

A. I. N° - 209732.1101/12-3
AUTUADO - BONI COMÉRCIO DE BORRACHA LTDA
AUTUANTE - JOSÉ ÂNGELO DE SOUZA NETO
ORIGEM - INFACZ ILHÉUS
INTERNET - 10/07/2013

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0153-03/13

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Constitui infração a divergência entre os valores recolhidos e o escriturado. 2. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS ESCRITURADO. Constitui infração à lei tributária o não recolhimento do ICMS escriturada no livro fiscal próprio. 3. USO INDEVIDO DO CRÉDITO FISCAL. A transferência incorreta de saldo devedor de período anterior deve ser tida como infração tributária. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração subsistente. A entrada no estabelecimento de mercadoria tributável deve ser escriturada sob pena de descumprimento de obrigação tributária acessória. 5. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. Multa. 6. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DO DIFERIMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES DE PRODUTOR RURAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. NULIDADE. Inexiste a comprovação de que a mercadoria submetida ao diferimento, não tenha sido objeto de tributação quando da saída do produto final. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente lançamento de ofício feito contra o contribuinte em epígrafe descreve a ocorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 01 – 03.01.01: “Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS.

INFRAÇÃO 02 – 02.01.01: “Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

INFRAÇÃO 03 – 01-02-71: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a transferência incorreta de saldo credor do período anterior

INFRAÇÃO 04 – 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

INFRAÇÃO 05 – 16.05.11 - Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração de apuração mensal do ICMS)

INFRAÇÃO 06 – 04.05.08 "Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime

de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.”

“Deixou de recolher o ICMS” devido, pela aquisição junto a produtor rural não inscrito no ICMS de mercadoria enquadrada no regime de Diferimento (Cernambi), na qualidade de responsável por solidariedade, sem emissão do documento fiscal correspondente (nota fiscal de entrada das mercadorias), apurada na Auditoria de Estoques referente ao Exercício de 2010 e 2011, conforme demonstrado na Auditoria de Estoque, ANEXO I.

Inconformado com o lançamento o contribuinte apresenta sua impugnação e inicialmente argui que o Auto de Infração objeto desta defesa, “foi lavrado fora do estabelecimento da firma autuada, embora devesse sê-lo no próprio estabelecimento da empresa” fato comprovado pelo próprio texto onde esta claro que o mesmo teve como local da lavratura a Inspetoria Fazendária de Ilhéus, demonstrando, segundo o contribuinte que “que o autuante não se deu ao trabalho de fiscalizar os documentos fiscais empresa, em seu estabelecimento; muito menos de ali, lavrar o auto de infração de eventuais faltas encontradas”

Entende que deve ser aplicado “por analogia o Decreto Federal nº 70.235, de 06-3-1972, artigo 10, que trata do Regulamento de Processo Administrativo-Fiscal Federal que obriga a lavratura do auto no local da verificação da falta, isto é, no próprio estabelecimento fiscalizado, porque qualquer infração cometida por este, somente poderia tê-la sido, dentro do estabelecimento comercial, excetuadas feiras, exposições, mostras e operações semelhantes e que nesse sentido é a mensagem do artigo 196 e seu parágrafo Único, do CTN.” Ratifica sua posição acrescentando que: “A doutrina jurídico-tributária específica é taxativa quanto à obrigatoriedade da lavratura do auto de infração no local do estabelecimento fiscalizado, considerando-se ineficaz e inválida a peça básica do processo administrativo-fiscal, “in casu”, o auto de infração, quando lavrado na própria Repartição Fiscal seja ela Federal, Estadual ou Municipal, como ocorreu no presente caso; ou no escritório do agente fiscal ou em qualquer outro local diverso do estabelecimento fiscalizado, quando nenhum motivo relevante impedir esse procedimento normal e usual na fiscalização de todo e qualquer tributo ou contribuição; porque a lavratura fora do estabelecimento fiscalizado, quebra a segurança jurídica e a própria seriedade que deve existir nas relações fisco-contribuinte e nos atos administrativos de campo, da fiscalização, evitando-se ainda, que sejam lavrados autos “por correspondência”, sem qualquer fiscalização e enviados pelo correio, com um visível desprezo ao próprio princípio do contraditório, pois, durante as diligências de fiscalização, o contribuinte tem o direito sagrado de se fazer representar, através de seu contabilista, o que não aconteceu em nenhum momento e se necessário, também pelo seu advogado (CF/88, arts. 5º-LV, 133). Ora, se o auto é lavrado fora do local, sem sequer serem pedidas explicações ou esclarecimentos por escrito, de eventuais falhas ou irregularidades, a quebra do contraditório é evidente e não poderá ser negada”.

Reproduz texto doutrinário de autoria do Prof. BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, sobre o lançamento tributário, onde o prezado Mestre diz que “O auto de infração, sendo uma narrativa escrita e circunstanciada de uma infração fiscal constatada, elaborada pela autoridade administrativa, merecedor de fé pública, deve ser formalizado corretamente, ficando submetido a diversos requisitos. Deve ser lavrado com precisão e clareza, relatando minuciosamente o fato ou os fatos arguidos, caracterizando e definindo o autuado”.

Anota ainda o autuado que “uma das principais características do auto de infração é o fato do mesmo ser obrigatoriamente lavrado no local da verificação da infração e no momento de sua constatação.”

Em seguida argui que o autuado “foi pressionado pelo exíguo prazo dado pelo nobre preposto fiscal para a apresentação da documentação fiscal e pede revisão nos procedimentos de fiscalização realizados ineficazmente no momento da fiscalização pelo nobre fiscal.” E acrescenta: “Como pode o mesmo não requerer informações ao contribuinte, se sequer, dignou-se a apurar a verdade dos fatos por completo (só pelo simples fato de haver pequena diferença

entre as entradas e saídas de produtos sujeitos ao regime de diferimento, mas que não trouxe nenhum prejuízo fiscal ao Estado, pois o ICMS pago na operação subsequente pelo adquirente por substituição, haja vista que todas as notas fiscais saídas foram extraídas e escrituradas regularmente), o que não significa omissão, e que representa uma redução do valor atribuído de R\$377.369,78 para Zero da autuação” e conclui suas preliminares observando que “a presunção é aplicada quando na verdade não existem outros meios lícitos de apurar faltas/diferenças, o que não foi o caso”.

Quanto ao mérito contesta a INFRAÇÃO 01 informando “que o ICMS vencido em 09/06/2011 já foi objeto de cobrança e encontra ajuizado conforme inscrição 850000.2323/11-2 no valor de R\$ 16.187,66 e que a sua cobrança através do auto 209732.1101/12-3 acarreta uma DUPLICIDADE”. Observa que o valor correto do recolhimento a menor seria de R\$ 82.840,13 e que em relação a “caracterização das ocorrências de fatos geradores consideradas em 31-12-2010 e 31.12.2011 no valor exigido no aludido auto de infração, devem ser observados artigos do RICMS que enumera: “Art. 2º, § 3º, IV, 39,VIII, 40, I , 129, Parágrafo único,II, 342,343,VII, “g”,344, 347, § 2º e 349”.

Quanto a infração 02 informa que o ICMS vencido em 09/07/2011; 09/08/2011; 09/09/2011; 09/10/2011; 09/11/2011; 09/12/2011 e 09/01/2012 já foram objeto de cobrança e estão inscritos na dívida ativa conforme inscrição 850000.3582/11-1 e 850000.3296/12-7. Afirma que a sua cobrança através do auto 209732.1101/12-3 acarreta uma DUPLICIDADE e diz que neste caso o valor correto do ICMS que deixou de ser recolhido seria R\$ 61,92.

Em relação às infrações descritas nos itens 03,04 e 05 não se manifesta.

Quanto a infração 06 defende-se afirmando que “não foi infringido o RICMS/BA, pois de todas as operações realizadas nenhum prejuízo trouxe ao Erário Público uma vez que a fase de diferimento é encerrada pela empresa compradora dentro do Estado, mesmo considerando que o levantamento efetuado pelo nobre Auditor Fiscal tenha demonstrado diferença de estoque (entradas sem notas fiscais), tendo em vista que a fase de diferimento é encerrada, como já dito acima, pela COMPRADORA dentro do estado, sendo a mesma responsável por substituição possíveis resíduos de impostos da autuada, portanto, não se pode falar em omissão de compras ou equivalente, porém, insistimos em afirmar, não trouxe nenhum prejuízo ao Erário Estadual, haja vista que todas as notas fiscais de saídas foram extraídas e escrituradas regularmente pela autuada em seus livros fiscais, sendo ambos beneficiários do credenciamento para operar no regime de diferimento. Nesta oportunidade a impugnante junta cópia de notas fiscais de saídas emitidas contra a empresa Plantações Michelin da Bahia Ltda., por amostragem, extraídas no período de 01.01.10 a 31.12.11, a fim comprovar a sua assertiva (docs. 02 a 17).” Acrescenta que “não tendo o autuante procedido a qualquer levantamento que positivasse a existência de uma aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica pela autuada, pelo fato ocorrido, isto é, um ingresso de riqueza nova a aumentar o patrimônio da pessoa jurídica, dentre outros fatos da qual está a exigir ICMS(CTN,art.43,114 e 116,I e II; STF,RTJ 66/150) e que tivesse sido omitida do conhecimento do fisco estadual, segue-se o que o auto de infração exige, baseado em presunção fiscal, totalmente incompatível com a atividade vinculada e regrada da Administração Tributária”. Observa que “o ICMS foi exigido no presente caso, não tendo o auto de infração comprovado materialmente com documento inequívoco o ingresso de uma receita ou riqueza, baseando suas afirmativas meramente pela indicação de que ocorreram omissão de entrada de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de estoques em valores inferiores aos efetivamente informados pela escrituração fiscal pelas saídas do autuado a único adquirente, apurando imposto devido da ordem de R\$377.369,78, daí restar a conclusão de que estão exigindo impostos e contribuições, no caso em tela o ICMS sem prova material concreta, documentada, da efetiva ocorrência do fato gerador, posto que o auto cobra multa confiscatória (Artigo 42, §§ 2º e 3º Inciso IV da Lei 7.014/96 e Artigos 50,I, 124 e 218 do Decreto 6.284/97) sobre as omissões ocorridas em sua totalidade sem prova efetiva e documentada do referido fato, que segundo o termo lavrado não teriam sido registradas todas as entradas de mercadorias adquiridas de terceiros sob o regime de diferimento, o que ofende direta e frontalmente o princípio da

legalidade (CF/88, artigos 5º, II, e 150, I, CTN, artigo 97 III), pois tal fato não caracteriza fato gerador da obrigação tributária.”

Sobre as penalidades aplicadas aduz o seguinte: “ multas de 100% como as aplicáveis ao débito original indevido que resultou na importância absurda e injusta como as multas estabelecidas no artigo 42, da lei 7.014/96 e do RICMS, impedem ou dificultam a iniciativa de qualquer contribuinte liquidar seus débitos perante a receita estadual. o que ocorreu tanto no lançamento, quanto na imposição das multas confiscatórias em nosso entender foi um pequeno erro material sanável, bem como o processo administrativo, a inscrição, o título executório e a execução nele embasada, são absolutamente ilegais frente ao CTN, artigo 108, parágrafo 1º, e inconstitucionais frente aos artigos 5º -ii; 24, parágrafo 1º, caput; artigo 150-I e, IV c/c artigo 59-II, da CF/88. “a proibição do confisco tributário atinge portanto qualquer tributo, contribuição social ou penalidades” e que pede “sua redução total pelos motivos já expostos na presente defesa fiscal, por serem indevidos para as infrações apontadas.

Requer ao final que “dentro da garantia constitucional do contraditório, pleno e amplo, e do que processa law (Artigo 5º, LV, c/c 150-IV; CPC, artigos 535, 586, 618-I, 738, 741): que este AUTO DE INFRAÇÃO de nº 209732.1101/12-3 do pretenso devedor, contra a exigência fiscal nula e contra a constrição judicial, sejam recebidos no duplo e feito, sustando-se o prosseguimento da exigência írrita e nula, até a decisão final e definitiva da mesma (CPC, art. 739, par. 1º; LICC, art. 6º, par. 3º); e que analisadas, apreciadas e decididas uma a uma as questões, com motivação adequada e pertinente e fundamentadamente, dentro do princípio do contraditório pleno e amplo, assegurado pela Constituição Federal, assim como, que o Nobre Autuante obedeça os prazos de vistas estabelecidos no RPAF/BA, e que as decisões sejam encaminhadas ao endereço da Autuada e/ou de seus representantes legais constituídos e que seja julgado improcedente.”

O autuante apresenta sua informação fiscal onde preliminarmente afirma ter recebido através da Lei 8.210 de 22 de março de 2002, competência para constituir, privativamente, créditos tributários por meio de lançamentos de ofício com lavratura de autos de infração e tempestivamente vem prestar as suas informações fiscais.

Diz que as preliminares arguidas pelo autuado estão totalmente equivocadas, tendo em vista que o Auto de Infração fora lavrado na Infaz Ilhéus, Repartição Fazendária do domicílio fiscal do autuado, pois, a sua previsão está contida no §1º do artigo 39 do RPAF/BA que transcreve. Acrescenta que “*o Auto de Infração em questão foi lavrado na forma regulamentar obedecendo todas as formalidades, inclusive quanto ao local de sua lavratura*”

Quanto ao argumento do cerceamento de defesa diz que o mesmo inexiste. De acordo com o autuante “o contraditório se estabelece após a lavratura do auto de infração, o que foi observado, tanto é verdade que o contribuinte entrou com seu pedido de defesa, atendendo o disposto no artigo 123, § 4º do RPAF/BA, portanto, mais um equívoco do defensor”

Quanto ao argumento do impugnante que o foi exíguo o prazo para apresentação de documentos fiscais por parte do autuado, informou “que obedece aos ditames do RPAF/BA contido no Inciso III do artigo 26, e que a ação fiscal iniciou com as varias intimações para apresentação dos documentos fiscais necessários à fiscalização, dentro do prazo regulamentar constantes, devidamente assinadas pelo contribuinte e/ou representante legal (fls. 06 à 09), sendo que tais documentos foram apresentados ao longo da fiscalização (fls. 10 a 12) e que as dúvidas surgidas durante os trabalhos foram acompanhadas e sanadas, por isso, não tendo que se falar em revisão nos procedimentos de fiscalização”.

Quanto às diferenças nas omissões de saídas alegadas pelo defensor, observa o autuante que “estas foram apuradas através de auditoria de estoque (fechado) conforme demonstrativos (fls. 355 a 360; 402 a 415) e demais notas fiscais de entradas e saídas acostados ao processo, portanto, não procedendo esta alegação do autuado”.

Quanto aos argumentos apresentados pela autuada a respeito das infrações 01 e 02 diz que este é parcial pois “informa apenas que parte do débito já fora objeto de cobrança através dos PAF nºs: 85000.2323/11-2; 850000.3582/11-1 e 850000.3296/12-7, porém, não anexado quaisquer documentos que dizem respeito e de onde se originou tal débito, assim como, os valores dos respectivos PAF’s não conferem com os discriminados nos demonstrativos de débitos efetuados pela Auditoria da Conta Corrente (fls. 20 a 23; 105 a 108 e 229 a 232) anexos ao Auto de Infração em lide. Diz ter sido “zeloso nos seus trabalhos ao pesquisar e intimar o contribuinte a apresentar pagamentos de impostos efetuados por ele para que lhes pudesse atribuir todos os créditos devidos a que tinha direito, conforme demonstrativos anexos às fls. 86, 175 e 176”.

Em relação a infração 06 – 04.05.08 alegada pelo defensor, não deve prosperar, porque a descrição dos fatos constantes do Auto de Infração em discussão está bem clara e precisa não deixando quaisquer dúvidas quanto ao procedimento e enquadramento legal. E acrescenta: “Tenho a informar ainda que, ficou caracterizado que o autuado adquiriu mercadorias enquadradas no regime de deferimento (cernambi a granel), na qualidade de responsável por solidariedade, junto a produtor rural não inscrito e não emitindo as respectivas notas fiscais de entrada, apurado através da auditoria de estoque fechado, conforme demonstrativos anexos (fls. 355 a 360; 402 a 415) referentes aos exercícios de 2010 e 2011 e, consequentemente, sem a respectiva escrituração no livro fiscal próprio. Digo ainda, que o deferimento é um benefício fiscal concedido pelo ente tributante e que não exclui a obrigatoriedade de o contribuinte emitir o respectivo documento fiscal para acompanhar as mercadorias, assim como, o simples fato de que o encerramento do deferimento ocorre em etapa posterior à saída do estabelecimento, não exime o contribuinte também de emitir os documentos fiscais. A legislação prevê a obrigatoriedade por parte do contribuinte a emitir os respectivos documentos fiscais”. Para reforçar tal posição transcreve os artigos 218, Inciso I, 229, Inciso I, do Decreto 6.284/97 e 34, Inciso VI-A da Lei 7.017/96.

Diz ainda que “também não deve prosperar ao argumento do defensor ao dizer que não houve prejuízos ao erário público nas operações realizadas, pois, o caso em tela trata de imposto sobre a circulação de mercadorias com falta de emissão de documento fiscal, baseado em auditoria de estoques e consequente falta de escrituração fiscal dos respectivos documentos, dessa forma, com a falta do respectivo imposto a ser repassado aos cofres públicos. Também não prospera alegar que a infração baseada na presunção fiscal é incompatível com a atividade vinculada e regrada da Administração Tributária, pois, tanto é verdade que na omissão do registro de entradas, a exigência do imposto deve ser embasada no regramento jurídico legal que prevê a falta de contabilização de mercadorias e autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais, conforme disposição do artigo 2º, § 3º do RICMS/97 e artigo 7º, Inciso II da Portaria 445/98.”

Comenta a respeito das presunções e conclui que no presente lançamento trata-se do “tipo relativa, prevista no § 4º do artigo 4º da Lei 7.014/96, cabendo ao impugnante o ônus da prova, o que não ocorreu, pois, não apresentou elementos necessários que se opunham aos fatos presumidos e ademais, vale salientar que em nenhum momento o defensor comprovou ou anexou provas que pudesse elidir a presunção fiscal”.

Quanto a exigência do ICMS, o fato gerador diz que foi baseado “na omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária por deferimento, sendo o imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor da mercadoria recebida de terceiros, desacompanhada de documentação fiscal, previsto no artigo 10, inciso I, alínea “a” da Portaria 445/98 e artigo 39, inciso V, do RICMS/97”. Comenta que ainda que pelo observado “não se pode falar em prova concreta, pois, o imposto é sobre a circulação de mercadorias”.

Sobre a suposta “multa confiscatória” anota “que não compete ao autuante a sua exigência, ou imposição, pois, o percentual já se encontra previsto na legislação, como mesmo descreve o autuado em sua defesa às fls. 765 deste processo”.

Em relação a perícia observa que “o autuado apenas comenta sobre o assunto não fazendo quaisquer pedido ou solicitação para a realização da mesma, bem como, não apresentou motivos ou fatos novos que ensejassem tal procedimento, conforme descrito no parágrafo único do artigo 145 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99”.

Observa que “o autuado em nenhum momento contestou os dados do levantamento fiscal, e que todas as cópias das notas fiscais anexadas aos autos comprovam que estão corretos os dados da auditoria de estoque realizada” e que o seu pedido de impugnação total do crédito não procede, pois, deixa de defender algumas infrações contidas no auto de infração, bem como, reconhece parte de outras.

Em relação ao pedido de nulidade do AI diz que o mesmo não deve prosperar “haja vista a ação fiscal ter obedecido ao devido processo legal, os princípios de direito aplicáveis e aos procedimentos administrativos” e requer a procedência do lançamento.

VOTO

Como visto no relatório acima o lançamento de ofício acusa o contribuinte do cometimento de seis infrações tributárias assim descritas:

01 - “Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS.

02 - “Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

03 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a transferência incorreta de saldo credor do período anterior

04 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

05 - 16.05.11 - Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA

06 - 04.05.08 "Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado." “Deixou de recolher o ICMS” devido, pela aquisição junto a produtor rural não inscrito no ICMS de mercadoria enquadrada no regime de Diferimento (Cernambi), na qualidade de responsável por solidariedade, sem emissão do documento fiscal correspondente (nota fiscal de entrada das mercadorias), apurada na Auditoria de Estoques referente ao Exercício de 2010 e 2011, conforme demonstrado na Auditoria de Estoque, ANEXO I. A impugnação apresentada diz respeito as infrações 01, 02 e 06 o que nos leva a concluir que aquelas descritas nos itens 3,4 e 5 devem ser consideradas procedentes.

Preliminarmente consideramos que o argumento do contribuinte de que o Auto de Infração foi lavrado fora do estabelecimento autuada não se compraz com a precipitada conclusão de que este fato levara o Auditor a não fiscalizar os documentos fiscais empresa, em seu estabelecimento.

A aplicação por “*por analogia o Decreto Federal nº 70.235, de 06-3-1972*” é totalmente imprópria. Creio que o douto defensor do contribuinte equivocou-se. O processo em curso nada tem que ver com a legislação processual administrativa federal. Por outro lado a norma descrita no Art. 196 do CTN foi integralmente observada pelo autuante, artigo 10, bem como não foram desrespeitados os art.. 5º-LV e 133 da Constituição Federal. A reprodução de texto doutrinário do Prof. BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, sobre o lançamento tributário apenas ratifica a correção do procedimento levado a efeito pelo Auditor Fiscal.

A referencia ao “exíguo prazo” também não tem pertinência pois além de ser observada a lei que estabelece tais interregnos o contribuinte teve o tempo necessário para atender às intimações que lhe foram entregues.

Tem razão a autuada quando diz que “*a presunção é aplicada quando na verdade não existem outros meios lícitos de apurar faltas/diferenças*” porém diversamente do que afirma foi este o caso ou seja a presunção foi aplicada por não existirem outros meios para apuração das diferenças.

Quanto ao mérito as infrações 01, 02 e 06 como retro afirmamos e que foram objeto de defesa por parte do contribuinte assim nos manifestamos:: No que concerne as Infrações 01 e 02 – respectivamente recolhimento a menor do ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS e ter deixado de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios o autuado se defende - infração 01- como vimos, informando “*que o ICMS vencido em 09/06/2011 já foi objeto de cobrança e encontra ajuizado conforme inscrição 850000.2323/11-2 no valor de R\$ 16.187,66 e que a sua cobrança através do auto 209732.1101/12-3 acarreta uma DUPLICIDADE*”. Observa que o valor correto do recolhimento a menor seria de R\$ 82.840,13 e que em relação a “*caracterização das ocorrências de fatos geradores consideradas em 31-12-2010 e 31.12.2011 no valor exigido no aludido auto de infração, devem ser observados artigos do RICMS que enumera: “Art. 2º, § 3º, IV, 39,VIII, 40, I, 129, Parágrafo único,II, 342,343,VII, “g”,344, 347, § 2º e 349”*. E em relação a infração 02 informa que o ICMS vencido em 09/07/2011; 09/08/2011; 09/09/2011; 09/10/2011; 09/11/2011; 09/12/2011 e 09/01/2012 já foram objeto de cobrança e estão inscritos na dívida ativa conforme inscrição 850000.3582/11-1 e 850000.3296/12-7. Afirma que a sua cobrança através do auto 209732.1101/12-3 acarreta uma DUPLICIDADE e diz que neste caso o valor correto do ICMS que deixou de ser recolhido seria R\$ 61,92.

O autuante por seu turno diz que os argumentos apresentados pela autuada a respeito destas infrações são parciais pois informa apenas que parte do débito já fora objeto de cobrança através dos PAF nºs: 85000.2323/11-2; 850000.3582/11-1 e 850000.3296/12-7, porém, não anexou quaisquer documentos que dizem respeito e de onde se originaram tais débitos. Acrescenta que os valores dos respectivos PAF’s não conferem com os discriminados nos demonstrativos de débitos efetuados pela Auditoria da Conta Corrente (fls. 20 a 23; 105 a 108 e 229 a 232) anexos ao Auto de Infração em lide. A ação fiscal resultou de uma pesquisa sobre tais documentos bem como o contribuinte foi intimado a apresentar comprovante de pagamentos de impostos efetuados e consequentes os créditos a que fazia jus conforme demonstrativos anexos às fls. 86, 175 e 176. Entendo que o regular comportamento do autuante foi importante para que fossem expurgados do presente Auto de Infração eventuais valores que foram consignados em outros lançamentos. Concluo pela subsistência das infrações e neste sentido voto pela procedência das infrações descritas nos itens 01 e 02.

Quanto a infração descrita no item 06 - “*Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado*” . Este ato infracional teve como fundamento o não recolhimento do ICMS devido, pela aquisição junto a produtor rural não inscrito no Cadastro do ICMS de mercadoria enquadrada no regime de Diferimento (Cernambi), na qualidade de responsável por solidariedade, sem emissão do documento fiscal correspondente (nota fiscal de entrada das mercadorias), apurada na Auditoria de Estoques referente ao Exercício de 2010 e 2011, conforme demonstrado na Auditoria de Estoque, ANEXO I. O argumento defensivo de que “*não foi infringido o RICMS/BA, pois de todas as operações realizadas nenhum prejuízo trouxe ao Erário Público uma vez que a fase de diferimento é encerrada pela empresa compradora dentro do Estado*” seria plausível ou mereceria uma atenção especial se acompanhado da prova de que efetivamente aquela mercadoria que entrou

saiu tributada diretamente ou compôs a título de matéria prima ou produto intermediário o resultado final do seu uso. Como dissemos se comprovado que o produto diferido sofreu tributação regular quando da saída teríamos que fazer uma análise fiscal-contábil para confirmarmos ou não tal argumento.

Os levantamentos efetuados pelo autuante foram suficientes para demonstrar que houve aquisição de mercadorias sujeitas ao regime do diferimento, também identificado como “substituição tributária subsequente” em que o contribuinte-substituto no caso o autuado não efetuou o pagamento do imposto.

Acrescento que não é do perfil constitucional do ICMS a verificação da ocorrência ou não de aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica pelos seus contribuintes. Observo ainda que diversamente do que arguiu a autuada o ICMS foi exigido no presente caso tendo o auto de infração comprovado materialmente com documento inequívoco o ingresso de mercadorias sem o pagamento do imposto e a prova material concreta, documentada, por usar expressões trazidas pela defesa, foi juntada pelo autuante e posta com a devida antecedência para ser apreciada pela empresa.

Não há entretanto no presente PAF comprovação suficiente para que possamos afirmar que efetivamente a mercadoria submetida ao diferimento – cernambi – não tenha sido objeto de tributação quando da saída do produto final.

Isto posto voto no sentido de que a infração descrita no item 06 seja considerada nula cabendo a Infaz reprogramar uma outra ação fiscal para que através de uma análise fiscal-contábil que detecte com clareza o não pagamento do imposto diferido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração Nº 209732.1101/12-3 lavrado contra **BONI COMÉRCIO DE BORRACHA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor R\$233.000,19, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42 incisos II, “b”, “f”, VII “a” da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$4.186,15**, previstas no art. 42 incisos IX, XVIII, “a”, da mesma Lei, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 8.534/02.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Consef, Sala das Sessões, 26 de Junho de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR