

A.I. N.º - 299634.0005/10-9
AUTUADO - EMPÓRIO MORAIS MACEDO LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ ROBERTO OLIVEIRA CARVALHO
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 12.08.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0227-04/11

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. Constatado recolhimento em valor fixo mensal menor que o devido para a faixa de enquadramento do autuado. Infração subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença apurada entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito e o informado pela administradora do cartão indica que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. Os cálculos foram refeitos, em razão da aplicação da proporcionalidade prevista na IN 56/07. Valor reduzido por ajuste em diligência fiscal. Infração parcialmente subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. O lançamento de crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Acusação sustentada apenas em relações do SINTEGRA e CFAMT. Ausência das notas fiscais no PAF. Falta de entrega de cópias das notas fiscais ao sujeito passivo. É nulo o procedimento fiscal que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator (Art. 18, IV, “a”, RPAF). Infração nula. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO QUANDO INTIMADO. MULTA. O contribuinte está obrigado a exibir os documentos fiscais ao Fisco, quando regularmente intimado. Reconhecido o cometimento da infração. Infração subsistente. 4. LIVROS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. O livro Caixa não foi apresentado, mesmo com intimação regular. A multa aplicada nesse item do lançamento se refere à infração e não às ocorrências. Infração caracterizada, porém limitada ao valor de única multa. Indeferido o pedido de diligência. Rejeitada a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 31/03/2010 para exigir ICMS e multa no valor total de R\$13.809,37, em decorrência das imputações abaixo descritas:

1. Recolhimento a menos de ICMS no valor de R\$ 290,00, na condição de Microempresa enquadrada no Regime de Apuração do ICMS (SimBahia). Período: outubro a dezembro de 2005. Multa de 50%;
2. Omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de vendas pagas com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Fatos geradores ocorridos no período janeiro a dezembro de 2006. Valor do ICMS: R\$ 10.696,80. Multa 70%;
3. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial no valor de R\$ 982,57, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Período: janeiro a junho de 2006. Multa de 50%;
4. Deixou de apresentar Documento(s) Fiscal(is), quando regularmente intimado. Multa de R\$ 460,00;
5. Falta de escrituração do Livro Caixa de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte com Receita Bruta Ajustada superior a R\$ 30.000,00. Multa de R\$1.380,00. Períodos: 2005; 2006 e 2007.

O contribuinte apresentou impugnação às fls. 61/56 do PAF. Informa que efetuou o pagamento do ICMS como microempresa mediante cobrança na conta de energia elétrica, nada devendo para a infração 01. Alega que o art. 90 do RICMS-BA expressa a homologação tácita do lançamento fiscal.

Quanto à infração 02, transcreve o art. 2º do RPAF para negar certeza às informações prestadas pelas operadoras de cartões e diz fazer-se necessária uma averiguação dos valores constantes nos relatórios para atestar a materialidade das operações. Sustenta, ainda, que no cálculo não se aplicou a proporcionalidade prevista na IN 56/07, o que enseja vício do auto de infração e inobservância do princípio da igualdade.

Com relação à infração 03, diz que o autuante não informa quais documentos fiscais ensejou a cobrança e quais os critérios utilizados para configurar a omissão. Aduz que o RPAF aponta para a importância dos elementos fundamentais para propositura de auto de infração, a sua falta ou incompletude. Pede a nulidade com base no art. 18, IV, “a”, do RPAF.

No que se refere à infração 04, diz que o autuante se contradiz ao informar que deixou de apresentar talões de notas fiscais quando intimado, mas em anexo segue a planilha de recebimento dos documentos fiscais apresentados à fiscalização, razão pela qual a infração deve ser extinta.

Quanto à infração 05, diz que o livro Caixa de 2005, 2006 e 2007, foi enviado para o e-mail do autuante, conforme sua autorização, mas também anexa comprovante para constatar a verdade material, devendo o fato ser analisado a seu favor com vistas à extinção do débito.

Transcreve o art. 18 do RPAF e conclui pedindo seja o auto declarado improcedente.

O autuante presta informação fiscal (fls. 82 a 84). Com relação à infração 01, informa que as alegações defensivas são infundadas por dois motivos: Um, porque o art. 386-A, parágrafo único, IV, do RICMS-BA, determinava ao contribuinte informar à SEFAZ a mudança de faixa para cobrança do ICMS no regime SimBahia; dois, porque o art. 90 do RICMS-BA reza que “Após 5 anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento”, sendo contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte. Portanto, o crédito tributário foi constituído dentro do prazo.

Com relação à infração 02 diz que o autuado recebeu a Intimação Fiscal de fl. 24, onde foram recolhidas as Reduções Z do período onde não constavam vendas por cartão de crédito/débito (fls. 35 a 37), Relatório TEF-Diário (fls. 39 e 40) e mídia CD dos arquivos que compõem o auto de infração, conforme recibos de fls. 54 e 55, e não comprovou divergências, com o que não apresentou nenhuma justificativa.

Quanto à proporcionalidade confessa que não solicitou informações na primeira intimação, mas em 20/05/2010 intimou o contribuinte para tanto (fl. 68) tendo o contador informado que atenderia ao pedido até 01/06/2010. Entretanto, conforme fls. 74 a 80, este solicitou extensão do prazo, mas não atendeu às intimações.

No que se refere à infração 03, argumenta que o alegado defensivo é injustificado, porque foram fornecidos todos os elementos para contestação nas planilhas de fls. 41 e 42 e nas fls. 43 a 47, constam as Relações das Requisições das notas fiscais no sistema CFAMT.

Para a infração 04 diz que o autuado não anexou a planilha que informa na defesa. Na fl. 27 consta o Termo de Arrecadação de Documentos recebidos em 15/03/2010 e na fl. 28 consta o Termo de Devolução de Documentos discriminando os devolvidos. Com base nos documentos recebidos fez a planilha de controle de AIDEF (fls. 13 a 16), e foram anexadas às fls. 17 a 22 as PAIDF emitidas para o autuado. Fez o confronto entre as notas fiscais recebidas e as AIDF's, verificando as notas fiscais que faltavam, conforme planilhas de fls. 49 a 51. Como o infrator era microempresa, foi multado em R\$ 460,00 (art. 915, XIX, "b", do RICMS-BA).

Sobre a infração 05, fala que o autuado não comprova o envio de e-mail, não anexa prova aos autos e nem apresenta os Livros de Caixa. Conclui ratificando o auto de infração.

Conforme fl. 89, os autos foram baixados em diligência para:

- a) Intimar o autuado a apresentar demonstrativo relacionando, separadamente, as notas fiscais de saídas ou entradas das mercadorias sujeitas à tributação normal, sujeitas à substituição tributária isentas, ou seja, de tributação normal e outras, acompanhado dos respectivos documentos fiscais e nos valores indicados nos DMES/DMAS, referentes ao período fiscalizado, para efeito de conferência;
- b) Atendido o exposto no item "a", se for o caso, apurar a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07.

Atendendo à diligência, às fls. 126/7 o autuante informa que, conforme pedido intimou o contribuinte e com base nos documentos que lhe foram apresentados ajustou os valores da infração 02 considerando a proporcionalidade prevista na IN 56/07. Elaborou duas planilhas: uma com índice de proporcionalidade anual de 64,8% e outra com os índices de proporcionalidades mensais, apurando o ICMS devido de R\$ 6.929,48, com base no índice anual, e R\$ 6.988,93, com base nos índices mensais. Tomando por mais acertado o cálculo com base nos índices proporcionais mensais e considerando inalterados os valores das demais infrações, o valor exigido no auto de infração passou de R\$ 13.809,37 para R\$ 10.101,49.

Intimado para ciência do resultado da diligência, às fls. 134 a 137, em resumo, o autuado assim se manifesta:

Infração - Repete o argumento da Defesa.

Infração 02 - Excluído o questionamento quanto à proporcionalidade indicada na IN 56/07, repete o argumento defensivo, qual seja questionar a veracidade das informações das operadoras de cartões e dizer ser necessária uma verificação minuciosa em todas as suas leituras de Redução Z do período fiscalizado.

Infração 03 - Repete o argumento da Defesa.

Infração 04 - Diz que o autuante está correto ao informar que deixou de apresentar documentos fiscais quando regularmente intimado. Porém, neste caso, revendo seus arquivos detectou que já havia sido fiscalizado no período janeiro a dezembro de 2006 e que entregou documentos fiscais ao preposto da SEFAZ-BA em 18/02/2008, conforme documento de fl. 139, mas tais documentos ainda não lhe foram devolvidos.

Infração 05 - Diz que apenas não enviou para o e-mail do autuante o Livro Caixa do período janeiro a dezembro de 2006, em face do mesmo motivo dado para a infração 04.

Conclui dizendo que o auto de infração carece de legalidade. Transcrevendo o art. 18 do RPAF pede, além da nulidade, a improcedência do auto de infração.

Às fls. 143/4, o autuante volta a informar o seguinte:

Infração 01 - Mantém a infração na forma dita na informação fiscal de fl. 82.

Infração 02 - Mantém a infração na forma ajustada no parecer da diligência fiscal de fls. 126 e 127.

Infração 03 - Mantém a infração na forma dita na informação fiscal de fl. 83.

Infração 04 - Mantém a infração na forma dita na informação fiscal de fls. 82 e 84.

Infração 05 - Exclui da infração a multa relativa ao ano de 2006 tendo em vista a comprovação de entrega do Livro Caixa a outro fiscal.

Produzindo novo demonstrativo de débito, ajusta o valor devido para R\$ 9.641,49 e pede seja o auto julgado procedente em parte.

Às fls. 152 a 156, o autuado volta a se manifestar da seguinte forma:

Infração 01 - Repete o argumento da Defesa.

Infração 02 - Diz que a manutenção da infração lhe afasta dos seus direitos constitucionais. Contraria o princípio de ampla defesa e contraditório, não observa a verdade de fato e cerceia sua defesa, pois, o julgamento da lide sem que sejam analisadas as suas Reduções Z implica em tributação ilegal.

Informa que não localizou nenhuma diligência acerca de procedimentos que opere nas leituras das Reduções Z, o que segundo ele enseja embaraço ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Argumenta que a diligência foi para cálculo da proporcionalidade e não para computar suas vendas com cartão de crédito no período janeiro a dezembro de 2006, que o autuante deixou de computar em função dos documentos do período estar com outro fiscal destacado para fiscalizá-lo em período anterior.

Alega que, para agir em obediência aos princípios que norteiam a Administração Pública, se faz necessária uma verificação minuciosa em todas suas leituras Z do período fiscalizado, aduzindo que foram analisadas apenas as Reduções Z de janeiro a dezembro de 2007.

Infração 03 - Repete o argumento da Defesa.

Infração 04 - Repete o dito em sua manifestação defensiva anterior aduzindo que ao recepcionar a justificativa que deu em relação ao livro Caixa de 2006 o autuante deve ser coerente para acolher que as Reduções Z também foram apresentadas anteriormente a outro preposto fiscal, conforme cópia anexa.

Infração 05 - Diz que a sua comprovada informação foi acatada pelo autuante, o que deve ser feito com relação às demais infrações para julgá-las ilegais.

Conclui dizendo que o auto de infração carece de legalidade. Transcrevendo o art. 18 do RPAF diz que todas as infrações tratam de ocorrências que desgarram da sua vontade e pede, além da nulidade, a improcedência do auto de infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração para exigir ICMS e multa em decorrência das seguintes imputações: 1. Recolhimento a menos de ICMS na condição de Microempresa enquadrada no Regime de Apuração do ICMS (SimBahia); 2. Omissão de saída de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de vendas pagas com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito; 3. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado; 4.

Multa formal por falta de apresentação de Documento(s) Fiscal(is), quando regularmente intimado; 5. Multa por falta de escrituração do Livro Caixa de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte com Receita Bruta Ajustada superior a R\$ 30.000,00.

Sentindo-se cerceado em seu direito de defesa de modo geral, o contribuinte pede nulidade do lançamento com base no art. 18 do RPAF.

Portanto, em atenção ao art. 154 do RPAF, analisando os autos, inicialmente devo dizer que, ao contrário do expressado pelo impugnante, o procedimento fiscal foi desenvolvido em plena normalidade obedecendo aos preceitos legais, em especial aos atinentes ao devido processo legal. O auto de infração contém os requisitos previstos no art. 39 do RPAF. Foram entregues ao contribuinte autuado cópia dos papéis de trabalho, inclusive do relatório diário TEF, conforme recibos de fls. 54 e 55, tendo ele estabelecido o contraditório utilizando seu amplo direito de defesa. Não tenho a fazer qualquer observação quanto ao método de fiscalização utilizado e as infrações autuadas são respaldadas na legislação tributária da Bahia, como tipificadas no auto de infração. Assim, afasto a preliminar de nulidade suscitada de modo geral e passo a apreciar individualmente as infrações.

Com relação à infração 01, o autuado diz nada dever, pois efetuou o pagamento mediante cobrança na conta de energia elétrica. Entretanto, conforme planilha de fl. 32, nessa infração está sendo exigida a diferença entre o ICMS devido em razão da sua base de cálculo para enquadramento e o ICMS que recolheu.

No período fiscalizado, o recolhimento do ICMS das empresas enquadradas no SimBahia regia-se pelo art. 386-A, redação com efeitos de 01/09/2005 a 30/06/2007.

Até setembro de 2006 o autuado recolheu corretamente de ICMS o valor mensal de R\$190,00 como ME4, cuja receita bruta base ano anterior se situava na faixa acima de R\$ 252.000,00 até R\$ 306.000,00, mas nos meses outubro e novembro, mesmo se mantendo nessa faixa de receita para enquadramento, recolheu o valor mensal de R\$ 120,00, que correspondia à ME3, e no mês de dezembro também recolheu o valor de R\$ 120,00, embora apresentando receita bruta de ME5 (acima de R\$ 306.000,00 até R\$ 360.000,00), quando era devido R\$ 270,00. Portanto, a razão assiste ao autuante. Infração procedente.

Para a infração 02, na defesa o autuado questionou a certeza às informações prestadas pelas operadoras de cartões, disse ser necessária uma averiguação dos valores constantes nos relatórios para atestar a materialidade das operações e que não se aplicou a proporcionalidade prevista na IN 56/07. Em manifestação posterior alegou que não foram consideradas as Reduções Z do exercício de 2006 no levantamento fiscal e que não registrou diligência nesse sentido, o que cerceou seu direito de ampla defesa.

Pois bem, tratemos individualmente dessas questões.

Inicialmente ressalto que essa infração trata de uma presunção legal, formatada dentro de um processo lógico, resultante da associação que se forma entre o fato hipotético, pressuposto, e um fato conhecido, cuja existência é provável, mas que tem relação com a hipótese de incidência tributária, podendo nela subsumir quando não elidida por prova em contrário. É o caso da declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo cujo pagamento foi feito por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões, cuja presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto está prevista no §4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96.

Portanto, a declaração de vendas em valores inferiores às informações compulsórias fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito (Art. 35-A, da Lei nº 7.014/96) independentemente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao autuado comprovar

a improcedência dessa presunção legal, o que, no caso presente, não logrou fazê-lo, em que pese sua exposição defensiva.

Resta insofismável que, por força do cotejo entre os valores registrados nos documentos fiscais de venda registrando pagamento por cartão de crédito ou débito com as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, através desse tipo de auditoria (fls. 35, 122 e 123), o autuante apontou ICMS devido e, confirmada a presunção, caracterizou-se a infração narrada no item 02 do lançamento fiscal e nos demais documentos insertos nos autos, em especial, no demonstrativo das fls. 123, 36, 37 e 53.

A par disso, olvidou o impugnante de cumprir relevante disposição legal, eis que não emitiu os documentos fiscais correspondentes às operações de venda de mercadoria tributável com pagamento por cartões em transgressão à legislação do ICMS, atraindo, por inércia, a penalidade respectiva.

Observo, ainda, que para confirmar validamente a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, ao fisco cabia efetuar o cotejamento entre o que consta nos “Relatórios de Informações TEF – Diário” recebidos, com os valores correspondentes às vendas constantes no ECF e/ou nas notas fiscais emitidas, de modo a comprovar que os valores informados pelas operadoras efetivamente não foram submetidos à tributação, haja vista que nos citados TEF’s diários entregues ao autuado em meio magnético, inclusive, conforme recibo de fls. 54 e 55, estão especificadas as vendas diárias, por operações, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administradora de cartão, separadamente.

Oportunizando a contraprova da presunção, cujo ônus cabe ao autuado, conforme documento de fl. 24, este foi intimado em 19/01/2010 (fl. 24) para apresentar seus livros e documentos fiscais, inclusive as Leituras Z de ECF onde, obrigatoriamente, devem constar os valores concernentes aos distintos meios de pagamentos relativos às operações de venda de mercadorias, mas o contribuinte não apresentou parte dos documentos solicitados, inclusive as Reduções Z do ano 2006, posteriormente alegando que isso se deveu ao fato de anteriormente ter entregado tais documentos a outro fiscal, conforme intimação de 03/01/2008, cuja cópia juntou à fl. 139, uma vez que este também lhe fiscalizou e não os havia devolvido.

Observando a intimação fiscal dada em justificativa, de logo observo que, ao contrário do que pretendeu, ela constitui prova incontestável contrária ao impugnante, pois nela não consta pedido para apresentação das Reduções Z. Portanto, sua justificativa não subsiste ao fato.

Para elidir a acusação fiscal, compelia ao autuado comprovar que as operações de venda cujo pagamento se deu através dos cartões de crédito e/ou débito conforme informado pelas Administradoras, foram devidamente oferecidas à tributação mediante a emissão dos respectivos documentos fiscais. Entretanto, neste caso, preferiu eximir-se de seu ônus probatório insinuando que o fisco é que deveria diligenciar uma vista nas Reduções Z que, repito, intimado oportunamente não as apresentou no curso da ação fiscal e nem ao menos as carregou aos autos nas diversas oportunidades que teve para tanto.

Quanto à diligência fiscal insinuada nas peças de defesa para “verificação da verdade dos valores constantes nos relatórios TEF”, observo que o RPAF expõe o seguinte: a) Art. 150. Diligência é a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se cumpra uma exigência processual ou para que se investigue a respeito do mérito da questão, e consiste na pesquisa, sindicância, exame, vistoria, levantamento, informação, cálculo ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada, que não requeiram conhecimento técnico especializado; b) Art. 145. O interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade; c) Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido: I - de diligência, quando: a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; b) for destinada a

verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

Ora, além do impugnante não ter motivado o implícito pedido de diligência fiscal, pelo já exposto, indefiro tal pedido com base no art. 147, I, “a” e “b”, pois além de considerar os elementos contidos nos autos suficientes para formar minha convicção, ele se destina a verificar fatos vinculados a documentos que, se existentes, estão na posse do requerente e cuja prova ou cópia poderia ter trazido aos autos. Assim, saliento que uma diligência no sentido pretendido pelo impugnante, significa uma indevida e vedada inversão de ônus probatório, uma vez que implicaria em busca de constituição de contraprova pelo fisco a favor do contribuinte. Portanto, nesse caso não há falar em direito de ampla defesa cerceado, muito menos em prejuízo ao contraditório tendo em vista a ocupação de todas as oportunidades de manifestação pelo contribuinte autuado das quais se deduz completo conhecimento de todas as acusações de cometimento das infrações contidas no lançamento tributário de ofício em lide.

Com relação à proporcionalidade indicada na IN 56/07, observo que embora no levantamento original não tenha sido aplicada, o questionamento se acha superado por força de diligência fiscal específica em que, intimado, o próprio autuado, demonstrou seus percentuais de mercadorias tributáveis comercializadas no período da autuação, os quais, conferidos pelo autuante, foram aplicados no levantamento fiscal da omissão apurada, ajustando os valores devidos na infração 02. Acolho os valores do ICMS exigidos com base nos índices mensais uma vez que além de verificar a regularidade no ajuste constante da planilha de fl. 123, cientificado do resultado dos valores ajustados, podendo, o contribuinte autuado não apontou qualquer inconsistência no referido ajuste.

Assim, silenciando quanto ao aspecto fático para apenas questionar a veracidade das informações de suas vendas fornecidas pelas Administradoras de cartões, atitude que se enquadra no quanto previsto nos arts. 140 e 142 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, uma vez que não apresentando a defesa acompanhada das indispensáveis provas capazes de elidir a acusação fiscal em acordo com o previsto no art. 123 do regulamento citado, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas e a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Deste modo, concluo que não há razão para o inconformismo do sujeito passivo, pois é pertinente o cotejo levado a efeito pelo preposto fiscal, ficando patente a transgressão, pelo contribuinte, do dever estabelecido no art. 238, do RICMS, em relação à irregularidade de caráter acessória, e o descumprimento da obrigação principal na medida do valor exigido para a infração, devidamente ajustado por ocasião da diligência fiscal com a consideração dos índices mensais de proporcionalidade das mercadorias tributáveis comercializada. Portanto, infração procedente e subsistente com ICMS devido no valor de R\$ 6.988,93, conforme planilha de fl. 123.

A infração 03, trata da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Conforme o próprio autuante informa, vejo que esta infração apenas se sustenta no demonstrativo de fls. 41/2 e relações Sintegra e CFAMT de fls. 43 a 48 e o impugnante se defende dizendo-se prejudicado no direito de sua ampla defesa e, por isso, suscita a nulidade da infração com base no art. 18, IV, “a” do RPAF.

Examinando, vejo não constar nos autos as notas fiscais relacionadas para essa infração, nem mesmo suas cópias. Tampouco há prova que cópias de tais documentos foram entregues ao contribuinte autuado.

Pois bem, detalhemos a apreciação deste caso.

Primeiramente devo ressaltar que os requisitos obrigatórios que deve conter o auto de infração estão relacionados no art. 39 do RPAF. Dentre estes “a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principais e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta (inciso III)” e “outras ocorrências ou informações consideradas úteis para esclarecimento da ação fiscal (inciso VI)”. Também prevê o art. 41 do RPAF que o auto de infração far-se-á acompanhar de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, obrigatoriamente, dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido. Isto se faz indispensável porque o auto de infração aponta a prática de ilícito fiscal, ao qual a ordem jurídica comina sanção pecuniária.

Há que se considerar, portanto, que o auto de infração formaliza proposta de exigência de tributo e imposição de sanção tributária, o que leva ao reconhecimento da necessidade de expedição, a propósito, de um juízo por parte de outra autoridade, distinta da que praticou o lançamento, pois que ele aplica, de ofício, a norma legal supostamente infringida a um caso concreto.

Deve, pois, o auto de infração conter a descrição minuciosa da conduta ilícita, bem como indicar, detalhando, as circunstâncias em que ela ocorreu, de modo a demonstrar, de forma inequívoca, os fatos apontados como ocasionadores do ilícito tributário acompanhado de indispensáveis provas de modo não só subsidiar a formação do convencimento da autoridade administrativa judicante encarregada do controle da legalidade do Auto de Infração de que o fato impositivo ocorreu na forma acusada, bem como para revestir o ato administrativo tributário de todos os requisitos necessários para que o crédito tributário que dele decorre seja eficaz e exigível.

Tudo isso também se faz necessário para que o contribuinte autuado tenha elementos aptos a que, quando for o caso, exercendo o direito de petição assegurado pelo art. 5º, XXXIV, “a” da Constituição Federal, produza sua defesa de forma ampla facultando o estabelecimento do contraditório no processo administrativo fiscal dentro de um devido processo legal constitucionalmente exigido (art. 5º, LIV, LV, CF) e seja facultado ao órgão judicante o convencimento da procedência ou não do lançamento, no exercício da função de autocontrole do ato administrativo.

Ora, a questão da qual trata a infração em apreço no âmbito de autuações não é novel neste Conselho, que tem se pautado em linha com o entendimento de que além de ser necessário as notas fiscais constarem do PAF e outros elementos de provas da efetivação das operações por parte do sujeito passivo em relação às notas fiscais do Sintegra, a ele deve ser entregue cópia das notas fiscais que sustentam a acusação (Acórdãos CJF Nº 0303-11/08, nº 1023/99 da Câmara Superior, CJF nº 0303-11/08).

Com relação às notas fiscais coletadas junto ao CFAMT, quando os documentos constam dos autos e deles sejam dadas cópias ao autuado para, querendo, sobre eles se pronunciar em exercício do seu direito de defesa, prevalece neste órgão judicante o entendimento pela subsistência de prova de materialidade das operações de compras uma vez que a coleta das notas fiscais é efetuada pelo fisco em postos fiscais da Bahia. Denotam-se, nesses casos, que as mercadorias que elas acobertam transitaram no território baiano com destino a contribuintes localizados neste Estado.

Portanto, tratando-se o presente caso de exigência fiscal por presunção legal passível de prova de inoccorrência por parte do sujeito passivo, o contribuinte protestou mesmo que indiretamente, pelo desconhecimento das notas fiscais que sustentam a acusação.

Assim, em face do acima exposto, como estão nos autos, tanto a situação que envolve informações colhidas no SINTEGRA quanto no CFAMT inquinam a infração 03 de insanável vício de nulidade, tanto por preterirem o direito de defesa do sujeito passivo, bem como porque o lançamento de ofício, neste particular, não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a

infração e o infrator. Portanto, com respaldo no art. 18, incisos II e IV, alínea “a” do Regulamento do Processo Fiscal – RPAF, acolho o pedido de nulidade suscitado pelo impugnante e declaro NULA a infração 03, ao tempo que, com amparo no que dispõe o art. 21 do RPAF/BA, recomendo à Infaz de origem que determine a repetição dos procedimentos fiscais, relativos à essa infração, a salvo de falhas.

A infração 04, se refere a falta de apresentação de Documento(s) Fiscal(is), quando regularmente intimado. Após negar na inicial de defesa o cometimento da infração, posteriormente o autuado confessa que, de fato não entregou alguns documentos fiscais pedidos, entre eles as Reduções Z. Entretanto, alegou que isto se deveu ao fato de outro preposto fiscal ainda não lhe haver devolvido os documentos que lhe foram entregues por força da Intimação Fiscal de fls. 139/40 que junta aos autos.

Pois bem, como já vimos na apreciação da infração 02, em especial com relação às Reduções Z, o documento de contraprova juntado, ao contrário do pretendido, faz prova inconteste do cometimento da infração 04, pois a apresentação das Reduções Z não consta pedidas naquele documento. Portanto, a infração 04 deve ser mantida. Infração procedente.

A infração 05 cuida da proposta de aplicação de três multas de caráter formal por falta de escrituração do Livro Caixa de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte com Receita Bruta, em que, após acolhimento de comprovação de envio por e-mail do livro de 2006, o autuante excluiu do lançamento a multa a ele relativa, mantendo as demais.

No caso presente - conforme o próprio impugnante reconhece nas manifestações posteriores ao protesto inicial -, restou patente o cometimento da infração para a qual deve ser aplicada a penalidade por descumprimento de obrigação acessória na forma prevista no art. 42, inciso XX da Lei nº 7.014/96, como bem tipificou o autuante no auto de infração.

A citada lei do ICMS estabelece no art. 41 que pelas infrações à legislação do ICMS serão aplicadas as seguintes penalidades, isoladas ou cumulativamente: I - multa; II - sujeição a regime especial de fiscalização e pagamento; III - cancelamento de benefícios fiscais; IV - cassação de regime especial para pagamento, emissão de documentos fiscais ou escrituração de livros fiscais; V - cancelamento de autorização ou credenciamento.

Ocorre que as multas para todas as infrações ao ICMS (que são as indicadas no art. 41), são as tipificadas no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e a multa para a infração deste caso está assim descrita:

XX – àquele que, dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, deixar de prestar esclarecimentos ou informação, de exibir livro ou documento, arquivo eletrônico ou similar (exceto os arquivos previstos no inciso XIII-A), ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado:

a) R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais), pelo não atendimento do primeiro pedido.

Ora, neste caso está em juízo apenas uma infração com três ocorrências. Não há na legislação previsão da multa por ocorrência como proposta pelo autuante. Observo que quando é o caso de multa por ocorrência, a norma assim prevê, como, por exemplo, nos incisos XIII “e”, XIV, XVIII “a”, “d”, XXIV e XXV do art. 42 da lei do ICMS.

Ante o exposto, entendo que a única infração em pauta comporta apenas uma multa no valor de R\$ 460,00. Portanto, infração mantida, mas ajustando o valor devido para R\$ 460,00.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, em face de subsistir a infração 01 na íntegra, a infração 02 ajustada em R\$ 6.988,93, a infração 03 anulada, a infração 04 integralmente subsistente e a infração 05 procedente em parte no valor de R\$ 460,00 por corresponder à multa pelo cometimento de uma única infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299634.0005/10-9**, lavrado contra **EMPÓRIO MORAIS MACEDO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 7.278,93**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 290,00 e 70% sobre R\$ 6.988,93, previstas no art. 42, I, “b”, “3” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$ 920,00**, previstas no art. 42, XX e XV, “i” do mesmo diploma legal citado, com os devidos acréscimos moratórios, conforme norma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de agosto de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR