

A. I. Nº - 233014.0166/10-8
AUTUADO - GONZALEZ E FERREIRA DISTRIBUIDORA DE FARINHA LTDA.
AUTUANTE - WILSON APARECIDO OLIVEIRA BASTOS
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET - 10/10/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0217-03/11

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS ECONÔMICO-FISCAIS. DECLARAÇÃO E APURAÇÃO MENSAL DO ICMS - DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. Imputação elidida em relação a uma das DMAs objeto da apuração fiscal. 3. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E DE LIQUIDEZ NO LANÇAMENTO. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. NÃO DEMONSTRADA A FORMA DE CÁLCULO DO PREÇO MÉDIO PARA A DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Diligência não sanou o vício de procedimento. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BEM PARA INTEGRAR O ATIVO PERMANENTE. Comprovado nos autos que o Fisco realizou os cálculos de maneira correta, tendo sido exigido apenas o imposto relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Infração caracterizada. Indeferido de plano o pedido de perícia sem quesitação. Rejeitadas todas as preliminares de nulidade suscitadas em relação às Infrações 01, 02 e 05, e acatada apenas a preliminar de nulidade em razão de incerteza e de falta de liquidez do lançamento em relação às Infrações 03 e 04. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 15/12/2010 em decorrência de cinco infrações:

Infração 01. Falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Exercício de 2007: mês de dezembro; exercício de 2009: meses de janeiro e setembro. ICMS no valor de R\$5.860,62, acrescido da multa de 50%.

Infração 02. Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA. Datas de ocorrências de 31/12/2007 e 31/12/2009. Multa no valor de R\$280,00.

Infração 03. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Exercícios de 2008 e 2009. ICMS no valor de R\$1.888,12, acrescido da multa de 70%.

Infração 04. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas quanto de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – com base na presunção legal de que o

sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. Exercícios de 2007, 2008 e 2009. ICMS no valor de R\$9.071,45, acrescido da multa de 70%.

Infração 05. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Demonstrativo à fl. 23, Nota Fiscal nº 120937 à fl. 24. ICMS no valor de R\$6.650,00, acrescido da multa de 60%.

O autuante acosta documentos às fls. 05 a 150.

O contribuinte impugna o lançamento de ofício às fls. 152 a 169 aduzindo que consta do Auto de Infração débito de R\$23.750,19 porque, no entendimento da Fiscalização, ele, autuado, teria infringido disposições do RICMS/BA no período de 20/03/2007 a 21/12/2009.

O contribuinte passa a argüir preliminares de nulidade.

A primeira refere-se ao local de lavratura do Auto de Infração. Alega que o Fisco teria descumprido os artigos 108, inciso I, e 196, ambos do Código Tributário Nacional - CTN, que no seu entender obrigariam à lavratura do Auto de Infração no local da verificação da infração, isto é, no próprio estabelecimento fiscalizado, pelo que o lançamento seria nulo quando lavrado na Repartição Fiscal. Tece considerações a respeito e cita a Carta Magna, artigos 5º, LV, e 133. Aduz que não tomou ciência do lançamento de ofício na data da lavratura.

A segunda preliminar refere-se ao princípio da legalidade tributária. Aduz que o Agente Fiscal teria cometido irregularidade insanável, pois baseia a autuação em normas regulamentares e não em lei, e isto tornaria a autuação nula por vício formal. Cita o artigo 5º, inciso II, da Constituição da República, e o artigo 97, inciso V, do CTN. Discorre sobre o tema.

Passa a pronunciar-se acerca do mérito da autuação descrevendo as imputações e pronunciando-se acerca de cada uma.

Quanto à Infração 01, afirma que recolheu de forma correta o valor devido a título de ICMS, escriturado nos livros fiscais, e que isto poderia ser constatado do Relatório de Arrecadação do Estado da Bahia – Extrato de Pagamentos Realizados – Histórico dos DAEs. Diz que diante do exposto e da verificação de pagamento do ICMS no valor devido, requer a improcedência da infração.

Quanto à Infração 02, afirma que a imposição fiscal deveria ser excluída considerando que a DMA foi informada corretamente. Que não haveria prova material de existência de incorreções na DMA elaborada e protocolada eletronicamente à disposição da Secretaria da Fazenda deste Estado. Diz que não procede a infração.

No que tange à Infração 03, afirma que o Auto de Infração seria nulo de pleno direito porque não haveria elementos suficientes para determinar com segurança a infração considerando que ele, autuado, não teve ciência dos relatórios de notas fiscais informadas nos relatórios fiscais. Que ele, autuado, teria escriturado todas as entradas e saídas de mercadorias. Que a acusação fiscal seria sem fundamento, tratando-se de presunção sem amparo legal. Que apurando-se os valores escriturados nos livros de entradas e de saídas de mercadorias, bem como levando-se em consideração o saldo dos estoques escriturado no livro de inventário físico de mercadorias, haveria de se constatar que não teria havido omissão de saídas “em face da presunção e acusação fiscal de não registro de entradas de mercadorias”. Que para prosperar a suposta irregularidade encontrada seria imprescindível que se fornecesse a ele, autuado, a prova material que deu origem à referida exigência fiscal, especificamente um demonstrativo de contagem de todos os itens de mercadorias da empresa. Afirma que não procede o lançamento de ofício.

Relativamente à Infração 04, aduz que o lançamento de ofício se assemelha ao de saldo credor de caixa. Que para prosperar a imposição fiscal seria necessário apurar a conta caixa da empresa, o

que não foi feito. Que ele, autuado, apresentou seu livro Caixa devidamente escriturado ao preposto fiscal. Que não houve qualquer correção no livro Caixa da empresa e, então, a inclusão de supostos valores advindos de fontes desconhecidas dele, autuado, seria improcedente e caracterizaria cerceamento do direito de defesa. Que, também, haveria dupla penalidade porque se aplicou a multa no item anterior e agora estariam sendo utilizados os mesmos valores para estourar o suposto Caixa dele, autuado. Que tal procedimento seria repudiado pelo ordenamento jurídico já que o Auditor Fiscal não apurou a conta caixa da empresa e lança o imposto sobre as supostas diferenças sob os argumentos de que as mesmas foram pagas com recursos provenientes das saídas de mercadorias. Que a discutida presunção legal deve ser descaracterizada, uma vez que não foi auditada a conta caixa da autuada a fim de se verificar a existência de saldo credor e, assim, a imposição fiscal não poderia prosperar. Requer a exclusão do crédito tributário.

Passa a pronunciar-se sobre a infração 05 expondo que, de acordo com a legislação do ICMS, o valor total do imposto pago sobre bens do ativo fixo é recuperado pela empresa. Que no presente caso, em se tratando de operações interestaduais, seria impossível a imposição de uma diferença de imposto no percentual de 17% como consta do lançamento fiscal. Que é sabido que as diferenças aceitáveis são de 10%, ou 5%, a depender da região de origem. Que o Fiscal não teria demonstrado a região de origem do referidos bens, nem teria concedido o crédito fiscal no lançamento de ofício, por ter tributado a referida operação com a alíquota interna cheia. Que tal procedimento não seria aceito pelo ordenamento jurídico já que o Auditor Fiscal não teria apurado corretamente o ICMS em face da não concessão do crédito fiscal e da aplicação da alíquota cheia, pois, quanto se trata de diferença de imposto jamais a alíquota poderia ser 17% em se tratando de mercadoria para o ativo físico em operações interestaduais. Que o referido valor pago de ICMS é totalmente recuperado pela empresa quando escriturado o CIAP e, por conseguinte, no presente caso só poderia ser devida uma multa fixa por descumprimento de obrigação acessória. Requer a exclusão do crédito tributário.

O contribuinte passa a discorrer acerca do tributo e da sua apuração. Transcreve o artigo 3º do CTN. Cita o artigo 5º, inciso II, da Constituição da República, o artigo 97, inciso V, do CTN, e aduz que somente a lei pode estabelecer a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas.

Afirma que os lançamentos procedidos por ele, impugnante, em confronto com relatórios Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com mercadorias e Serviços - SINTEGRA, demonstrariam com clareza a irregularidade dos lançamentos de ofício, em face da não validade jurídica das referidas informações digitais, por desprovida de autenticidade. Que se tivesse o Agente Fiscal agido de forma regulamentar, teria examinado com exatidão a documentação comprobatória ensejadora do levantamento fiscal, permitindo a ele, autuado, convencer-se da regularidade dos lançamentos. Diz que estaria evidenciada a regularidade da sua escrita fiscal.

Passa a insurgir-se contra as multas indicadas de 50% e 70%. Afirma que seriam exorbitantes e que ainda teria sido considerada base de cálculo equivocada, o que não poderia prosperar, caso mantida a autuação. Que a autuação seria improcedente, o que afastaria a aplicação de qualquer multa/penalidade. Diz que as multas nos percentuais de 50% e 70% aplicadas seriam arbitrárias ante os fatos ocorridos, o lícito procedimento dele, impugnante, e as supostas infrações atribuídas, insubsistentes. Que deixou-se de considerar a natureza tributária da multa e seu conseqüente aspecto de proporcionalidade entre o dano e o ressarcimento. Cita juristas, o artigo 150, inciso IV, da Constituição da República, e decisões de tribunal judicial.

Afirma que, no mínimo, dever-se-ia aceitar a aplicação dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do não confisco, como decorrência da proteção constitucional ao direito de propriedade, conforme Constituição da República, artigo 5º, inciso XXII e artigo 170, inciso II. Aduz que o entendimento dele, impugnante, é que, não havendo infração à Lei ou demais normas, como alega que teria restado provado, o Auto de Infração não deveria ter sido lavrado,

mas caso persista a penalização, face à eventualidade, requer a aplicação de critério justo e equitativo na fixação da multa, livre de conotação confiscatória da qual aduz que teria sido revestida no Auto de Infração.

O contribuinte afirma que, acerca da base de cálculo, haveria equívoco. Que observa-se “que o percentual de 5%, tornando-se, assim, totalmente arbitrária a penalidade, incidiu sobre o montante das entradas fictícias baseadas no SINTEGRA, significando que essa base cálculo para a aplicação da multa está equivocada.”

Passa a falar que, prevalecendo a autuação, quanto à aplicação da sanção, chegar-se-ia à conclusão de que o lançamento deveria ser retificado, caso o Auto de Infração viesse a ser julgado procedente, ou por outra, “face o princípio da eventualidade, sem absolutamente reconhecer, aplicado com a devida justiça os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, tipicidade, bem como observado que não houve ilegalidade ou mesmo lesão ao Fisco, dolo, fraude, simulação ou erro que possibilitasse obter vantagem indevida ou o não pagamento de tributos, passível, portanto de relevação ou de redução.”

O sujeito passivo pronuncia-se contra a aplicação da taxa SELIC aduzindo que ainda que o Auto e Infração prosperasse, seria abuso aplicar ao débito exigido taxa de juros baseada na SELIC. Que a aplicação da SELIC como taxa de juros, 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). Que de nada adianta a esfera administrativa insistir nesse entendimento, face à gritante inconstitucionalidade e ilegalidade da aplicação da SELIC, quando o Poder Judiciário assim vem considerando e afastando a mesma. Cita decisão de tribunal superior judicial. Tece considerações a respeito. Afirma que dessa forma, além da inconsistência do Auto de Infração e das multas aplicadas, quer ainda o Fisco exigir taxa de juros sabidamente ilegal e inconstitucional. Requer que sejam, na eventualidade de se manter a autuação, excluídos os juros aplicados.

O autuado passa a falar sobre o processo administrativo fiscal e a necessidade de perícia. Afirma que haveria necessidade de ser realizada perícia contábil nos livros e demais documentos dele, impugnante, a fim de que se pudesse provar a inexatidão do procedimento fiscal, como única forma de demonstrar o correto procedimento adotado pelo contribuinte. Cita texto da lavra de perito judicial acerca de perícia. Afirma que “muitas das alegações denotam de supostas informações obtidas em arquivos magnéticos, cuja improcedência se torna possível por não se ter uma fonte segura da emissão dessas informações, uma vez que, não foram assinadas digitalmente, portanto, sem qualquer valor jurídico.”

O contribuinte conclui pedindo pela nulidade do Auto de Infração com base no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, ou eventualmente, no mérito, que o Auto de Infração seja julgado improcedente total ou parcialmente, em consequência sendo determinado o seu cancelamento. Pede pela sustentação oral de suas alegações.

O autuante presta informação fiscal às fls. 172 e 173 relatando que a impugnação, em relação à infração 01, traz que foram recolhidos de forma correta os valores devidos a título de ICMS, escrituradas nos livros fiscais próprios como se poderia constatar do relatório de arrecadação. Que, em relação à infração 02, o autuado diz na sua defesa que a imposição fiscal deveria ser excluída considerando que a DMA foi informada corretamente; que em relação à infração 03, o autuado diz na sua defesa que o Auto de Infração seria nulo uma vez que não haveria elementos suficientes para determinar com segurança a infração, considerando que sequer o autuado teve ciência dos relatórios de notas fiscais informadas nos relatórios fiscais; que em relação à infração 04, o autuado diz em sua defesa que para prosperar a imposição fiscal necessário seria apurar a conta caixa da empresa; e que em relação à infração 05 o autuado diz em sua defesa que no presente caso, em se tratando de operações interestaduais, seria impossível a imposição de uma

diferença de alíquota no percentual de 17% como consta do lançamento fiscal, e que é sabido que as diferenças aceitáveis são de 10%, ou 5%, a depender da região de origem.

O autuante passa a expor que o autuado, na pessoa do seu representante legal, deu ciência no Auto de Infração no dia 22/12/2010, data na qual recebeu cópias de todos os levantamentos feitos com os respectivos demonstrativos, conforme cópias anexadas aos autos.

Acerca do mérito o autuante aduz que, em relação à infração 01, foram feitas pelo sujeito passivo as apurações do ICMS nos seus livros fiscais, e nesta infração 01 ele, autuante, acata a exclusão apenas da cobrança do ICMS no mês de 01/2009 por ter verificado o seu pagamento; nos meses 12/2007 e 09/2009, como não foram efetuados os pagamentos do ICMS conforme relatórios de arrecadação anexados aos autos, mantém a cobrança, passando o débito da infração 01 de R\$5.860,62 para R\$5.746,34.

Em relação à infração 02, relata que foi cobrada a multa fixa de R\$280,00 referente a declaração incorreta de dados nas informações-fiscais apresentadas através da DMA nos exercício de 2007 e 2009. Que, após refazer a verificação das informações-fiscais, acata a exclusão apenas da multa no exercício de 2009 e mantém a multa relativa ao exercício de 2007 uma vez que as informações-fiscais apresentadas pelo autuado através das DMAs nos meses de maio, junho e dezembro/2007, anexadas aos autos, apresentaram-se sem movimento, todavia o livro Registro de Entradas do autuado nestes meses apresenta movimentação, conforme cópias anexadas aos autos, passando então o débito da infração 02 de R\$280,00 para R\$140,00.

Prossegue expondo que, em relação à infração 03, foi feito o levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias e foi encontrada a omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem a emissão de documentos fiscais nos exercícios de 2008 e 2009, sendo cobrado o imposto não recolhido. Que, ao contrário do que o autuado diz em sua defesa, foram-lhe entregues cópias de todos os demonstrativos dos cálculos das omissões, bem como cópias de todos os levantamentos quantitativos das entradas e saídas que deram origem à imputação, todos anexados aos autos e entregues ao sujeito passivo.

Em relação à infração 04, expõe que foi cobrada a falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos destas entradas com recursos provenientes de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no mesmo exercício. Afirma que todos os demonstrativos e levantamentos que deram suporte a esta imputação 04 estariam anexados aos autos e que foram entregues cópias ao autuado.

Em relação à infração 05, relata que foi cobrado o ICMS não recolhido decorrente da diferença de alíquotas interna e interestaduais, na aquisição de um bem para o ativo imobilizado, oriundo do Estado do Rio Grande do Sul, conforme cópia da Nota Fiscal nº 120937, anexada aos autos. Que, ao contrário do que o autuado diz na sua defesa, a diferença de alíquota aplicada foi de 10% conforme demonstrativo anexado aos autos, cuja cópia foi entregue ao autuado, e que neste demonstrativo constam a data da emissão da nota fiscal, o nº da nota fiscal, a unidade da Federação, o valor da nota fiscal e a diferença de alíquota aplicada.

O autuante expõe que, mais uma vez, serão entregues ao autuado as cópias de todos os demonstrativos dos cálculos das omissões de saídas e as cópias de todos os levantamentos quantitativos das entradas e saídas que deram origem as infrações.

Conclui mantendo a autuação e pedindo o julgamento pela procedência do Auto de Infração.

O autuante acosta documentos às fls. 174 a 179.

O sujeito passivo recebe cópia da informação fiscal e dos demonstrativos à mesma acostados, conforme seu recibo à fl. 181, e volta a pronunciar-se às fls. 187 a 189 expondo, reiterando as

alegações defensivas anteriores quanto às Infrações 01, 02, 03, 04, e quanto à Infração 05 afirmando que no presente caso, em se tratando de operações interestaduais, é impossível a imposição de uma diferença de imposto no percentual de 17%, como consta do lançamento fiscal, sendo correta a cobrança de apenas 10%, pelo que a apuração estaria incorreta.

O autuante presta nova informação fiscal à fl. 193 mantendo o teor da informação fiscal anterior e pedindo o julgamento pela procedência da autuação.

Às fl. 197 a 199 esta 3ª Junta, em pauta suplementar, considerando que: (a) a Infração 01, conforme demonstrativos de fls. 07 a 13, e de fls. 26 a 35, tratar-se-ia de auditoria da conta-corrente fiscal, e não de ICMS lançado e não recolhido, consoante indica a linha de defesa; (b) na Infração 02 não estava indicado, de forma específica, qual, ou quais, são as informações econômico-fiscais que estão declarados de maneira incorreta nas DMAs, e de que DMA se tratava, ou seja, se da DMA Consolidada dos exercícios de 2007 e de 2009, ou da DMA mensal do período indicado na imputação, à fl. 02 dos autos; (c) nas Infrações 03 a 05 não constava, nos autos, o demonstrativo de apuração do preço médio das mercadorias objeto das imputações; (d) alguns dos demonstrativos acostados ao processo não continham o recibo do contribuinte; então deliberou pela conversão do processo em diligência à INFAZ de origem para que fossem tomadas as seguintes providências pelo autuante:

- Em relação à Infração 02 especificasse qual, ou quais, eram as informações econômico-fiscais que estavam declarados de maneira incorreta nas DMAs, identificando qual o dado e relacionando-o com a informação respectiva na DMA.

- Em relação às Infrações 03 e 04, anexasse aos autos o demonstrativo de apuração do preço médio das mercadorias objeto das imputações.

Nessa Diligência foi também solicitado, à INFAZ de origem, que após o atendimento do quanto solicitado aos Autuantes, intimasse o contribuinte e fornecesse-lhe cópia dos demonstrativos Fiscais de fls. 11 a 13 e de fls. 33 a 35; do Relatório da DMA Consolidada 2009 à fl. 25; da informação Fiscal de fl. 193; daquela Diligência, e dos novos documentos acostados ao processo pelos autuantes, em seu atendimento.

Na mesma Diligência foi também determinada a reabertura do prazo de impugnação para o sujeito passivo.

O autuante pronunciou-se à fl. 203 expondo que em atendimento à diligência solicitada por esta 3ª Junta, em relação à infração 02 foram anexados aos autos cópias das informações econômico-fiscais declaradas pelo autuante referente aos exercícios de 2007 (declarações mensais), juntamente com as cópias dos livros Registro de Entrada e Registro de Saída do autuante, e DMA 2009 (declaração consolidada), juntamente com os valores totais das entradas e saídas retiradas dos livros Registro de Entrada e Registro de Saída do autuante com cópias já anexadas aos autos.

Aduziu que, em relação às infrações 03 a 04, apesar de ter sido feito apuração do preço médio das mercadorias através do programa de informática Sistema de Auditoria Fiscal – SAFA, obedecendo passo a passo a legislação, devido a um problema técnico na placa do computador da INFAZ, que teve de ser substituída por outra, infelizmente não foi possível recuperar no SAFA os relatórios referentes à apuração do preço médio das mercadorias do período solicitado.

Conclui aduzindo que, com base no exposto, mantém as demais imputações do Auto de Infração, esperando que seja julgado procedente.

O autuante acostou cópias de documentos às fls. 204 a 214.

A INFAZ de origem cumpriu a Diligência, conforme documento com recibo do autuado à fl. 216.

O autuado apresentou nova impugnação ao lançamento fiscal às fls. 218 a 235 expondo que em atendimento à intimação recebida e ao Auto de Infração lavrado, vinha apresentar nova defesa em razão da intimação datada de 21 de julho de 2011, consubstanciada nas razões de fato e de

direito que passava a expor, e transcreveu os argumentos da sua primeira impugnação em relação às preliminares já suscitadas. Voltou a descrever as imputações, repetindo as suas alegações defensivas de mérito para cada uma reproduzindo as demais assertivas impugnatórias por si já apresentadas nos autos.

O autuante presta informação fiscal à fl. 238 expondo que, em relação à manifestação do sujeito passivo, ratifica o mesmo esclarecimento descrito na informação fiscal de fl. 203 dos autos. Conclui pedindo pela procedência da autuação.

VOTO

Preliminarmente, observo que o autuado argüi que o Auto de Infração seria nulo em razão de alguns aspectos. O primeiro deles diz respeito a que o Auto de Infração foi lavrado fora do seu estabelecimento, alegando que tal procedimento do Fisco contrariaria o disposto nos artigos 108, inciso I, e 196, ambos do Código Tributário Nacional – CTN. Prevêem tais dispositivos:

CTN:

art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I – a analogia;

art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Parágrafo único. Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo.

Conforme visto nada há, nestes dispositivos, que obrigue o Fisco deste Estado a lavrar o Auto de Infração no estabelecimento do contribuinte. Assinalo que o processo ora em discussão trata de imposto de competência do Estado da Bahia, e o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal deste Estado, aprovado pelo Decreto Estadual nº 7.629/99, dispõe, no §1º do seu artigo 39:

RPAF/99:

art. 39.

§ 1º. O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

Assim, no âmbito da competência tributária do Estado da Bahia está correto o procedimento fiscal de proceder à lavratura do Auto de Infração na repartição fazendária.

Quanto às alegações de desproporcionalidade e inconstitucionalidade da multa aplicada, que teria efeito confiscatório, e da Taxa SELIC, não cabe na seara administrativa a discussão ou Decisão sobre o tema, nos termos do artigo 167 do RPAF, além do que a multa aplicada, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mas especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Ainda quanto à taxa SELIC, ao contrário do quanto alega o impugnante, já é entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que essa pode ser utilizada como índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários apontados a partir de 1º de janeiro de 1996, a exemplo da Decisão do STF no AgRgno Resp. nº 722595/PR, além do que a norma do artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional - CTN, tem natureza supletiva, aplicando-se apenas quando não haja lei dispondo de modo diverso, não sendo esta a hipótese dos autos, já que a legislação estadual prevê a aplicação da taxa SELIC no cálculo dos acréscimos moratórios, como citado acima, e

sobre tal ato normativo não há qualquer pecha de inconstitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de legalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

O contribuinte também alega que a autuação ter-se-ia baseado em normas regulamentares e não em lei. Equivoca-se o sujeito passivo, porque a autuação baseia-se na Lei nº 7.014/96, que no Estado da Bahia impõe as regras relativas ao ICMS dentro da competência tributária estadual.

Esta Lei tem suas diretrizes regulamentadas, nesta Unidade Federativa, pelo Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto Estadual nº 6.284/97, cujo poder mandatório hierarquicamente promana da Lei mencionada, conseqüentemente dentro de seus limites. Assim, no Auto de Infração estão corretamente mencionados dispositivos regulamentares que apenas disciplinam, detalhadamente, a forma como devem ser cumpridas as obrigações tributárias principal e acessórias que estão já legalmente previstas. E, quanto às multas indicadas no lançamento de ofício, estão devidamente indicados dispositivos legais em sentido estrito, e não dispositivos regulamentares.

Assinalo, por oportuno, que com exceção dos demonstrativos fiscais relativos às Infrações 03 e 04 - sobre as quais me pronunciarei em seguida neste voto - os demais demonstrativos fiscais foram entregues, em sua totalidade, ao contribuinte, com o que foi devidamente garantido o seu amplo direito de defesa, inclusive com a reabertura de prazo para sua impugnação por determinação desta 3ª Junta.

Por conseguinte, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício, em relação às imputações 01, 02 e 05 verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos e notas fiscais atinentes às mencionadas imputações 01, 02 e 05, e exercido tempestivamente seu direito de defesa.

Contudo, em relação às Infrações 03 e 04 assiste integral razão ao contribuinte quanto à falta de entrega de todos os demonstrativos fiscais que embasam a imputação. Não foram entregues ao sujeito passivo, e nem acostados aos autos, os demonstrativos fiscais que explicitam a forma de apuração do preço médio das mercadorias para a determinação da base de cálculo do imposto a ser lançado de ofício. Diligência determinada por esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal para suprir tal lacuna não obteve êxito em razão de problemas técnicos no aparelho de informática em que foi lavrado o Auto de Infração, conforme explicado pelo preposto fiscal autuante às fls. 172 e 173 dos autos deste processo. Tratando-se de dado essencial para determinar-se, com segurança, a liquidez, e mesmo a existência do débito tributário exigido, a ausência destes demonstrativos fiscais torna juridicamente vedada a exigência do imposto em relação às Infrações 03 e 04 por este vício de procedimento na verificação fiscal foco desta lide. Infrações 03 e 04 nulas.

Ainda preliminarmente observo que o contribuinte, descumprindo o quanto previsto no artigo 145 do RPAF/99, ao pedir a realização de perícia não formula quesitos a serem respondidos. Assinalo, também, que a realização da mencionada perícia é desnecessária em razão de que os documentos constantes nestes autos são suficientes para a formação de meu convencimento, considerando, inclusive, que a apuração dos valores lançados de ofício deu-se a partir dos dados da documentação exibida ao Fisco pelo sujeito passivo. Pedido de perícia indeferido nos termos dos artigos 145, parágrafo único, e 147, inciso II, alínea “a”, ambos do RPAF/99.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS por cinco infrações à legislação tributária. Nulas as imputações 03 e 04, passo ao exame dos fatos concernentes às demais acusações fiscais.

Quanto à infração 01, esta trata de falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$5.860,62 nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios no mês de dezembro do exercício de 2007 e nos meses de janeiro e setembro do exercício de 2009.

Conforme cópias do livro Registro de Apuração do ICMS acostadas à fl. 98 (mês de referência dezembro/2007); fl. 102 (mês de referência janeiro/2009) e fl. 119 (mês de referência setembro/2009), e demonstrativos do levantamento fiscal acostados aos autos, o Fisco originariamente cobrou imposto lançado pelo contribuinte e não recolhido. Contudo, na informação fiscal o autuante reconheceu que o sujeito passivo comprovou o pagamento do ICMS referente ao mês de janeiro/2009, continuando não comprovado o recolhimento relativo aos demais meses. Uma vez que o contribuinte não provou os demais recolhimentos, resta procedente em parte a Infração 01, reduzido o débito total originalmente exigido por esta infração de R\$5.860,62 para R\$5.746,34, excluída a exigência de imposto relativa ao mês de janeiro/2009, e mantido o lançamento fiscal em relação a dezembro/2007 e a setembro/2009.

Quanto à Infração 02, esta traz a aplicação de multa no valor de R\$280,00 em razão da declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas na Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA em relação a meses de referência dos exercícios de 2007 e de 2009, constando no Auto de Infração as datas de ocorrências de 31/12/2007 e 31/12/2009. O autuante, verificando os dados documentais referentes às alegações defensivas, as acata em relação ao exercício de 2009. Em relação ao exercício de 2007 mantém a imputação relatando que os dados relativos a valores de entradas de mercadorias declarados pelo contribuinte referentemente aos meses de maio, junho e dezembro, apresentavam-se zerados nas DMAs, mas o livro Registro de Entradas do contribuinte contém registros de movimentação escriturados pelo próprio sujeito passivo. O contribuinte nada prova em contrário.

Infração 02 procedente em parte, aplicada a multa no valor de R\$140,00 para a data de ocorrência de 31/12/2007.

No que tange à Infração 05, a mesma refere-se à falta de recolhimento de ICMS no valor de R\$6.650,00, decorrente da diferença entre a alíquota interna e interestadual, na aquisição de bem oriundo de outra Unidade da Federação e destinado ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme demonstrativo à fl. 23 e Nota Fiscal nº 120937 à fl. 24. Observo que neste demonstrativo da apuração fiscal, entregue ao contribuinte conforme seu recibo apostado nesta mesma fl. 23 dos autos deste processo, consta tanto a indicação da Unidade Federada de origem, quanto a forma de apuração do imposto exigido e o percentual de 10% citado pelo contribuinte como percentual correto a ser aplicado para o cálculo da diferença de alíquota a ser exigido.

O contribuinte não comprova o pagamento da diferença de alíquota exigida de ofício, pelo que não se trata de mero descumprimento de obrigação acessória, como alega. Quanto ao crédito fiscal pleiteado pelo contribuinte, tratando-se de ICMS devido em razão de diferença de alíquota, tal crédito foi considerado exatamente como exposto pela representante do Fisco. Portanto, é procedente a Infração 05.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$12.536,34, consoante tabela a seguir:

INFRAÇÃO	DECISÃO	ICMS	MULTA	PENALID. DESC. OBRIG. ACESSÓRIA
01	PROCEDENTE EM PARTE	R\$5.746,34	50%	-
02	PROCEDENTE EM PARTE	-		R\$140,00
03	NULA	-		-
04	NULA	-		-
05	PROCEDENTE	R\$6.650,00	60%	-

TOTAIS	R\$12.396,34		R\$140,00
--------	--------------	--	-----------

Represento à autoridade administrativa competente, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, no sentido do refazimento da verificação fiscal, em ação fiscal a salvo de incorreções, em relação à regularidade do cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias relativas aos fatos objeto das imputações 03 e 04 do lançamento de ofício. Assinalo, por oportuno, que em caso do refazimento do levantamento quantitativo de estoque seja observado o teor da Portaria nº 445/98, em especial o previsto no artigo 13 desta Portaria, caso venham a ser detectadas omissões tanto de entradas, quanto de saídas, de mercadorias em um mesmo exercício.

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 **233014.0166/10-8**, lavrado contra **GONZALEZ E FERREIRA DISTRIBUIDORA DE FARINHA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$12.396,34**, acrescido das multas de 50% sobre R\$5.746,34 e de 60% sobre R\$6.650,00, respectivamente previstas no artigo 42, incisos I alínea “a” e II alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, em redação vigente na data de ocorrência dos fatos geradores, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$140,00** prevista no artigo 42, inciso XVIII, alínea “c”, da mencionada Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Representa-se à autoridade administrativa competente, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, no sentido do refazimento da verificação fiscal, em ação fiscal a salvo de incorreções, em relação à regularidade do cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias relativas aos fatos objeto das imputações 03 e 04 do lançamento de ofício.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de setembro de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR