

A. I. N.^º - 294888.0005/06-0
AUTUADO - COMÉRCIO DE CEREAIS CURUPATI LTDA.
AUTUANTE - ROMY SANTOS SILVA
ORIGEM - INFACILHÉUS
INTERNET - 30/05/07

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0171-03/07

EMENTA: ICMS: 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. a) BENS DO ATIVO. Fato não contestado. b) MATERIAL DE CONSUMO. Não se confirmou o argumento do autuado de que a exigência fiscal já havia sido incluída em procedimento fiscal anterior. Infrações subsistentes. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração comprovada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Infração subsistente 4. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 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. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. 5. LIVROS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA. Reduzido o montante do débito. DOCUMENTOS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA. A penalidade aplicada corresponde a cada livro extraviado. Adequação da penalidade aplicada. Não comprovado materialmente pelo autuante o ilícito cometido. Infração nula. Demais preliminares de nulidade rejeitadas. Pedido de diligência indeferido.

Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/2006, reclama ICMS no valor de R\$377.546,40, com aplicação de multas de 60% e 70%, e penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$32.200,00, assim discriminados:

Infração 01- Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Consta na descrição dos fatos que se trata de aquisição de veículo para o ativo permanente conforme Nota Fiscal de nº 668.681 de 15/06/05. Total do débito: R\$582,26, com aplicação da multa de 60%.

Infração 02- Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88. Total do débito: R\$ 16.401,74, com aplicação da multa de 60%.

Infração 03- Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização. Total do débito: R\$14.139,92, com aplicação da multa de 60%.

Infração 04- Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento. Total do débito: R\$553,54, com aplicação da multa de 60%.

Infração 05- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa. Consta na descrição dos fatos que: “os levantamentos fiscais foram elaborados em vistas às DMA’s, notas fiscais requisitadas ao CFAMT e despesas apresentadas pela empresa, em anexo, devido às comunicações de roubo dos documentos fiscais e da impossibilidade de declarar o montante das operações comerciais realizadas pela empresa no período fiscalizado, em virtude do ocorrido”. Total do débito: R\$345.868,94, com aplicação da multa de 70%.

Infração 06- Extraviou os livros de Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Apuração do ICMS, Registro de Inventário e RUDFTO, referente aos exercícios de 2001 a 2006, totalizando 30 livros fiscais, com aplicação da multa de R\$27.600,00.

Infração 07- Extraviou documentos fiscais. Consta na descrição dos fatos que se tratam dos seguintes documentos: Notas Fiscais de Entrada, Notas Fiscais de Saída, Cupons Fiscais, Memória Fiscal, Conhecimento de Transportes, DAES, DMA’s, recibos de água, luz, telefone, IRPJ, e outros, sob alegação de foram roubados. Total da multa aplicada R\$4.600,00.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, inconformado com a autuação, apresenta impugnação tempestivamente, (fls. 2.145 a 2.172), argüindo que o procedimento da fiscalização levou em conta os documentos disponíveis e informações requisitadas ao CFAMT, apurando saldo credor de caixa. Aduz que reconheceu a impossibilidade de colacionar a totalidade dos documentos solicitados, tendo em vista o furto da maioria dos documentos do defendant, conforme faz provas nos autos. Discorre sobre as infrações imputadas, e argüi preliminarmente a nulidade do presente Auto de Infração, citando dispositivos do Decreto-lei 46.674 de 09/09/2000, especialmente os artigos 48 e 50. Assevera que o artigo 37 da Constituição Federal, exige como pressuposto de validade e eficácia de todo ato administrativo a legalidade, moralidade, a impessoalidade, e que o lançamento de ofício foi lavrado com critério exclusivamente pessoal, que por si só faz do processo fiscal nulo de pleno direito. Aduz que o Auto de Infração foi lavrado ferindo os princípios da legalidade e impessoalidade, entendendo que a medida foi

arbitrária, pois, a autuante não comprovou os motivos que levaram à autuação através de documentos. Salienta, ainda, que o Auto de Infração foi lavrado fora do estabelecimento comercial, restando comprovada a ineficácia do procedimento fiscal, transcrevendo dispositivos do artigo 196 do CTN. Reproduz ensinamentos do jurista Delmar Ferreira e Bernardo Ribeiro de Moraes para fortalecer o argumento de que a peça acusatória deveria ter sido lavrada no estabelecimento do autuado e não na Inspetoria Fazendária. Continua a sua impugnação, afirmando que a autuante incluiu indevidamente no seu levantamento fiscal os períodos de 2001 a 2003, períodos estes, já fiscalizados pelo Auditor Fiscal Paulo César Martins Santos, que não encontrou quaisquer irregularidades, conforme cópia do documento Termo de Início de Fiscalização, acostados aos autos. Requer a exclusão dos aludidos períodos relativos às infrações 04 e 05. Destaca que em 31/07/2001, foi realizada ação fiscal de monitoramento, que se efetivou através da análise dos documentos do período de 01/08/2000 a 30/06/2001, não se verificando qualquer irregularidade. Diz que, em 14/02/2002, foi realizada nova fiscalização correspondente ao período de julho de 2001 a dezembro de 2001, também, sem resultados; em 14/02/2002, outra ação fiscal de monitoramento foi deflagrada, sem irregularidades, e outras operações de monitoramento em 15/05/2003 e 26/02/2004, sem constatação de qualquer ilícito fiscal. Acrescenta que deixa de colacionar a prova dos monitoramentos, tendo em vista o furto dos documentos do autuado, requerendo ao setor competente da SEFAZ que junte os documentos que comprovem tal alegação. Requer, ainda, a exclusão das infrações 04 e 05 os períodos de 2001 a 2003, que entende já fiscalizados. Quanto à infração 02, discorre sobre o instituto da substituição tributária, citando ensinamentos do Professor Hugo de Brito Machado, e que a autuação é improcedente, uma vez que a responsabilidade pelo pagamento do tributo é exclusivamente dos fabricantes, distribuidores e fornecedores do autuado. Diz, ainda, que não há que se falar em responsabilidade supletiva, pois não foi obedecido o disposto no artigo 125, § 1º do RICMS-BA, reproduzindo o texto regulamentar citado. Assevera que por cautela, com base no princípio da eventualidade, ainda no mérito, o autuado contesta a autuação, tendo em vista que a responsabilidade pelo recolhimento das diferenças é inteiramente do substituto tributário, pois não tinha conhecimento das diferenças apuradas, tendo em vista que as mercadorias chegaram ao seu estabelecimento transitando pelos postos fiscais do Estado da Bahia. Transcreve o §3º do artigo 352 e o artigo 75, do RICMS-BA e o Acórdão JJF nº 0083-01/02, dizendo que a sub-rogação é explícita na norma com relação às obrigações principais. No que concerne à infração 03, diz que a autuante deixou de colacionar aos autos todas as notas fiscais constantes do levantamento fiscal; não aplicou a redução estatuída no artigo 75 do RICMS-BA e não deduziu dos valores apurados, o montante recolhido mensalmente pelo autuado sob a rubrica de antecipação parcial. Requer que seja realizado novo levantamento fiscal, retirando do demonstrativo os valores que não contém a respectiva nota fiscal colacionada ao Auto de Infração. Cita o artigo 352-A, § 2º do RICMS-BA, que trata de redução da base de cálculo e requer que seja deduzido dos valores autuados o montante efetivamente recolhido pelo autuado na forma do artigo 146, § 1º do mencionado diploma regulamentar. Pede a improcedência da infração 03. Quanto à infração 05, reitera todos os pedidos argüidos em preliminar, alegando que quanto aos exercícios de 2001, 2002 e 2003, devem ser excluídos do levantamento elaborado pela autuante. Continua, argüindo, que em relação aos referidos exercícios e aos exercícios de 2004, 2005 e 2006, rebate todas as argumentações da autuante, que se equivocou ao presumir omissões de saída, sem embasamento fático e legal no cálculo do saldo credor de caixa e ainda por não ter colacionado todas as notas fiscais constantes da planilha cuja origem afirma a autuante ser do CFAMT. Contesta o relatório de Notas Fiscais supostamente de produtos adquiridos pelo autuado, tendo em vista que muitas delas constam produtos que sequer foram adquiridos. Diz que a autuante deixou de colacionar várias notas fiscais que deveriam dar suporte fático à planilha apresentada, e que não basta utilizar somente informações originadas do CFAMT, mas também deve o fiscal juntar todas as notas que se referem as planilhas juntadas. Entende que este procedimento decorre do princípio da ampla defesa e da verdade material, pois o autuado não tem como se defender se não foi colacionado as

provas que embasam a autuação. Cita como exemplo, o exercício de 2006, no qual a autuante somente colacionou 04 (quatro) notas fiscais, e julgados do CONSEF (Acórdãos JJF nº 2126/00 e CJF nº 1137/99). Requer que sejam excluídos do levantamento fiscal todos os valores que não contenham as notas fiscais que comprovem o recebimento das mercadorias pelo autuado. Ressalta que, ainda assim, mesmo que se diga que as notas constantes das planilhas juntadas ao Auto de Infração foram recebidas pelo autuado, não há de prosperar a infração tendo em vista que a autuante não comprovou que os valores constantes das notas fiscais decorrente dos registros do CFAMT, não foram objeto das informações contidas nas DMA's. Afirma que o fisco não pode garantir que todas as notas fiscais informadas pelo CFAMT decorreram de pagamentos a fornecedores não declarados, tendo em vista que os valores pagos aos fornecedores foram muito superiores aos encontrados nas referidas notas. Salienta que declarou todos os pagamentos a fornecedores, conforme DMA's colacionadas ao Auto de Infração, e que as quantias sob a rubrica "PAGAMENTO À FORNECEDORES NÃO DECLARADOS - CFAMT", estão contidos na Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA). Entende que a autuante considerou que as notas constantes da informação do CFAMT foram as únicas não lançadas na referida declaração, sem que tenha demonstrado sequer um indício de que não houve o lançamento de uma única nota fiscal. Aduz que, em nenhum momento a autuante enfrenta nos autos este questionamento: como se chegou a conclusão de que as notas fiscais da relação do CFAMT não foram objeto das DMA's. Entende que o correto procedimento, seria a autuante apurar o saldo credor de caixa, para que não pairasse dúvidas no levantamento, levando em conta as DMA's, como se as notas da relação do CFAMT estivessem contidas nas mesmas, já que a presunção legal deve levar em conta o saldo credor de caixa real e não presumido. Acrescenta que, além de utilizar-se da presunção legal através do saldo de credor de caixa, a autuante presumiu que todos aqueles valores decorrentes das notas fiscais informados pelo CFAMT, não constaram das DMA's, sem que tenha autorização legal ou técnica para tal procedimento e que este equívoco levou ao exorbitante valor encontrado no saldo de caixa, levando então a elevação na base de cálculo e, consequente, do valor da autuação fiscal. Assevera que a base de cálculo do saldo de caixa no exercício de 2001 foi elevada em R\$ 265.357,92; no exercício de 2002 foi elevada em R\$ 303.108,43; no exercício de 2003 em R\$ 354.982,61; no exercício de 2004 em R\$ 303.882,53; no exercício de 2005 elevada em R\$ 204.171,14 e no exercício de 2006 em R\$ 7.233,07. Requer que os valores das planilhas do saldo credor de caixa sejam retificados para retirar o montante lançado a maior, a fim de a base de cálculo refletir a realidade. Continua, argüindo, a presunção equivocada da autuante, que ao colacionar as notas fiscais, presumiu que todas as referidas notas foram objeto de pagamento pelo autuado, constando levantamento como "pagamentos a fornecedores não declarados". Entende, que o pagamento se comprova através de duplicatas quitadas e não com notas fiscais, pois não se pode afirmar que tais notas foram pagas pelo deficiente e muito menos que as mercadorias que constam nas mesmas foram recebidas, pois sequer constam nas notas fiscais juntadas, o visto de recebimento da defesa. Argüi que como não há nos autos a comprovação de pagamentos a fornecedores, houve presunção ilegal de tais pagamentos através de notas fiscais, que sequer constam vistos pelo impugnante de que recebera as mercadorias ali indicadas. Diz que a fundamentação jurídica advém de diversos princípios constitucionais não observados pela autuante, entre os quais o da verdade material e da ampla defesa, citando ensinamentos dos Professores Pontes de Miranda, José Artur Lima Gonçalves, Geraldo Ataliba. Com relação à infração 06, diz que a autuante aplicou multa excessiva, ilegal e arbitrária, tendo em vista que o dispositivo legal aplicado, não corresponde aos valores lançados no Auto de Infração, reproduzindo o artigo 42, XIX, a e b do RICMS-BA. Entende que a própria autuante informa que foram extraviados 30 livros fiscais e a multa a ser aplicada com base nos dispositivos regulamentares seria de R\$150,00, requerendo o cancelamento ou a redução da referida penalidade. Quanto à infração 07, diz que é improcedente, uma vez que o extravio de documentos foi devidamente justificado pelo deficiente, decorrente de furto. Aduz que a autuação é nula, tendo em vista que a autuante não apontou a quantidade de documentos extraviados, impedindo a

defesa do contribuinte, pois não há no processo qualquer indicação de quantos documentos foram extraviados, para dar suporte fático à infração, já que o art. 42, XIX, do RICMS, é de clareza meridiana ao estabelecer a multa por quantidade de documentos extraviados. Requer a nulidade desta infração. Discorre sobre o princípio do não confisco previsto no artigo 150 da Constituição Federal, e ensinamentos do Professor Aliomar Baleiro e Roque Carraza sobre os referidos princípios. Explana sobre a limitação para a imposição de penalidades pecuniárias, reproduzindo ensinamentos dos juristas Ives Gandra Martins, Paulo José da Conta Júnior, Zelmo Denari, Sacha Calmon, entendendo que deve ser limitada a 30%. Cita, também julgados do STF (RE 82.510-SP, 81.550-MG, ADIN nº 551-RJ), sobre o tema. Declara que a autoridade administrativa deve deixar de aplicar a lei por ser inconstitucional, citando ensinamentos do Professor Antônio Manoel Gonzalez. Protesta, também, quanto à aplicação de juros de mora, dizendo que a mais recente jurisprudência tem-se manifestado no sentido de sua exigência somente após o ajuizamento da cobrança do débito fiscal (STF RE 80.256, 78.257 e 79.072 de São Paulo), e que a multa punitiva e os juros de mora são exigidos em flagrante afronta às decisões judiciais a ao disposto no artigo 150, IV do CTN, transcrevendo o referido artigo e ensinamentos de Sacha Calmon Navarro Coelho e Sampaio Dória. Afirma que o STF em diversas oportunidades, firmou jurisprudência quanto à possibilidade de o Poder Judiciário reduzir multas fiscais, reproduzindo diversos julgados. Finaliza, requerendo a nulidade do Auto de Infração em sua totalidade, a nulidade da infração 02, a improcedência das infrações 03, 04 e 05, a nulidade das infrações 06 e 07, a redução da multa aplicada para 30% e a aplicação dos juros de mora somente a partir do ajuizamento da cobrança fiscal.

A autuante apresenta informação fiscal às folhas 2.176/219, dizendo que, preliminarmente, descabe a argüição de nulidade com base nos argumentos apresentados pela defesa, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em obediência aos preceitos do RPAF, e que o autuado se manifestou sobre todos os itens do processo, demonstrando claramente ter compreendido as infrações que lhe foram imputadas. Aduz que o lançamento de ofício foi lavrado com base nas declarações prestadas pela empresa através das DMA's e as notas fiscais requisitadas ao CFAMT, tendo em vista que habitualmente o defendant comunica à SEFAZ a perda ou roubo dos livros e documentos fiscais, conforme se verifica dos fatos descritos no processo em comento. Salienta que após várias tentativas a empresa entregou pequena parte dos documentos constantes da intimação e que o Auto de Infração com seus anexos e os documentos fiscais foram entregues no endereço residencial dos sócios, pois a empresa encerrou as suas atividades sob o argumento de suposta reforma que nunca existiu, ou seja, nunca funcionou no endereço constante do cadastro. Assevera que o autuado declarou o extravio dos livros e documentos fiscais do período de 1999 a 2003 que reapareceram quando da defesa ao AI nº 10560.0012/04-0, lavrado pelo Auditor Fiscal Paulo César Martins Santos, que fiscalizou e homologou apenas os exercícios de 1999 e 2000. Diz que durante a fiscalização manteve contato com a sócia Luciana Nogueira Lino, através de celular, que compareceu à Inspetoria algumas vezes, posteriormente, no decorrer da fiscalização, deixou de atender às ligações. Ressalta que estranhamente o impugnante acosta aos autos (fls. 2.173) cópia de Termo de Início de Fiscalização, que estaria fixado à folha 32 do RUDFTO, livro que consta da Queixa n. 2243/2006 como roubado, conforme se verifica à folha 25 dos autos. Afirma que os exercícios de 2001 e 2003 não foram fiscalizados e homologados anteriormente pelo colega Paulo César Martins Santos, conforme se verifica às folhas 29 e 30 do PAF, onde consta como período fiscalizado e homologado apenas os exercícios de 1999 e 2000, por isso, não há porque excluir estes períodos do Auto de Infração. Continua sua argumentação, informando que os monitoramentos são verificações sumárias que não homologam os exercícios e a indicação para fiscalização vertical da empresa foi resultado de monitoramento realizado pela autuante, conforme se verifica às folhas 29 e 30 dos autos. Aduz que em relação à infração 01, não houve contestação. Quanto às infrações 02 e 03, alega que foram adotados os meios convencionais de fiscalização e os levantamentos fiscais foram elaborados com base nas notas fiscais requisitadas ao CFAMT, acostadas ao presente processo. Observa que algumas notas que

constam da planilha de antecipação parcial estão anexas junto à planilha de Substituição Tributária por constituir prova das duas infrações. Diz que apesar de constar nos sistemas da SEFAZ recolhimentos a título de antecipação parcial, não há como vincular estes recolhimentos às notas fiscais que constam do levantamento fiscal, tendo em vista o suposto roubo dos livros e documentos fiscais e consequentemente dos DAEs correspondentes, e o autuado não comprova sua impugnação com quaisquer levantamentos ou documentos capazes de elidir a infração imputada. No que tange à infração 04, destaca que, também não houve contestação. Em relação à infração 05, assevera que os levantamentos fiscais foram elaborados com base nas notas fiscais requisitadas ao CFAMT e anexas ao processo às folhas 50, 53 a 105, 108 a 186, 190 a 236, 239 a 282, 284, 352 a 417, 419 a 420, 422 a 423, 425, 427 a 448, 582 a 714, 852 a 1099, 1238 a 1448, 1589 a 1665, 1839 a 1990, 2117 a 2120, todas relacionadas nos DEMONSTRATIVOS DE PAGAMENTO A FORNECEDORES - CFAMT, anexos às folhas 453 a 462 (2001); folhas 720 a 730 (2002); folhas 1106 a 1116 (2003); folhas 1459 a 1468 (2004); folhas 1710 a 1716 (2005) e folha 2044 (2006). Acrescenta que observou que muitas notas fiscais que constam destes demonstrativos também são provas das infrações 01, 02, 03 e 04, respectivamente. Argumenta que do Demonstrativo de Pagamento a Fornecedores referente ao exercício de 2006, constam apenas as notas fiscais 838863, 36634, 32908 e 108248 que estão anexas às folhas 2117 a 2120 e as notas fiscais 366813 e 432828 anexas às folhas 284 e 419/420 dos autos; e, portanto, não existem notas fiscais faltantes, principalmente em relação ao exercício de 2006. Afirma que o defensor não prova que os valores constantes das notas fiscais requisitadas ao CFAMT estão incluídos nas DMA's, bem como, não apresenta qualquer levantamento ou documento capaz de elidir esta infração. Com relação à infração 06, se refere à aplicação de penalidade por extravio de livros fiscais, prevista pela legislação fiscal no valor de R\$ 920,00 (novecentos e vinte reais) por cada livro extraviado, inutilizado, ou mantido fora do estabelecimento, em local não autorizado. No que concerne à infração 07, se refere à multa pelo extravio dos documentos fiscais, conforme prevê o RICMS/BA, sendo a penalidade prevista de R\$ 5,00 (cinco reais) por documento extraviado, até o limite de R\$ 4600,00 (quatro mil e seiscentos reais), que equivale a 920 documentos. Salienta que somente as notas fiscais requisitadas ao CFAMT e acostadas aos autos somam 1187 documentos, ultrapassando os limites fixados pelo regulamento, e somando-se as notas fiscais de saídas, duplicatas, reduções Z, documentos de despesas, cupons fiscais, correspondentes aos exercícios de 2001 a 2006, extrapolaria, certamente, os limites fixados por lei. Esclarece que não tem competência para se manifestar em matéria constitucional e que as penalidades foram aplicadas em consonância com dispositivo regulamentar. Finaliza, requerendo a procedência total do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, em relação às preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, rejeito todas elas, por considerar que não foram descumpridos os incisos I a IV do art. 18 do RPAF. Verifico que se encontram claramente identificados, os elementos necessários para determinar com segurança a infração, o infrator e o montante do débito tributário, consoante disposto no artigo do citado diploma legal. No corpo do Auto de Infração, estão descritos claramente os fatos considerados como ilícito tributário, e todos os anexos ao Auto de Infração, descritos pelo autuante, inclusive documentos e demonstrativos foram recebidos pelo próprio autuado. Não foram desobedecidos os princípios da legalidade e impessoalidade, alegados pelo impugnante, tendo em vista que a autuação está amparada na legislação pertinente.

Com relação à lavratura do Auto de Infração lavrado fora do estabelecimento do autuado, não há que se falar em nulidade por este fato, uma vez que o procedimento da autuante está em consonância com o artigo 39, § 1º, do RPAF, o qual transcrevo:

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

(...)

§ 1º O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição

fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

Ademais, o artigo 196 do CTN, equivocadamente citado pelo autuado, trata da obrigação da autoridade administrativa de, ao iniciar a fiscalização, registrar o começo do referido procedimento, lavrando o correspondente Termo de Início de Fiscalização, entregando-o ao contribuinte, e sempre que possível lavrar o referido Termo em um dos livros fiscais exibidos, fato observado pela autuante, conforme se verifica à folha 13 dos autos. Por conseguinte, não inexiste a necessidade de que a aludida fiscalização seja feita no estabelecimento do defendant

Quanto ao pedido de novo levantamento fiscal suscitado pelo autuado, retirando do demonstrativo os valores que não contém a respectiva nota fiscal colacionada ao Auto de Infração, indefiro, pois além dos elementos constantes do Auto de Infração serem suficientes para a formação do meu convencimento, nos termos do artigo do RPAF, as notas fiscais argüidas estão devidamente colacionadas no autos às folhas 288 a 349 e 352 à 417 e 419 a 420, e o defendant não aponta quais documentos fiscais não integram o presente PAF, aduzindo de forma genérica pedido de revisão fiscal.

No mérito, o Auto de Infração lavrado reclama ICMS relativo ao descumprimento de cinco infrações à obrigação tributária principal e duas penalidades por descumprimento de obrigação acessória.

Quanto à infração 01, verifico que o autuado não contestou a imputação exigida pela autuante. Por conseguinte, considero procedente a infração não impugnada por inexistência de controvérsias.

Com relação à infração 02, não acolho as alegações defensivas de ilegitimidade passiva, tendo em vista que pela análise dos demonstrativos relativos a esta infração (fls. 106/107, 187/188, 237/238, 270 e 283), observo que as mercadorias relacionadas estão submetidas ao regime de substituição tributária por antecipação, ou seja, inexistente acordo interestadual que obrigue a retenção do imposto devido pelo remetente das mercadorias. Portanto, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido relativo às operações subsequentes, pertence ao impugnante, nos termos do artigo 353, II do RICMS-BA, por se tratar de refrescos, calçados, néctares e outros.

Ademais, o artigo 352, § 3º e o artigo 125, § 1º, do mencionado diploma regulamentar, citado pelo defendant, apenas reforçam a minha convicção, pois, ambos tratam da responsabilidade por substituição tributária quando se constata a existência de Convênio ou Protocolo celebrados pelos Estados, como também a respectiva sub-rogação nos direitos e obrigações do contribuinte de fato.

Quanto ao Acórdão JJF, nº 0083-01/02, também não pode ser acolhido, uma vez que a mercadorias elencadas no Convênio 76/94 (medicamentos), cuja responsabilidade pela retenção do imposto devido por substituição é do remetente. Por conseguinte, julgo subsistente a infração imputada.

No que tange à infração 03, se refere à exigência do imposto por antecipação parcial e a autuante elaborou os demonstrativos relativos a esta infração às folhas 285/287, 350/351 e 418. Quanto ao argumento de que a autuante não deduziu a base de cálculo do imposto apurado a redução prevista no artigo 75 do RICMS-BA, não acolho, tendo em vista que o referido dispositivo trata da redução da base de cálculo de diversas mercadorias que não estão incluídas no levantamento fiscal levado a efeito pela autoridade administrativa. Também não acato as alegações defensivas de que a autuante não considerou os recolhimentos efetuados pelo impugnante, pelo simples fato de que não foram acostadas ao processo as provas dos pagamentos efetuados pelo autuado, através de Documento de Arrecadação Estadual (DAE), contendo o registro das notas fiscais coletadas no sistema CFAMT, cujo recolhimento do imposto devido tenha sido realizado. É importante lembrar que o artigo 123 do RPAF, assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e

demonstrativos referentes às suas alegações. Portanto, julgo procedente a imputação fiscal relativa a este item.

Concernente à infração 04, não posso acatar a alegação defensiva de que a irregularidade fiscal já havia sido exigida pelo Auditor Fiscal Paulo César Martins Santos em fiscalização anterior, como também que as fiscalizações através de monitoramentos, albergaram tal ilicitude fiscal. Verifico que o Auto de Infração lavrado pelo aludido Auditor Fiscal, não foi acostado aos autos pelo deficiente para comprovar a sua alegação. Ademais às folhas 29/30 do presente PAF, comprova que a fiscalização compreendeu apenas os exercícios de 1999 e 2000. Quanto aos monitoramentos realizados pela SEFAZ, sem resultados, esclareço que tal procedimento fiscal são verificações sumárias que não homologam exercícios, e o seu resultado indica apenas a indicação ou não para uma fiscalização vertical ou homologatória. Constatou, também que a autuante elaborou demonstrativos relativos a esta infração às folhas 421, 424 e 426. Portanto, julgo inteiramente procedente a acusação fiscal relativa a este item.

Com relação à infração 05, constato que a autuante demonstrou com planilhas elaboradas às folhas 449/462, 715/730, 1101/1116, 1454/1468, 1705/1717 e 2040/2045 a ilicitude fiscal cometida. Com relação aos argumentos suscitados em preliminar relativos e esta infração já foram devidamente apreciados. Observo também que todas as notas fiscais oriundas do CFAMT para constituição dos “pagamentos não declarados”, fazem parte deste processo, e especificamente ao exercício de 2006 argüido pelo deficiente estão acostadas às folhas 2117/2120, 284 e 419/420 dos autos. Quantos aos demais exercícios foi apensado ao PAF, às folhas 50, 53 a 105, 108 a 186, 190 a 236, 239 a 282, 284, 352 a 417, 419 a 420, 422 a 423, 425, 427 a 448, 582 a 714, 852 a 1099, 1238 a 1448, 1589 a 1665, 1839 a 1990, 2117 a 2120.

Entendo que as notas fiscais anexadas aos autos servem de prova material da aquisição das mercadorias nelas constantes, não cabendo simplesmente a alegação do autuado de que não as adquiriu. Houve a caracterização de presunção da ocorrência de saldo credor de caixa, previsto no inciso I do § 3º do artigo 2º do RICMS-BA, abaixo transcritos:

§ 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:

I - saldo credor de caixa;

II - suprimento a caixa de origem não comprovada;

III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

Da análise das peças processuais, constato que os remetentes são fornecedores habituais do autuado, as notas fiscais estão a ele endereçadas e as mercadorias adquiridas estão inseridas no rol de produtos comercializados pelo deficiente.

Observo que o levantamento fiscal está lastreado em notas fiscais relacionadas nos demonstrativos já mencionados, ressaltando-se que não houve a juntada de qualquer elemento pelo autuado para contrapor o levantamento fiscal, e a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada de provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações (art. 123 do RPAF/99). A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99).

Quanto a alegação defensiva de que as quantias sob a rubrica "PAGAMENTO À FORNECEDORES NÃO DECLARADOS - CFAMT", estão contidas na Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) do autuado, não acato, tendo em vista que se trata de exigência do imposto por presunção legal de saldo credor de caixa, e, portanto há a inversão do ônus da prova, cabendo ao autuado comprovar a improcedência da autuação, através de provas documentais e demonstrativos que indiquem que os valores declarados nas DMA's, incluíram as notas fiscais não registradas. Mantida a exigência fiscal.

Com relação à infração 06, verifico que a penalidade aplicada por descumprimento de obrigação acessória está prevista no artigo 42, XIV da Lei 7.014/96, com previsão de pagamento de R\$920,00 por livro extraviado, sendo constatado pela autuante o extravio de 30 livros fiscais, fato não contestado pelo autuado. Entretanto, entendo que a redação do referido artigo se refere a cada livro extraviado e pela descrição desta infração foram extraviados cinco livros fiscais. Por conseguinte, reduzo a multa aplicada para R\$ 4.600,00.

No que tange à infração 07, acato o protesto do autuado, uma vez que a autuante não apresentou nenhum demonstrativo que indicasse a quantidade de documentos extraviados, e não pode ser acolhida a argüição de que a quantidade de notas fiscais capturadas no sistema CFAMT superam em muito o limite máximo para fixação da multa aplicada no valor de R\$4.600,00, uma vez que para tais notas fiscais não pode ser alegada o seu extravio, pois o fundamento da autuação seria a falta de apresentação dos documentos fiscais, capitulada no inciso XX da Lei 7.014/96. Por conseguinte, julgo nulo este item da autuação e recomendo a autoridade competente a repetição dos atos a salvo de falhas e incorreções.

Quanto à aplicação das multas de 60% e 70%, considero corretas as penalidades aplicadas tendo em vista que as infrações cometidas pelo autuado são compatíveis com a previsão legal de penalidade por descumprimento de obrigação principal, sendo tipificadas nos artigo 42 II “b”, “d”, “f” e III da Lei nº 7.014/96.

Quanto à alegação de que a multa aplicada se constitui em confisco com base no artigo 150 IV da Constituição Federal, abstenho-me de apreciar esta alegação, por não estar incluída na competência desta Junta apreciar questionamento sobre constitucionalidade da norma tributária.

Do exposto, concluo, pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO N°	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE	582,26	-
02	PROCEDENTE	16.401,74	-
03	PROCEDENTE	14.139,92	-
04	PROCEDENTE	553,54	-
05	PROCEDENTE	345.868,94	-
06	PROCEDENTE EM PARTE	-	4.600,00
07	NULA	-	-
TOTAL		377.546,40	4.600,00

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 294888.0005/06-0, lavrado contra **COMÉRCIO DE CERAIS CURUPATI LTDA.** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor total de R\$377.546,40, acrescido das multas de 60% sobre R\$31.677,46, e 70% sobre R\$345.868,94, previstas nos artigos 42, II, “d” e “f”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$4.600,00**, prevista no art. 42, XIX, da mencionada Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2007.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA- PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – JULGADORA