

A. I. N ° - 110391.0024/08-8
AUTUADO - RMR AGROINDÚSTRIA, COMÉRCIO ATACADISTA, BENEFICIAMENTO E
EMPACOTAMENTO LTDA.
AUTUANTE - HÉLIO RAMOS MOREIRA
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 10.11.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0321-02/10

EMENTA: ICMS. 1. PAGAMENTOS NÃO CONTABILIZADOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Quando contribuinte do imposto efetua pagamentos mas não os contabiliza, esse fato denuncia que os pagamentos foram efetuados com recursos que não constam na contabilidade, ou seja, com receitas de origem não conhecida, e a lei autoriza que, em tal situação, se presuma que os recursos se referem a vendas de mercadorias anteriormente efetuadas e também não contabilizadas, ou seja, a empresa vendeu mercadorias sem Notas Fiscais, e, por conseguinte, sem pagamento do imposto. Infração caracterizada. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO DECLARADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. O autuado elidiu parcialmente a acusação. Infração parcialmente caracterizada. 3. PASSIVO FICTÍCIO. MANUTENÇÃO, NO PASSIVO, DE OBRIGAÇÕES JÁ PAGAS OU INEXISTENTES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Em face da constatação da existência, no Passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, a legislação autoriza a presunção de que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, e por conseguinte sem pagamento do imposto, a menos que seja feita prova da insubsistência da presunção. Infração caracterizada. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) CRÉDITO PRESUMIDO EM VALOR SUPERIOR AO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. Comprovado que o contribuinte utilizou crédito fiscal em valor superior ao previsto na legislação relativa as vendas de feijão para outras unidade da federação. Infração comprovada. b) FALTA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO AO CRÉDITO. Caberia ao sujeito passivo ter escritura o estoque, no livro Registro de Inventário excluídas do regime de :

Dec. nº. 9.547 de 20/09/2005 estabeleceu critérios para apropriação do crédito. Infração caracterizada. **c)** FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. É devido o estorno relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Infração caracterizada. **5.** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. Contribuinte comprovou regularidade no pagamento de parte do valor autuado. Infração parcialmente caracterizada. **b)** MATERIAL DE CONSUMO. Contribuinte não comprovou recolhimento do ICMS reclamado. Infração caracterizada. **6.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. **7.** LIVROS FISCAIS. FALTA DE ENCADERNAÇÃO. MULTA. Infração reconhecida. **8.** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. **9.** DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DADOS INCORRETOS. MULTA. Infração reconhecida. Não acolhidas as arguições nulidades. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/12/2008, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$292.789,78, em razão de:

- 1- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados, com ICMS devido no valor de R\$ 52.285,54.
- 2 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, com ICMS devido no valor de R\$ 30.795,51.
- 3 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, com ICMS devido no valor de R\$ 64.855,49.
- 4 - Utilizou crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor, com imposto devido no valor de R\$ 17.316,17.
- 5 - Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 78.888,85, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução.
- 6 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, com imposto devido no valor de R\$ 24.810,77.
- 7 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 12.965,48, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.
- 8 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 2.159,21, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento.

9 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 2.125,05, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no anexo 88.

10 - Escriturou livros fiscais sem prévia autorização, sendo aplicada multa no valor R\$ 1.820,00.

11 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, no valor de R\$4.207,71, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

12 - Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS, sendo aplicada multa no valor de R\$560,00.

O autuado apresentou defesa, fls. 807 a 835, após transcrever as infrações tece comentários relativos aos princípios da Verdade Material e o Principio da Inquisitorialidade.

Entende que as infrações 01, 02, 03, 04, 05, 09, 10, 11 e 12 são nulas.

Em relação as infrações 01, 02 e 03, aduz o lançamento não contém elementos suficientes para determinar com segurança e clareza o fato gerador, não existindo nenhum dispositivo legal que indique as descrições, devendo ser considerado NULO com base no disposto no Art. 18, IV “a” do RPAF/99.

Quanto as infrações 04 e 05, diz que a metodologia de cálculo utilizada pelo autuante não tem previsão na legislação em vigor.

Relativamente a infração 09, argumenta que para poder se defender o sujeito passivo necessita de todos os dados e elementos materiais para se defender, entretanto, o autuante não observou o disposto no art. 46 do RPAF/99.

No tocante a infração 10, assevera que o autuante não descreveu objetivamente a obrigação acessória supostamente não cumprida, não indicou quais livros fiscais teriam sido escriturados sem prévia autorização. Sem esta indicação não há elementos suficientes para determinação da suposta infração.

No que concerne a infração 11, afirma que houve cerceamento do direito de defesa, pelo fato da acusação ser contraditória e não ter sido comprovada por meio de documentação, pois deveria o autuante acostar ao processo às provas da acusação fiscal.

Alega que na infração 12 o autuante não apontou quais seriam estes dados e se seriam os mesmos dados em todas as DMA's objeto da autuação.

No mérito, entende as infrações 01, 02, 03, 04, 05, 09, 10, 11 e 12 são improcedentes, aduzindo os argumentos abaixo.

Infração 01 - é improcedente porque não haveria qualquer razão para omissão dos pagamentos, já que autuada possuía recursos comprovados para fazer frente a todos eles, o que poderia ser comprovado por uma diligência fiscal. Entende que não existe previsão legal capaz de possibilitar exigência do ICMS em função de pagamento não contabilizado ou pelo mesmo não foi indicado pela fiscalização. Requer a aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007.

Infração 02 – aduz que o ônus da prova, quanto à alegada aquisição de mercadorias detectadas por meio de Notas Fiscais coletadas pelo CFAMT, é do autuante que sequer trouxe ao processo que a autuada teria pago, ao remetente, pelas referidas mercadorias. Que a prova, como se sabe, cabe a quem alega e, no presente caso, é o fisco que está alegando que o contribuinte adquiriu tais mercadorias. Entende que a simples indicação, pelo fisco, dos dados de uma nota fiscal, não faz prova suficiente de que as respectivas mercadorias teriam sido adquiridas pelo sujeito passivo.

Aduz que acosta cópia da Nota Fiscal nº 1667 e do respectivo livro Registro de Entradas para comprovar que a mesma foi devidamente escriturada, sendo indevido a cobrança de R\$ 5.430,77 (R\$ 53.853,24 x 59,32% x 17%), se adotada a mesma metodologia de cálculo da fiscalização.

Argumenta que houve falta de observância, pelo autuante, do princípio da Não-Cumulatividade do ICMS, art. 155 § 2º, inciso I da Carta Magna, pois a fiscalização deveria ter concedido os créditos das referidas notas fiscais objeto da autuação, requerendo a realização diligência para apuração do valor do crédito.

Requer a aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007.

Infração 03 – alega que os demonstrativos elaborados pela fiscalização sequer apontam, ou numa situação (obrigações já pagas) ou na outra (obrigações inexistentes), quais os documentos (representativos das obrigações assumidas pela empresa junto a terceiros/fornecedores) que estariam compaginados às mesmas. Alegou ainda que a metodologia utilizada pelo autuante, para tentar comprovar uma “manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes” não tem previsão legal, se o tem, então o autuante não indicou em que dispositivo de lei estaria prevista esta metodologia, além também de não servir para o fim imaginado pelo preposto fiscal.

Entende que, para afirmar que um valor da Conta Fornecedor representaria uma manutenção, no passivo, de uma obrigação já paga, seria necessário que o autuante trouxesse aos autos a comprovação de ocorrência deste pagamento. Para afirmar que ocorrência de manutenção, no passivo, de obrigação inexistente, necessário seria comprovar que a empresa nunca contraiu a obrigação em questão. Todavia, o autuante não comprova nem uma coisa nem outra.

Requer a realização de diligência e aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007.

Salienta que no demonstrativo da fiscalização foi apurado um ICMS no valor de R\$19.961,91, exercício 2006, entretanto, o autuante transportou para o Auto de Infração o valor equivocado de R\$29.646,69.

Infração 04 – Frisa que o levantamento não considerou o princípio da não cumulatividade em função de desprezo de valores creditados a menos nos meses de junho/06 e outubro/06, uma vez que, considerando a metodologia do fisco, o contribuinte creditou-se do valor de R\$ 1.246,00, quando teria direito, conforme a metodologia adotada pelo autuante, ao valor de R\$ 3.594,24 (creditou-se a menos de R\$ 2.348,24); da mesma forma, no mês de outubro/06, apesar de o contribuinte não ter se creditado de qualquer valor, faria jus a um crédito fiscal de R\$ 501,37, se aceita como correta a metodologia criada pelo preposto fiscal. Adotado este procedimento, o imposto da infração 04, se devido, ficaria reduzido ao monte de R\$ 14.466,56, conforme planilha à folha 828 dos autos.

Infração 05 – Destaca que o autuante cobrou imposto por dois motivos. O primeiro respeito ao estorno de crédito fiscal referente ao FEIJÃO (R\$32.875,57), que o contribuinte estaria obrigado a fazer, conforme Decreto nº 9.733/05, o qual reduziu a base de cálculo em 100%, não apresentando nenhum questionamento. O segundo motivo refere-se aos valores dos créditos fiscais nas aquisições de “Película, Filme e Sacos utilizados no empacotamento do Feijão vendidos neste Estado (R\$ 32.875,57), os quais no entendimento do preposto fiscal, também deveriam ser estornados. Questionou o segundo motivo da infração, alegando que o autuante utilizou uma metodologia não prevista em lei para apurar o ICMS exigido. E, para que o autuante pudesse afirmar que estas mercadorias (película, filme e sacos) eram utilizadas exclusivamente para empacotamento de feijão precisaria ele ter feito um levantamento quantitativo das mesmas, ou qualquer outra espécie de demonstração que ele entendesse suficiente para comprovar o fato argüido.

Infração 06 – Entende que o autuante não discorda do direito de o a das mercadorias que deixaram o regime de substituição tributária

fiscalização é, simplesmente, a falta da demonstração do estoque dessas mercadorias para apuração do valor que o contribuinte fazia jus. Neste sentido, apresenta Relatórios acostados ao PAF fls. 878 e 879 e afirma que restou comprovada a improcedência da autuação.

Infração 07 – Diz que o imposto no valor de R\$ 1.091,40, devido relativo a Nota Fiscal nº 42.545, foi escriturado e recolhido, conforme documento que acosta (Anexo 06), frisando que na época a diferença era escriturado no próprio livro RAICMS. Não questionando as demais notas fiscais.

Infração 08 - Afirma não cabe incidência do ICMS a título de diferença de alíquotas nas aquisições através das Notas Fiscais nºs. 88516 e 91660, nos valores respectivos de R\$ 160,25 e R\$ 94,70, com data de emissão de 09/01/2004 e 28/04/2004, visto que as mesmas tratam de prestação de serviços gráficos. Não questionando as demais notas fiscais.

Infração 12 – Reitera que ficou impedido de contestar o teor da acusação fiscal, pelo fato de a mesma não ter sido clara. Argumenta que a multa aplicada seria no valor de R\$ 140,00, conforme artigo 42, XVIII, “c”, da Lei nº 7.014/96.

Prosseguindo, apresenta quesitos para serem respondido pela diligência a ser realizada por fiscal estranho ao feito.

Ao finalizar, requer nulidade ou improcedência da autuação.

O autuante, ao prestar a informação fiscal, fez um resumo da defesa e chama atenção que o art. 142 do Código Nacional, informa e define o procedimento administrativo do lançamento, consubstanciando numa série de atos jurídicos sucessivos, objetivando uma única finalidade, ou seja, cada ato que segue pressupõe os anteriores e prepara o seguinte. Quer isto dizer que a relação procedimental tributária, ou seja, o lançamento traduz sem possibilidades de contornos:

- a) – no dever da autoridade fiscal de conhecer, concretamente, as hipóteses passíveis de imposição determinando, em consequência, o valor devido;
- b) – proceder o lançamento com base nos dados concretamente detectados;
- c) – expedir para o sujeito passivo o respectivo aviso de lançamento (intimação e/ou notificação)

Assevera que esse foi o procedimento do autuante para garantir os interesses recíprocos do Estado e do sujeito passivo da obrigação.

Salienta que o auto de infração foi emitido através do sistema oficial de processamento eletrônico de dados da Secretaria contendo todos os requisitos do Art. 39 do RPAF/BA, bem como o art. 41 do mesmo regulamento, tendo acostados as seguintes provas:

- a) Relatório para efeito de conferência e manifestação do resultado preliminar da Auditoria realizada, fls. 17 a 21.
- b) Fotocópia do pedido de prorrogação para corrigir as inconsistências dos Arquivos Magnéticos protocolado em 18/12/2008, nº. SIPRO – 278887-2008-6.
- c) Fotocópias DMAS Consolidadas 2003 a 2006.
- d) Fotocópias do Diário 2003-2004-2005 e 2006. Fls.644/805
- e) Fotocópia do Balanço Patrimonial – 2003 – fls. 673/674
- f) Fotocópia do Balanço Patrimonial – 2004 – fls. 697/698
- g) Fotocópia do Balanço Patrimonial – 2005 – fls.723/724
- h) Fotocópia do Balanço Patrimonial – 2006 – fls. 803/804
- i) Fotocópias do Registro de Apuração do ICMS – 2003-2004-2005 e 2006. fls. 496/628
- j) Fotocópias do Registro de Inventario -2003-2005 e 2006.
- k) Fotocópias das Notas Fiscais solicitadas à BAVIERA-fls. 47/5
- l) Fotocópia da Nota Fiscal solicitada a VOLVO - fls. 40

- m) Notas Fiscais capturadas pelo CFAMT.
- n) Notas Fiscais encontradas na Pasta e Não registradas.
- o) Fotocópias das DMAs indicando as inconsistências-fls. 463/495.
- p) Relatórios dos Demonstrativos e dos Levantamentos elaborados pelo fiscal autuante demonstrando de forma cristalina a metodologia e o critério adotado para determinação do fato argüido.
- q) Fotocópias dos Carnês de Pagamentos dos Veículos - fls.54/215

Esclarece que após solicitação das provas junto às empresas BAVIERA e VOLVO a autuada apresentou as Notas Fiscais de compras de seis caminhões acompanhadas dos carnês de pagamentos, com relação a Volvo, apenas os pagamentos e argumentou que embora não contabilizados adquiriu mediante consórcios.

Aduz que, feitas estas considerações introdutórias passaremos a enfrentar as Razões de Defesa seguindo a ordem das infrações levando em conta que a autuada impugnou totalmente o Auto de Infração.

No que diz respeito as preliminares de nulidades argüida na impugnação em questão, ou seja, as de nºs. 01, 02, 03, 04, 05, 09, 10, 11 e 12, não se configuram, conforme demonstraremos a seguir:

1º) O autuante cumpriu literalmente ao disposto no art. 142 do Código Tributário Nacional, qual estabelece que o lançamento requer prova segura da ocorrência do fato gerador do tributo, cabendo à fiscalização realizar as inspeções necessárias para obtenção dos elementos de convicção e certeza indispensáveis à constituição do crédito tributário. E, no caso concreto restou comprovado a metodologia e o critério de apuração de forma segura da ocorrência do fato gerador do ICMS exigido.

2º) Cumpriu rigorosamente com o disposto nos arts. 18, 28, 39 e 46 do RPAF/BA. Portanto não há que se falar que o lançamento não contém elementos suficientes para determinar com segurança e clareza, o fato gerador, sequer existe eventuais incorreções ou omissões.

3º) O auto contém elementos suficientes para determinar com segurança, a infração e o infrator; contém a descrição dos fatos de forma clara, precisa e sucinta; contém todos os relatórios dos levantamentos elaborados pelo autuante e todas as provas necessárias à demonstração do fato argüido, basta um simples cotejo do processo para provar o que aqui está dito.

4º) Na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, foram entregues todas as cópias de todos os demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto, inclusive dos elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros de que porventura o contribuinte não disponha (CFAMT).

Observa que o autuante demonstrou a metodologia e o critério para determinar a Base de Cálculo e o ICMS devido com base na Instrução Normativa 56/2007, Arts. 97, I, “a” e “b” e 100, I e II, RICMS/BA. Aplicando literalmente a proporcionalidade prevista na norma acima citada, especialmente a proporcionalidade prevista nos itens 1 e 4 da Instrução Normativa nº. 56/07. Que assim dispõe:

Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:

I -

a) não forem tributadas ou forem isentas do imposto, sendo essa circunstância previamente conhecida;

*b) forem tributada com redução de base de cálculo, i
será proporcional à redução, o grifo é da informação*

Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços e elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

I – Forem objeto de operação ou prestação subsequente isenta ou não tributada, sendo essa circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

II – Forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução; o grifo é da informação.

Assevera que o lançamento foi precedido de encaminhamento ao contribuinte autuado dos Relatórios para efeito de conferência e pronunciamento, consoante documento acostado ao PAF, fls. 17/21. Esclarece que a autuada comprovou apenas duas ocorrências.

Reitera que, no caso concreto restou comprovado a metodologia e o critério de apuração de forma segura da ocorrência do fato gerador do ICMS exigido, não tendo fundamento as arguições de nulidade.

No mérito, com relação às razões de impugnação da infração 01, originada da falta de contabilização das Notas Fiscais de compras dos seguintes veículos:

AQUISIÇÃO DE BENS MEDIANTE - CONSORCIO	
a)	N.F. nº. 64782 Caminhão Volkswagen – fls. 47 PAF - R\$ 62.990,00
b)	N.F. nº. 64783 Caminhão Volkswagen – fls. 48 PAF - R\$ 62.990,00
c)	N.F. nº. 64784 Caminhão Volkswagen - fls 49 PAF - R\$ 75.990,00
d)	N.F. nº. 66652 Caminhão Volkswagen – fls. 50 PAF - R\$ 83.900,00
e)	N.F. nº. 66655 Caminhão Volkswagen – fls. 51 PAF - R\$ 64.000,00
f)	N.F. nº. 66656 Caminhão Volkswagen – fls. 52 PAF - R\$ 86.000,00
g)	N.F. nº. 117074 Volkswagen/FOX – fls. 53 PAF - R\$ 26.888,22
h)	N.F. nº. 167261 Caminhão VOLVO – fls. 40 PAF - R\$ 226.000,00

Não se configuram, pois, a exigência do pagamento do imposto decorrente de pagamentos não registrados, está embasada no princípio legal da presunção de ocorrência de operações tributáveis sem o pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção (art. 2º, § 3º, V do RICMS/BA.). E, mais o auto de infração se encontra revestidos das formalidades consoante levantamentos acostados ao PAF, fls. 28 a 38, provas fls.39 a 215.

Quanto à alegação que possuía recursos comprovados para fazer frente a todos eles, é pura criação mental da impugnante, pois, o balanço encerrado em 31/12/2004, transcrito no Diário nº.02 registrado na JUCEB sob nº. 05/005265-9 fls.697, consta na conta gráfica CAIXA/BANCOS - saldo em 31/12/2004 - R\$ 25.916,21. Quanto ao Balanço encerrado em 31/12/2006, transcrito no Diário nº.04 registrado na JUCEB sob nº.07/015596-8, fls.804, consta na conta gráfica CAIXA/BANCOS – saldo em 31/12/2006 – R\$ 19.466,48, como se trata de pagamentos não contabilizados. É de se perguntar: O saldo acima é suficiente para pagar as omissões de pagamentos comprovados de forma incontestável pelo autuante? É de se perguntar: Onde estão os recursos ditos comprovados pela impugnante?

Com relação às razões de impugnação da infração 02, diz que não se configuram, pois, a exigência do pagamento do imposto decorrente de entradas de mercadorias não registradas está embasada no princípio legal da presunção da ocorrência de operações tributáveis sem o pagamento do imposto, a menos que o contribuinte autuado comprove a improcedência da presunção (art. 2º, § 3º, IV do RICMS/BA.). E, mais, o auto de infração formalidades legais consoante levantamentos elaborados pelo

fotocópias das notas fiscais indispensáveis para os esclarecimentos dos fatos narrados no auto todos fornecidos à impugnante, fls. 217, 224 e 231, provas, fls. 218 a 223 – 225 a 230 – e 232 a 242. Chama atenção que as reiteradas decisões desse Colendo Conselho no sentido que notas fiscais capturadas nos Postos Fiscais no itinerário do destinatário constituem provas suficientes da aquisição das mercadorias. Quanto à alegação da inobservância do princípio constitucional da não cumulatividade insculpido na Carta Magna, não foi concedido o crédito por falta de previsão regulamentar, vez que em direito tributário não pode haver interpretação extensiva sem previsão legal.

Com relação às razões de impugnação da infração 03, diz que não se configuram, pois, a exigência do pagamento do imposto decorrente da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes está embasada na presunção legal da ocorrência de operações tributáveis sem o pagamento do imposto, a menos que o contribuinte autuado comprove a improcedência da presunção (art. 2º, § 3º, III do RICMS/BA.). E, mais, o auto de infração se encontra revestido das formalidades consoante levantamentos elaborados pelo autuante indispensáveis para os esclarecimentos dos fatos narrados no auto todos fornecidos à impugnante, fls.245/254, demonstrando: Exercício – 2004 - A) Saldo da Conta Fornecedores em 31/12/2004 - R\$390.070,37 fls.245. B) (Menos) Duplicatas apresentadas pela autuada em comprovação do saldo conta Fornecedores em 31/12/2004 – na quantia de R\$ 52.026,67, devidamente relacionadas no Relatório fls.248 a 250, C) Saldo da conta fornecedores não comprovados R\$ 338.043,70, fls. 245. Exercício – 2006 - A) - Saldo da Conta Fornecedores em 31/12/2006 - R\$ 1.762.136,32, fls. 247. B) (Menos) Duplicatas apresentadas pela autuada em comprovação do saldo conta Fornecedores em 31/12/2006 – na quantia de R\$ 808.671,49, devidamente relacionada no Relatório fls.251 a 254, C) Saldo da Conta Fornecedores não comprovados R\$ 953.464,83, fls. 247.

Com relação às razões de impugnação da infração 04, diz que não se configuram, pois o feijão destinado à outra Unidade da Federação é tributado integralmente, e, para compensar o imposto, o autuado lançou a título de outros créditos diversos valores, porém, não apresentou memória de cálculo demonstrando a metodologia e o critério para chegar aos valores lançados. Que fez o autuante? Elaborou demonstrativo indicando a metodologia e o critério para determinar a proporcionalidade das saídas destinadas a outras Unidades da Federação e com base no índice encontrado foi calculado o crédito do ICMS sobre as entradas destinadas a outra Unidade da Federação, consoante demonstrativos fls. 262 a 297, pois bem, como a autuada alega que creditou a menos nos meses de junho/06 e outubro/06, demonstre e requeira restituição nos termos do arts. 93, VIII, IX, 112, 113 do RICMS/BA, combinado com os arts. 73 e 74 do RPAF/BA.

Com relação às razões de impugnação da infração 05, diz que não se configuram, uma vez que o lançamento refere-se a estoque de FEIJÃO existente em 22/12/05 e diz respeito ao estorno de crédito fiscal, face ao Decreto nº. 9.733/05, porém, antes foi examinado através dos Arquivos Magnéticos apresentados à SEFAZ a ocorrência de vendas de película, filme e sacos. Após, análise restou comprovado inexistência de operação de vendas dos citados produtos, consoante demonstrativos fls. 299 e 301 a 330 e provas doc. Fls. 332 a 404, vale esclarecer, que a própria autuada informou que os citados produtos são utilizados na embalagem do feijão. Portanto é de se perguntar: Porque a defesa não anexou provas de vendas de película, filme e sacos? Sequer juntou por amostragem algumas notas.

Com relação às razões de impugnação da infração 06, também diz que não se configuram, pois cumpria a autuada levantar o Estoque em 30/09/2005, escriturar no Registro de Inventário, até porque o Dec. nº. 9.547 de 20/09/2005 estabeleceu critérios para apropriação do crédito relativo ao estoque das mercadorias excluídas do regime de Substituição Tributária, as cópias do Registro de inventario carreada ao processo fls. 636/639 e demonstrativo carreado ao PAF fls.406, os quais comprovam o que aqui está dito, Salvo melhor, interpretação desse ~ ~

Com relação às razões de impugnação da infração 07, configura-se parcialmente, posto que, primeiro forneceu ao autuado os levantamentos fls. 408 e 412, segundo acostou as provas fls. 409, motivo pelo qual recomenda a exclusão do lançamento referente à nota fiscal nº. 42545, consequentemente do diferencial de alíquota na quantia R\$1.091,40, face à prova acostada ao processo, fls.882, reduzindo para R\$11.874,08.

Com relação às razões de impugnação da infração 08, não se configuram, pois, é devido diferencial de alíquota no momento da entrada, no estabelecimento da autuada, de mercadorias ou bens, especialmente que no presente caso consistem, em materiais de uso e consumo, incidindo a diferença de alíquota nas aquisições interestaduais (art. 1º. § 2º, IV e art. 5º, I – RICMS/BA.), consoante levantamentos acostados fls. 414 a 420.

Com relação à infração 09, embora a autuada não tenha defendido no mérito, o lançamento decorre da aquisição em outro Estado de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária mediante Nota Fiscal nº. 41366, acostada ao PAF, fls. 423, demonstrativos carreado ao PAF, fls. 422.

Com relação à infração 10, embora a autuada não tenha defendido no mérito, o lançamento decorre da falta de encadernamento e autenticação dos Livros fiscais (Entradas, Saídas, Apuração do ICMS, Registro de Inventário). Esclarece que, mesmo intimado a cumprir o disposto no art. 317/RICMS-BA., para efeito de autenticação, ainda assim não cumpriu ao solicitado mediante intimação carreada ao processo fls. 17 a 21.

Com relação à infração 11, embora a autuada não tenha defendido no mérito, o lançamento decorre vendas efetuadas a contribuintes não inscritos como dispõe o art.; 353, do RICMS/BA.

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

I - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes, no caso de tê-las recebido sem o recolhimento antecipado do imposto.

Esclarece que na intimação acerca da lavratura do Auto de Infração foi fornecido cópias dos demonstrativos e levantamentos elaborados pelo autuante indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto, fls. 427 a 461.

Com relação às razões de impugnação da infração 12, também não se configuram, pois bem, embora a autuada tenha declarado incorretamente DMAs de diversos meses dos exercícios de 2003, 2004, 2005, quanto ao exercício de 2006 apenas o mês de outubro, a multa aplicada não foi por cada DMA, declarada incorretamente, o lançamento ocorreu de acordo com a Legislação Estadual aplicável ao caso, ou seja, a multa aplicada foi por cada exercício, consoante fotocópias das DMAs acostada ao PAF, fls. 463 a 495.

Ressalta que, considerando que a defesa apenas discorreu sobre Legislação não associando ao caso em concreto para demonstrando que a metodologia adotada pela autuada para determinar os créditos lançados estão em conformidade com a legislação e que não acostou ao processo provas das suas alegações tais como sejam: A) prova que possuía recursos comprovados para fazer frente aos pagamentos; B) Queixa crime contra os remetentes das mercadorias-CFAMT; C) Cópias das duplicadas referentes aos Fornecedores em 31/12/2004 e 31/12/2006, Certidões de Protesto; Declaração dos Fornecedores que os títulos encontram-se em abertos; Fotocópias de Devolução de mercadorias relacionadas aos fornecedores; D) Relatórios demonstrando a metodologia e o critério para determinar os valores lançados a títulos de Outros Créditos; E) Cópias por amostragem de Vendas de película, filme e sacos. Considerando que em direito não se alega prova. Considerando que em direito tributário não pode haver intencionalidade para concluir que a impugnação visa procrastinar o andamento do processo.

Ao finalizar, opina pela manutenção parcial da autuação, compelindo o contribuinte a recolher aos cofres do Estado a quantia de R\$ 291.698,38, acrescidos de juros, multas e atualização monetária. Dando-se pela improcedência da quantia de R\$ 1.091,40, referente à Infração 07.

O autuado, fls. 916 e 917, reconheceu a procedência integral das infrações 09, 10, 11 e 12, e parcialmente em relação as infrações 02 e 04.

A Coordenação Administrativa do CONSEF, fls. 897 a 898 e 915, acostou extrato do SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – Detalhamento de Pagamento PAF, constando o pagamento do valor histórico de R\$ 46.494,33.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente de 12 (doze) infrações.

O autuado, fls. 916 e 917, reconheceu a procedência integral das infrações 09, 10, 11 e 12, e parcialmente em relação as infrações 02 e 04, estando acostado aos autos extrato do SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – Detalhamento de Pagamento PAF, constando o pagamento do valor histórico de R\$ 46.494,33, acostado pela Coordenação Administrativa do CONSEF.

Assim, a lide no caso presente encontra-se restrita as infrações 01, 02, 04, 05, 06, 07 e 08 as quais passo a analisar.

Inicialmente afasto as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, pelas razões que passo a expor.

O Auto de Infração foi lavrado mediante Sistema Informatizado da Secretaria da Fazenda, no qual encontram-se previamente definida pela Administração Tributária Estadual as descrições da infrações, o infrator, as datas de ocorrências dos fatos geradores, os valores apurados e os dispositivos infringidos e das multas aplicadas, não cabendo a alegação defensiva de falta de segurança e clareza, não havendo nenhuma contradição como alegou a defesa.

Também não pode ser acolhido o pedido de nulidade sob o argumento de que o procedimento fiscal foi ao arrepio da lei, em relação as infrações 01, 02 e 03, uma vez que nesta situação, determina o art. 2º, § 3º, III, IV e V, do RICMS/97, ao tratar do momento da ocorrência do fato gerador, que se presume a ocorrências de operações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes; entradas de mercadorias ou bens não registradas e pagamentos não registrados, além outras hipóteses.

Devo ressaltar que o sujeito passivo ao ser intimado acerca da lavratura do Auto de Infração, recebeu cópias de todos os demonstrativos e levantamentos elaborados durante ao procedimento de auditoria tributária, inclusive dos elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros, como as notas fiscais obtidas mediante Sistema CFAMT.

Nos demonstrativos encontram-se demonstradas as metodologias e os critérios para determinar a base de cálculo e o ICMS de cada um das infrações, inclusive a aplicação da Instrução Normativa 56/2007, a qual determina proporcionalidade na apuração da base de cálculo.

Observei, ainda, que o preposto fiscal, antes da lavratura do Auto de Infração, encaminhou ao contribuinte autuado os Relatórios da Fiscalização para efeito de conferência e pronunciamento, conforme documento acostado ao PAF, fls. 17/21.

Por tudo o acima exposto, restou comprovado que a fiscalização procedeu de forma correta, atendendo aos dispositivos legais, demonstrando de forma clara e segura as infrações, o infrator, os fatos geradores, os valores devidos e acostou aos autos os demonstrativos e provas, inclusive notas fiscais do sistema CFAMT, e entregou todos os elementos :

passivo exercesse amplamente seu direito de defesa, não visualizado nenhuma causa de nulidade no Auto de Infração em tela.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

No mérito, na infração 01 é imputado ao autuado ter omitido saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de pagamentos não registrados.

Também não pode ser acolhido o pedido de nulidade sob o argumento de que o procedimento fiscal foi ao arrepio da lei, em relação as infrações 01, 02 e 03, uma vez que nesta situação, determina o art. 2º, § 3º, III, IV e V, do RICMS/97, ao tratar do momento da ocorrência do fato gerador, que se presume a ocorrências de operações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes; entradas de mercadorias ou bens não registradas e pagamentos não registrados, além outras hipóteses.

O argumento defensivo de que não existe previsão legal para a autuação já foi afastado quando da análise das preliminares de nulidade, pois existe previsão legal para o caso específico, conforme consta do Artigo 2º, § 3º, inciso V, do RICMS/97, *in verbis*:

§ 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:

...

V - pagamentos não registrados.

Trata-se de uma presunção que admite que o contribuinte comprove a improcedência da presunção. É uma presunção relativa, ao qual compete o ônus de elidí-la

A infração encontra-se embasa nos levantamentos acostados às folhas 28 a 38, os quais foram entregue ao autuado, enquanto as provas da infração encontram-se às folhas 39 a 215.

Entretanto, apesar de ter sido intimado antes da informação fiscal e posteriormente com a ciência da autuação, o contribuinte simplesmente alegou de tinha recursos financeiros para fazer frente aos pagamentos, sem apresentar qualquer prova de sua alegação.

O art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Ademais, como bem ressaltou o autuante em sua informação fiscal, a alegação que possuía recursos comprovados para fazer frente a todos os *pagamentos não registrados*, não se comprova ante as provas acostadas aos autos. O balanço encerrado em 31/12/2004, transcrito no Diário nº.02 registrado na JUCEB sob nº. 05/005265-9 fls.697, consta na conta gráfica CAIXA/BANCOS - saldo em 31/12/2004 - R\$ 25.916,21. Quanto ao Balanço encerrado em 31/12/2006, transcrito no Diário nº.04 registrado na JUCEB sob nº.07/015596-8, fls.804, consta na conta gráfica CAIXA/BANCOS – saldo em 31/12/2006 – R\$ 19.466,48, como se trata de pagamentos não contabilizados. Tais fatos, comprovam o acerto da acusação fiscal.

Logo, entendo que a infração em tela restou caracterizada.

Na infração 02 é imputado ao autuado ter omitido saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

A infração encontra-se embasada nas cópias das notas fiscais coletadas pelo CFAMT - Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito, as quais foram entregues ao sujeito passivo, fls. 217, 224 e 231, e foram acostadas aos autos às folhas fls. 218 a 223 – 225 a 230 – e 232 a 242, lastreando a acusação, assim como os demonstrativos elaborados pelo autuante, e ao sujeito passivo foram dadas todas as oportunidades para sua livre manifestação, antes da autuação e posterior, durante o prazo de defesa, entretanto, assim como na infração anterior, o impugnante simples negou o cometimento da infração, sem apresentar qualquer elemento de prova.

Ressalto que a jurisprudência consolidada desse Conselho de Fazenda, em seus diversos acórdãos sobre o tema, a exemplo do ACÓRDÃO Nº 0098-11/09, firmou o entendimento de que a via da nota fiscal obtida nos Postos Fiscais no itinerário do destinatário mediante o sistema CFAMT é prova cabal da aquisição das mercadorias por parte do destinatário ali indicado, não sendo necessário a busca de mais nenhuma prova por parte do fisco.

Quanto a alegação defensiva de que teria direito a crédito fiscal, o mesmo não pode ser acolhido por falta de previsão legal. Cabe ressaltar que, o que foi autuado por presunção foram as saídas anteriores, conforme Artigo 2º, § 3º, inciso IV, do RICMS/9, não se podendo falar em abatimento de crédito fiscal.

Em relação a arguição de inconstitucionalidade, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

No tocante a Nota Fiscal nº 1667, entendo que deve ser acolhido o argumento defensivo de que a mesma estaria registrada no livro Registro de Entradas, uma vez que a defesa acostou cópia do referido livro à folha 855 a 858, devendo ser excluído da autuação o valor de R\$ 5.430,77, relativo ao fato gerador ocorrido em 31/12/2005, o qual fica reduzido de R\$ 16.102,65 para R\$ 10.671,88.

Assim, feita a exclusão do valor acima indicado, a infração 02 restou parcialmente caracterizada no valor R\$ 25.364,74, conforme abaixo, valor que foi reconhecido e paga pelo sujeito passivo, fls. 916 e 917, extrato de pagamento do SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, fls. 897 e 898:

INFRAÇÃO	DATA	
2	31/12/03	8.284,06
2	31/12/04	6.408,80
2	31/12/05	10.671,88
TOTAL 2		25.364,74

Na infração 03 é imputado ao autuado ter omitido saídas de mercadorias tributáveis apurada através de manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes.

Mais uma vez estamos diante de uma presunção legal, prevista no art. 2º, § 3º, inciso III, do RICMS/97, *in verbis*:

§ 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:

...

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

Na leitura do dispositivo acima transcrito, resta clara a que norma legal não faz qualquer diferença se a auditoria tributária apurou *obrigações já pagas* ou *inexistentes*, não podendo ser acolhido o argumento defensivo de falta de previsão legal para o procedimento fiscal.

Vale ressaltar, mais uma vez, que a infração se encontra embasada no levantamentos elaborados pelo autuante indispensáveis para os esclarecimentos dos fatos narr à impugnante fls. 245/254, demonstrando:

Exercício – 2004 - A) Saldo da Conta Fornecedores em 31/12/2004 - R\$ 390.070,37 fls.245. B) (Menos) Duplicatas apresentadas pela autuada em comprovação do saldo conta Fornecedores em 31/12/2004 – na quantia de R\$ 52.026,67, devidamente relacionadas no Relatório fls.248 a 250, C) Saldo da conta fornecedores não comprovados R\$ 338.043,70, fls. 245.

Exercício – 2006 - A) - Saldo da Conta Fornecedores em 31/12/2006 - R\$ 1.762.136,32, fls. 247. B) (Menos) Duplicatas apresentadas pela autuada em comprovação do saldo conta Fornecedores em 31/12/2006 – na quantia de R\$ 808.671,49, devidamente relacionada no Relatório fls.251 a 254, C) Saldo da Conta Fornecedores não comprovados R\$ 953.464,83, fls. 247.

Saliento que o autuado, apesar de devidamente intimado, antes e depois da lavratura do Auto de Infração, não apresentou nenhum documento para elidir a presunção.

Quanto a alegação defensiva de que no demonstrativo da fiscalização foi apurado um ICMS no valor de R\$19.961,91, exercício 2006, entretanto, o autuante transportou para o Auto de Infração o valor equivocado de R\$ 29.646,69, o mesmo não pode ser acolhido, pois o valor consignado no auto foi o efetivamente apurado no papel de trabalho acostado à 247 dos autos, o qual o contribuinte recebeu uma cópia.

Logo, a infração 03 restou caracterizada.

Na infração 04 é imputada a utilização de crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor.

Em sua peça defensiva o impugnante não questiona o mérito da infração, requerendo, apenas, que fossem abatidos os valores que alega ter recolhido a maior nos meses de junho/06 e outubro/06, o que resultaria da redução do valor autuado de R\$ 17.316,17 para R\$14.466,56.

Inicialmente devo ressaltar que os meses questionados pela defesa não foram objeto da autuação. Ademais, o argumento defensivo não pode ser acolhido, uma vez que havendo recolhimento a maior, devidamente comprovado, o contribuinte deve proceder na forma prevista nos artigos 73 a 83 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, os quais tratam da restituição de indébitos, não podendo ser objeto de compensação nos autos do presente PAF, por falta de previsão legal.

Logo, a infração 04 restou caracterizada.

Na infração 05 é imputado ao contribuinte ter deixado de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 78.888,85, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução.

Parte do estorno do crédito fiscal refere-se ao estoque de FEIJÃO existente em 22/12/2005, decorrente da redução da base de cálculo do ICMS em 100%, conforme Dec. 9.733/2005, conforme relatório acostado aos autos, no valor R\$ 32.875,57, fato gerador de 31/12/2005, valor que o contribuinte reconhece com devido, não havendo dúvida quanto o acerto da ação fiscal.

O segundo motivo da autuação, fatos geradores de maio a dezembro de 2006, refere-se aos valores dos créditos fiscais nas aquisições de Película, Filme e Sacos utilizados no empacotamento do Feijão vendidos neste Estado, que segundo a defesa não estaria relacionado a comercialização de FEIJÃO.

O argumento defensivo não pode ser acolhido, uma vez que a defesa não apresentou nenhuma prova para sustentar sua alegação defensiva, tendo apenas alegado que seria necessário a realização de um levantamento quantitativo, o que no meu entender não tem qualquer pertinência, pois o roteiro de auditoria de estoque não é o procedimento indicado para caracterização da utilização do crédito indevido. O roteiro próprio para tal fim é o roteiro que foi aplicado pela fiscalização, qual seja, a auditoria dos créditos fiscais

Devo ressaltar que, somente a Administração Tributária, ou seja, o sujeito ativo da relação tributária, tem a competência privativa de definir como serão realizados os procedimentos fiscais visando verificar se os contribuintes estão recolhendo os tributos devidos. Assim, somente cabe a Administração Tributária do Estado da Bahia definir que qual o roteiro será realizado pela fiscalização. Em hipótese alguma, poderia se entender que caberia ao contribuinte, sujeito passivo, definir como, onde ou qual seria a forma do Estado realizar sua fiscalização.

A fiscalização, após analisar os créditos utilizados pela impugnante comprovou inexistência de operação de vendas dos citados produtos, conforme demonstrativos fls. 299 e 301 a 330 e provas acostada às folhas 332 a 404, a própria empresa autuada informou que os citados produtos são utilizados na embalagem do feijão.

A defesa não acostou nenhuma prova de que revende película, filme e sacos. Portanto, toda aquisição desses produtos são utilizados na embalagem do feijão, estado sujeitos a aplicação das normas do Dec. 9.733/2005, devendo efetuar o estorno de crédito fiscal do ICMS, cujas saídas subsequente ocorrem com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução.

Na infração 06 é imputado ao sujeito passivo ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

O artigo 5º do Decreto nº. 9.547 de 20/09/2005, possibilitou aos contribuintes distribuidores, atacadistas ou revendedores, inclusive varejistas, inscritos no CAD-ICMS na condição de normal, utilizar como crédito fiscal tanto o valor do imposto da operação normal como o imposto antecipado relativo às mercadorias existentes em estoque dia 30/09/05 que foram excluídas por este decreto do regime de substituição tributária, entretanto, estabeleceu algumas condições.

Ocorre que o contribuinte não atendeu as condições necessárias para comprova a existência do estoque na data prevista, ou seja, 30/09/2005. Caberia ao sujeito passivo ter escritura o referido estoque no livro Registro de Inventário, pois o Dec. nº. 9.547 de 20/09/2005 estabeleceu critérios para apropriação do crédito relativo ao estoque das mercadorias excluídas do regime de Substituição Tributária. As cópias do Registro de Inventário carreada ao processo fls. 636/639 e demonstrativo carreado ao PAF fls.406, comprovam o acerto da fiscalização.

Assim, entendo que a infração 06 restou caracterizada.

Na infração 07 é imputado ao contribuinte ter deixado de recolher ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Em sua defesa, o impugnante questionou, apenas, o valor de R\$ 1.091,40, relativo a Nota Fiscal nº 42.545, alegando que a mesma foi devidamente escriturado e o imposto, fato que foi comprovado pela autuante ao analisar a prova apresenta pela defesa, acostada à folha fls. 882, opinando pela redução do valor da infração para R\$ 11.874,08, o qual acolho, uma vez que o contribuinte comprovou que parte do imposto lançado na infração já havido recolhido antes da ação fiscal.

Assim, a infração restou parcialmente caracterizada no valor R\$ 11.874,08.

Na infração 08 é imputado ao sujeito passivo ter deixado de recolher ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento.

Em sua defesa o impugnante questionou, apenas, as Notas Fiscais nºs 88516 e 91660, nos valores respectivos de R\$ 160,25 e R\$ 94,70, com data de emissão de 09/01/2004 e 28/04/2004, alegando que se referem a prestação de serviços.

A alegação defensiva não pode ser acolhido, uma vez que a defesa não acostou cópia das notas fiscais para comprovar sua alegação de que não seriam mat

estabelecimento, tendo, simplesmente, feito tal alegação sem apre

123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Assim, entendo que a infração 08 restou caracterizada.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$286.267,61, conforme abaixo, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos:

INFRAÇÃO	JULGAMENTO	VALOR HISTÓRICO DEVIDO APÓS JULGAMENTO
1	PROCEDENTE	52.285,54
2	PROCEDENTE EM PARTE	25.364,74
3	PROCEDENTE	64.855,49
4	PROCEDENTE	17.316,17
5	PROCEDENTE	78.888,85
6	PROCEDENTE	24.810,77
7	PROCEDENTE EM PARTE	11.874,08
8	PROCEDENTE	2.159,21
9	PROCEDENTE	2.125,05
10	PROCEDENTE	1.820,00
11	PROCEDENTE	4.207,71
12	PROCEDENTE	560,00
TOTAL		286.267,61

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 110391.0024/08-8, lavrado contra **RMR AGROINDÚSTRIA, COMÉRCIO ATACADISTA, BENEFICIAMENTO E EMPACOTAMENTO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$283.887,61**, sendo acrescido das multas de 70% sobre R\$142.505,77 e de 60% sobre R\$141.381,84, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “d”, “e” e “f”, III e VII, alínea “a” e “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$2.380,00**, previstas no inciso XVIII, alíneas “a” e “c” do mesmo artigo e lei, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de outubro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR