

A. I. N° - 157064.0273/09-0
AUTUADO - SAMPAIO S COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS OLIVEIRA FERREIRA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 03/04/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0079-03/13

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. 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. Refeitos os cálculos, mediante diligência efetuada por preposto estranho ao feito, o débito originalmente apurado ficou reduzido. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização. 3. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO Saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Rejeitadas as preliminares de nulidade e de decadência e indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/12/2009, refere-se à exigência de R\$81.992,29 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Falta de recolhimento nos prazos regulamentares do ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2007. Valor do débito: R\$55.409,12. Multa de 70%.

Infração 02: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da federação, para fins de comercialização, no período de janeiro de 2005 a novembro de 2007. Valor do débito: R\$24.767,69. Multa de 60%.

Infração 03: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de saldo credor de caixa, no mês 09/2004. Valor do débito: R\$1.815,48. Multa de 70%.

Consta à fl. 69 dos autos, requerimento do autuado solicitando cópias das Notas Fiscais que compõem o presente Auto de Infração.

O autuante informou à fl. 71 que “em virtude de o Sistema CFAMT ter se encontrado indisponível durante o exercício passado (2009), só voltando a funcionar agora no mês de janeiro de 2010, não será possível atender à solicitação do contribuinte, tendo em vista que o Sistema CFAMT não disponibiliza documentos de exercício decaído, que é o caso do solicitante, por se tratar de documento relativo ao exercício de 2005, já decaído. Sobre os exercícios de 2006 e 2007, anexamos os docs. às fls. 71 a 127”

O autuado apresentou impugnação (fls. 129 a 140), alegando que o presente Auto de Infração não merece prosperar, porque está eivado de inúmeros vícios e irregularidades que o tornam insubsistente, além de comportar, no mérito, uma análise mais profunda. Salienta que alguns vícios formais são nitidamente perceptíveis na formulação do Auto. Diz que no item “dados da lavratura” encontra-se a data de encerramento, que fora em 30/12/2009, às 11h17min e que o período fiscalizado fora de 16/07/2004 a 31/12/2007. Em seguida, o defendente reproduz a descrição das infrações e alega que o Auto de Infração não traz em seu conteúdo o dia de início do período de fiscalização, que é elemento essencial ao procedimento administrativo, como prescreve o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF). Transcreve o art. 28 do mencionado Regulamento e diz que o Termo Inicial de Fiscalização é de suma importância para o autuado, porque é através dele e do Termo de Encerramento que o contribuinte pode extrair se o prazo legal de 90 dias, para a conclusão do Procedimento Administrativo Fiscal, foi cumprido pela Autoridade Fazendária. Observa que as desobediências aos requisitos essenciais do Processo Administrativo fulminam o ato praticado tendo em vista que o Auto de Infração é modalidade de lançamento e como tal se presta à cobrança de tributos. O defendente registra que em nenhum momento o autuante verificou os livros fiscais da empresa, ou até mesmo verificou as cópias das notas fiscais que se encontram em poder do fisco.

Prosseguindo, o defendente comenta sobre os princípios da legalidade e da eficiência e afirma que todo agente público deve possuir qualidades e habilitação técnicas compatíveis e exigíveis para o cargo. Cita como exemplo o Promotor de Justiça, que se exige que o agente seja bacharel em direito. Diz que em relação ao clínico geral exige-se que o agente seja médico, e assim por diante. Quanto ao desenvolvimento de tarefas de auditoria ou perícia contábil, o defendente afirma que a lei reservou essas tarefas aos profissionais de contabilidade de nível superior legalmente inscrito junto ao C.R.C. – Conselho Regional de Contabilidade. Entende que o agente de fiscalização inabilitado no C.R.C., que não seja inscrito neste Órgão, na categoria de contador, não poderá lavrar autos de infração, notificações fiscais ou de lançamentos de tributos ou contribuições, que tiverem por base, trabalhos de auditoria ou perícia contábil, como ocorreu no presente caso. Assegura que a função de Auditor Fiscal exige que o agente público exerça papel privativo de contador inscrito no C.R.C., sendo nulo de pleno direito o procedimento efetivado por profissional incompetente. O autuado alega que o presente Auto de Infração é nulo, porque foi lavrado por servidor incompetente, ao arrepio do art. 10 c/c 59 do Dec. 70.235/72, dos arts. 25 e 26 do Dec.-lei 9.295/46, art. 26 da lei 6.385/76, § 5º do art. 163 da lei 6.404/76 c/c os arts. 1º, e 3º item 36 § 1º da Resolução C.F.C. nº 560/83. Diz que o S.T.F. – Supremo Tribunal Federal já se posicionou quanto ao tema no RE 79149. Também afirma que a atual Constituição Federal estipulou o livre exercício de qualquer profissão, desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelece, conforme arts. 5º, XIII e 22, XVI. Salienta que nem mesmo o fato de o servidor ter sido aprovado em concurso público tem o condão de revogar lei, nem o convalida ao exercício ilegal da profissão de contador. Diz que o Decreto nº. 7.629/99 do Estado da Bahia considera, em seu art. 18, I, nulos os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente, e que o Decreto Presidencial nº. 70.235/72, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, traz a mesma regra do decreto estadual no seu art. 10.

No mérito, o defendente alega que conforme se extrai do PAF a autuação se deu em virtude da incompatibilidade dos dados encontrados nos sistemas do Estado e nos valores recolhidos ao fisco, e que no simples compulsar, verifica-se que a empresa autuada nunca realizou as compras referidas no Auto de Infração. O defendente diz que o autuante presumiu a existência do débito

histórico de R\$ 81.992,29, baseando-se apenas nas informações contidas em seu sistema, sem observar as reais compras que se encontram lançadas nos livros fiscais da empresa, bem como, não se deu ao trabalho de analisar a existência real das notas fiscais mencionadas. Afirma que não reconhece estas notas fiscais como compras realizadas e diz que o autuante apenas somou os valores encontrados no sistema da SEFAZ e aplicou de forma sumária as alíquotas pertinentes, e em seguida efetuou os cálculos necessários, de forma arbitrária, concluindo pela diferença de ICMS no valor R\$168.683,35.

O impugnante informa que enviou, no dia 19/01/2010, correspondência para a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia através da Superintendência de Administração Tributária – INFAZ ATACADO, requerendo cópias das notas fiscais elencadas no Auto de Infração, alegando que não reconhece como mercadorias compradas pela empresa, sendo que as Notas Fiscais são de suma importância para elucidar o caso, sendo imprescindíveis para que haja o devido processo legal e a ampla defesa do autuado. Afirma que as práticas comerciais são infinitas, existindo a possibilidade de que as empresas que emitiram as referidas notas fiscais tenham emitido de forma errônea as mesmas, ensejando com isso uma maior apuração, inclusive na origem. Entende que o autuante não observou o devido processo legal, porque apenas verificou as informações contidas no sistema da SEFAZ, sem ao menos verificar os livros fiscais e demais documentos da empresa autuada, sem analisar as cópias das notas fiscais que se encontram em poder do Fisco, muito menos sem checar as informações das notas fiscais em sua origem.

Em relação à multa aplicada no Auto de Infração, o defendente alega que, com o advento da Lei 9.298/96 a multa por inadimplemento, no Brasil, passou para o máximo de 2%, dado à nova realidade econômica atualmente reinante no país. Entende que a pretensão de multas na ordem de 60% e 70% do valor da obrigação, como pretende o Fisco, seja em virtude do inadimplemento ou proveniente da configuração objetiva de infração fiscal, onera sobremaneira o contribuinte, não encontrando guarida na atualidade nacional, além de configurar patente enriquecimento sem causa por parte da Fazenda Pública Estadual. Também alega que a aplicação de multas como a ora pretendida, afigura-se na odiosa forma de confisco, vedado em nosso Direito Tributário Constitucional. Quanto a esta matéria, cita ensinamentos de Sacha Calmon e afirma que há desproporcionalidade na cobrança, tendo em vista que a tipificação do ilícito jamais fora cometida pelo autuado, ensejando com isso a inexistência da consequência do não pagamento do tributo. Diz que há necessidade de revisão e de perícia contábil, na forma do art. 145 RPAF, e a indicação de um assistente formado em ciências contábeis, que em momento oportuno poderá ser indicado pelo autuado. Apresenta os quesitos a serem respondidos pelo perito e conclui que os vícios de que padecem o Auto de Infração são insanáveis, de sorte a comprometerem suas exigibilidades face às flagrantes ilegalidades formais e materiais apresentadas. Pede a nulidade do lançamento e, no mérito, requer, independentemente de julgamento procedente ou improcedente, parcial ou integral, a ilegitimidade das multas do Auto de Infração, fixando-as em percentuais equivalentes a 2%.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 145/146 dos autos, dizendo que não poderia lavrar o Termo de Início de Fiscalização, tendo em vista que o autuado não foi encontrado no endereço constante no cadastro desta SEFAZ, por isso, foi efetuada intimação via Correios, conforme fls. 12/13 do PAF. Quanto à alegação de incompetência para a lavratura do Auto de Infração, o autuante disse que nada tem a comentar, deixando para os julgadores se manifestarem a esse respeito.

Em relação às notas fiscais acostadas aos autos (fls. 72 a 127), o autuante entende que tais documentos atestam que o defendente realizou as operações objeto da autuação fiscal. Disse que não cabe ao autuante discutir a justiça ou sua falta, considerando que sua atividade é vinculada às leis e aos regulamentos. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

Considerando que na informação fiscal à fl. 71 dos autos, o autuante disse que o Sistema CFAMT não disponibiliza documentos relativos ao exercício de 2005, e em relação aos exercícios de 2006

e 2007, anexou às fls. 72 a 127 do PAF, as vias das Notas Fiscais, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que a repartição fiscal intimasse o autuado e lhe fornecesse as cópias das notas fiscais que lastrearam o presente lançamento (fls. 72 a 127), mediante recibo assinado pelo contribuinte ou seu representante legal, com a indicação do prazo de trinta dias para se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

Também foi solicitado que o autuante prestasse nova informação fiscal e refizesse os demonstrativos, excluindo as notas fiscais comprovadas pelo defendente, bem como os documentos que não foram acostados aos autos.

Foi informado à fl. 155 que o estabelecimento autuado não funciona mais no endereço indicado nos dados cadastrais destas SEFAZ, impossibilitando intimar o autuado.

O defendente apresentou “Ratificação da Impugnação Administrativa” às fls. 169/176. Ratifica o que foi alegado na impugnação anterior, afirmando que o presente Auto de infração não possui data de início de fiscalização, somente data de encerramento, sendo nulo por não observar o que determina a legislação. Comenta sobre o “prazo prescricional para a cobrança do ICMS dos anos de 2004/2005”. Fala sobre a celeridade administrativa e cita comentários sobre a razoabilidade e celeridade de acordo com os ensinamentos de José Afonso da Silva. Salienta que a parte prejudicada pela demora excessiva na tramitação de processo administrativo foi o contribuinte, e que somente em março de 2012 a 3ª Junta de Julgamento Fiscal percebeu a falta de documentos que foram fornecidos pelo CFAMT.

Quanto à reabertura do prazo de defesa, o defendente informa que existe um conflito entre as informações do fisco e a intimação feita pela SEFAZ. Diz que as cópias das fls. 72 a 127 foram apresentadas pelo defendente no momento da impugnação, entendendo ser incorreto fornecer cópias dos documentos que já estavam no processo. O defendente também alegou que o autuante, na época da lavratura do Auto de Infração, não apresentou as planilhas dos cálculos que originaram o Auto de Infração.

O autuado informa que juntou aos autos planilhas dos cálculos atuais, deduzindo os pagamentos efetuados, para comprovar que o autuante cometeu erros materiais. Comenta sobre a prescrição quinquenal e afirma que efetuou o recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial e da substituição tributária, cabendo, caso exista diferença a ser recolhida, a multa de mora e atualização monetária, sem a multa da ação fiscal. Afirma que está inconformado com a autuação fiscal e intimação, porque efetuou o pagamento do tributo devido e no levantamento fiscal não foram considerados os recolhimentos realizados, e que as Juntas e Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF já se manifestaram sobre o assunto. Pede que seja reconhecida a insubsistência do Auto de Infração e requer a sua nulidade em razão dos vícios alegados.

Foi realizada a diligência fiscal por Auditor Fiscal estranho ao feito, informando no Parecer Final às fls. 306/307 dos autos que em relação ao argumento do defendente de que não recebeu as planilhas de cálculos que originaram o Auto de Infração, o autuado tomou ciência da autuação fiscal em 12/01/2010, conforme intimação fl. 66 do PAF, assinada pelo sócio Sr. Anderson Sampaio Pimentel, onde consta que foram recebidas as cópias das planilhas de fls. 14 a 46 do PAF, sendo improcedente a alegação defensiva.

Quanto à infração 01, o preposto fiscal encarregado pela diligência informou que foram elaborados dois novos demonstrativos (fls. 301/302), onde constam as notas fiscais que estão no PAF e que foram recebidas pelo autuante, excluindo-se as notas fiscais não localizadas, todas do exercício de 2005 e algumas de 2006 e 2007, ficando reduzido o débito originalmente apurado para R\$22.592,33.

Quanto à infração 02, diz que o autuado, em suas manifestações, não impugna os valores, apenas confirma as aquisições e o pagamento da antecipação, questionando apenas a multa. Mantém a autuação e os demonstrativos de fls. 22 a 25, relativos aos exercícios de 2005 a 2007.

Sobre a infração 03, informa que o autuado não impugnou o lançamento tributário, por isso, diz que mantém a exigência fiscal.

Por fim, esclarece que às fls. 303/304 foi elaborado novo Demonstrativo de Débito, ficando o valor histórico do Auto de Infração alterado para R\$49.175,50, conforme quadro que elaborou à fl. 307.

Conforme Recibo de Arquivos Eletrônicos e Intimação às fls. 313/314 dos autos, o defendente foi intimado das conclusões da diligência fiscal realizada por preposto fiscal estranho ao feito, constando na própria intimação e no recibo assinatura de preposto do autuado.

O defendente se manifestou às fls. 318/324, alegando que, se for julgado procedente o débito constante no Auto de Infração, o contribuinte estará recolhendo em duplicidade. Ratifica tudo quanto alegado na impugnação inicial, relativamente à data de início de fiscalização, pedindo a nulidade do Auto de Infração. Reproduz as alegações referentes à celeridade administrativa. Alega que em relação ao ICMS relativo à antecipação parcial e pela falta de escrituração de livros fiscais, se existissem esses débitos gerariam créditos a serem compensados no momento da apuração do ICMS normal, por isso, entende que a cobrança implica uma penalidade desnecessária. Comenta sobre a prescrição quinquenal e assegura que foram efetuados os recolhimentos do ICMS relativos à antecipação parcial e da substituição tributária, cabendo, caso exista diferença a ser recolhida, multa de mora e atualização monetária. Pede que seja reconhecida a improcedência do Auto de Infração. Requer a sua nulidade em razão dos vícios alegados e diz que não reconhece o débito no valor de R\$49.175,50.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O autuado alegou que o Auto de Infração não traz em seu conteúdo o dia de início do período de fiscalização, que é elemento essencial ao procedimento administrativo, como prescreve o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF). Transcreve o art. 28 do mencionado Regulamento e diz que o Termo de Início de Fiscalização é de suma importância, porque é através dele e do Termo de Encerramento que o contribuinte pode verificar se o prazo legal de 90 dias, para a conclusão do Procedimento Administrativo Fiscal, foi cumprido pela Autoridade Fazendária.

De acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/BA, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização. No caso em exame, o autuante esclareceu que o autuado não foi encontrado no endereço constante no cadastro desta SEFAZ, por isso, foi efetuada intimação via Correios, conforme fls. 12/13 do PAF. Portanto, o autuado foi intimado em 22/12/2009, conforme Aviso de Recebimento à fl. 12 do PAF, estando suprida a falta do Termo de Início de Fiscalização, com a intimação efetuada.

Também foi alegado pelo autuado que não recebeu as cópias das planilhas elaboradas pelo autuante. Entretanto, de acordo com a intimação à fl. 66 dos autos, assinada pelo sócio da empresa, Sr. Anderson Sampaio Pimentel, foram fornecidas as cópias das fls. 14 a 46 do PAF, sendo improcedente a alegação defensiva.

O defendente alegou, ainda, que o agente público inabilitado no C.R.C., que não seja inscrito neste Órgão, na categoria de contador, não poderá lavrar autos de infração, notificações fiscais

ou fazer lançamentos de tributos ou contribuições, que tiverem por base, trabalhos de auditoria ou perícia contábil, como ocorreu no presente caso. Diz que a função de Auditor Fiscal exige que o agente público exerça papel privativo de contador inscrito no C.R.C., sendo nulo de pleno direito o procedimento efetivado por profissional incompetente.

Não é acatada a alegação defensiva, tendo em vista que, de acordo com o art. 925, do RICMS/97; art. 107, §§ 1º e 2º do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei 9.837/05), e art. 42 do RPAF-BA, a fiscalização e a lavratura de autos de infração são funções de competência dos Auditores Fiscais, cargo exercido pelo autuante, encontrando-se no PAF a sua completa identificação, inclusive o número de seu cadastro funcional. Portanto, a lavratura de Auto de Infração é da competência dos Auditores Fiscais, inexistindo qualquer limitação legal para que, apenas Auditores Fiscais com habilitação profissional no CRC possam efetuar o lançamento de ofício.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa.

Analisando a preliminar de decadência suscitada pelo defendente, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto referente ao exercício de 2005, observo que a legislação estabelece que o direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme art. 965 do RICMS/97, que está de acordo com o art. 173, I do CTN.

Vale salientar, que o Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, estabelece nos arts. 28, § 1º e 107-B, § 5º:

***Art. 28.** Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.*

***§ 1º** Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.*

***Art. 107-B.** O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

***§ 5º** Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2005 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2010. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 30/12/2009, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo regulamentar, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos. Ademais, por determinação deste órgão julgador, foi realizada diligência por preposto estranho ao feito, e foi dado conhecimento ao contribuinte quanto ao resultado da mencionada diligência.

No mérito, o primeiro item do presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2007.

De acordo com os demonstrativos às fls. 14 a 20 dos autos, trata-se de exigência do imposto por presunção legal, relativamente às compras de mercadorias sem o registro na escrita fiscal do contribuinte. Neste caso, a exigência do imposto foi efetuada com base no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, abaixo reproduzido:

Art. 4º

...

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

I - saldo credor de caixa;

II - suprimento a caixa de origem não comprovada;

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

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

V - pagamentos não registrados;

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

a) instituições financeiras;

b) administradoras de cartões de crédito ou débito;

c) “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante;

VII - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras.

Portanto, a falta do 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.

O autuado alegou que o autuante não observou o devido processo legal, porque apenas verificou as informações contidas no sistema da SEFAZ, sem ao menos analisar os livros fiscais e demais documentos da empresa autuada.

Em relação às cópias das notas fiscais de fls. 72 a 127 dos autos, foram apresentadas pelo defendente no momento da impugnação, fato confirmado nas manifestações apresentadas após a defesa inicial, e o autuante informou que o Sistema CFAMT não disponibilizou os documentos relativos ao exercício de 2005, já decaído.

Em relação às notas fiscais que não foram localizadas pelo autuado e que não constam no presente PAF, não há como ser exigido o imposto, haja vista que inexistente comprovação do fato e da base de cálculo do imposto exigido, constituindo cerceamento do direito de defesa.

Considerando a ausência de documentos fiscais relativos ao exercício de 2005 e a comprovação de escrituração de parte das notas fiscais referentes aos exercícios de 2007, foi realizada diligência fiscal por preposto estranho ao feito, em atendimento à solicitação encaminhada por esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal.

Conforme Parecer às fls. 306/307, dos autos, o preposto fiscal encarregado pela diligência informou que foram elaborados dois novos demonstrativos (fls. 301/302), onde constam as notas

fiscais que estão no PAF e que foram recebidas pelo autuante, excluindo-se as notas fiscais não localizadas, todas do exercício de 2005 e algumas de 2006 e 2007, ficando reduzido o débito originalmente apurado para R\$22.592,33.

Vale salientar que nas cópias do Registro de Entradas acostadas aos autos pelo defendente, fls. 189 a 200, consta a informação de que tais documentos foram elaborados para “defesa Sampaio s Comercial Ltda.”, concluindo-se que as notas fiscais constantes nas referidas cópias foram lançadas para apresentação junto com a impugnação do autuado, o que não elide a exigência fiscal. Ademais, o defendente foi intimado após a diligência efetuada por preposto estranho ao feito, e não apresentou qualquer documento para contrapor os novos cálculos efetuados.

Concluo pela subsistência parcial desta infração, sendo devido o imposto, relativamente às notas fiscais não lançadas na escrita fiscal, conforme demonstrativos às fls. 302/303, totalizando R\$22.592,33.

Infração 02: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da federação, para fins de comercialização, no período de janeiro de 2005 a novembro de 2007. Demonstrativos às fls. 22 a 25 do PAF.

Observo que as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 12-A da Lei 7.014/96, sendo devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização.

O autuado alegou que efetuou o recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial e da substituição tributária, cabendo, caso exista diferença a ser recolhida, a multa de mora e atualização monetária, sem a multa da ação fiscal.

Na diligência fiscal realizada por preposto estranho ao feito foi informado que o autuado, em suas manifestações, não impugna os valores, apenas confirma as aquisições e o pagamento da antecipação, questionando apenas a multa.

Analisando o levantamento fiscal às fls. 22 a 25 do PAF, em confronto com os extratos de recolhimentos acostados aos autos pelo defendente, constatei que apenas foi comprovado o valor de R\$651,91, correspondente ao mês de outubro de 2007 (fl. 181 do PAF), pagamento que foi considerado pelo autuante no respectivo mês, conforme demonstrativo à fl. 25 dos autos.

Quanto ao argumento do autuado de que, caso exista diferença a ser recolhida, deve ser exigida apenas a multa de mora e atualização monetária, observo que somente seria devida a multa se restasse comprovado nos autos que o imposto foi recolhido nas operações de saída posteriores, conforme prevê o § 1º do art. 42 da Lei 7.014/96, abaixo reproduzido:

Lei Nº 7.014 de 04 de dezembro de 1996, publicada no Diário Oficial do Estado da Bahia em 05/12/1996:

Art. 42.

...

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”.

Não acato as alegações defensivas e concluo pela procedência deste item do Auto de Infração, de acordo com os demonstrativos elaborados pelo autuante.

Infração 03: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de saldo credor de caixa, no mês 09/2004. Demonstrativo à fl. 43 do PAF.

A legislação autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do ICMS, considerando que foi constatado suprimento de caixa de origem não comprovada, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (art. 4º, § 4º, da Lei 7.014/96).

Observo que o defendente deveria apresentar as provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, e não cabe a este órgão julgador buscar outras provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo.

Concluo pela subsistência desta infração, acatando os valores apurados no levantamento fiscal à fl. 43 dos autos, no valor total de R\$1.815,48.

Quanto às multas decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicados corretamente os percentuais de 60% e 70%, conforme estabelece o art. 42, incisos II, “d” e III, respectivamente, da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$49.175,50, conforme demonstrativo de débito à fl. 307.

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 **157064.0273/09-0**, lavrado contra **SAMPAIO S COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$49.175,50**, acrescido das multas de 60% sobre R\$24.767,69 e 70% sobre R\$24.407,81, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de abril de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - JULGADOR