

A. I. Nº - 233000.0003/08-7  
AUTUADO - JULIANO CALO DE AQUINO  
AUTUANTE - FLÁVIO JOSÉ DANTAS DA SILVA  
ORIGEM - INFAZ ITAPETINGA  
INTERNET 08.08.2012

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0216-05/12

**EMENTA:** ICMS. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. [PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS.] EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Exigência fiscal fundada em documentos fiscais obtidos do Módulo de Consulta e Batimentos de Notas fiscais – STGCB / SINTEGRA, sem a exibição de outros elementos de provas (canhoto destacável de recebimento das mercadorias, comprovantes do transporte, de pagamento da transação comercial), mesmo solicitados em diligência fiscal, não emprestam garantia à falta de registro da entrada de mercadorias, implicando nulidade da autuação por vício insanável. Auto de infração **NULO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/08, diz respeito ao lançamento de ICMS relativo a *“omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Consta ainda que foi identificada a falta de registro de notas fiscais de entrada de mercadorias tributadas através dos relatórios do sistema SINTEGRA, conforme discriminado em demonstrativo anexo”*. Valor do auto de infração R\$ 229.831,41. Período 2003/2006.

O autuado impugnou o lançamento, fl. 28/35, através de advogado, conforme instrumento procuratório de fl. 36, suscitando, como preliminar, a nulidade do procedimento, uma vez que sendo optante pelo SimBahia está desobrigado de escrituração contábil e fiscal, sujeitando-se apenas ao cumprimento de obrigações acessórias, nos termos do art. 408-C, RICMS BA. Diz que o autuante aplicou dispositivo para contribuinte do cadastro normal, relacionando notas fiscais do sistema SINTEGRA, alegando sua falta de registro, o que, caso ocorresse, não haveria nenhuma infração ou desobediência ao art. 322, RICM 97.

Observa que não foi excluído do SimBahia, o que impede a forma de apuração utilizada pela fiscalização e que não ultrapassou os limites legais. Defende que, se verdadeiras as alegações do autuante, teria que se cobrar pela alíquota normal sem retirada do direito constitucional do art. 155, § 3º, I, da CF 88. Conclui que um auto assim constituído deve ser nulo.

No mérito, alega que se trata de empresa do SimBahia e, atualmente, optante do SIMPLES NACIONAL, ressaltando que não foram apresentadas as notas fiscais supostamente não registradas pelo autuado e nem constam no PAF. Afirma que incabível é a presente cobrança, lastreada em informações obtidas de terceiros, sem que nenhum documento assegure a sua veracidade.

Aduz que o autuante utilizou a figura do arbitramento ao lavrar auto de infração inócuo e improcedente, com base de cálculo inexistente por absoluta falta de provas, uma vez que não demonstra que as mercadorias constantes das supostas notas fiscais tenham entrado no estabelecimento do autuado e deixaram de ser registradas.

Insiste que vem sendo combatido pela crise financeira e não tinha condições de adquirir mercadorias no volume constante do auto de infração. Defende que, em existindo, tais aquisições foram feitas por pessoas inescrupulosas que utilizaram sua inscrição. Completa afirmando que, no caso, o ônus da prova é da Secretaria a Fazenda, porquanto não adquiriu as mercadorias que ora lhe atribui. Não sendo suficiente para lhe responsabilizar a falta de registro das entradas, pelo que espera uma diligência fiscal para esclarecimento dos fatos.

Reconhece a Nota Fiscal nº 76881, R\$ 25.628,45 FIAT AUTOMÓVEIS LTDA, correspondente à aquisição de uma PICK UP e a Nota Fiscal 38241, R\$ 74.000,00, ATLANTA VEÍCULOS LTDA, correspondente a compra de um caminhão; ambos, ativo imobilizado, pugna que não se pode cogitar de tributação da forma com foi feita.

Repete que a autuação deixa de considerar os créditos correspondentes às aquisições, somente constando da relação de notas fiscais os valores de base de cálculo, ignorando o princípio da não-cumulatividade e que o artigo 408-S, RICMS/BA estabelece as hipóteses de cobrança do imposto com alíquotas aplicáveis às operações normais e direito ao crédito pago nas operações anteriores.

Pede nulidade do auto, realização de diligências, de novos cálculos com a exclusão das aquisições dos veículos.

O fiscal autuante prestou informação, fls. 42/43, argumentando que a defesa contém um emaranhado de considerações com pouco sentido, não apresentando fatos e documentos que o exima da responsabilidade. Diz que são consistentes os relatórios do SINTEGRA e que serviram de base para determinar a infração cometida; que apresenta cópia da maioria absoluta das notas fiscais constantes no presente auto de infração, adquiridas dos fornecedores e que comprovam o efetivo conteúdo dos relatórios.

Apresenta novo demonstrativo de débito considerando o crédito presumido, modificando a exigência de R\$ 229.831,41 para R\$ 121.675,57 e pede a sua procedência.

Intimado para conhecer os termos da Informação Fiscal, fl. 308, solicita o autuado cópia do auto de infração. Volta a manifestar-se, fls. 314/315, argumentando que as notas fiscais apresentadas são meras cópias adquiridas de terceiros e que não fazem prova, porque não consta a assinatura de que o autuado ou seu signatário tenha recebido tais mercadorias.

Pede a Improcedência do Auto de Infração.

Considerando a alegação do autuado que não adquiriu as respectivas mercadorias, não foram apresentadas as notas fiscais que lastrearam a exigência e a informação do próprio autuante de que não consta dos autos a totalidade das notas fiscais de aquisição não registradas, esta JJF, na assentada do julgamento do dia 29.06.2009, decidiu converter o presente PAF em diligência, fl. 319, para juntada ao processo de cópia das notas fiscais faltantes, dentre aquelas relacionadas nos demonstrativos de fls. 44 a 53, refazendo-o à vista dos documentos de prova.

O Auditor Fiscal apresenta novo demonstrativo, em atendimento à diligência supra-mencionada, reduzindo novamente a exigência para R\$ 60.269,02, conforme documento de fls. 323/329.

O autuado através de seu advogado volta a manifestar-se, fl. 334/335, contra argumentando-que o Auditor tenta a qualquer custo manter a descabida cobrança do ICMS e que, na nova tentativa de dar sustentação à acusação fiscal, a anexação de cópias das notas fiscais, ora apresentadas, não faz prova de quem adquiriu as mercadorias constantes das mesmas, uma vez que não demonstra ter o autuado as adquirido.

Pugna pela Improcedência do presente Auto de Infração.

Os membros da Junta de Julgamento convertem novamente o PAF em diligência para verificação dos documentos fiscais que sustentam as operações com a SADIA S/A, uma vez que se trata de cópias extraídas do SINTEGRA e não fazem efetiva prova da aquisição dos produtos pelo estabelecimento autuado, como é a afirmação fiscal.

Auditor Fiscal designado para cumprir diligência afirma que a SADIA S/A confirma as operações e envia cópias das notas fiscais, exceto os documentos de nº 106798, 113738 e 134293, mas não o faz com relação a quaisquer outros tipos de comprovação, conforme foi a solicitação. Constan nos autos tão-somente um pedido do Auditor Fiscal enviado à SADIA, com endereço de Granjas Presidente Vargas, Campinas de Pirajá, para a apresentação de comprovações das transações que enumera (fl. 347/348) e resposta com “*cópias das notas fiscais do cliente JULIANO CALO DE AQUINO*”, assinada por Valdete Ferreira de Andrade – Controladoria – Sadia Filial Salvador, fl. 346, além da relação de tais notas fiscais.

O presente Processo Administrativo Fiscal é convertido novamente em diligência, agora pelos membros da 5ª JJF, numa terceira tentativa de esclarecer os fatos controversos, fl. 454, solicitando a intervenção da autoridade fazendária local no sentido de sanear o PAF, considerando que o autuado vem firmando em toda a fase processual que não adquiriu as mercadorias constantes das cópias extraídas do SINTEGRA e que não constam das outras provas firmando o efetivo recebimento das mercadorias.

Auditor Fiscal designado para o cumprimento da diligência, fl. 456, afirma que procedeu às exclusões dos documentos fiscais solicitados e não remetidos pelo contribuinte: Nota Fiscal nº 106798, emitida em 12.06.04; Nota Fiscal nº 113738, emitida em 26.06.04 e Nota Fiscal nº 134293, emitida em 07.08.04. Diz que excluiu também do lançamento fiscal, a Nota Fiscal nº 2961, de 30.06.05, exigida em duplicidade. Elaborou demonstrativo de débito, reduz mais uma vez a exigência para R\$ 58.592,85, asseverando que o setor responsável cientificará ao contribuinte acerca de tais alterações, fls. 456/468.

Em nova manifestação, fls. 472/475, o sujeito passivo diz que o fiscal procura ajustar o seu levantamento a uma condição mais próxima à razoabilidade, mas não traz provas de que as mercadorias constantes das notas fiscais foram realmente adquiridas pelo autuado. Reafirmando que tais provas não existem simplesmente porque as mercadorias não foram por ele adquiridas.

Aduz que as cópias das notas juntadas aos autos, às fls. 343/455 não fazem prova da aquisição, não tem a assinatura do adquirente, do recebedor nem do contribuinte autuado nem qualquer prova que as mesmas tenham circulado pelo seu estabelecimento.

Dessa forma, impugna o levantamento efetuado, que se encontra eivado de erros. Aduz que o fiscal que prestou informação, no seu demonstrativo, tomou por base de cálculo do ICMS o valor total das notas fiscais, deixando de separar mercadorias tributadas, isentas, com base de cálculo reduzida, para consumo, imobilizado ou sem valor comercial, doações, etc.

Ressalta que no levantamento fiscal inicial, o autuante respeitou em parte essa distinção ao considerar a redução da base de cálculo das notas fiscais de aquisição de leite, emitidas pela ILPISA. Arremata que o fiscal diligente não considerou a redução, com base na Lei nº 8.413/02.

Com relação às notas de frango abatido, emitidas por AVINOR AGRÍCOLA DO NORDESTE, não respeitou a isenção; as notas fiscais de peças e serviços de conserto de veículos, emitidas por COMPEÇAS COMÉRCIO DE PEÇAS foram retiradas da base de cálculo pelo fiscal autuante e reincluídas pelo fiscal informante.

As notas fiscais de doação, comodato e produtos do imobilizado, emitidas por MAXITEL, e RONALDO CARVALHO COMÉRCIO E ASSISTÊNCIA TÉCNICA foram excluídas da base de cálculo e novamente incluídas pelo fiscal informante. Reclama o autuado da inclusão da Nota Fiscal da ILPISA (18.291) que trata de transferência entre filiais da emitente, jamais venda de mercadoria, muito menos para o estabelecimento autuado.

Diz restar provado que não realizou compras das mercadorias oriundas das notas fiscais, objeto da autuação, e pede a improcedência total do auto de infração. Acosta, às fls. 476, Procuração do seu advogado, fl. 476.

Em nova Informação, o Auditor Fiscal diligente, fl. 478, aduz que operou determinações da junta

de Julgamento, excluiu as operações que a SADIA não atestou o envio da respectiva mercadoria, as operações repetidas do SINTEGRA e intimou o contribuinte para conhecer dos resultados. Enfatiza que o autuado procura tumultuar o andamento processual alegando questões já discutidas nos autos, sem adentrar no mérito da diligência solicitada pelo CONSEF.

## VOTO

Exige-se no presente auto de infração “*Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas*”, identificadas através de relatórios do sistema SINTEGRA e conforme demonstrativos anexos aos autos.

O autuado clamou, preliminarmente, nulidade pela exigência do registro das notas fiscais, por ofensa ao princípio da não-cumulatividade e faz pedido de diligência face aos seus fornecedores. Alega, portanto, que sendo optante do SimBahia não poderia ser apenado por falta de registro de notas fiscais, uma vez que não tinha obrigação da escrituração contábil e registrar notas fiscais, a teor do art. 322, RICM 97.

Formalmente, tal alegação não implica nulidade dos autos. Isto porque o auto de infração foi lavrado nos termos do art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), em consonância com o § 1º do art. 129 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), que especifica os elementos do Auto de Infração. A reclamação de ofensa ao princípio da não-cumulatividade (art. 155 § 3º, I, CF 88) foi resolvida com o abatimento do crédito presumido de 8% (art. 19 da Lei nº 7.357/98), reduzindo a exigência inicial.

Quanto ao pedido de diligência fiscal com o fito de obter notas fiscais junto aos fornecedores, no caso concreto, várias diligências foram solicitadas para que se cumprisse os esclarecimentos dos fatos, objetivando à elucidação da matéria suscitada e em homenagem ao devido processo legal.

O Auto de Infração, portanto, se refere à exigência de ICMS, em razão da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através da entrada de mercadorias não registradas, exercícios 2003 a 2006, conforme demonstrativo às fls. 09/22, com crédito tributário inicial de R\$ 229.831,41.

Tendo em vista o enquadramento do sujeito passivo, na época da autuação, no SimBahia, o Auditor Fiscal refez o cálculo do imposto exigido com o abatimento do crédito presumido de 8%, como manda o art. 19 da Lei nº 7.357/98, na redação da Lei nº 8.534/02, modificando a exigência de R\$ 229.831,41 para R\$ 121.675,57, conforme demonstrativos de fls. 44/53.

Após a diligência fiscal de fl. 319, procedeu-se às exclusões das exigências que não se faziam acompanhar dos respectivos documentos fiscais, reduzindo, novamente, o ICMS apurado para R\$ 60.269,02, demonstrativos de fls. 323/329. Após nova diligência fiscal, o auto de infração foi novamente modificado para exclusão das Notas Fiscais nºs 106798, 113738 e 134293, emitidas pela SADIA S/A, com a redução, mais uma vez, do valor exigido para R\$ 58.592,85, demonstrativos de fls. 457/468.

A infração apontada encontra amparo nas disposições contidas no art. 4º, §4º, VI, “b” da Lei nº 7.014/96, reprodução no art. 2º, § 3º, inciso IV, RICMS BA, que também caracteriza tal fato como omissão de saídas anteriores sem pagamento do imposto.

Art.2º

...

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

...

**IV** - *entradas de mercadorias ou bens não registradas;*

Em sua impugnação, o autuado alegou que o Auditor Fiscal não apresentou cópias dos documentos fiscais supostamente sem registro, nem as anexou ao PAF, simplesmente porque não adquiriu as mercadorias constantes daquelas notas fiscais e, dessa forma, não se pode imputar-

lhe a responsabilidade tributária.

Examinando as peças processuais da lide, verifico que a adoção de providências fiscais tendentes ao acerto do crédito tributário foi tomada a partir das orientações contidas nas diligências diversas vezes solicitadas. O auto de infração foi igualmente modificado em vários momentos para ajustes na exigência, exclusão dos valores, cujas notas fiscais não foram anexadas ao PAF.

Ocorre que a exigência remanescente encontra-se instruída por notas fiscais coletadas através do módulo de consulta e batimentos de notas fiscais – STGCB / SINTEGRA e as cópias das notas acostadas aos autos fora, colhidos diretamente dos fornecedores, sem a comprovação da efetiva entrada das respectivas mercadorias.

O SINTEGRA é um Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços e visa facilitar o fornecimento aos fiscos estaduais de informações relativas aos contribuintes, aprimorando o fluxo de dados entre as Administrações Tributárias. Os contribuintes usuários de Processamento Eletrônico de Dados estão obrigados a fornecer às Administrações Tributárias dos Estados, em meio magnético, o arquivo magnético contendo os dados relativos à totalidade das operações (Convênio ICMS 57/95, cláusula oitava).

Assim, o envio do arquivo magnético através do SINTEGRA contendo os dados do contribuinte e das operações e prestações efetuadas não comprova, por si só, que o destinatário tenha recebido as mercadorias a ele endereçadas. Justamente por isso, o PAF foi convertido em diligência para que se juntassem, além das notas fiscais que embasaram o lançamento tributário, demais provas de recebimento, entrega, transporte ou pagamento das mercadorias. Com a orientação de que fossem excluídos os valores que não pudessem ser comprovadas da forma como indicada. Objetivava a diligência garantir a certeza e a liquidez do crédito tributário, possibilitando, ao mesmo tempo, o regular exercício do direito de defesa.

Afinal, a diligência não foi cumprida integralmente, não houve comprovação da efetiva entradas de mercadorias ou bens não registrados, o que caracterizaria a exigência por presunção. Tal defeito do lançamento tributário implica insegurança do débito exigido e cerceamento do direito de defesa, implicando nulidade insanável, nos precisos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA. Frise-se que a nulidade apontada não decorre da exigência do registro de notas fiscais em si, como peticionou o autuado, mas da insegurança jurídica que a envolve.

Em verdade, o CONSEF já pacificou o entendimento de que o levantamento fiscal fundamentado em notas fiscais dos sistemas SINTEGRA / STGCB, além de cópias dos documentos, 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, sobretudo, aquelas fundadas nas presunções fiscais. A falta de juntadas dos elementos solicitados na diligência fiscal implica, assim, em cerceamento do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte.

Este 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 de tais mercadorias no estabelecimento, resultando na diminuição do débito.

De outra banda, cabível considerar que o contribuinte autuado estando enquadrado no regime simplificado de apuração do ICMS – SimBahia, de acordo com o art. 408-C do RICMS BA, vigente à época da ocorrência dos fatos, estava obrigado a apresentar, anualmente, a declaração do movimento econômico de microempresa e empresa de pequeno porte (DME), assim como a utilizar o livro Registro de Inventário e o livro Caixa, em substituição à apresentação da escrita mercantil, com registro de sua movimentação financeira, inclusive bancária.

Com base em tal entendimento, o sujeito passivo somente se encontrava obrigado a apresentar à Secretaria da Fazenda, anualmente, as informações concernentes às operações efetivadas por seu estabelecimento, através da DME, o que sequer foi cogitado na presente lide.

O Fisco construiu a autuação fundada nas notas fiscais coletadas no SINTEGRA, indicando que as referidas notas fiscais não haviam sido registradas pelo autuado, quando legalmente bastaria ao contribuinte arquivar tais notas, efetuando pelo total os lançamentos correspondentes na DME, anualmente. Por este caminho, o autuante teria, necessariamente, que se valer do confronto dos valores do somatório anual das notas fiscais validamente apurados em face daqueles valores registrados em DME para estabelecer a presunção legal antes referida.

Em exame das Declarações de Movimento Econômico (DME) do autuado, nos sistemas da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, no período da autuação, os valores ali declarados não autorizam igualmente a presunção legal da falta de registro da entrada de mercadorias.

Posto isso, considerando que não há comprovação de recebimento pelo sujeito passivo das notas fiscais relacionadas no demonstrativo fiscal, extraídas do módulo de consulta e batimento de notas fiscais (sistemas SINTEGRA / STGCB), tais como: conhecimento de transporte, canhoto destacável do recebimento das mercadorias, comprovantes de pagamento da transação comercial, mesmo após a designação de diligências com esse fim especial, preenche de incerteza a exigência fiscal; além disso, os valores consignados na DME do autuado não comportam a presunção da ocorrência de operações ou prestações tributáveis sem pagamento do imposto, posto que, nessas condições, não há como determinar, com segurança, a infração imputada ao autuado, implicando a sua nulidade, conforme melhor entendimento do art. 18, inciso IV do RPAF/BA.

Diante do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **233000.0003/08-7**, lavrado contra **JULIANO CALO DE AQUINO**.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR