

A. I. Nº - 206825.0053/10-1
AUTUADO - FÍBRIA CELULOSE S/A (VOTORANTIM CELULOSE E PAPEL S/A)
AUTUANTE - ANTÔNIO MEDEIROS DOS SANTOS
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 19. 09. 2012

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº - 0201-01/12

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. Inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada. O próprio autuante solicitou a autoridade competente abertura de nova Ordem de Serviço, a fim de que o contribuinte fosse “refiscalizado”, em decorrência da imprestabilidade das informações constantes nos arquivos magnéticos fornecidos. Infração nula. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA 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. Responsabilidade solidária, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal. Refeitos os cálculos com redução do valor inicialmente apurado. Infração parcialmente subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Autuado comprovou através de elementos hábeis de provas que parte substancial da obrigação principal de recolhimento do imposto fora cumprida antes do início da ação fiscal. O Auditor Fiscal diligenciador constatou assistir razão ao autuado. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Não acolhida a nulidade arguida atinente à Infração 02. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/11/2010, exige crédito tributário no valor de R\$683.367,11, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Falta de recolhimento de 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 entrada – 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 tributáveis realizadas anteriormente e também não contabilizadas, nos exercícios de 2005 e de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$286.536,59, acrescido da multa de 70%;
2. Deixou de recolher nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprio, nos meses de fevereiro, julho a setembro, novembro e dezembro de 2005,

março, julho, setembro a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$63.007,18, acrescido da multa de 70%;

3. Descumpriu obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei, na qual não houve dolo, nos meses de janeiro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$333.823,34, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas para fins de comercialização.

O autuado apresentou defesa (fls. 417 a 426), sustentando que a autuação não deve prosperar. Rechaça a infração 01, afirmando que inexiste a diferença na entrada e saída de mercadorias do estoque, pois, o que se verifica é que no levantamento o estoque final de 2004 não foi considerado, gerando assim a suposta omissão de entradas.

Assevera que a diferença apontada necessariamente coincide com o estoque final registrado no exercício de 2004, fato este comprovado com o arquivo do SINTEGRA do mês de fevereiro de 2005(doc.03), com a inclusão do registro tipo 74, considerando o saldo final de 31/12/2004, em conformidade com o inventário de 2004, que foi tempestivamente apresentado à Fiscalização.

Salienta que igual equívoco foi incorrido pelo autuante no levantamento do estoque referente ao exercício de 2006, pois, também não considerou o estoque final de 2005, conforme se constata no arquivo SINTEGRA de fevereiro de 2006(doc. 03), com a inclusão do registro 74, considerando o saldo inicial de inventário com base em 31/12/2005.

Frisa que referidos arquivos do SINTEGRA já foram convertidos para a unidade de medida que utiliza para comercialização dos seus produtos, eliminando assim qualquer divergência apontada em relação às diferentes unidades de medidas entre as mercadorias que ingressaram e as que saíram.

Observa que os estoques finais de dezembro de 2004 e dezembro de 2005, respectivamente, nos valores de R\$877.644,78 e R\$731.686,84, estão demonstrados nos livros Registro de Inventário (docs. 04 e 05). Apresenta a título exemplificativo a conciliação de entrada e saída do produto código 1700211.

Diz que diante disso, verifica-se que os saldos iniciais e finais foram alterados, corrigindo as supostas omissões de documentos fiscais, não sendo cabível a exigência do ICMS.

Ressalta que, caso ainda se entenda ser devido o ICMS sobre as operações relacionadas na presente autuação, requer o recálculo do imposto devido, a fim de que seja considerada a redução da base de cálculo a que faz jus, conforme diz será explicitado adiante.

No que tange à infração 02, sustenta que as notas fiscais não localizadas pelo autuante foram devidamente escrituradas nos livros fiscais de entradas dos períodos indicados na autuação, conforme apresenta nos documentos 06 e 07, referentes aos exercícios de 2005 e 2006, respectivamente.

Frisa que relativamente à Nota Fiscal nº 475773, na data indicada pela Fiscalização não há registro com essa numeração, acreditando se tratar de equívoco do autuante.

Diz que dessa forma, tendo em vista que todas as notas fiscais foram devidamente lançadas nos respectivos livros Registro de Entradas, não há que se falar em recolhimento do ICMS por operações não escrituradas muito menos aplicação de multa.

No que concerne à infração 03, consigna que celebrou Termo de Acordo (doc.08), com a SEFAZ, em 27/08/2004, tendo o referido acordo lhe incluído no tratamento tributário previsto no Decreto n. 7.799/00 e alterações posteriores, referentes à redução da base de cálculo do ICMS nas operações internas de saídas de mercadorias, conforme transcrição que apresenta da Cláusula primeira do mencionado Termo de Acordo e do art. 1º do Decreto nº 7.799/00.

Ressalta que sua atividade econômica está prevista no item 13 do Anexo único do Decreto nº 7.799, e que os percentuais de faturamento foram avaliados pela SEFAZ quando da emissão do parecer final (doc. 08), para utilização do benefício.

Reproduz o art. 352-A do RICMS/BA, para afirmar que realizou os recolhimentos do imposto devido, conforme DAE (docs. 10 a 12).

Observa que no cálculo realizado nas planilhas indicadas (fls. 11 e 13), foi utilizada a alíquota de 17% e o crédito de 7%, em atenção ao princípio da não cumulatividade.

Consigna que efetivamente foram realizados recolhimentos a menos e a mais em alguns meses, razão pela qual requer que seja utilizada a planilha de encontro de contas (doc. 14), realizando a compensação do saldo credor com o saldo devedor. Diz que oportunamente fará o recolhimento da diferença de R\$11.000,00.

Prosseguindo, argumenta que caso ainda se mantenha a exigência fiscal, verifica-se confiscatória a imposição de multa equivalente a mais de 100% do valor do ICMS supostamente devido. Invoca o art. 150, IV, da Constituição Federal, bem como, transcreve decisão judicial nesse sentido.

Diz que caso seja mantido o lançamento, verifica-se a necessidade de redução da multa.

Conclui requerendo, relativamente à infração 01, que seja julgada improcedente, ou caso ainda se entenda devido o ICMS, que seja recalculado o imposto, considerando redução da base de cálculo de 41,176%. Quanto à infração 02, que seja julgada integralmente improcedente. No que tange à infração 03, a sua improcedência, e que seja realizado o encontro de contas, a fim de que seja possível a compensação do saldo recolhido a mais com o recolhido a menos.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 630 a 632), na qual contesta os argumentos defensivos, registrando que para desenvolver as atividades de auditoria do autuado, perpetrou pelo menos seis intimações para apresentação de livros e documentos e/ou informações operacionais, concedendo quatro prorrogações de prazo e utilizado pelo menos mais de trezentos e oitenta dias para conclusão dos trabalhos.

Salienta que durante a auditoria registrou, entre outros desencontros, que o contribuinte comprova em quilo e registrava como pacote; comprova em caixa e registrava como quilo, só sendo possível a realização dos levantamentos após as conversões apresentadas pelo sujeito passivo. Aduz que agora alega o autuado a inexistência de infração.

Consigna que tendo sido feita, por amostragem, a checagem das observações apontadas pelo autuado, ficou confirmado que o exemplo mencionado para demonstrar a exatidão dos seus registros é imprestável, pois, conforme consta à fl. 419 dos autos, a mercadoria de código 1700211 apresenta “saldo” em 2005 de 89 unidades, enquanto na fl. 99 resta comprovado que o próprio autuado declara um estoque final, no mesmo exercício, de 106 unidades, portanto, existindo um desencontro de 17 unidades.

Registra que nas demais mercadorias aleatoriamente escolhidas, e com base nos dados fornecidos pelo próprio contribuinte, também se registra desvios, o mesmo acontecendo com os itens referentes às outras infrações.

No que concerne à alegação defensiva de se tratar a multa de confiscatória, reproduz lição de Hugo de Brito Machado, para rechaçar tal argumentação.

Finaliza manifestando o entendimento de que, s.m.j., diante dos volumes das operações da empresa, justifica-se a emissão de nova ordem de serviço para que esta, agora com base nas novas afirmações defensivas, seja refiscalizada.

Consta à fl. 635, pronunciamento do autuante consignando que, em atendimento a OS 510431/11, foi lavrado o Auto de Infração nº 206825.0066/11-4, o qual gerou impugnação de acordo com os termos constantes às fls. 641 a 647, assim como contestação às fls. 648 a 660.

À fl. 661, consta despacho do Supervisor da INFRAZ ATACADO, designando o Auditor Fiscal José Roberto Oliveira Carvalho, para análise do processo e Informação Fiscal, acolhendo as comprovações na defesa do autuado, elaborando novos demonstrativos e Demonstrativo do Débito remanescente.

O Auditor Fiscal designado se pronunciou (fls. 663/664), consignando que analisou os elementos que compõem o presente processo, concluindo o seguinte por ordem das infrações:

Infração 01

Observa que o autuante ao se pronunciar (fl. 639) solicitou nova Ordem de Serviço para Revisão do Levantamento Quantitativo do Estoque, sendo atendido conforme O.S. nº 510431/11 tendo lavrado o Auto de Infração nº 206825.0066/11-44, (fls. 636 a 640), sendo imputada infração por descumprimento de obrigação acessória, com imposição de multa forma, pelo não fornecimento dos Arquivos Magnéticos, ficando impossibilitado do levantamento quantitativo do estoque.

Diz que diante disso, este item da autuação está sob litispendência, aguardando o julgamento do Auto de Infração nº 206825.0066/11-44, considerando-se zero o valor de infração 01;

Infração 02

Registra que o autuante juntou às fls. 42 a 69 relatório CFAMT e notas fiscais, não juntando o Demonstrativo referente aos valores relacionados neste item da autuação, por isso, com base nas notas fiscais elaborou o DEMONSTRATIVO 01, (fls. 665 e 666), com detalhamento da localização das notas fiscais nas folhas do processo no campo observação do ANEXO I, (fl. 667) e no ANEXO II o detalhamento das notas fiscais, onde consta corretamente as alíquotas(fls. 668/ 669).

Observa que no levantamento, além da falta do demonstrativo, foi constatada a incorreção na aplicação da alíquota, pois no Auto de Infração foi aplicada a alíquota de 17% quando o correto é a alíquota do Estado de origem e o autuado comprovou que algumas notas fiscais foram registradas no livro de Registro de Entradas de mercadorias, no campo Observação do DEMONSTRATIVO 1 consta a folha onde tem a cópia do livro Registro de Entradas do autuado.

Salienta que após conclusão do levantamento da infração 02, o valor deste item da autuação passou de R\$63.007,17 para R\$18.334,51, conforme resumo que apresenta;

Infração 03

Assinala que elaborou “DEMONSTRATIVO 02” (fl. 670) onde constam os valores recolhidos; os valores apurados e as diferenças devidas e lançadas no Auto de Infração retificado após a Informação Fiscal; ANEXO I (fls. 671 e 672), onde consta o detalhamento e o ANEXO II(fls. 673 a 674), onde consta o detalhamento.

Salienta que o autuado na fl. 627, planilha “ENCONTRO DE CONTAS – ICMS ANTECIPAÇÃO” (2005/2006) reconhece a maioria dos valores constantes nos ANEXOS I e II divergindo apenas em fevereiro/2005 e em 2006 deduzindo os valores recolhidos a mais que deverá ser solicitado em processo de Pedido de Restituição.

Consigna que a infração após o levantamento passou de R\$333.823,34 para R\$15.573,09.

Finaliza opinando pela procedência parcial do Auto de Infração, no valor histórico de R\$ 33.907,59.

Cientificado sobre o resultado da diligência o autuado se manifestou (fls. 693 a 699), consignando que nos termos do parecer do diligenciador, este firmou posicionamento no sentido de que o levantamento quantitativo de estoque referente à infração 01 restou prejudicado, conforme transcrição do texto que apresenta.

Ressalta que apenas para fins de esclarecimentos, após apresentação da defesa referente ao presente Auto de Infração, o autuante ao prestar a Informação Fiscal de fls. 630 a 632, opinou pela emissão de nova ordem de serviço, para que em janeiro de 2011 tivesse o período de 01/01/2005 a 31/12/2006 refiscalizado com a finalidade de sanar as incorreções inicialmente apontadas, referente a períodos já alcançados pelo decurso do prazo decadencial.

Observa que a refiscalização ocorreu por meio da Ordem de Serviço nº 510431/11 e, ao término do referido procedimento, o autuante efetuou o lançamento de ofício para imposição de multa formal

por suposta falta de apresentação de arquivo magnético do SINTEGRA, previsto no Convênio ICMS 57/95,1 avrando o Auto de Infração nº 206825.0066/11-4.

Assinala que, desse modo, existem dois Autos de Infração lavrados contra a empresa, no caso, o de nº 206825.0053/10-1 e o de nº 206825.0066/11-4, sendo certo que ambos estão diretamente ligados em razão da infração 01 em comento.

Salienta que na defesa apresentada justifica a inexistência de diferença na entrada e saída de mercadorias de seu estoque, sendo esta justificativa fundamentada justamente nas informações constantes do arquivo SINTEGRA do período fiscalizado, bem como nos saldos constantes do livro Registro de Inventário, não considerados pela Fiscalização.

Destaca que não foi considerado no levantamento quantitativo a redução de base de cálculo que faz jus em virtude do Termo de Acordo firmado com o Estado da Bahia.

Reitera o pedido de improcedência da infração 01.

Quanto à infração 02, sustenta que a autuação possui sua validade comprometida na medida em que a Fiscalização violou frontalmente o seu direito de ampla defesa já que não disponibilizou os demonstrativos, conforme registrado pelo diligenciador.

Alega que a disponibilização de demonstrativo de cálculo por parte da Fiscalização é fundamental para o prosseguimento do feito, haja vista que o inciso II do art. 18 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, determina que os atos praticados com preterição do direito de defesa constituem-se nulos. Portanto, não podem produzir efeitos regularmente.

Diz que dessa forma, independentemente da apresentação de demonstrativo por parte do diligenciador, a autuação não deve prosseguir, em razão de que referido vício não pode simplesmente ser suprido pelo Fisco, pois a autuação é considerada nula desde o seu início.

Salienta que, além disso, o autuante aplicou de forma equivocada as alíquotas incidentes nas operações, pois aplicou indistintamente 17%, sem sequer observar a natureza da operação, se interna ou interestadual, o que demonstra a fragilidade do lançamento de ofício inicialmente realizado.

Reitera que realizou a escrituração de todas as notas fiscais, apresentando a título exemplificativo, a escrituração da Nota Fiscal nº 51187, registrada à fl. 9 do livro Registro de Entradas do período de 01/07/2006 a 31/07/2006 (Doc. 02).

Pelas razões expostas, pugna pela nulidade desta infração por cerceamento do direito de defesa ou, no mérito, pelo reconhecimento da escrituração das notas fiscais mencionadas, e, alternativamente pela ratificação das reduções de alíquotas na forma do Demonstrativo 1.

No que concerne à infração 03, manifesta o entendimento de que a Fiscalização incorre em excesso de formalismo, na medida em que se tratando de recolhimento da mesma natureza e código de receita, os quais devem ser compensados no presente processo, a fim de que seja apurado o valor efetivamente devido a título de antecipação nos períodos em questão.

Consigna que à exceção do ajuste acima referido, corrobora com o posicionamento do diligenciador exarado no parecer que emitiu, uma vez que as informações produzidos estão em consonância com a realidade dos fatos, devendo, no mínimo, o valor exigido ser reduzido de R\$333.823,34 para R\$15.573,09.

Conclui reiterando os argumentos apresentados na peça de defesa inicial, requerendo a nulidade do Auto de Infração e, no mérito, sua improcedência.

O diligenciador se pronunciou (fls. 715 a 716) sobre a manifestação do autuado, consignando quanto à infração 01, que o impugnante reitera os argumentos atinentes a improcedência deste item da autuação, reconhecendo a existência do presente Auto de Infração e do Auto de Infração nº 206825.0066/11-4, relativo à mesma infração que se encontra pendente de julgamento.

No que tange à infração 02, contesta a nulidade arguida pelo autuado, afirmando que esta é descabida porque a ausência do demonstrativo é um vício sanável, podendo em diligência ser

solicitado ao autuante, o que antecipou e providenciou a sua juntada aos autos, como o próprio autuado reconhece a confirmação do seu recebimento, conforme comprovante à fl. 712, tendo sido refeito o DEMONSTRATIVO 01, às fls. 717/718.

Observa que após concluir o levantamento, o valor desta infração passou de R\$63.007,17 para R\$15.843,46, conforme demonstrativo que apresenta à fl. 716.

No respeitante à infração 03, registra que o autuado concorda com os termos do parecer, apenas fazendo uma ressalva quanto à compensação dos valores recolhidos a mais em alguns meses, razão pela qual mantém a autuação.

Finaliza mantendo parcialmente o Auto de Infração, no valor histórico de R\$31.416,54, conforme Demonstrativo de Débito de fls. 719/720.

O autuado se manifestou (fls. 727/728), consignando que concorda com a nova redução do valor da infração 02, que passou do valor inicial de R\$63.007,17 para R\$15.843,46, e reitera todas as razões apresentadas em sua impugnação e na manifestação sobre a informação fiscal anterior, requerendo o acolhimento da preliminar de nulidade do Auto de Infração em razão da ausência de requisitos básicos para o lançamento, e no mérito, seja julgado improcedente o Auto de Infração.

O Auditor Fiscal designado para prestar a Informação Fiscal se pronunciou (fl. 733), dizendo que em razão de o autuado não ter apresentado novas provas mantinha o Auto de Infração parcialmente no valor histórico de R\$31.416,54, conforme Demonstrativo de Débito de fls. 715 a 720.

VOTO

Do exame das peças que compõem o presente processo, constato no que tange à infração 01 -*Falta de recolhimento de 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 entrada – 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 tributáveis realizadas anteriormente e também não contabilizadas* -, que não há como prosperar o lançamento de ofício, haja vista que o próprio autuante na Informação Fiscal solicitou à autoridade competente a abertura de uma nova Ordem de Serviço, a fim de que o contribuinte fosse “refiscalizado”, em decorrência das omissões e desencontros existentes nos arquivos magnéticos fornecidos pelo autuado, impossibilitando o levantamento quantitativo de estoque, pela imprestabilidade das informações.

Observo que a solicitação do autuante foi atendida, sendo emitida a Ordem de Serviço nº 510431/11, cujo resultado da fiscalização culminou com a lavratura do Auto de Infração nº 206825.0066/11-44, sendo imputada ao contribuinte infração por descumprimento de obrigação acessória com imposição de multa, por ter deixado de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações.

Diante do exposto, resta evidente a falta de certeza e liquidez do lançamento, pela inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada ao contribuinte, sendo nulo este item da autuação, nos termos do art. 18, inciso IV, alínea “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99. Infração nula.

Na forma do art. 21 do mesmo RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas.

No que diz respeito à infração 02, verifico que o autuado afirma que as notas fiscais não localizadas pelo autuante foram devidamente escrituradas nos livros Registro de Entradas, conforme apresenta nos documentos 06 e 07, referentes aos exercícios de 2005 e 2006, respectivamente, descabendo falar-se em recolhimento do ICMS por operações não escrituradas muito menos aplicação de multa.

Noto, também, que o Auditor Fiscal designado para analisar o processo e prestar Informação Fiscal (fl. 661), se pronunciou sobre este item da autuação(fls. 636 a 640), consignando que o autuante

juntou às fls. 42 a 69, Relatório CFAMT e notas fiscais, não juntando o Demonstrativo referente aos valores relacionados neste item da autuação, razão pela qual elaborou o DEMONSTRATIVO 01, (fls. 665 e 666), com detalhamento da localização das notas fiscais nas folhas do processo no campo observação do ANEXO I, (fl. 667) e no ANEXO II o detalhamento das notas fiscais, onde consta corretamente as alíquotas(fls. 668/ 669).

Observa que no levantamento, além da falta do demonstrativo, foi constatada a incorreção na aplicação da alíquota, pois no Auto de Infração foi aplicada a alíquota de 17% quando o correto é a alíquota do Estado de origem e o autuado comprovou que algumas notas fiscais foram registradas no livro de Registro de Entradas de mercadorias, no campo Observação do DEMONSTRATIVO 1 consta a folha da cópia do livro Registro de Entradas do autuado.

Salienta que após conclusão do levantamento da infração 02, o valor deste item da autuação passou de R\$63.007,17 para R\$18.334,51, conforme resumo que apresenta.

Vejo ainda que o autuado ao tomar conhecimento da Informação Fiscal prestada pelo Auditor Fiscal designado sustenta que a autuação possui sua validade comprometida, na medida em que a Fiscalização violou frontalmente o seu direito de ampla defesa já que não disponibilizou os demonstrativos, conforme registrado pelo diligenciador. Alega que a disponibilização de demonstrativo de cálculo por parte da Fiscalização é fundamental para o prosseguimento do feito, haja vista que o inciso II do art. 18 do RPAF/99, determina que os atos praticados com preterição do direito de defesa constituem-se nulos. Portanto, não podem produzir efeitos regularmente.

Diz que dessa forma, independentemente da apresentação de demonstrativo por parte do diligenciador, a autuação não deve prosseguir, em razão de que referido vício não pode simplesmente ser suprido pelo Fisco, pois a autuação é considerada nula desde o seu início.

Salienta que, além disso, o autuante aplicou de forma equivocada as alíquotas incidentes nas operações, pois aplicou indistintamente 17%, sem sequer observar a natureza da operação, se interna ou interestadual, o quer demonstra a fragilidade do lançamento de ofício inicialmente realizado.

O Auditor Fiscal diligenciador se pronunciou contestando a nulidade arguida pelo autuado, afirmando que esta é descabida porque a ausência do demonstrativo é um vício sanável, podendo em diligência ser solicitado ao autuante, o que antecipou e providenciou a sua juntada aos autos, como o próprio autuado reconhece a confirma o seu recebimento, conforme comprovante à fl. 712, tendo sido refeito o DEMONSTRATIVO 01, às fls. 717/718. Observa que após concluir o levantamento, o valor desta infração passou de R\$63.007,17 para R\$15.843,46, conforme demonstrativo que apresenta à fl. 717.

De início, cabe registrar que a ausência inicial do demonstrativo não se constitui em vício insanável, portanto, capaz de inquinar de nulidade a autuação, conforme arguido pelo impugnante.

Na realidade, a iniciativa do diligenciador em elaborar o demonstrativo e juntar aos autos, bem como em fornecer cópia ao autuado, afastou qualquer possibilidade de cerceamento do direito de ampla defesa e do contraditório, haja vista que sujeito passivo tomou ciência do resultado e reconheceu o débito apontado pelo diligenciador no valor de R\$15.843,46.

Diante disso, não acato a nulidade arguida, por não ter ocorrido quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquinar de nulidade a autuação.

Quanto ao mérito, observo que apesar de o diligenciador ter elaborado à fl. 717, demonstrativo no qual identifica as notas fiscais cuja escrituração não foi localizada, bem como as notas fiscais regularmente escrituradas, incorreu em equívoco ao modificar a alíquota de 17% aplicada pelo autuante para as alíquotas de 12% e 7%.

Isso porque, a falta de registro de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Ou seja, a exigência fiscal não diz respeito às notas fiscais arroladas na

autuação, mas sim a operações anteriormente realizadas omitidas, razão pela qual cabível a aplicação da alíquota de 17%.

Assim sendo, considerando os valores da base de cálculo remanescente apontados no demonstrativo de fl. 717 elaborado pelo diligenciador, contudo, com aplicação da alíquota de 17%, o valor do ICMS efetivamente devido é de R\$37.872,25, conforme demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO	
DATA OCORRÊNCIA	VALOR ICMS(R\$)
28/02/2005	245,16
04/07/2005	291,19
25/08/2005	142,95
05/09/2005	336,01
01/11/2005	4.989,36
27/12/2005	11.516,90
14/12/2005	740,46
07/12/2005	116,62
29/12/2005	374,65
01/12/2005	1.111,35
31/03/2006	802,64
22/03/2006	1.951,94
04/07/2006	122,52
18/07/2006	9.078,06
14/07/2006	999,86
10/10/2006	4.296,93
09/11/2006	578,85
24/11/2006	176,80
TOTAL	37.872,25

Dessa forma, este item da autuação é parcialmente subsistente.

No respeitante à infração 03, constato que o Auditor Fiscal diligenciador elaborou o DEMONSTRATIVO 02 (fl. 670), onde constam os valores recolhidos, os valores apurados e as diferenças devidas e lançadas no Auto de Infração, retificado após a Informação Fiscal; ANEXO I (fls. 671 e 672), onde consta o detalhamento e o ANEXO II (fls. 673 a 674), onde consta o detalhamento.

Noto que após as correções e ajustes realizados pelo diligenciador, o valor deste item da autuação passou de R\$333.823,34 para R\$15.573,09, resultado que acolho integralmente.

Cabe observar que não existe amparo legal para amparar a pretensão defensiva de compensar o débito apontado na autuação com os valores recolhidos a mais.

Entretanto, também cumpre registrar que em se tratando de recolhimento indevido em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação, poderá o contribuinte efetuar o estorno ou anulação mediante utilização de crédito fiscal, nos termos do inciso VIII do art. 93, conforme previsto no art. 112, §1º do RICMS/BA.

Assim sendo, esta infração é parcialmente subsistente no valor de R\$ 15.573,09.

No que diz respeito à arguição de que as multas são confiscatórias, esclareço que estas foram corretamente aplicadas ao caso da lide, estando previstas na Lei 7.014/96. Quanto à sua dispensa ou redução, requerida pelo autuado, tratando-se de multas por descumprimento de obrigação principal, a sua dispensa ou redução ao apelo da equidade, é de competência da Câmara Superior deste CONSEF.

Diante do exposto, a infração 01 é nula e as infrações 02 e 03, parcialmente subsistentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206825.0053/10-1, lavrado contra **FÍBRIA CELULOSE S/A (VOTORANTIM CELULOSE E PAPEL S/A)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$53.445,34**, acrescido das multas de 60% sobre R\$15.573,09 e de 70% sobre R\$37.872,25, previstas no art. 42, inciso II, alínea “f” e inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Na forma do art. 21 do RPAF/99, em relação a infração 01, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR