

A. I. Nº - 206887.0021/10-9
AUTUADO - A QUEIROZ DA SILVA
AUTUANTE - JOELSON ROCHA SANTANA
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET - 07/11/2012

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0245-03/12

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração comprovada de acordo com os demonstrativos elaborados pelo autuante, com base nos livros e documentos do contribuinte. Refeitos os cálculos, o débito ficou reduzido. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. Os demonstrativos elaborados pelo autuante não trazem segurança em relação ao imposto exigido e à infração apurada. Item nulo. 3. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. OMISSÃO DE DADOS. MULTA. O contribuinte que não informa as aquisições de mercadorias na Declaração de Movimento Econômico (DME) está sujeito à multa de 5% do valor comercial das mercadorias não registradas. Reduzido o valor da multa após a exclusão das notas fiscais comprovadas pelo autuado. 4. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O saldo credor da conta Caixa indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Refeitos os cálculos, o imposto exigido ficou reduzido. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 06/12/2010, refere-se à exigência de R\$169.829,47 de ICMS, acrescido das multas de 50% e 70%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$138.646,05, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA, nos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, outubro e dezembro de 2005; janeiro a agosto, outubro e dezembro de 2006. Valor do débito: R\$9.203,88. Multa de 50%.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS a título de antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias de outros Estados, no período de fevereiro de 2005 a dezembro de 2006. Valor do débito: R\$12.516,04. Multa de 50%.

Infração 03: Omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME dos exercícios de 2005 e 2006. Exigida multa no valor total de R\$138.646,05.

Infração 04: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2006. Valor do débito: R\$148.109,55. Multa de 70%.

O autuado apresentou impugnação (fls. 292 a 314), alegando que a autuação padece de vício insanável, tendo descumprido o art. 18 do RPAF. Quanto à infração 03, alega que é comum o preposto fiscal ao constatar uma infração baseada em informações do SINTEGRA, fornecer ao contribuinte a listagem contendo os dados do fornecedor e do documento fiscal para conferência e verificação da empresa que está sendo fiscalizada e, após o exame, responder se realmente efetuou ou não aquelas aquisições de mercadorias. Assegura que no presente caso, o autuante não oportunizou ao autuado fazer a referida verificação, o que constitui cerceamento do direito de defesa, razão pela qual pede a nulidade do presente Auto de Infração. Também alega que outra deficiência que prejudica a defesa, decorre do recebimento dos anexos sem a prova material da aquisição total de mercadorias que totalizam R\$1.627.218,13 em 2005 e R\$1.145.703,02 em 2006. Requer a realização de diligência para que o autuado receba os demonstrativos acompanhados das notas fiscais e seus respectivos canhotos. Que sejam fornecidas as cópias de todos os canhotos das notas fiscais relacionados nos relatórios SINTEGRA, haja vista que as mercadorias são tidas como adquiridas pelo autuado. Informa que parte das notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal está escriturada no livro Registro de Entradas.

Outra preliminar de nulidade apresentada pelo autuado diz respeito aos arts. 108, inciso I e 196 do Código Tributário Nacional, tendo o defendente alegado que o Auto de Infração é ineficaz e nulo quando lavrado na própria Repartição Fiscal, como ocorreu no presente caso. Apresenta o entendimento de que, se o Auto de Infração é lavrado fora do local, sem sequer serem pedidas explicações ou esclarecimentos por escrito de eventuais falhas ou irregularidades, é inegável a quebra do contraditório.

Também como preliminar de nulidade, o defendente alegou que a autuação se baseia em normas complementares e não em lei, e assim sendo, torna o Auto de Infração nulo por vício formal. Cita o art. 5º, inciso II da Constituição Federal, dizendo que este dispositivo é claro ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

No mérito, o defendente alega, quanto à primeira infração, que recolheu de forma correta o valor devido a título de ICMS – SIMBAHIA, na condição de empresa de pequeno porte, conforme demonstrativo de cálculo e pagamento do ICMS e do Relatório de Arrecadação do Estado da Bahia e planilha que elaborou à fl. 297 dos autos. Assegura que tem direito à restituição de imposto pago a mais nos exercícios de 2005 e 2006. Por isso, pede a improcedência deste item da autuação fiscal.

Infração 02: Também alega que recolheu de forma correta o ICMS devido a título de antecipação tributária, conforme se pode constatar no demonstrativo e Relatório de Arrecadação do Estado da Bahia e planilha que elaborou à fl. 298 dos autos. Afirma que no exercício de 2005 tem direito à restituição do valor de R\$5.014,24 e no ano de 2006, o valor de R\$6.976,29.

Infração 03: O defendente alega que sequer teve ciência dos relatórios de notas fiscais informadas no SINTEGRA, antes do encerramento da ação fiscal. Diz que uma parte do valor constata nas notas fiscais de compras informadas no SINTEGRA ou captadas pelo CFAMT não foi adquirida pelo autuado. Assegura que algumas notas fiscais estão escrituradas no livro Registro de Entradas da empresa nos anos de 2005 e 2006, conforme planilhas que elaborou às fls. 299/300. Pede que os respectivos valores sejam excluídos da base de cálculo referente às infrações 03 e 04. Além da exclusão desses valores, entende que também devem ser excluídas as notas fiscais listadas no relatório SINTEGRA que não foram adquiridas pelo autuado. Também contesta as multas aplicadas, assegurando que o valor informado na DME está correto, apresentando o entendimento de que, para prosperar a irregularidade apontada é imprescindível que se forneça ao autuado os canhotos das notas fiscais de aquisição das mercadorias listadas no mencionado relatório SINTEGRA.

Infração 04: O defendente informa que apresentou o seu livro Caixa devidamente escriturado. Não houve qualquer correção e a inclusão de valores advindos de fontes desconhecidas do autuado é totalmente improcedente, caracterizando cerceamento do direito de defesa. Também alega que há dupla penalidade, haja vista que se aplicou a multa de 5% no item 03 do Auto de Infração, sendo utilizados os mesmos valores para estourar o caixa do autuado. Diz que mesmo que fossem reais os valores apresentados, o autuante deveria averiguar se as mercadorias foram pagas a vista ou a prazo. Também não foi considerado o saldo inicial de caixa, no valor de R\$231.582,41, constante do livro Caixa entregue ao autuante. Informa que no exercício de 2004, pagou o imposto levantado em razão da revisão do saldo credor de caixa e demais infrações apuradas no AI 206987.0208/03-3, sendo imperioso que os valores pagos a título de omissão de receita integrem o saldo inicial de caixa. Diz que recolheu o imposto referente à omissão de saídas do exercício de 2004 sobre a base de cálculo de R\$975.969,00, e este valor deve compor o saldo de caixa em 01/01/2005, sob pena de configurar enriquecimento sem causa e prejuízo para o sujeito passivo. Alega que na hipótese de ser mantida a autuação, impõe-se a inclusão na base de cálculo dos valores que indicou na fl. 303, dizendo que o saldo inicial considerado pelo autuante em 01/01/2005 foi zero. Em seguida, o defendente comenta sobre a apuração do tributo, conforme estabelece o Código Tributário Nacional e contesta as multas indicadas na autuação fiscal (50% e 70%), apresentando o entendimento de que são arbitrárias. Sobre esta questão, transcreve ensinamentos de Sacha Calmon Navarro e de José Eduardo Soares de Melo sobre as limitações ao poder de tributar. Também contesta a aplicação de juros com base na SELIC. Fala sobre processo administrativo e perícia e conclui reiterando o pedido de nulidade do presente Auto de Infração, protestando pela produção de todas as provas admitidas, notadamente documental e pericial, conversão do PAF em diligência, e afirma que os relatórios gerados pelo fisco sem o Certificado Digital não têm validade jurídica.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 328/329 dos autos. Esclarece que em cumprimento à Ordem de Serviço nº 511333/10, procedeu às verificações fiscais começando pela apuração do ICMS SIMBAHIA porque o autuando encontrava-se, à época, na condição de empresa de pequeno porte, tendo sido encontrada uma diferença do ICMS a recolher no valor total de 9.203,88 (Infração 01). Após nova verificação constatou que alguns recolhimentos não foram lançados, implicando nova planilha que acostou aos autos (fls. 330/331).

Infração 02: Informa que o autuado apresentou outros recolhimentos (com códigos de receitas diversas) que não dizem respeito à Antecipação Parcial. Diz que a infração 02 permanece inalterada como também as infrações 03 e 04, considerando que o autuado apenas alegou nas preliminares falhas que no seu entendimento são insanáveis. Quanto ao argumento de que não houve a entrega de demonstrativos diz que é uma inverdade.

Em seguida, o autuante contesta as alegações quanto ao local de lavratura do Auto de Infração e diz que há contradição nos argumentos do autuado, quando alega nulidade dizendo que não teve ciência dos anexos e planilhas do Auto de Infração, mas confecciona demonstrativos em comparação com os anexos (relação do SINTEGRA e CFAMT) que o mesmo nega ter tomado ciência. Também contesta a alegação do autuado de que há necessidade da entrega dos canhotos das notas fiscais ao autuado, relativamente às notas captadas e/ou informadas pelo SINTEGRA, para que se confirme ou não a aquisição daquelas mercadorias. Diz que seria o mesmo que solicitasse esses canhotos das notas fiscais registradas em sua escrita fiscal para averiguação dos créditos apurados.

O autuante finaliza, mantendo a exigência fiscal, com exceção da infração 01 por não ter lançado na planilha anterior, outros pagamentos, inclusive mantendo o saldo inicial de caixa para o ano de 2005 visto que o saldo de 31/12/2004 era igual Zero.

Intimado da informação fiscal e dos novos elementos acostados aos autos pelo autuante, o defendente se manifestou às fls. 348 a 352 dos autos, dizendo que em relação à infração 02, o demonstrativo apresentado nas razões de defesa especifica os códigos das receitas, ficando demonstrado o efetivo recolhimento do tributo.

Infração 03: Reitera os argumentos apresentados na impugnação inicial, pedindo a nulidade da autuação, por entender que não há elementos nos autos suficientes para determinar, com segurança, a infração, alegando que não tomou ciência dos relatórios de notas fiscais informadas pelo SINTEGRA antes do encerramento da ação fiscal. Diz que a verificação das informações constantes no mencionado relatório somente foi possível no prazo de defesa, e não no curso da ação fiscal. Também alega que de acordo com as planilhas que elaborou nas razões de defesa constatou a escrituração de algumas notas fiscais tidas como não lançadas, sendo imperioso que os respectivos valores sejam excluídos da exigência fiscal. O defendente afirma que não adquiriu as demais mercadorias, renovando o pedido de apresentação das notas fiscais acompanhadas dos canhotos, considerando as informações constantes nos relatórios do SINTEGRA e CFAMT.

Infração 04: Alega que também se impõe a exclusão da base de cálculo do imposto exigido, dos valores constantes nos relatórios SINTEGRA e CFAMT, considerando que não há prova de aquisição das mercadorias pelo autuado. Afirma que se faz necessário a comprovação das aquisições das mercadorias com a entrega dos documentos fiscais e dos canhotos das notas fiscais, para que se confirme ou não a aquisição das mercadorias.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante à fl. 355 dos autos, dizendo que ratifica a informação fiscal apresentada anteriormente, acrescentando que em relação à infração 02, os demonstrativos apresentados pelo contribuinte não condizem com os constantes no sistema SEFAZ anexados ao PAF. Quanto à infração 03, informa que o autuado teve ciência de todos demonstrativos inclusive dos relatórios do CFAMT e SINTEGRA, conforme os vistos apostos nos referidos relatórios. Quanto à alegação do defendente de que encontrou Notas fiscais registradas como não registradas, diz que não foram apresentadas as cópias desses documentos. Por fim quanto ao argumento do autuado de que é necessário fornecer as NFs e os canhotos das mesmas para que se confirmem as aquisições das mercadorias, diz que oportunamente estará apresentando, apesar de entender que tanto o CFAMT com o SINTEGRA são sistemas confiáveis de controle e informação fiscal.

Considerando as alegações apresentadas pelo defendente, e que as notas fiscais do CFAMT e do SINTEGRA não foram acostadas aos autos, existindo necessidade desta comprovação, inclusive para confirmar que o autuado é mesmo o destinatário das mercadorias, sob pena de nulidade por cerceamento do direito de defesa, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência (fl. 359), solicitando que o autuante juntasse todas as notas fiscais objeto da autuação, obtidas por meio do CFAMT e do SINTEGRA, e que a Inspeção Fiscal entregasse ao autuado as cópias de todos os elementos que fossem anexados aos autos pelo autuante, e que fosse reaberto o prazo de trinta dias para o autuado se defender. Também foi solicitado, que em relação às alegações defensivas, que solicitasse ao defendente a juntada aos autos de comprovações das alegações de defesa, inclusive, em relação aos recolhimentos realizados.

O autuante informou à fl. 362 dos autos que anexou cópias de notas fiscais e demonstrativos, e solicitou que fossem entregues ao defendente as cópias de todos os elementos acostados ao presente PAF (fls. 363 a 1265).

O defendente foi intimado (fl. 1266 – VOL IV), com a entrega de cópias das fls. 363 a 1265 e apresentou manifestação às fls. 1268 a 1291, alegando que a autuação padece de vício insanável, porque a Fiscalização descumpriu o art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF). Afirma que os valores que serviram de base para o levantamento e apuração do crédito tributário, em parte são desconhecidos do autuado, com exceção das notas fiscais de números 007380 - R\$ 482,00; 012588 - R\$ 469,00; 016415 - R\$ 792,59; 016939 - R\$ 554,04; 091863 - R\$ 2.165,00; 091862 - R\$ 30,78; 09144 - R\$ 41,04; 091441 - R\$ 2.227,50. Diz que em relação à infração 03, presume-se que os valores que serviram de base de cálculo foram extraídos de relatórios de arquivo magnético SINTEGRA/CFAMT, os quais, o autuado não teve conhecimento na fase da fiscalização do período de 2005 e 2006. Diz que é comum o preposto fiscal, ao constatar uma suposta infração baseada em informações colhidas no SINTEGRA, fornecer ao contribuinte a listagem contendo os dados do fornecedor e do documento fiscal, para conferência e verificação da empresa que está sendo

fiscalizada. Após o exame, a empresa responder se realmente efetuou ou não aquelas aquisições de mercadorias constantes dos relatórios apresentados pelo fisco. Alega que no presente caso, o preposto fiscal não oportunizou ao autuado fazer a referida verificação, ou seja, lavrou o presente auto de infração sem fornecer os relatórios de notas fiscais relacionadas no SINTEGRA e/ou captadas no CFAMT. Afirma que tal prática constitui cerceamento ao direito de defesa, razão pela qual pede a nulidade do presente auto de infração.

Além dessa nulidade, o autuado alega que outra grave irregularidade que é totalmente prejudicial à defesa, decorre do recebimento dos anexos sem a prova material da aquisição total de mercadorias que totaliza R\$ 1.627.218,13 em 2005 e R\$ 1.145.703,02 em 2006, estes valores de supostas compras não registradas, com a repercussão no caixa, no cálculo da antecipação parcial, substituição tributária, gerou o crédito tributário de R\$ 308.475,52. Diz que os valores apurados serviram de base de cálculo para a apuração da infração que tem como base a diferença encontrada entre estes valores extraídos do SINTEGRA e os declarado através da DME. Isso significa que a infração sustentada pela Fiscalização, diante do que recebeu o impugnante, denota cerceamento e prejuízo da defesa, requerendo a conversão do feito em diligência, propiciando ao impugnante receber tais demonstrativos acompanhados das notas fiscais e seus respectivos canhotos, para proporcionar a impugnação amparada no devido processo legal, ampla defesa e o contraditório. Também pede que, de igual forma, sejam fornecidas ao autuado as cópias de todos os canhotos das notas fiscais relacionadas nos relatórios SINTEGRA, uma vez que aquelas mercadorias são tidas como adquiridas pelo autuado, sob pena de nulidade da autuação, já que, o autuado declarou corretamente os valores das suas compras e vendas nas DMEs, tidas como incorretas.

O defendente alega ainda, que a Fiscalização deixou de dar o devido cumprimento às disposições do Código Tributário Nacional, em seus artigos 108, inciso I e 196, que obriga a lavratura do Auto de Infração no local da verificação da infração, isto é, no próprio estabelecimento fiscalizado, conforme o melhor entendimento doutrinário, tornando-o ineficaz e nulo de pleno direito, quando lavrado na própria Repartição Fiscal, como ocorreu no presente caso, aplicando-se a mesma regra aos autos lavrados em escritório do Agente Fiscal ou em qualquer outro local diverso do estabelecimento fiscalizado. Diz que não se trata de mero argumento, mas sim de grave equívoco em se omitir sobre a realidade fática e demais documentos que atestam a inexistência de irregularidades, tanto que durante as diligências/fiscalização as solicitações do autuante foram atendidas. Alega que, se o auto é lavrado fora do local, sem sequer serem pedidas ou solicitadas explicações ou esclarecimentos por escrito de eventuais falhas ou irregularidades, é inegável a quebra do contraditório.

Prosseguindo, o defendente afirma que há plena irregularidade insanável no lançamento de ofício, porque baseia a autuação em normas regulamentares e não em lei, e assim sendo tornando a presente autuação nula por vício formal. Cita o art. 5º, inciso II da Constituição Federal, salientando que tal dispositivo é absolutamente claro, e mais claro, preciso e específico, ainda, é o disposto no artigo 97, inciso V do CTN. Afirma que os nossos Tribunais Judiciários tem decidido no mesmo sentido, pois “somente à lei é dado estabelecer ou disciplinar obrigações tributárias, definir infrações e cominar penalidades”. Portanto, entende que o presente Auto de Infração, não pode surtir nenhum efeito no mundo jurídico, em face de sua nulidade absoluta e, ainda que se admita a mais leve possibilidade do presente lançamento prosperar, face à sua clara e notória nulidade, diz que todas as razões apresentadas pela Fiscalização são inconsistentes.

No mérito, quanto à primeira infração, o defendente alega que recolheu de forma correta o valor devido a título de ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte optante pelo SIMBAHIA, de acordo com o Demonstrativo de Cálculo e Pagamento do ICMS e do Relatório de Arrecadação do Estado da Bahia – Extrato de Pagamentos Realizados – Histórico dos DAEs. Elabora planilha e afirma que tem direito à restituição de imposto pago a mais nos valores de R\$ 2.545,39 e R\$ 1.052,93, referentes aos exercícios de 2005 e 2006, respectivamente. Pede improcedência desta infração.

Quanto à infração 02, o defendente afirma que recolheu de forma correta, o valor devido a título de antecipação tributária, como se pode constatar do Demonstrativo que elaborou e do Relatório de Arrecadação do Estado da Bahia – Extrato de Pagamentos Realizados – Histórico dos DAEs. Assegura que no exercício de 2005 tem direito à restituição de R\$ 5.017,24 e no ano de 2006 o valor de R\$ 6.976,29, isto porque pagou imposto a mais. Portanto, entende que este item da presente autuação não deve prosperar, considerando que o ICMS sobre as mercadorias provenientes de fora do Estado da Bahia foi recolhido na modalidade ICMS antecipação parcial e ICMS ST.

Infração 03: Alega que não há elementos suficientes para determinar com segurança a infração considerando que, o autuado não teve ciência dos relatórios de notas fiscais informadas no SINTEGRA antes do encerramento da verificação fiscal. Das notas fiscais apresentadas, o autuado alega que apenas recebeu os produtos das NFs de números: 007380 - R\$ 482,00; 012588 - R\$ 469,00; 016415 - R\$ 792,59; 016939 - R\$ 554,04; 091863 - R\$ 2.165,00; 091862 - R\$ 30,78; 09144 - R\$ 41,04; 091441 - R\$ 2.227,50. Diz que uma parte do valor exigido se refere às Notas Fiscais de compras, estas informadas no SINTEGRA e captadas pelo CFAMT as quais, não teve o contribuinte/autuado ciência, bem como, parte das referidas mercadorias não foi adquirida pelo autuado. Diz que após conferir as notas fiscais relacionadas no relatório SINTEGRA constatou que algumas notas fiscais estão escrituradas no livro de Registro de Entradas de mercadorias da empresa em 2005 e 2006, conforme planilhas que acostou aos autos. Diz que os respectivos valores devem ser excluídos da base de cálculo do imposto apurado referente à infração 03 - Omissão de Entradas de Mercadorias e infração 04 - Omissão de Saídas de mercadorias tributáveis – Saldo Credor de caixa. Além da exclusão dos referidos valores da base de cálculo da imposição fiscal, porque há inequívoca prova do seu registro nos livros Registro de Entrada de Mercadorias do autuado, entende que também deve ser excluído da base de cálculo do levantamento de ofício, todo o saldo remanescente, considerando que as referidas notas fiscais listadas no relatório SINTEGRA, com exceção da declaradas pelo contribuinte, não foram adquiridas pelo autuado.

O defendente também alega que as multas aplicadas são totalmente descabidas pelo seguinte: a) o valor informado na DME do autuado está correto; b) a base de cálculo da multa ou, da diferença apurada é irreal; c) não há qualquer documento que comprove a suposta aquisição de mercadorias pelo Autuado. Entende que, para prosperar a suposta irregularidade encontrada, é imprescindível que se forneça ao autuado a prova material que deu origem à referida exigência fiscal, especificamente os canhotos das notas fiscais de aquisições de mercadorias listadas nos relatório Sintegra, assegurando que informou integralmente as notas fiscais e o valor das compras realizadas no exercício de 2005 e 2006 na DME, documentos que foram entregues ao preposto fiscal durante o levantamento fiscal.

Infração 04: Alega que o valor apurado de saldo credor de caixa é o reflexo da apuração irreal de entradas de mercadorias através de informações captadas CFAMT e/ou informadas no SINTEGRA. Se forem deduzidos os referidos valores se constata que o caixa da empresa apresenta saldo devedor. O autuado informa que apresentou seu livro Caixa devidamente escriturado ao preposto fiscal. Não houve qualquer correção no livro caixa da empresa, então, a inclusão de valores advindos de fontes desconhecidas do autuado é totalmente improcedente e caracteriza cerceamento do direito de defesa. Também alega que há dupla penalidade, já que, se aplicou a multa de 5% como comentado no item anterior, e agora são utilizados os mesmos valores, para estourar o caixa do autuado. Diz que tal procedimento é repudiado pelo ordenamento jurídico já que foram incluídos valores desconhecidos e que não pertencem ao autuado, uma vez que jamais foram efetuadas as compras de mercadorias atribuídas ao contribuinte pelo autuante. Mesmo que fossem reais os valores apresentados pelo fiscal haveria de se averiguar se as referidas mercadorias foram pagas a vista ou a prazo. Diz que não há qualquer prova material de pagamento das referidas mercadorias, por isso, o lançamento é insubsistente e nulo de pleno direito. Também afirma que não foi considerado o saldo inicial de caixa, no valor de R\$ 231.582,41 em 02/01/2005, fl. 002, do livro Caixa entregue ao Auditor Fiscal. Diz que se deve considerar que, no exercício de 2004 o autuado pagou o imposto levantado em razão da revisão fiscal do saldo credor de caixa e demais infrações apuradas no AI n.º 206987.0208/05-3, anexo, conforme histórico

SEFAZ dos DAE s pago, anexo e relato do preposto fiscal. Assim, é imperioso que os valores pagos a títulos de omissão de receitas integrem ao saldo inicial de caixa, uma vez que, o imposto levantado foi pago sobre as referidas receitas, estas tidas como omissão de saídas de mercadorias. O autuado informa que recolheu o imposto referente à omissão de saídas no exercício fiscalizado até 2004 sobre a base de cálculo de R\$ 975.969,00 (novecentos e setenta e cinco mil, novecentos e sessenta e nove reais), e alega que este valor deve compor o saldo inicial de caixa do autuado em 01/01/2005, sob pena de se configurar o enriquecimento sem causa e prejuízo para o sujeito passivo da obrigação tributária. Diz que no relatório de Auditoria de Conta Caixa elaborado pelo preposto fiscal, o saldo inicial de caixa referente à 01/01/2005 foi considerado R\$ 0,00 (zero), gerando de logo parte do alegado saldo credor de caixa. Portanto, entende que na hipótese de ser mantida a infração impõe-se a exclusão da base de cálculo dos valores indicados e, por conseguinte, a exclusão do valor da infração apurada pelo preposto fiscal:

Quanto às multas indicadas no Auto de Infração, o defendente alega que além da exorbitância dos percentuais, o autuante ainda considerou base de cálculo equivocada, não podendo prosperar, caso mantida a autuação. Alega que as multas nos percentuais de 50% e 70% são absolutamente arbitrárias, ante os fatos ocorridos, o lícito procedimento da impugnante e as supostas infrações atribuídas, insubsistentes. Deixou-se de considerar a natureza tributária da multa, e seu conseqüente aspecto de proporcionalidade entre o dano e o ressarcimento. Quanto a esta matéria, transcreve ensinamentos de Sacha Calmon Navarro e Eduardo Soares de Melo. Salienta que a própria Constituição Federal de 1.988, no Capítulo “DAS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR”, no artigo 150, inciso IV diz que “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco”. O defendente entende que, no mínimo, deve-se aceitar a aplicação dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do não confisco, como decorrência da proteção constitucional ao direito de propriedade (Constituição Federal, art. 5º, XXII e 170, II). O entendimento do impugnante é no sentido de que, não havendo, como não há, infração à Lei ou demais normas, como restou provado, o auto de infração não deveria sequer ter sido lavrado, mas caso persista a penalização, face a eventualidade, deve ser aplicado o critério justo e equitativo na fixação da multa, livre de conotação confiscatória. Por outro lado, observa que no percentual de 5%, é totalmente arbitrária a penalidade que incidiu sobre o montante das entradas baseadas no SINTEGRA, significando que essa base cálculo para a aplicação da multa está equivocada.

O defendente também contesta a aplicação de juros com base na taxa SELIC. Entende que a aplicação da SELIC como taxa de juros, como já era de se esperar, tal como aconteceu com a TRD, tem sofrido fortes revezes no Judiciário, pela sua óbvia inconstitucionalidade e pela sua inaplicabilidade para fins tributários, culminando com a decisão de sua arguição pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no RESP n.º 215.881/PR (DJU 19/06/2000). Diz que de nada adianta a esfera administrativa insistir nesse entendimento, face à gritante inconstitucionalidade e ilegalidade da aplicação da referida SELIC, quando o Poder Judiciário assim vem considerando e afastando a mesma. Dessa forma, alega que além da total inconsistência do auto de infração e das multas aplicadas, quer ainda o Fisco exigir taxa de juros sabidamente ilegal e inconstitucional, requerendo seja, na eventualidade de se manter a autuação, excluídos os juros aplicados.

O defendente assegura que há necessidade de ser realizada perícia contábil nos livros e demais documentos da empresa, a fim de que possa ser provada a inexistência do procedimento fiscal, como única forma de demonstrar o correto procedimento adotado pelo contribuinte, estando em perfeita sintonia com a legislação tributária. Diz que é indispensável a realização de detalhada perícia contábil, motivo pelo qual o impugnante requer o seu deferimento, entendendo que é imprescindível para o julgamento do presente Auto de Infração, por isso, elaborou os seus quesitos. Por fim, o defendente protesta pela produção de todas as provas admitidas,

notadamente documental e pericial, conversão do feito em diligência, inclusive eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários à D. Fiscalização, que efetivamente se equivocou em não fornecer os relatórios de notas fiscais ao autuado no curso da fiscalização, considerando que, os relatórios gerados pelo fisco sem o Certificado Digital não tem validade jurídica. Requer que lhe seja garantido o direito de sustentar oralmente as razões da defesa.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante às fls. 1294/1295 dos autos. Disse que a nova impugnação apresentada não acrescentou nada à defesa inicial, sobretudo quanto aos argumentos de nulidade. Informou que realizou verificações fiscais, começando pela apuração do ICMS relativo ao SIMBAHIA, considerando que o autuado, à época, encontrava-se na condição empresa de pequeno porte (infração 01), tendo apurado uma diferença de ICMS a recolher no valor total de R\$9.203,88 e, após nova verificação constatou que alguns recolhimentos do ano de 2006 não foram lançados, implicando a elaboração de nova planilha que acostou aos autos. Esclarece que foi incluído o recolhimento de R\$2.694,62. Assim sendo, para a infração 01, o recolhimento a menos importa no valor de R\$6.509,26.

Infração 02: Disse que o contribuinte apresentou outros recolhimentos (receitas diversas) que não dizem respeito à Antecipação Parcial. Portanto a Infração 02 permanece inalterada como também as infrações 03 e 04, por que o contribuinte apenas alegou, nas preliminares, falhas que no seu entendimento são insanáveis.

Quanto à alegação de falta de entrega de Demonstrativos, diz que é uma inverdade, haja vista que todos os demonstrativos foram recebidos e assinados pelo contribuinte. Também informa que de acordo com o recibo à fl. 1266 do PAF, está comprovado que o defendente recebeu cópia dos demonstrativos acostados aos autos e das notas fiscais de fls. 363 a 1265.

Em relação ao local de lavratura do Auto de Infração, informa que a fiscalização e lavratura do AI foram realizadas na Repartição Fiscal, no entanto, sem a quebra da segurança Jurídica e sem por em risco a própria relação fisco contribuinte. Diz que o autuado alega nulidade por não ter tido ciência dos anexos e planilhas, mas confecciona demonstrativos em comparação dos anexos (relação do SINTEGRA e CFAMT) que o mesmo nega tomado conhecimento. Depois o autuado informa que, das notas fiscais agora apresentadas, apenas recebeu os produtos de algumas notas fiscais. Saliencia que antes, o autuado não reconhecia as notas fiscais que foram objeto de várias circularizações junto a fornecedores tradicionais do seu comércio. E para confundir, o defendente apresenta outra vez relação de notas fiscais que segundo o mesmo foram escrituradas e apresenta demonstrativo para a multa aplicada. O autuante entende que, se o contribuinte ainda assim se nega a reconhecer a idoneidade das notas que lhe foram entregues, apresente queixa crime contra todos os fornecedores que emitiram as referidas notas fiscais.

Infração 04: Informa que o autuado, após ter dado ciência das notas fiscais constantes nos relatórios do SINTEGRA e CFAMT, quer deduzir esses valores sob alegação de que o saldo credor é reflexo da apuração irreal de entradas de mercadorias captadas CFAMT e /ou SINTEGRA. E que basta deduzir os referidos valores para constatar que a empresa apresenta saldo devedor. Diz que o saldo inicial do seu caixa está conforme apurado pela Corregedoria, conforme anexo na informação fiscal inicial. Quanto ao desejo do defendente para que sejam fornecidos todos os canchotos das notas fiscais fornecidas pelos seus fornecedores e entregues conforme recibo anexo, fls 1266, seria o mesmo que exigisse também esses mesmos canchotos para validar créditos das notas fiscais registradas em seus livros fiscais.

O autuante finaliza, dizendo que mantém a autuação, considerando o refazimento dos cálculos para a infração 01, por não ter lançado na planilha anterior um pagamento de R\$2.694,62 , inclusive mantendo o saldo inicial de caixa para o ano de 2005 visto que o saldo de 31/12/2004 era igual zero, que foi o resultado da fiscalização, revisão da corregedoria apresentado para o roteiro caixa.

Intimado da informação fiscal, o defendente apresentou nova manifestação às fls. 1299 a 1305, alegando que em relação à infração 01, reitera os argumentos constantes da defesa, salientando

que, o auditor fiscal reduziu o valor do crédito tributário para R\$ 6.509,26. O autuado afirma que recolheu de forma correta o valor devido a título de ICMS relativo ao SIMBAHIA, na condição de Empresa de Pequeno Porte, de acordo com o Demonstrativo de Cálculo e Pagamento do ICMS e do Relatório de Arrecadação do Estado da Bahia – Extrato de Pagamentos Realizados – Histórico dos DAE S, que acostou aos autos. Assegura que tem direito à restituição de imposto pago a mais nos valores de R\$ 2.545,39 e R\$ 1.052,93, referentes aos exercícios de 2005 e 2006, respectivamente.

Infração 02: Alega que recolheu de forma correta o valor devido a título de antecipação tributária, como se pode constatar do Demonstrativo abaixo e do Relatório de Arrecadação do Estado da Bahia – Extrato de Pagamentos Realizados – Histórico dos DAE S, que acostou aos autos. Afirma que no período compreendido do ano de 2005 tem direito à restituição do R\$ 5.017,24 e no ano de 2006 o valor de R\$ 6.976,29, isto porque pagou imposto a mais. Diz que a presente infração não deve prosperar, considerando que, o ICMS sobre as mercadorias provenientes de fora do Estado da Bahia foi recolhido na modalidade da substituição tributária: ICMS antecipação parcial e ICMS ST.

Infração 03: Argumenta que de acordo com os anexos, que são partes integrantes do auto de infração uma parte do valor se refere às Notas Fiscais de compras, estas informadas pelo SINTEGRA, captadas pelo CFAMT as quais, não teve o contribuinte/autuado ciência, bem como, parte das referidas mercadorias não foram adquiridas pelo autuado. Informa que, das notas fiscais relacionadas no relatório fiscal/Sintegra, constatou que algumas notas fiscais estão escrituradas no livro de Registro de Entradas de mercadorias da empresa em 2005 e 2006, conforme planilhas que elaborou. Entende que os respectivos valores devem ser excluídos da base de cálculo do imposto apurado, relativamente às infrações 03 - Omissão de Entradas de Mercadorias e 04 - Omissão de Saídas de mercadorias tributáveis – Saldo Credor de caixa. Diz que além da exclusão dos referidos valores da base de cálculo da imposição fiscal porque há inequívoca prova do seu registro nos livros Registro de Entrada, também deve ser excluído da base de cálculo do levantamento de ofício, todo o saldo remanescente considerando que, as referidas notas fiscais listadas no relatório fiscal/SINTEGRA, com exceção da declaradas pelo contribuinte, não foram adquiridas pelo autuado. Entende que, para prosperar a suposta irregularidade encontrada, é imprescindível que se forneça ao autuado a prova material, ou seja, os canhotos das notas fiscais de aquisições de mercadorias listadas nos relatório SINTEGRA. Afirma que sem os respectivos canhotos não há a prova do recebimento das mercadorias pelo autuado.

Infração 04: Alega que o valor apurado de saldo credor de caixa é o reflexo da apuração irreal de entradas de mercadorias através de informações captadas CFAMT e/ou informadas no SINTEGRA. Basta que se deduzam os referidos valores para se constatar que o caixa da empresa apresenta saldo devedor. Também alega que apresentou seu livro Caixa devidamente escriturado ao preposto fiscal. Não houve qualquer correção no livro caixa da empresa, e a inclusão de supostos valores advindos de fontes desconhecidas do autuado é totalmente improcedente e caracteriza cerceamento do direito de defesa. Apresenta o entendimento de que há dupla penalidade, já que, se aplicou a multa de 5% como comentado no item anterior e, agora são utilizados os mesmos valores, para estourar o caixa do autuado.

O autuante volta a se manifestar às fls. 1308 a 1310, dizendo que a manifestação apresentada pelo autuado nada acrescenta à defesa inicial, sobretudo quanto aos argumentos de nulidade, tendo em vista que foi juntada aos autos e fornecida ao defendente toda documentação, conforme recibo à fl. 1266. Reproduz os termos da informação fiscal anterior quando informou que após a nova revisão efetuada, constatou que alguns recolhimentos do ano de 2006 não foram lançados, sendo elaborada nova planilha que acostou aos autos, porque não foi incluído o recolhimento de R\$2.694,62. Assim, o valor exigido na infração 01, ficou reduzido para R\$6.509,26. Quanto às demais infrações, o autuante repete os mesmos argumentos apresentados na sua informação fiscal anterior.

Às fls. 1314/1315 esta JJF converteu o presente processo em diligência, solicitando que o autuante adotasse as providências:

1. Juntasse aos autos a nova planilha de cálculo referente à infração 01, citada na última informação fiscal, considerando todos os recolhimentos comprovadamente efetuados, conforme Relação de DAEs. Que fosse adotado o mesmo procedimento quanto à infração 02
2. Quanto à infração 03, excluísse do levantamento fiscal os valores correspondentes às notas fiscais escrituradas, mediante comprovação por meio do livro fiscal, conforme demonstrativo elaborado pelo defendente às fls. 299/300, apurando o débito remanescente.
3. Em relação à infração 04, considerando que não constavam nos autos a relação de notas fiscais e a respectiva totalização mensal dos valores não escriturados (SINTEGRA e CFAMT), transportados para o demonstrativo referente à Auditoria de Caixa, fls. 52/53 e 55/56, foi solicitado que o autuante elaborasse a mencionada relação de notas fiscais, excluindo aquelas comprovadamente lançadas no livro caixa, tendo em vista que os totais constantes no mencionado livro foram considerados na Auditoria de Caixa. Que fossem realizados os necessários ajustes, computando os valores relativos às aquisições de mercadorias de acordo com as datas de seus efetivos pagamentos (compras à vista e compras a prazo), apurando o débito remanescente.
4. Que a Inspetoria Fiscal entregasse ao autuado cópia de todos os elementos que fossem anexados aos autos pelo autuante, com a reabertura do prazo de defesa. Que fosse que solicitado ao defendente a juntada aos autos da necessária comprovação das alegações defensivas, inclusive, em relação aos recolhimentos realizados.

Em atendimento ao solicitado, o autuante prestou nova informação fiscal à fl. 1460 dos autos, dizendo que houve a juntada de DAE e relação de arrecadação por receitas para as infrações 01 e 02, sendo feito o demonstrativo da infração 01, fls. 1461 e 1490 do PAF, apurando o débito de R\$4.464,69 para 2005 e R\$4.075,99 para 2006.

Quanto à infração 02, informa que o total a recolher é de R\$9.090,07 (2005) e R\$3.425,39 (2006), conforme fls. 1482 e 1487 dos autos.

Infração 03: Informa que o total a recolher é de R\$75.925,16 (2005) e R\$27.748,99 (2006), conforme fl. 1508.

Infração 04: Diz que o total a recolher é de R\$72.834,17 (2005) e R\$34.745,68 (2006), conforme planilhas às fls. 1513 e 1552 do PAF.

O defendente foi intimado (fl. 1571), com a entrega de cópias das fls. 1460 a 1469, e apresentou manifestação às fls. 1573 a 1579, dizendo que em relação à infração 01, reitera os argumentos constantes da defesa, salientando que, o auditor fiscal reduziu o valor do crédito tributário para R\$ 8.540,68, mas na diligência anterior o valor tinha sido reduzido para R\$ 6.509,26. O defendente afirma que recolheu de forma correta o valor devido a título de ICMS-SIMBAHIA, na condição de Empresa de Pequeno Porte de acordo conforme o Demonstrativo de Cálculo e Pagamento do ICMS e do Relatório de Arrecadação do Estado da Bahia – Extrato de Pagamentos Realizados – Histórico dos DAEs, anexo. Elabora planilha e diz que tem direito à restituição de imposto pago a mais nos valores de R\$ 2.545,39 e R\$ 1.052,93, referentes aos exercícios de 2005 e 2005, respectivamente.

Infração 02: O defendente assegura que recolheu de forma correta o valor devido a título de antecipação, conforme demonstrativo que elaborou. Diz que no exercício de 2005 tem direito à restituição de R\$ 5.017,24 e no ano de 2006 o valor de R\$ 6.976,29, isto porque pagou imposto a mais.

Infração 03: Diz que o autuante reduziu o valor da infração para R\$ 103.674,15, contudo, as inconsistências dos lançamentos continuam. Reitera a alegação de que, das notas fiscais

relacionadas no relatório fiscal/ SINTEGRA, constatou que algumas notas fiscais estão escrituradas no livro de registro de entradas de mercadorias da empresa em 2005 e 2006. Ao excluir os valores das referidas notas fiscais da base de cálculo que serviu para a exigência fiscal, entende que ficou demonstrada que sua inclusão considerando os registros CFAMT caracteriza a imperfeição do lançamento de ofício. Além da exclusão dos referidos valores da base de cálculo da imposição fiscal porque há prova do seu registro nos livros Registro de Entrada de Mercadorias, o defendente também alega que deve ser excluído da base de cálculo do levantamento de ofício, todo o saldo remanescente, considerando que as referidas notas fiscais listadas no relatório fiscal/ SINTEGRA, com exceção daquelas reconhecidas nas razões de defesa, não foram adquiridas pelo estabelecimento autuado. Entende que deveriam ser fornecidos os canhotos das notas fiscais de aquisição listadas no SINTEGRA. Por isso, afirma que notas fiscais de aquisições apresentadas ao atuado desacompanhadas dos respectivos canhotos não comprovam o recebimento das mercadorias pelo atuado.

Infração 04: Informa que o autuante reduziu o valor da infração para R\$ 107.579,85, contudo, as inconsistências dos lançamentos continuam impondo o pagamento de imposto a mais ao contribuinte. Alega que o valor apurado de saldo credor de caixa é o reflexo da apuração irreal de entradas de mercadorias através de informações captadas CFAMT e/ou informadas no SINTEGRA. Entende que basta que se deduzam os referidos valores para se constatar que o caixa da empresa apresenta saldo devedor. O defendente diz que apresentou ao preposto fiscal seu livro Caixa devidamente escriturado e a inclusão de supostos valores advindos de fontes desconhecidas do atuado é totalmente improcedente e caracteriza cerceamento do direito de defesa. Também alega que há dupla penalidade, já que, se aplicou a multa de 5% no item anterior e, agora são utilizados os mesmos valores, para estourar o caixa do atuado.

O atuado afirma que recolheu em 2005 o valor de R\$ 78.741,84 (fl. 1465) e em 2006 o montante de R\$ 80.085,75 (fl. 1494), conforme Relação de DAEs, constantes do sistema da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Diz que se faz necessário à comprovação das aquisições das suportas mercadorias através de entrega dos canhotos das notas fiscais para que se confirme ou não a aquisição daquelas mercadorias.

O defendente finaliza dizendo que impugna os novos demonstrativos apresentados pelo autuante e que reitera a integralidade dos termos da defesa apresentada e demais manifestações.

Em nova informação fiscal prestada às fls. 1582/1583, o autuante diz que o contribuinte, em sua manifestação, apenas faz referência à sua defesa inicial. Informa que as planilhas foram refeitas, relativamente às infrações 01 e 02, tendo sido anexados aos autos os respectivos DAEs, e o valor da infração 01 foi modificado em virtude dos dados constantes da receita declarada pelo contribuinte. Quanto à infração 02, diz que o defendente apenas cita os recolhimentos de outras receitas que não condizem com a infração.

Em relação à infração, 03, o autuante assegura que as inconsistências apontadas foram sanadas, e quanto à infração 04, informa que mantém o valor apurado, sendo descabida a alegação do atuado de que as notas fiscais estão desacompanhadas dos respectivos canhotos. Por fim, o autuante reproduz os termos da informação fiscal anteriormente prestada.

Nova manifestação foi apresentada pelo atuado às fls. 1587/1588, reiterando todos os termos da manifestação anterior, pugnando pela improcedência do presente Auto de Infração. Repete a alegação de que não há prova das aquisições das mercadorias, inexistindo nos autos qualquer canhoto de nota fiscal para comprovar o recebimento das mercadorias em questão. Entende que também não há prova do pagamento de valores relativos às supostas mercadorias adquiridas, que pudesse gerar saldo credor de caixa. Também repete a alegação de que há dupla penalidade entre as infrações 03 e 04. Diz que impugna os novos demonstrativos elaborados pelo autuante.

À fl. 1591 o autuante se pronuncia, ratificando a informação fiscal anteriormente prestada, acrescentando que após atender à diligência encaminhada por esta JJF, com a entrega das notas fiscais capturadas no CFAMT e SINTEGRA, além dos demonstrativos e documentos anexados ao

PAF, o defendente não apresentou nada, além da reclamação de que a prova da aquisição das mercadorias seriam os canhotos das notas fiscais.

À fl. 1595 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência solicitando que fossem adotadas as seguintes providências pelo autuante ou Auditor Fiscal estranho ao feito designado pela autoridade competente:

1. Quanto às infrações 01 e 02, que fossem refeitos os cálculos incluindo os recolhimentos ainda não computados.
2. Quanto à infração 03 que fosse elaborado demonstrativo indicando as notas fiscais omitidas da DME e os respectivos valores, possibilitando a verificação pelo autuado, se declarou os referidos documentos fiscais.
3. Em relação à infração 04, que fosse anexado aos autos o demonstrativo de apuração do percentual da proporcionalidade, referente à Instrução Normativa 56/2007, salientando-se que o crédito presumido, de 8%, somente deve ser considerado no período em que o autuado estava inscrito como empresa do SIMBAHIA. Assim, foi solicitado que o autuante refizesse os demonstrativos com os necessários ajustes.
4. Que a Inspeção Fiscal entregasse ao autuado de cópia do encaminhamento de diligência e de todos os elementos que fossem anexados aos autos, com a indicação do prazo de dez dias para o mesmo se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos.

Em cumprimento ao solicitado, o autuante prestou informação fiscal à fl. 1600, dizendo que em relação à infração 01, foram refeitas as planilhas de cálculo de apuração do ICMS, código de receita 1844, conforme fls. 1601/1602, computando todos os valores recolhidos, conforme extrato às fls. 1603/1608, sendo apurados novos valores não recolhidos tempestivamente. Quanto à infração 02, informa que todos os valores com o código de receita 2175 e 2183 – Antecipação Parcial, foram apropriados de forma correta.

Em relação à infração 03, o autuante informa que foram refeitas as planilhas, indicando a razão social e CNPJ de todos os fornecedores que realizaram operações de vendas para o autuado e cujos documentos fiscais não foram registrados em sua escrita e não foram informados na DME.

Quanto à infração 04, disse que elaborou novos demonstrativos indicando os percentuais de mercadorias tributadas e não tributadas, tomando como referência os valores registrados no SINTEGRA, tendo em vista que o contribuinte era optante pelo SIMBAHIA à época da autuação, sendo apurados novos valores. Por fim, o autuante pede a procedência do presente Auto de Infração.

O defendente foi intimado da informação fiscal e se manifestou às fls. 1712/1714, alegando que não há prova das aquisições das mercadorias por parte do autuado, e não foi juntado aos autos qualquer canhoto de nota fiscal para comprovar o recebimento das mercadorias. Entende que não há prova de pagamento de valores relativos às referidas mercadorias, que pudesse gerar saldo credor de caixa e ensejar a autuação fiscal. Reafirma o seu entendimento de que há necessidade dos canhotos das notas fiscais de aquisição de mercadorias listadas no relatório Sintegra. Diz que se deve levar em consideração que foi apresentado o livro Caixa devidamente escriturado, não houve qualquer correção no mencionado livro e a inclusão de valores advindos de fontes desconhecidas do autuado é im procedente e caracteriza cerceamento ao direito de defesa. Afirma que há dupla penalidade, considerando que foi aplicada multa de 5%, e foram utilizados os mesmos valores para apurar saldo credor de caixa. Por fim, o defendente reiterou todos os termos da defesa apresentada e demais manifestações, dizendo que impugna os novos demonstrativos elaborados pelo autuante.

VOTO

Inicialmente, o autuado alegou que não recebeu os demonstrativos elaborados pelo autuante e as cópias das Notas Fiscais objeto da autuação. Quanto a esta alegação, por determinação desta JJF,

foram entregues ao defendente as cópias de todos os demonstrativos e das notas fiscais acostadas aos autos, por isso, houve o necessário saneamento, inexistindo violação ao devido processo legal e a ampla defesa.

Outra preliminar diz respeito à alegação de que a autuação se baseia em normas complementares e não em lei, e assim sendo, torna o Auto de Infração nulo por vício formal. Não acato a alegação defensiva, tendo em vista que o texto e os dispositivos regulamentares constantes no Auto de Infração indicam que a autuação fiscal trata de ICMS, sendo indicados os dispositivos do RICMS/BA. Ademais, não implica nulidade da autuação caso exista erro de indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99.

O defendente também alegou que não teve conhecimento na fase da fiscalização dos valores que serviram de base para a exigência do imposto, e que tal prática constitui cerceamento ao direito de defesa, razão pela qual pede a nulidade da autuação fiscal.

Quanto a esta alegação, observo que durante o procedimento fiscal não há previsão para o contraditório, haja vista que nesta fase a atividade principal da fiscalização é a verificação do cumprimento de obrigações tributárias. Sendo constatadas irregularidades é que se lavra o Auto de Infração, ou seja, o procedimento fiscal visa apurar a correta aplicação da legislação, podendo resultar ou não em constituição de crédito tributário. Por outro lado, no processo administrativo fiscal é que se deve adotar o princípio do contraditório, considerando que de acordo com o art. 121, inciso I do RPAF/BA, instaura-se o processo administrativo fiscal para solução de litígios entre o fisco e o contribuinte, quando da apresentação da defesa, por escrito, impugnando o lançamento do crédito tributário efetuado mediante Auto de Infração.

Quanto à alegação de que o presente Auto de Infração foi lavrado fora do estabelecimento, observo que de acordo com o § 1º, do art. 39, do RPAF/99, “o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento infrator, na repartição fiscal ou no local onde se verificar ou apurar a infração”. Por isso, inexistente qualquer irregularidade em decorrência da lavratura do presente Auto de Infração na repartição fiscal.

Observo que o autuado entendeu a acusação fiscal, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal. Assim, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas pelo defendente, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

No mérito, a infração 01 trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA, nos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, outubro e dezembro de 2005; janeiro a agosto, outubro e dezembro de 2006, conforme demonstrativos às fls. 14 e 28 do PAF.

Conforme art. 387-A do RICMS/97, vigente à época dos fatos, o ICMS devido pela empresa de pequeno porte é apurado mediante a aplicação de percentuais específicos sobre a receita bruta mensal, observadas as deduções previstas no inciso II do §1º do art. 384-A (também vigente à época dos fatos). No caso em exame, não foram utilizadas as notas fiscais do CFAMT e SINTEGRA, como entendeu o autuado, tendo em vista a observação constante no levantamento fiscal às fls. 1601/1602 de que foram utilizadas as informações relativas às compras e vendas extraídas dos Registros de Entradas e de Saídas. Fato que se pode constatar pelo confronto do levantamento fiscal com as cópias dos mencionados livros acostadas aos autos.

Vale salientar que nos mencionados demonstrativos (fls. 1601/1602) foram deduzidos os recolhimentos efetuados pelo defendente sendo apurados recolhimentos a mais em alguns meses e diferenças a recolher em outros meses, e foram fornecidas ao defendente as cópias dos referidos demonstrativos, conforme recibo à fl. 1710 do presente PAF.

Observo que o autuado não contestou os dados numéricos do levantamento fiscal e o cálculo do imposto apurado foi efetuado considerando o percentual estabelecido para empresa de pequeno porte, previsto no art. 387-A, inciso I, do RICMS/97, vigente à época dos fatos.

Acato os valores apurados pelo autuante e concluo pela subsistência parcial deste item da autuação fiscal, no valor total de R\$5.083,88, sendo R\$4.489,33 para o exercício de 2005 e R\$594,55 referentes a 2006, conforme planilhas às fls. 1601/1602.

Em relação aos meses de julho, agosto, setembro e novembro de 2005, não foi apurado débito no levantamento fiscal originalmente efetuado. Neste caso, os valores apurados na revisão efetuada pelo autuante quanto aos mencionados meses somente poderá ser exigidos mediante novo procedimento fiscal.

Quanto aos recolhimentos efetuados a mais, alegados pelo defendente e apurados no levantamento fiscal, nesta fase processual não cabe a compensação de imposto recolhido a mais, podendo o contribuinte requerer a mencionada compensação quando da quitação do Auto de Infração, ou restituição do indébito, na forma prevista nos arts. 75 a 78 do RPAF/99 e art. 33 da Lei 7.014/96.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS a título de antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias de outros Estados, no período de fevereiro de 2005 a dezembro de 2006.

Observo que as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 12-A da Lei 7.014/96:

***Art. 12-A.** Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.*

Nas razões de defesa, o autuado alegou que recolheu de forma correta o valor devido a título de antecipação, e que pagou imposto a mais. Que o ICMS sobre as mercadorias provenientes de fora do Estado da Bahia foi recolhido na modalidade da substituição tributária: ICMS antecipação parcial e ICMS ST.

Nos demonstrativos elaborados pelo autuante (fls. 43 e 48) constam no cabeçalho: “AUDITORIA DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DEVIDA PELAS ENTRADAS – ANTECIPAÇÃO PARCIAL CÓDIGO 2175 e 2183”. Foram indicados os números das notas fiscais e os fornecedores, inexistindo qualquer referência às mercadorias objeto da autuação.

Embora não tenha sido exigido o imposto com aplicação da Margem de Valor Adicionado, existem alguns fornecedores constantes no levantamento fiscal que comercializam mercadorias sujeitas à substituição tributária, a exemplo de Sadia e Perdigão (produtos resultantes do abate de aves); Vietnam Massas (sem qualquer indicação de que seria massa alimentícia) e BomCharque (charque esteve na substituição tributária até setembro de 2005), e nos novos demonstrativos às fls. 1482 e 1487 também consta a informação de que foi efetuada “AUDITORIA DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DEVIDA PELAS ENTRADAS”.

Observo que o contribuinte não compreendeu a acusação como exigência de ICMS apenas por antecipação parcial, quando afirmou que o imposto foi recolhido na modalidade da substituição tributária: ICMS antecipação parcial e ICMS ST.

Constato que o autuado não reconheceu o débito apurado no levantamento fiscal e a irregularidade processual não foi sanada com a informação fiscal, ou seja, consta que o Auto de Infração cobra ICMS por antecipação tributária, referente às aquisições de mercadorias

provenientes de outras unidades da Federação enquadradas na substituição tributária e também se trata de antecipação parcial.

Pela análise dos demonstrativos elaborados pelo autuante, verifica-se a inexistência de indicação das mercadorias, depreendendo-se que foram incluídas no levantamento fiscal notas fiscais referentes a mercadorias sobre as quais é devido o imposto por antecipação parcial e produtos sujeitos à substituição tributária. Neste caso, a apuração do imposto devido não foi efetuada de forma compreensível, havendo necessidade de refazimento do procedimento fiscal, por incerteza do valor devido, inclusive com a dedução dos valores recolhidos pelo contribuinte relativos à antecipação tributária.

De acordo com o art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, é nulo o lançamento de ofício “que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator”.

No caso em exame, os demonstrativos elaborados pelo autuante não trazem segurança em relação ao imposto exigido. Concluo pela nulidade deste item da autuação e, consoante o art. 21, do RPAF/99, recomendo a repetição do procedimento fiscal, a salvo de equívocos, para que seja apurado se, efetivamente, existe diferença de imposto a ser recolhida pelo autuado.

Infração 03: Omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME dos exercícios de 2005 e 2006, sendo exigida multa no valor total de R\$138.646,05.

Observo que a partir de 01/01/2003, a legislação estabelece que, se o contribuinte não informar as aquisições de mercadorias na Declaração de Movimento Econômico (DME) está sujeito à multa de 5% do valor comercial das mercadorias não registradas, conforme inciso XII-A do art. 42 da Lei 7.014/96.

O defendente alegou que sequer teve ciência dos relatórios de notas fiscais informadas no SINTEGRA, antes do encerramento da ação fiscal. Diz que uma parte do valor constata nas notas fiscais de compras informadas no SINTEGRA ou captadas pelo CFAMT não foi por ele adquirida e que algumas notas fiscais estão escrituradas no livro Registro de Entradas da empresa nos anos de 2005 e 2006, conforme planilhas que elaborou às fls. 299/300. Entende ser imprescindível que se forneça ao autuado a prova material, ou seja, os canhotos das notas fiscais de aquisições de mercadorias listadas nos relatório SINTEGRA.

Em atendimento à diligência encaminhada por esta JJF, o autuante informou à fl. 362 dos autos que anexou cópias de notas fiscais e demonstrativos, e solicitou que fossem entregues ao defendente as cópias de todos os elementos acostados ao presente PAF (fls. 363 a 1265), e o defendente recebeu as cópias dos mencionados documentos, conforme recibo à fl. 1266.

Na última diligência fiscal encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, foi solicitado que o autuante elaborasse novo demonstrativo indicando as notas fiscais omitidas da DME e os respectivos valores, possibilitando a verificação pelo autuado, se declarou os referidos documentos fiscais, excluindo o que fosse comprovado.

O autuante informou que foram refeitas as planilhas, indicando a razão social e CNPJ de todos os fornecedores que realizaram operações de vendas para o autuado e cujos documentos fiscais não foram registrados em sua escrita e não foram informados na DME. Disse que o total a recolher ficou reduzido para R\$75.925,16 (2005) e R\$27.748,99 (2006), conforme fl. 1508, e a relação das notas fiscais omitidas encontra-se às fls. 1605 a 1657.

Intimado dos novos valores apurados, o defendente apresentou o entendimento de que, ao excluir os valores das notas fiscais da base de cálculo que serviu para a exigência fiscal, ficou demonstrada que a inclusão desses documentos com a utilização dos registros CFAMT, caracteriza a imperfeição do lançamento de ofício. Alega que além da exclusão dos referidos valores da base de cálculo da imposição fiscal, porque há prova do seu registro nos livros Registro de Entrada de Mercadorias, também deveriam ser excluídos da base de cálculo do levantamento de ofício, todo o saldo remanescente por entender que as referidas notas fiscais

listadas no relatório SINTEGRA/CFAMT, com exceção daquelas reconhecidas nas razões de defesa, não foram adquiridas pelo estabelecimento autuado. Reitera a alegação de que deveriam ser fornecidos os canhotos das notas fiscais de aquisição listadas no SINTEGRA.

Em relação aos canhotos das notas fiscais, não acato as alegações defensivas, tendo em vista que nas notas fiscais objeto da autuação constam o autuado como destinatário das mercadorias, a maioria delas com identificação da empresa transportadora, estando comprovada a sua circulação, e as mercadorias constantes dos documentos fiscais são compatíveis com a atividade do defendente. Assim, entendo que ficou caracterizada a infração relativa à aquisição de mercadorias, devendo ser mantida a exigência da multa pela omissão da entrada destas mercadorias no estabelecimento, nas informações Econômico-Fiscais através de DME, com a redução apurada no demonstrativo à fl. 1508.

Infração 04: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2006.

Esta infração é apurada verificando-se a regularidade dos lançamentos efetuados na conta “caixa” através da análise da documentação correspondente aos débitos e créditos, verificação das efetivas datas de pagamentos e recebimentos em confronto com os registros efetuados, observando a ordem cronológica. Ao final, deve-se examinar o comportamento dos saldos da conta “caixa” do período em referência.

O saldo credor na conta “caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, estando a irregularidade apurada embasada no art. 4º, §4º, da Lei 7.014/96.

Em sua impugnação, o autuado alegou que recolheu o imposto referente à omissão de saídas do exercício de 2004 sobre a base de cálculo de R\$975.969,00, e este valor deve compor o saldo de caixa em 01/01/2005. Consta à fl. 57, demonstrativo referente ao levantamento fiscal efetuado na fiscalização anterior, indicando saldo credor de caixa em dezembro de 2004. Neste caso, o saldo inicial de 2005 é zero, ou seja, inexistente saldo inicial de caixa em 2005, por isso, não acato a alegação defensiva.

Quanto ao argumento do autuado de que não reconhece parte das notas fiscais objeto da autuação, observo que os mencionados documentos fiscais constam os dados do defendente, a exemplo de seu endereço, inscrição estadual e CNPJ, fone/fax. Portanto, as notas fiscais referentes às mercadorias destinadas ao defendente constituem prova da realização de operações de aquisição pelo sujeito passivo, inexistindo necessidade de a fiscalização acostar aos autos outras provas.

Considerando que se trata de contribuinte inscrito na condição de empresa de pequeno porte, enquadrado no SIMBAHIA, e sendo apurado o imposto exigido decorrente de saldo credor de caixa, a legislação previa a perda do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração. Neste caso, a exigibilidade do tributo foi efetuada considerando a alíquota normal, de 17%, e sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito foi aplicada a dedução de 8% a título de crédito fiscal presumido, de acordo com o previsto no § 1º, do art. 19, da Lei 7.357/98.

Na última diligência fiscal os cálculos foram refeitos e o autuante informou que elaborou novos demonstrativos apurando a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, calculando os percentuais de mercadorias tributadas e não tributadas, tendo em vista que o contribuinte era optante pelo SIMBAHIA à época da autuação, sendo apurados novos valores, conforme fls. 1603 e 1604.

O autuado alegou que as notas fiscais lançadas na conta caixa pelo autuante, que geraram o saldo credor de caixa, estas mesmas notas fiscais já foram objeto de cobrança de multa na infração 03, referente às notas fiscais não incluídas na DME, não cabendo a duplicidade de cobrança.

Tendo em vista que a infração 03 trata de descumprimento de obrigação acessória punível com multa, pela falta de informação das notas fiscais na DME, esta penalidade não é absorvida pela multa referente ao descumprimento da obrigação principal cujo valor foi apurado no levantamento do saldo credor de caixa (infração 04), por ser tratar de infrações diversas. Assim, são procedentes as irregularidades apuradas, haja vista que o autuado estava obrigado a informar os dados corretos na DME, sendo devido o imposto apurado por meio do saldo credor de caixa.

Concluo pela subsistência parcial desta infração, haja vista que, após a revisão efetuada pelo autuante, ficou alterado o imposto exigido para R\$87.380,75, salientando que o autuado foi intimado quanto aos novos valores apurados e não apresentou qualquer elemento divergente.

Quanto às multas indicadas no Auto de Infração, o defendente alega que além da exorbitância dos percentuais, o autuante ainda considerou base de cálculo equivocada, não podendo prosperar, caso mantida a autuação. Alega que as multas nos percentuais de 50% e 70% são absolutamente arbitrárias.

Quanto a esta alegação defensiva, observo que a aplicação das mencionadas multas nos percentual de 50% e 70% foram embasadas em perfeita consonância com a previsão constante do art. 42 da Lei 7.014/96

O defendente também contesta a aplicação de juros com base na taxa SELIC. Entende que a aplicação da SELIC como taxa de juros, como já era de se esperar, tal como aconteceu com a TRD, tem sofrido fortes revezes no Judiciário, pela sua óbvia inconstitucionalidade e pela sua inaplicabilidade para fins tributários.

Relativamente à taxa SELIC, não obstante as alegações defensivas, a mencionada taxa é prevista no inciso II, do § 2º, do art. 102, da Lei nº 3.965/81 (COTEB), não cabendo a este órgão julgador a declaração de sua ilegalidade ou inconstitucionalidade, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206887.0021/10-9**, lavrado contra **A QUEIROZ DA SILVA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$92.464,63**, acrescido das multas de 50% sobre R\$5.083,88 e 70% sobre R\$87.380,75, previstas no art. 42, inciso I, “b”, item 3, e inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$103.674,15**, prevista no art. 42, inciso XII-A, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de outubro de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA