujas cópias das notas fiscais não foram anexadas a este processo, relativas ao ano de 2005.
3. São duas relações de igual teor: uma ordenada cronologicamente (por data de emissão da nota fiscal) e outra ordenada por empresa emitente das notas fiscais.
4. No Anexo 2, relacionou as notas fiscais constantes na relação Sintegra, que não foram registradas pela empresa em seu Registro de Entradas, mas cujas cópias das notas fiscais não foram anexadas a este processo (cópias de notas fiscais faltantes neste processo), relativas ao ano de 2006.
5. São duas relações de igual teor: uma ordenada cronologicamente (por data de emissão da nota fiscal) e outra ordenada por empresa emitente das notas fiscais.
6. Do mesmo modo no Anexo 03, relativas ao ano de 2007.
7. Quanto à solicitação da exclusão (redução do montante total) do valor correspondente às cópias de notas fiscais que estejam desacompanhadas das respostas aos ofícios remetidos pelo autuante, entende que seja responsabilidade e discricionariedade do julgador, acatar ou não as notas fiscais que estejam desacompanhadas do ofício de encaminhamento das empresas que fizeram o envio das cópias das notas fiscais. O julgamento é da competência do CONSEF, mas manifesta o entendimento que não lhe cabe alterar a estrutura do seu trabalho, excluindo valores que não correspondam a notas fiscais que estejam acompanhadas de ofício de encaminhamento da empresa remetente.
8. No Anexo 4 desta informação fiscal, está o demonstrativo, com base nas DMAs, informando o valor contábil total das saídas mensais e, desse montante, o valor correspondente às saídas de mercadorias isentas ou não tributadas.
9. Em anexo estão as DMAs da empresa. Contudo, de todas as notas fiscais acostadas ao processo, apenas em algumas delas consta o destaque do imposto pago por substituição tributária. Na quase totalidade das notas fiscais (de aquisições interestaduais) o imposto não foi recolhido por substituição tributária e a antecipação tributária deveria ter sido realizada pela empresa adquirente (autuada). Caso o julgador entenda que as notas fiscais em que o ICMS da S/T tenha sido destacado, e que encerrada a fase de tributação, essas notas fiscais devam ser retiradas no auto de infração, relacionou no Anexo 5 a descrição dessas notas fiscais e de seu montante. Foram apenas 2 notas fiscais no ano de 2005, 7 notas fiscais no ano de 2006, e apenas 34 notas fiscais no ano de 2007.
10. Salienta que, em todas as demais notas fiscais, a substituição tributária não foi feita pelo remetente, nem a antecipação tributária foi feita pelo autuado adquirente da entrada das mercadorias.

Posteriormente, em 04 de outubro de 2010, o autuante complementa a diligência, fls. 2570/2576, e anexa documentos aos autos, tais como:

1. Notas Fiscais enviadas pelas empresas remetentes, e já anteriormente acostadas ao processo, consta no campo de recebimento das mercadorias o carimbo e assinatura de preposto da empresa Autoplan. São as seguintes notas fiscais: nºs 8083, 14038, 013708, 013709. fls. 2578 a 2581.
2. No anexo 02, junta cópias dos ofícios encaminhados às empresas que anteriormente já haviam remetido photocópias das notas fiscais encaminhando mercadorias à empresa Autoplan. Fls. 2583 a 2791.
3. No Anexo 03 – Junta cópias dos ofícios encaminhados às empresas, cujas cópias das notas fiscais não estavam acostados ao processo. (notas fiscais faltantes) (fls. 2793 a 2913).
4. No Anexo 4 – Anexa cópias de A. R (aviso de recebimento) dos Correios, atestando o encaminhamento e recebimento desses ofícios. Fls. 2915
5. No anexo 06 procede à juntada de outros documentos comprobatórios da remessa das mercadorias e recebimento das mesmas por parte da empresa Autoplan. (fls. 3097 a 4521).
6. Na anexo 07, relacionou quais foram as empresas que não enviaram a photocópia das notas fiscais ou qualquer outro documento, as notas fiscais e seu montante, para, caso o julgador entenda, tais notas fiscais devam ser excluídas da base de cálculo deste auto de infração. (fls. 4522 a 4432).
7. No Anexo 08, está o demonstrativo, com base nas DMAs mensais da empresa, informando o valor contábil total das saídas mensais, e desse montante, o valor correspondente às saídas de mercadorias isentas ou não tributadas. (fls. 4533 a 4572).
8. No Anexo 09 relaciona a descrição das notas fiscais e o seu montante, de notas fiscais em que o ICMS da substituição tributária tenha sido destacado. Fls. 4574 a 4577.
9. Por último, no anexo 10, elaborou um demonstrativo no qual, do valor originalmente autuado, descontou o montante das notas fiscais faltantes, e das notas fiscais com substituição tributária realizada. (fls. 4579 /4582).

O sujeito passivo, cientificado da informação fiscal, (com cópias de fls. 2488 a 4583), e do prazo de dez dias para se manifestar, por meio do seu patrono vem aos autos, fls. 4586 a 4593, e frisa que, embora o nobre autuante tenha demonstrado denodado esforço com o fim de trazer ao PAF as provas do suposto cometimento da infração, entretanto não logra êxito vez que. embora colacione cópias de diversas notas fiscais, as mesmas não provam a entrada no estabelecimento, fato que para ser provado teria que apresentar comprovante de pedido de mercadorias, carimbo na nota fiscal de entrada no posto de fronteira na Bahia, destaque do canhoto da nota fiscal, registro da nota fiscal no sistema CFAMT, onde ficam registradas todas as compras da empresa, arquivamento da via da nota fiscal, no dossiê da empresa na SEFAZ, entre outras. Neste sentido não basta a cópia da nota fiscal, vez que qualquer pessoa mal intencionada poderia adquirir as mercadorias, com os dados cadastrais do sujeito passivo, fazendo-se passar pelo mesmo, sem contudo tê-las adquirido, porque não há qualquer documento que prove a entrada no estabelecimento da autuada. Reitera que são meras presunções sem fundamento, vez que os documentos apresentados não demonstram a veracidade da acusação. Afirma que de todas as notas fiscais de mercadorias elencadas na relação do autuante, durante a lavratura do auto de infração, apenas ingressaram no estabelecimento as mercadorias constantes das notas fiscais representadas através das duplicatas pagas, conforme relação elaborada pela empresa e juntada na defesa, Doc. 05, relação esta que reflete os ingressos efetivos de mercadorias na empresa.

Traz o entendimento do CONSEF, no Acórdão JJF nº 0336-05/09, de 24/10/2009, que anulou a imputação que teve como base a listagem do Sistema Sintegra, bem como do Acórdão JJF nº 083-01/02; esta, com base em documentos fiscais obtidos por meio do CFAMT, sem a apresentação de algumas notas fiscais, o que determinou a procedência em parte da infração.

Ademais, ressalta que não há indicação de suposto preposto nas notas fiscais, no campo de recebimento das mercadorias, como afirmado pelo autuante.

Requer que seja retificado o valor da exigência fiscal, considerando no *quantum debeatur* o direito de compensar o crédito gerado pelo imposto incidente na operação anterior, devendo ser recolhido aos cofres públicos apenas a diferença relativa às mercadorias que, efetivamente, ingressaram no estabelecimento do autuado. A final pede a nulidade da autuação, ou, caso contrário, que seja julgado parcialmente procedente, determinando que sejam excluídas da relação do Sintegra apresentada pelo autuante, as notas fiscais não apresentadas; e as notas fiscais apresentadas mas sem a comprovação do ingresso no estabelecimento.

Na assentada de julgamento a 5ª JJF decidiu converter o PAF em diligência à infaz de origem, em busca da verdade material e da segurança jurídica que devem nortear o processo administrativo fiscal, quando foi pedido que fossem excluídos da infração, os valores referentes às notas fiscais não apresentadas, e as notas fiscais apresentadas mas sem comprovação do ingresso das mercadorias no estabelecimento do autuado. Também foi solicitada a aplicação da IN 56/2007, referente à proporcionalidade, em função das saídas isentas, não tributadas ou tributadas antecipadamente.

O autuante procede ao que foi solicitado, e como a atividade da empresa é o comércio varejista de autopeças, e vende basicamente mercadorias sujeitas à antecipação tributária, o ICMS exigível foi reduzido para R\$ 37.378,28, e o demonstrativo de débito assumiu a configuração da planilha de fl. 4608, da qual a empresa foi devidamente cientificada e não se manifestou. (fl. 4611).

VOTO

Em princípio rejeito as preliminares de nulidade suscitadas na defesa, pois na lavratura do Auto de Infração foram obedecidas as determinações do art. 39 do RPAF/99, o que o leva a produzir seus efeitos jurídicos e legais. Ademais os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa foram assegurados e as partes tiveram acesso a todos os atos processuais, sempre na busca da verdade material que norteia os processos administrativos fiscais.

Ressalto que as diligências necessárias foram implementadas, mornente para os fornecedores das mercadorias constantes nas notas fiscais objeto da autuação, para com base na circularização de informações ter-se a clareza e a segurança na decisão a ser proferida na presente lide.

No mérito, o presente Auto de Infração exige ICMS, em razão da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas no livro Registro de Entradas, nos exercícios 2005, 2006, 2007, conforme demonstrativo às fls. 16/83 do PAF e relatório de notas fiscais obtidas através do Sistema SINTEGRA.

A infração apontada encontra amparo nas disposições contidas no art. 4º, §4º, VI, “b” da Lei nº 7.014/96, a seguir descrito:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

...

IV – entrada de mercadorias ou bens não registrados:

O diploma regulamentar deste Estado, seguindo estritamente os ditames da Lei, repete no art. 2º, § 3º, inciso IV, RICMS BA, o dispositivo em comento, o que caracteriza tal fato como omissão de saídas anteriores sem pagamento do imposto.

Art.2º

...

§ 3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

...

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

Portanto, a exigência do ICMS estabelece-se por presunção legal, e neste caso, inverte-se o ônus probatório quando cabe ao autuado, por ser uma presunção relativa, provar que os fatos narrados na peça vestibular não ocorreram na forma descrita.

Verifico que consta no Termo de Encerramento de Fiscalização, de fl. 08, que “a empresa deixou de registrar nos anos de 2005, 2006 e 2007, a aquisição de diversas mercadorias, conforme comprovam as cópias das notas fiscais obtidas junto aos seus fornecedores (levantamento realizado através dos dados obtidos no Sistema Sintegra). A aquisição de mercadorias sem seu registro fiscal no Livro Registro de Entradas e sem seu registro e lastro financeiro no Livro Caixa, tipifica a obtenção de recursos através da venda de mercadorias sem registro fiscal e contábil (omissão de saída de mercadorias)”.

Outrossim, está destacado, no mesmo termo, que antes da lavratura do auto de infração, a empresa foi intimada a analisar a relação das notas fiscais, por fornecedor, constantes no relatório SINTEGRA, que não foram levadas a registro fiscal e contábil, e que foram objeto de autuação através deste processo. Foi solicitada a declaração por escrito, com firma reconhecida, de que a empresa não efetuou pedido, nem efetivou a compra, tampouco teria pago as mercadorias constantes nas notas fiscais da relação anexa. (emitir uma declaração para cada fornecedor, constante na relação anexa, mencionando o número das notas fiscais). Também foi pedido que apresentasse Boletim de Ocorrência Policial, o que não foi feito. Esse procedimento deveria ser adotado, na tentativa de caracterizar o fato de que o sujeito passivo foi vítima de empresas que utilizaram indevidamente seu CNPJ e inscrição estadual, para, em seu nome, como destinatária, simularem operações de remessa de mercadorias. Contudo, estes expedientes não foram atendidos pelo sujeito passivo até o momento da autuação, o que motivou a lavratura do presente Auto de Infração.

Em sua impugnação, o autuado sustentou que o levantamento fiscal baseou-se em mera listagem do Sintegra, documento que considera inábil para comprovar a efetiva entrada das mercadorias no seu estabelecimento, posto que não se encontravam nos autos, provas consistentes da acusação fiscal, tais como: photocópias das notas fiscais, cópias dos pedidos das mercadorias, cópias dos canhotos das notas fiscais com assinatura do cliente e identificação do recebedor das mercadorias, comprovante de pagamentos das mercadorias pelo cliente, ou algum outro documento que comprove o recebimento das citadas mercadorias. Em consonância com seus argumentos, o autuado, nega veementemente a acusação fiscal.

No exame das peças processuais, constato que foram adotadas as devidas providências tendentes ao acertoamento do crédito tributário, inclusive com a notificação aos fornecedores para que exibissem os recibos de entrega de mercadoria ou as provas do pagamento das operações, mas tendo em vista que a controvérsia manteve-se no curso da lide, diligências foram efetuadas para consolidar as provas quanto às aquisições das mercadorias cujas notas fiscais estavam listadas no sistema SINTEGRA, bem como que fosse aplicada a Instrução Normativa nº 56/2007, para excluir da imputação as notas fiscais relativas às aquisições das mercadorias isentas, não tributadas ou com o imposto pago por substituição tributária. Em decorrência, o autuante promoveu a elaboração de novos demonstrativos, onde excluiu as notas fiscais que não foram acostadas ao processo, embora constassem na relação do Sintegra., tais como no Anexo I, Anexo 2, Anexo 3, referentes aos anos de 2005 a 2007. No Anexo 4 está o demonstrativo, com base nas DMAs mensais da empresa, informando o valor contábil total das saídas mensais e, desse montante, o valor correspondente às saídas de mercadorias isentas ou não tributadas. No Anexo 5, consta a descrição das notas fiscais cujo imposto foi recolhido por substituição tributária, e seu montante. Neste caso, foram apenas 2 notas fiscais no ano de 2005, 7 notas fiscais no ano de 2006, e apenas 34 notas fiscais no ano de 2007.

Posteriormente, em 04 de outubro de 2010, o autuante complementa a diligência, fls. 2570/2576, e anexa documentos aos autos, tais como:

1. Notas Fiscais enviadas pelas empresas remetentes, e já anteriormente acostadas ao processo, consta no campo de recebimento das mercadorias o carimbo e assinatura de preposto da empresa Autoplan. São as seguintes notas fiscais: nºs 8083, 14038, 013708, 013709. Fls. 2578 a 2581.
2. No anexo 02, junta cópias dos ofícios encaminhados às empresas que, anteriormente, já haviam remetido photocópias das notas fiscais encaminhando mercadorias à empresa Autoplan. Fls. 2583 a 2791.
3. No Anexo 03 – Junta cópias dos ofícios encaminhados às empresas, cujas cópias das notas fiscais não estavam acostados ao processo. (notas fiscais faltantes) (fls. 2793 a 2913).
4. No Anexo 4 – Anexa cópias de A. R (aviso de recebimento) dos Correios, atestando o encaminhamento e recebimento desses ofícios. Fls. 2915.
5. No anexo 06 procede à juntada de outros documentos comprobatórios da remessa das mercadorias e recebimento das mesmas por parte da empresa Autoplan. (fls. 3097 a 4521).
6. No anexo 07, relacionou quais foram as empresas que não enviaram a photocópia das notas fiscais ou qualquer outro documento, as notas fiscais e seu montante, para, caso o julgador entenda, tais notas fiscais devam ser excluídas da base de cálculo deste auto de infração. (fls. 4522 a 4432).
7. No Anexo 08, está o demonstrativo, com base nas DMAs mensais da empresa, informando o valor contábil total das saídas mensais, e desse montante, o valor correspondente às saídas de mercadorias isentas ou não tributadas. (fls. 4533 a 4572).
8. No Anexo 09 relaciona a descrição das notas fiscais e o seu montante, de notas fiscais em que o ICMS da substituição tributária tenha sido destacado. fls. 4574 a 4577.
9. Por último, no anexo 10, elaborou um demonstrativo no qual, do valor originalmente autuado, descontou o montante das notas fiscais faltantes, e das notas fiscais com substituição tributária realizada. (fls. 4579/4581), relativas aos exercícios de 2005, 2006 e de 2007.

O entendimento deste CONSEF é no sentido de que a listagem do SINTEGRA constitui-se em prova indiciária, que necessita das efetivas notas fiscais e de outras provas junto aos fornecedores, para que possa ser exigido o ICMS referente às notas fiscais nela constante.

Nesse caso, as correspondências recebidas dos fornecedores e que constam nos autos, com um grande volume de informações, e com o envio das notas fiscais que não estavam nos autos originariamente, além dos comprovantes de entrega das mercadorias até essa fase processual não foram suficientes para a devida solução do caso concreto.

Para dirimir a questão, o PAF foi convertido em diligência, justamente para que se juntassem, além das notas fiscais que embasaram o lançamento tributário, as provas de recebimento, entrega, transporte ou pagamento das mercadorias, com a orientação de que fossem excluídos os valores que não pudessem ser comprovados da forma indicada.

Objetivava a diligência solicitada pela JJF, garantir integralmente a certeza e a liquidez do crédito tributário, além do regular exercício do direito de defesa pois, em verdade, o CONSEF já pacificou o entendimento de que o levantamento fiscal fundamentado em notas fiscais oriundas do sistema CFAMT, somente pode ser validado se as cópias dos referidos documentos forem entregues ao contribuinte. Quando oriundas as notas fiscais dos sistemas SINTEGRA / STGCB, além das suas cópias, exigem-se outros elementos de provas. Isto porque, a ausência de comprovantes do transporte, recebimento das mercadorias (canhoto destacável) ou pagamento da transação comercial compromete a caracterização da infração.

Esse foi o entendimento do CONSEF no Acórdão CJF nº 0077-11/11 com a exclusão do levantamento fiscal, das notas fiscais do SINTEGRA, por falta de provas complementares da entrada das mercadorias no estabelecimento, resultando na diminuição do débito.

Assim, na busca da verdade material, a 5^a JJF converteu o PAF em diligência à inspetoria de origem, quando foi pedido que fossem excluídos da infração, os valores referentes às notas fiscais não apresentadas, e as notas fiscais apresentadas mas sem comprovação do ingresso das mercadorias no estabelecimento. Também foi solicitada a aplicação da IN 56/2007, referente à proporcionalidade, em função das saídas isentas, não tributadas ou tributadas antecipadamente.

O autuante procedeu ao que foi solicitado, e como a atividade da empresa é o comércio varejista de autopeças, que vende basicamente mercadorias sujeitas à antecipação tributária, o ICMS exigível foi reduzido para R\$ 37.378,28, e o demonstrativo de débito assumiu a configuração da planilha de fl. 4608, da qual a empresa foi devidamente cientificada e não se manifestou. (fl. 4611)

Concordo com o resultado alcançado na última diligência, em decorrência das provas constantes nos autos. Outrossim, para caracterizar o ilícito tributário, nesta presunção legal de entradas de mercadorias não registradas ou contabilizadas, não importa se os bens ou mercadorias foram adquiridos para comercialização, uso ou consumo, ou ativo, haja vista que o que está sendo exigido é o ICMS de omissão de saídas anteriores. Do mesmo modo, não há que se falar em crédito fiscal das notas fiscais que não foram registradas.

Voto pela **PROCEDENTE EM PARTE** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269369.1104/09-2**, lavrado contra **AUTOPLAN PEÇAS E SERVIÇOS AUTOMOTIVOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 37.378,28**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de julho de 2012.

PAULO DANILLO REIS LOPES – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR