

A. I. Nº - 207095.1201/12-5
AUTUADO - CONFINAR PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA. (A SERTANEJA)
AUTUANTE - JOSÉ PEDRO ROBERTSON DE SOUSA
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 14/11/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0184-05/13

EMENTA: ICMS. 1. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Infração não elidida. Aplicada a proporcionalidade prevista na IN Nº 56/2007, reduzido o valor exigido. Infração parcialmente mantida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. FALTA DE DESTAQUE DO IMPOSTO – OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL CARACTERIZADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. LANÇAMENTO DO TRIBUTO. Não comprovada à aquisição com retenção do imposto. Infração caracterizada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Não ha previsão legal para utilização do crédito acumulado para paramento da aludida diferença. Infração mantida. Infração caracterizada. 4. CONTROLE DE CRÉDITO DE ICMS DO ATIVO PERMANENTE - CIAP. MULTA. Confirmada a falta de escrituração, reduzida a multa que foi imputada por cada mês não escriturado, cabendo apenas uma multa por falta de escrituração do livro. Infração parcialmente caracterizada. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. As notas apresentada pelo autuado não constam da exigência. Infração caracterizada. b) MERCAEIRIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Comprovada a escrituração de parte das notas fiscais. Infração parcialmente caracterizada. 6. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Os valores dos DAE's acostados à defesa já foram levados encontra no demonstrativo. Infração mantida. 7. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. O

sujeito passivo não observou as mudanças de MVA ocorridas na legislação do ICMS. Infração mantida. Rejeitadas as preliminares de nulidades, não acolhido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 20/12/2012, reclama ICMS, bem como multa por descumprimento de obrigação acessória no total de R\$102.344,01, imputando ao autuado as seguintes infrações:

Infração 1: Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Total do débito: R\$64.832,96, com multa aplicada de 70% sobre R\$5.671,19 e 100% sobre R\$59.161,77;

Infração 2: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Nas transferências - CFOP nº 5152, para as mercadorias listadas no demonstrativo anexo aos autos, a empresa considerou-as não tributadas nos documentos fiscais. Total do débito: R\$5.496,47, com multa aplicada de 60%.

Infração 3: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. A empresa lançou o valor total de R\$9.050,00, no livro Apuração Especial do Crédito Acumulado, que seria da diferença de alíquota do ICMS referente à aquisição de dois caminhões, Nota Fiscal nº 83.068/69 de 16/03/2010, devidamente lançadas no REM 02, fls. 17, em abril/10, mas omitida a escrituração do livro CIAP, art. 339 do RICMS/97. Assim também o art. 108-A do RICMS/97, não ampara aquele procedimento. Total do débito: R\$9.050,00, com multa aplicada de 60%.

Infração 4: Deixou de escriturar livros fiscais. Referente à aquisição de dois caminhões – Nota Fiscal nº 83068/9 de 16/03/2010, devidamente lançadas no REM 02, fls. 17, em abril de 2010, como as Notas Fiscais nºs 40.535, de 24/03/2010 e 826804 de 26/08/2011 de dois veículos com ICMS retido na fonte, omitidas a escrituração do livro CIAP. Total da multa aplicada: R\$1.380,00.

Infração 5: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal. Notas fiscais de nºs 40.535 de 24/03/2010 e 826.804 de 26/08/2011, referentes a dois veículos com ICMS retido na fonte. Total da multa aplicada: R\$1.318,77.

Infração 6: Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização. Total do débito: R\$10.978,60, com multa aplicada de 60%.

Infração 7: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Total da multa aplicada: R\$5.533,64.

Infração 8: Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, e/ou do exterior, relacionadas nos anexos 88 e 89. Calçados - MVA constante no item 34 do Anexo 88 do RICMS e alterações. Total do débito: R\$3.753,67, com multa aplicada de 60%.

O sujeito passivo apresentou defesa, às fls. 425 a 444 dos autos, alegando, preliminarmente, nulidade por falta de entrega dos demonstrativos que embasam o lançamento de ofício, caracterizado o cerceamento do direito de defesa, além de não existir previsão legal para a infração 1, pois a definição da infração está claramente descrita no bojo do artigo 4º, § 4º, ou seja, declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por

instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. Quando o legislador ordinário estadual descreveu na lei como hipótese de presunção legal a declaração de vendas pelo contribuinte, quis se referir à totalidade das suas operações comerciais, inclusive àquelas acobertadas por notas fiscais série D1, independentemente de ter sido utilizado cartão de crédito ou de débito para conclusão da transação.

Afirma que o autuante, em que pese o zelo da sua conduta, não observou que o total das vendas da autuada na leitura Z não foi considerada para dedução do total devido, sendo fácil comprovar tal afirmativa, bastando o cotejo entre o demonstrativo elaborado pelo autuado, e o total das vendas com cartão de crédito registrado no ECF.

Entende que o Auto de Infração que poderá se converter em um título executivo extrajudicial sujeita-se aos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade, assim prevê o artigo 39 do RPAF-BA, devendo ser anulado de plano pela autoridade revisora nos termos do artigo 18, IV, a, do RPAF-BA, o qual reproduzimos.

Conclui a arguição de nulidade afirmando que ficou configurando nítidas e incontestáveis infringência aos princípios basilares do sistema tributário - a legalidade e tipicidade - que permitem excluir a margem de dúvidas quanto ao momento de constituição da obrigação tributária, sendo incontestável a relevância da observação de que a acusação fiscal deve ser afastada de plano pelo órgão julgador.

Quanto ao mérito, no que tange a infração 1, aponta o artigo 353, item 32, ressaltando as atividades as quais devem ser tributadas na sua origem recolhendo o *iuris tantum* com segue *ex vi*;

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

(...)

II- o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

Alinha o artigo 125, inciso II, alínea “b”, do citado permissivo legal, que obriga ao adquirente antecipar o imposto devido por substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo por antecipação, *in verbis*:

Art. 125. O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:

I (...)

II - na entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 7º e 8º:

a) (...)

b) tratando-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação pela legislação estadual interna, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subseqüentes;

Considera injustificada a exigibilidade do crédito tributário tendo em vista que a atividade já foi tributada por antecipação, não prevalecendo o entendimento da autoridade autuante em exigir que sejam novamente tributadas as operações concernentes à empresa impugnante, seria uma discrepância e ainda arbitrariedade o reconhecimento do recolhimento, tendo em vista uma possível nova tributação.

Considera que o Fisco baiano está cometendo o chamado *bis-in-idem*, exigindo tributo duas vezes sobre o mesmo fato, sendo que esta figura encontra-se afastada do nosso ordenamento jurídico.

Quanto à presunção legal, afirma que é uma matéria de ordem processual referente ao direito das provas, que permite em condição *sine qua non* mediante permissão legal, presumir que

determinadas condutas ensejam exigências tributárias em favor ao erário fazendário, não possuindo, a depender do tratamento legislativo, o condão de inserir certeza quanto à ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, sendo esta um mero juízo de probabilidade.

Entende que o Auto de Infração, lavrado pela autoridade fiscal configura uma presunção legal *Júris Tantum*, ou presunção relativa, que se aplica ao caso em tela, tendo em vista que cerca de 80% das operações de venda realizados no estabelecimento empresarial contribuinte, são relativas a produtos que estão submetidos ao regime de substituição tributária ou isentos, por se tratar de produtos agropecuários, conforme demonstrado em tópico anterior *ut supra*. Logo, o autuado atendeu ao dispositivo legal ao provar a improcedência da presunção.

Alude que a norma de incidência de ordem processual foi afastada por norma de incidência material, não constituindo assim relação de causa e efeito entre o fato diretamente provado e a presunção legal decorrente de ilação, que constituiu a hipótese de incidência da regra jurídica tributária (art. 2º do § 3º inc. VI).

Traz o ACÓRDÃO JJF Nº2505/00, conforme se constata trecho do voto;

Portanto, como quase a totalidade das mercadorias que o autuado adquire têm o imposto recolhido através do regime da substituição tributária, não se aplica a presunção legal de que havendo pagamentos com recursos não contabilizados, estes decorreram de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, em relação a esse montante, já que o mesmo é desonerado do pagamento do imposto na saída.

(grifos nossos)

Além do ACÓRDÃO CJF Nº 0472-12/02

EMENTA: ICMS. 1. CONTA "CAIXA". SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. *Comprovado pelo recorrente de que comercializava preponderantemente com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária ou isentas. Método inadequado de apuração. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM O PAGAMENTO DO IMPOSTO. Método inadequado para apuração do imposto. Infrações insubsistentes. Modificada a Decisão Recorrida. Recurso PROVIDO. Decisão unânime.*

Assegura que a maior parte das mercadorias, 80% estão devidamente acobertadas por norma de incidência tributária conseqüentemente com o imposto já recolhido, ou isentos, devendo ser aplicada a norma do da Instrução Normativa nº 56/2007, abaixo reproduzida:

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 56 /2007

(Publicada no Diário Oficial de 21/09/2007)

O SUPERINTENDENTE DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA, no uso de suas atribuições e considerando as decisões reiteradas do Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF no sentido excluir da base de cálculo do ICMS lançado de ofício, quando apurada omissão de saídas presumidas, nos termos do § 3º do art. 2º do RICMS/97, com matriz no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, desde que provados pelo contribuinte autuado por meio de dados e informações das operações mercantis que costumeiramente realiza; bem como a necessidade de orientar o procedimento fiscal relativo a essa matéria, resolve expedir a seguinte,

I N S T R U Ç Ã O

1 - Apurada omissão de operações de saídas de mercadorias, nas hipóteses previstas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, o preposto fiscal poderá considerar que parte desses valores se refere a operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, excluindo-as do cálculo do ICMS devido, caso existam circunstâncias, elementos ou informações que permitam esta conclusão.

2 - No curso da ação fiscal, caso o preposto fiscal verifique que as operações habituais do contribuinte sejam integralmente isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária, deverá abster-se de aplicar os roteiros fiscais relativos às presunções referidas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 e aplicar outros roteiros de fiscalização.

3 - Não sendo obtidos ou apresentados pelo contribuinte dados que possibilitem o cálculo da proporcionalidade admitida nos termos do item 1, o preposto fiscal lançará o ICMS devido utilizando como

base de cálculo o valor total da omissão de operações de saída apurada, devendo ser registrada no termo de encerramento de fiscalização tal impossibilidade, sob pena de não registro do auto de infração.

4 - Entendendo o preposto fiscal que, no caso concreto, não cabe a aplicação da proporcionalidade prevista no item 1, tais circunstâncias de convencimento deverão estar registradas no termo de encerramento de fiscalização, sob pena de não registro do auto de infração.

Apontando equívocos apurados pelo autuante, afirma que o levantamento fiscal levado a efeito pelo autuante, não considerou a forma de comercialização praticada pela autuada uma vez que as notas fiscais relativas às vendas diárias eram emitidas no final do dia, pois o valor de determinada nota fiscal emitida ao final do expediente corresponde a diversos boletos emitidos durante o dia.

Alega o fiscal autuante não considerou as vendas registradas no ECF e oferecidas à tributação, conforme se pode apurar do exame detalhado da leitura Z do ECF.

No tocante à infração 2, afirma que o autuante não entregou os demonstrativos relativos à esta suposta irregularidade, caracterizando o cerceamento do direito de defesa. Contudo como se trata de aquisição de veículos, a própria montadora procedeu à retenção do imposto nos termos do Convênio nº 51/00.

Quanto à infração 3, alega que a empresa efetuou o pagamento do imposto relativo à diferença de alíquota de mercadorias destinadas ao ativo fixo da empresa com créditos acumulados extraídos do livro RAICMS, conseqüentemente não houve qualquer prejuízo ao fisco baiano.

No que tange à infração 4, entende que, evidentemente se a empresa não escriturou e não apropriou créditos do ICMS nas aquisições de bens do ativo, a escrituração do livro CIAP, se tornou desnecessária. Portanto não existe infração.

Ademais argumenta que a fiscalização exigiu penalidade de R\$460,00 por cada mês, ao invés de cobrar apenas uma multa no referido valor, conforme decisões reiteradas do CONSEF.

Afirma que, em relação à infração 5, houve equívoco da fiscalização, eis que as notas fiscais se encontram devidamente escrituradas conforme faz prova cópia do LREM acostada ao presente PAF.

NOTA FISCAL	VALOR R\$	PÁGINA
NF Nº 000.000.669	8.258,12	02 01/2012
NF Nº 000.005.337	20.883,20	02 01/2012
NF Nº 000.007.692	8.640,00	07
NF Nº 000.009.999	19.500,00	03

No tocante à infração 6, acosta aos autos cópias de DAE's. Considera comprovando o pagamento do imposto relativo à antecipação parcial, contrariando a acusação da fiscalização.

Quanto à infração 7, aduz que também faz parte do presente PAF cópia do LREM, comprovando o registro das notas fiscais na escrita do autuado.

No que tange à infração 8 aduz que o fiscal além de não ter entregue os demonstrativos, cerceando o direito de defesa do autuado, também restou comprovado nos documentos que ora acostamos, que a MVA foi aplicada corretamente pelo autuado, não estando caracterizada a acusação de recolhimento a menor por substituição tributária de calçados.

Considera a multa confiscatória, alertando que o Supremo Tribunal Federal, no dia 17/06/98, concedeu medida liminar na ADIn MC nº 1.075-DF, promovida pela Federação Nacional do Comércio, para suspender a vigência do art. 3º, § único, da Lei nº 8.846/94, que comina, para a hipótese de venda da mercadoria sem a emissão de nota fiscal, multa de 300% (trezentos por

cento) do valor da operação. Considerou relevante a tese de ofensa ao art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, que veda a utilização.

Entende ser nítido o caráter confiscatório da presente multa, ficando latente a inconstitucionalidade de tal exigência, por afronta direta ao artigo 150, inc. IV da Constituição Federal.

Destaca que o próprio RPAF-BA, delega competência dos órgãos julgadores para reduzir ou cancelar multa por descumprimento de obrigação principal ou acessória, e por um dever de justiça requer aos ímclitos conselheiros adotar tal decisão, em razão de a autuada já suportar uma carga tributária excessiva, agregando MVA sobre os calçados adquiridos no percentual de 35%, sem prejuízo do imposto devido por antecipação parcial, tributos como PIS, COFINS, CSLL, IPTU, IPVA, e tantos outros que oneram e inviabilizam a atividade econômica neste país.

Resume seus argumentos:

1. PRELIMINAR DE NULIDADE:

1.1. Do ato nulo: Reconhecer que a acusação fiscal é incompatível com a previsão legal insculpida no artigo 4º, § 4º da Lei 7.014/96, devendo ser decretada a nulidade do auto de infração por falta de segurança e certeza.

1.2. Aplicação da IN 56/07 para atender a proporcionalidade.

1.3. Falta de entrega dos demonstrativos pelo autuante, caracterizando cerceamento do direito de defesa do defedente.

2. NO MÉRITO:

2.1. Reconhecimento da inaplicabilidade do regime de apuração com base na presunção legal júris tantum, tendo em vista que as mercadorias já estão com fase de tributação encerrada ou isentas;

3.2. Apuração por fiscal estranho ao feito da proporcionalidade das saídas de mercadorias tributadas que correspondem ao percentual de 20%.

3.4. Revisão do lançamento fiscal tendo em vista a inobservância pela autuante dos valores correspondentes aos lançamentos no ECF, e respectivos boletos, emitidos e não considerados e leitura Z.

3.5. Considerar os argumentos defensivos e os erros materiais relativos às infrações 02 a 08.

3.4. Redução ou cancelamento da multa confiscatória.

Por todo o exposto requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar as alegações defensivas, e a apresentação de todos os meios de prova inclusive testemunhal, em Direito admitidas, além de juntada de documentos a posteriori.

O autuante, às fls. 699 a 704 dos autos, apresenta a informação fiscal afirmando, inicialmente que constam às fls. 97, 100 e 220, declarações do administrador Wendell Leal de Lima que recebeu em 21/12/2012 uma folha de cada relatório, além das ciências dos termos de fls. 23 e 26 do PAF.

Aduz que em atenção a intimação para apresentação de informações, mesmo que incompleto ao requisitado, o administrador Manoel Romeu Carneiro de Lima subscreve a declaração fl. 25, informando os valores mensais das vendas por cartão.

Argui que a autuada às fls. 600/618, junta idênticos demonstrativos que serviram de base deste PAF provando que os recebera quando da reunião previa de fl. 26, notam-se várias anotações de conferência, a exemplo da fl. 607, “nota fiscal não escriturada valor realmente devido”.

Quanto à inexistência de previsão legal da infração 1, reproduz o § 4º do art. 4º da Lei nº 7014/96.

Assegura que no mérito se equivocou o autuado, pois no que tange a infração 1, está formulada como omissão de saídas de mercadoria tributável/ venda por cartão de crédito/debito sem emissão de documento fiscal.

Assegura que o Administrador Waldell Leão de Lima recebeu os relatórios TEF's diário, deu ciência dos termos da intimação para apresentação de informações recebendo os relatórios de

informações TEF diários fornecidos pela administradora de cartões à SEFAZ, tanto é verdade que enviara a planilha fl. 24 a exemplo das fls. 28/97.

Alinha que ao contrário do requisitado, seu genitor e também administrador da empresa apresentou na data estipulada naquela intimação 06/11/2012, unicamente, o demonstrativo de vendas com Cartão de crédito, fls. 25 dos autos.

Quanto à proporcionalidade instituída pela IN nº 56/2007 é direito da autuada, apresenta, com base nos valores declarados nas DMA's, apurou a proporcionalidade, ratificando do debito reclamado, conforme demonstrativo à fl. 701 dos autos, indicando o percentual de tributadas mensalmente, e o valor resultante, totalizando o valor de R\$11.777,27.

Quanto à infração 2, afirma que a alegação de que não recebera o demonstrativo, cai por terra ao se verificar à fl. 100 em que o administrador Waldell Leal de Lima subscreveu que recebera em 21/12/2012 uma folha de cada relatório.

Quanto à infração 3, no que tange a alegação de que efetuou o paramento da diferença de alíquota do ativo fixo com credito acumulados extraídos do RAICMS, não há previsão legal para tanto, pois não há entre a possibilidade de tais créditos para essa finalidade conforme art. 108, I, "a", "b" e inciso II do RICMS/97.

Em relação à infração 4 relata que o autuado alega que não escriturou e apropriou créditos do ICMS se fazendo desnecessária a escrituração do Livro CIAP.

Quanto à infração 5 afirma que o autuado elencou quatro notas fiscais que não dizem respeito ao demonstrativo fl. 220, muito menos ao REM juntado às fls. 677/688.

Alude que tais procedimentos infringiram o art. 339, I e II, 1 do RICMS/BA.

No que tange a infração 6, afirma que os valores dos DAE's acostados em sua defesa já constam nas relações juntadas às fls. 15/17, levados encontra no demonstrativo de fl. 225/230.

Quanto à infração 7, afirma que com a juntada do REM, fl. 677/688, aprovou-se lançamentos de várias notas fiscais, exceto, a Notas Fiscais nºs 006.788, 001.490, 000.495, 000.818, 000.453, 001.939 e 013.314, totalizando multa formal de R\$648,67.

No que alude a infração 8, consigna que a autuada inobservou as alterações da MVA item 34 anexo 88, recolhendo o valor a menos, exemplo disso são as taxas destacadas nas notas fiscais de fl. 417 a 420, oriundas no estado do Ceará. (Do Sul /Sudeste, exceto do Espírito Santo: 55% Dos Demais Estados e do Espírito Santo: 48%).

Quanto ao argumento da multa confiscatória afirma que não lhe cabe discorrer sobre esse tema por ter sua atividade vinculada à Lei nº 7014/96, que estabelece no art. 42, as multas aplicáveis às infrações.

O autuado, após a informação fiscal, volta a se manifestar afirmando, às fls. 748 a 760 que o autuante aplica aplicada a proporcionalidade nas saídas isentas, não tributadas e sujeitas à substituição tributária, entretanto apurou a referida proporcionalidade no percentual de apenas 20%, esquecendo-se de que o autuado comercializa exclusivamente com produtos isentos (agropecuários).

Requer um reexame dos demonstrativos elaborados pelo autuante, para que a verdade material dos fatos possa vir à tona e anulada a exação fiscal. Essa é a única solução possível.

Alega que o autuante não se manifestou na sua informação fiscal sobre as infrações 3 a 8 deste Auto de Infração.

No tocante à infração 3, afirma que a empresa efetuou o pagamento do imposto relativo à diferença de alíquota de mercadorias destinadas ao ativo fixo da empresa com créditos acumulados extraídos do livro RAICMS, conseqüentemente não houve qualquer prejuízo ao fisco baiano.

No que tange à infração 4, alega que evidentemente se a empresa não escriturou e não apropriou créditos do ICMS nas aquisições de bens do ativo, a escrituração do livro CIAP, se tornou desnecessária. Portanto não existe infração. Ademais a fiscalização exigiu penalidade de R\$460,00 por cada mês, ao invés de cobrar apenas uma multa no referido valor, conforme decisões reiteradas do CONSEF.

No que se refere à infração 5, alude que houve equívoco da fiscalização, eis que as notas fiscais se encontram devidamente escrituradas conforme faz prova cópia do LREM acostada ao presente PAF.

NOTA FISCAL	VALOR R\$	PÁGINA
NF N° 000.000.669	8.258,12	02 01/2012
NF N° 000.005.337	20.883,20	02 01/2012
NF N° 000.007.692	8.640,00	07
NF N° 000.009.999	19.500,00	03

No tocante à infração 6, acosta aos autos cópias de DAE's. Comprovando o pagamento do imposto relativo à antecipação parcial, contrariando a acusação da fiscalização.

Quanto à infração 7, também faz parte do presente PAF cópia do LREM, comprovando o registro das notas fiscais na escrita do autuado.

No que tange à infração 8 afirma que o fiscal além de não ter entregue os demonstrativos, cerceando o direito de defesa do autuado, também restou comprovado nos documentos que ora acostamos, que a MVA foi aplicada corretamente pelo autuado, não estando caracterizada a acusação de recolhimento a menor por substituição tributária de calçados.

Requer a este Colegiado que determine diligência fiscal e perícia para que sejam refeitos os demonstrativos elaborados pelo autuante e anulada a exigência fiscal.

Diante do exposto, em face da vasta fundamentação jurídica e jurisprudencial reitera o pedido ao Egrégio Conselho de Fazenda Estadual que sejam julgados procedentes os seguintes pedidos:

1. COMO PRELIMINAR DE NULIDADE:

1.1. Do ato nulo: Reconhecer que a acusação fiscal é incompatível com a previsão legal insculpida no artigo 4º, § 4º da Lei 7.014/96, devendo ser decretada a nulidade do auto de infração por falta de segurança e certeza.

1.2. Aplicação da IN 56/07 para atender a proporcionalidade NA SUA INTEIREZA.

2. NO MÉRITO:

2.1. Reconhecimento da inaplicabilidade do regime de apuração com base na presunção legal jûris tantum, tendo em vista que as mercadorias já estão com fase de tributação encerrada ou isentas;

3.2. Apuração por fiscal estranho ao feito da proporcionalidade das saídas de mercadorias tributadas que correspondem ao percentual de 10%.

3.4. Revisão do lançamento fiscal tendo em vista a inobservância pela autuante dos valores correspondentes aos lançamentos no ECF, e respectivos boletos, emitidos e não considerados e leitura Z.

3.5. Considerar os argumentos defensivos e os erros materiais relativos às infrações 02 a 08.

3.4. Redução ou cancelamento da multa confiscatória.

Por todo o exposto requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar as alegações defensivas, e a apresentação de todos os meios de prova inclusive testemunhal, em Direito admitidas, além de juntada de documentos a posteriori.

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla 8 infrações, já devidamente alinhadas, em relação às quais alega preliminar de nulidade e se insurge quanto ao mérito das mesmas.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, inclusive os relatórios que constam às fls. 97, 100 e 220, conforme declarações do administrador Wendell Leal de Lima que recebeu em 21/12/2012 uma folha de cada relatório, além das ciências dos termos de fls. 23 e 26 do PAF, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências.

O administrador Manoel Romeu Carneiro de Lima subscreve a declaração fl. 25, informando os valores mensais das vendas por carão.

Conforme destaca o autuante, o Administrador Waldell Leão de Lima recebeu os relatórios TEF's diário, deu ciência dos termos da intimação para apresentação de informações recebendo os relatórios de informações TEF diários fornecidos pela administradora de cartões à SEFAZ, o autuante lembra que tanto é verdade que enviara a planilha fl. 24 a exemplo das fls. 28/97.

A autuada, às fls. 600/618, conforme relata o autuante, junta idênticos demonstrativos que serviram de base deste PAF provando que os recebera quando da reunião previa de fl. 26, com várias anotações de conferência, a exemplo da fl. 607, “nota fiscal não escriturada valor realmente devido”.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas ou mesmo refeitos os demonstrativos apresentados pelo autuante, pois aqueles que eram necessários serem refeitos o foram na informação fiscal, cabendo observar que em relação à Infração 4 foi necessário ajustar a exigência para a multa de R\$460,00.

Quanto à infração 1, estamos diante de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil. As presunções se dividem em absolutas, que não admitem prova contrária, ou as relativas, consideradas verdadeiras até prova em contrário. Portanto, estamos, na infração sob análise, diante de uma presunção legal relativa, prevista pelo § 4º do art. 4º da Lei nº 7014/96, cabendo ao impugnante o ônus da prova, trazendo aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos.

A presunção é o resultado de um processo mental, resultante da associação que se forma entre determinado fato conhecido (fato-base) cuja existência é certa, e um fato desconhecido, cuja existência é provável (fato presumido), mas que tem relação direta com aquele.

Assim, temos a presunção legal, que só pode ser estabelecida pela lei, sendo classificada em presunção absoluta (*Juris et de Jure*) ou relativa (*Juris Tantum*), onde a primeira não admite prova que possa contrariar o fato presumido e a segunda pode ser desmentida mediante prova que a desconstitua.

A legislação do ICMS do Estado da Bahia estabelece dentre outras hipóteses, na Lei nº 7.014/96, com alteração dada pela Lei nº 8.542/02, a ocorrência do fato gerador do imposto, atribuindo a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência dessa presunção, art. 4º § 4º da Lei nº 7014/96.

Trata-se, pois, de presunção de natureza legal e que possui o caráter de relativa, aceitando a prova que a contradite.

É o que temos no caso em exame: o autuante, estribado na possibilidade legal, impõe ao sujeito passivo a cobrança de ICMS decorrente da realização de operações de saídas de mercadorias tributáveis, ao que o Autuado se contrapõe.

E, ao assim fazê-lo, poderia ter trazido ao processo os elementos probantes necessários para a desconstituição da acusação fiscal. Não o fez.

A exigência se ampara na presunção, acima alinhada, tendo em vista as informações prestadas pelas administradoras de cartões de créditos, não registradas pela empresa em seus documentos fiscais. Caso, eventualmente, tenham sido registradas operações através de outros meios de pagamentos (a exemplo de dinheiro e cheque), contudo os efetivos meios fossem através de cartões, caberia ao autuado demonstrar, com base no relatório diário por operações, fornecidos ao autuado, a coincidência em cada uma dessas operações de valores e datas entre os mesmos, ou seja, demonstrar que cada operação constante do aludido relatório (venda através de cartão) encontra o seu respectivo registro nos documentos fiscais emitidos pelo autuado, o que efetivamente não ocorreu.

Assim, não há razão para anular a exigência nos termos do artigo 18, IV, a, do RPAF-BA.

Quanto à proporcionalidade prevista pela IN nº 56/2007 o autuante, com base nos valores declarados nas DMA's, apurou tal proporcionalidade, retificando do débito reclamado, conforme demonstrativo, à fl. 701 dos autos, indicando o percentual de tributadas mensalmente, e o valor resultante, totalizando o valor de R\$11.777,27.

Não há o que se falar em *bis-in-idem*, ou mesmo de inaplicabilidade do roteiro de fiscalização, ou seja, a aplicação da presunção, pois, conforme item 02 da Portaria nº 56/2007, no curso da ação fiscal, caso o preposto fiscal verifique que as operações habituais do contribuinte sejam integralmente isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária, deverá abster-se de aplicar os roteiros fiscais relativos às presunções referidas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 e aplicar outros roteiros de fiscalização. Assim, conforme se pode verificar à fl. 701, o autuado pratica operações tributadas que variam entre 3,80% a 37,05%, o que autoriza a aplicação do aludido roteiro, não se ajustando às decisões alinhadas pelo impugnante.

Quanto à incorreção dos percentuais aplicados, apesar de alegar não traz aos autos qualquer elemento probatório de suas alegações, pois tais cálculos foram extraídos da DMA apresentada pelo contribuinte.

Assim, considero parcialmente procedente a infração 1, conforme demonstrativo à fl. 701 dos autos, totalizando o valor de R\$11.777,27.

Quanto à infração 2, no que tange as arguições de nulidades já foram enfrentadas, bem como no que alude a arguição de que as notas fiscais já sofreram retenção do imposto pelo remetente, o sujeito passivo não demonstra tal afirmação.

Infração 2 procedente.

Em relação à infração 3, no que tange a alegação de que efetuou o pagamento da diferença de alíquota do ativo fixo com crédito acumulados extraídos do RAICMS, cabe ao autuante razão quando afirma que não há previsão legal para tanto, conforme se verifica do art. 108, I, "a", "b" e inciso II do RICMS/97.

Infração 3 procedente.

Em relação à infração 4 o autuado entende ser desnecessária a escrituração do Livro CIAP, pois não escriturou e apropriou créditos do ICMS. Há, portanto, uma confissão do sujeito passivo de que não houve a escrituração dos aludido Livro, não cabendo ao autuado determinar a sua necessidade, tendo em vista se tratar de uma obrigação de fazer descumprida, conforme ficou comprovado e declarado pelo próprio autuado.

Contudo, cabe razão ao autuado quando afirma que a multa é por falta de escrituração do livro e não cabe a aplicação da multa mensal.

Assim, fica reduzida a multa para R\$460,00.

Infração 4, parcialmente procedente.

Quanto a infração 5, apesar de insistir em sua segunda manifestação e elencar as quatro notas fiscais relacionadas inicialmente relacionadas, tais notas não constam da exigência fiscal, conforme fl. 220, não havendo, portanto, o que excluir.

Infração 5 procedente.

No que alude a infração 6, os valores dos DAE's acostados à defesa já constam nas relações juntadas às fls. 15/17, levados em contra no demonstrativo de fl. 225/230.

Infração 6, procedente.

Quanto à infração 7, com a juntada do REM, fl. 677/688, o sujeito passivo comprova os lançamentos de várias notas fiscais, exceto, as Notas fiscais n^{os} 6.788, 1.490, 495, 818, 453, 1.939 e 13.314, totalizando multa formal de R\$648,67.

Infração 7, parcialmente procedente de R\$648,67 conforme demonstrativo abaixo.

INFRAÇÃO 7 - 16.01.01

N. F. N ^{os}	D. OCORRÊNCIA	B. CÁLCULO R\$	MULTA %	VLR. JULGADO
006.788	28/02/2010	300,00	10%	30,00
001.490	31/05/2010	4.185,03	10%	418,50
000.495	31/08/2010	175,00	10%	17,50
000.818	31/12/2010	198,00	10%	19,80
000.453	31/11/2011	160,00	10%	16,00
001.939	28/02/2011	172,72	10%	17,27
013.314	29/03/2011	1.296,00	10%	129,60
	VLR. B. CÁLCULO	6.486,75	VLR R\$	648,67

No que tange a infração 8, ficou demonstrado que o sujeito passivo não verificou que foral alteradas as MVA's, item 34 anexo 88 do RICMS/BA, recolhendo o valor a menos, fl. 417 a 420, relativo a mercadorias oriundas no estado do Ceará. (Do Sul /Sudeste, exceto do Espírito Santo: 55% Dos Demais Estados e do Espírito Santo: 48%).

Infração 8 é procedente.

Voto pela PROCEDENCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme segue, devendo ser homologado os valore recolhidos.

INF	RESULTADO	VLR HISTÓRICO	VLR JULGADO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	64.832,96	11.777,26	70% e 100%
02	PROCEDENTE	5.496,47	5.496,47	60%
03	PROCEDENTE	9.050,00	9.050,00	60%
04	PROCEDENTE EM PARTE	1.380,00	460,00	-----
05	PROCEDENTE	1.318,77	1.318,77	-----
06	PROCEDENTE	10.978,60	10.978,60	60%
07	PROCEDENTE EM PARTE	5.533,64	648,67	-----
08	PROCEDENTE	3.753,57	3.753,57	60%
TOTAL		102.344,01	43.483,34	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207095.1201/12-5**, lavrado contra **CONFINAR PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA., (A SERTANEJA)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$41.055,90**, acrescido das multas de 60% sobre R\$29.278,74, 70% sobre R\$1.864,81 e 100% sobre R\$9.912,45, previstas no art. 42, incisos II, “a” “f” e “d”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.427,44**, prevista nos incisos XV “d”, IX, XI, do mesmo diploma legal, alteradas pelas Leis nºs 8.534/02 e 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores recolhidos.

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, 29 de outubro de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIM – JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR