

A. I. N° - 207095.1202/12-1
AUTUADO - CONFINAR PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ PEDRO ROBERTSON DE SOUZA
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 23. 04. 2014

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0069-01/14

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BEM DESTINADO AO ATIVO IMOBILIZADO. Alegação defensiva de que o imposto exigido fora recolhido não restou comprovada. Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Alegação defensiva de que efetuou o pagamento do imposto exigido neste item da autuação não restou comprovada. Os valores efetivamente recolhidos foram considerados no levantamento levado a efeito pela Fiscalização. Infração subsistente. 3. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. 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. Alegação defensiva de não observância pelo autuante da Instrução Normativa nº 56/2007 foi sanada na informação fiscal com adoção da proporcionalidade entre as mercadorias tributadas, isentas e não tributadas. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. 4. LIVROS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Restou comprovado que o autuado não escriturou o livro fiscal Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP), incorrendo na infração que lhe foi imputada. Mantida a infração. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Autuado elide parcialmente a autuação ao comprovar que parte das notas fiscais arroladas no levantamento foram devidamente escrituradas. O próprio autuante reconheceu na informação fiscal que assistia razão ao autuado. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Indeferido o pedido de diligência. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/12/2012, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$119.608,92, decorrente do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. 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, no mês de maio de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.324,29, acrescido da multa de 60%. Consta se referir a Nota Fiscal-e nº 1223 de 18/05/11, registrada no REM 03, fl.57;
2. Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação com fins de comercialização, nos meses de julho, setembro e dezembro de 2010, março a agosto de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$34.866,46, acrescido da multa de 60%;
3. Falta de recolhimento do ICMS constatada pela 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$78.155,31, acrescido da multa de 70% e 100%. Consta que o contribuinte apresentou parcialmente documentos fiscais referentes as vendas por cartões de crédito/débito, conforme demonstrativo anexado;
4. Deixou de escrutar livros fiscais, no mês de maio de 2011, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$460,00. Consta se referir a Nota Fiscal eletrônica 1223 de 18/05/11, registrada no REM 03, fl. 57, registro omitido do CIAP;
5. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de maio, julho e dezembro de 2011, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$3.802,86, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias. Consta se referir a Notas Fiscais de entrada de mercadorias, conforme demonstrativo anexado.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 364 a 383) registrando inicialmente a tempestividade da defesa.

Argui como primeira preliminar de nulidade do Auto de Infração, a falta de entrega dos demonstrativos que embasaram o lançamento. Invoca nesse sentido o art. 5º, LV, da Constituição Federal e os artigos 28 § 4º, 41, II do RPAF-BA.

Assevera que não recebeu as cópias dos demonstrativos que fundamentaram o cálculo do suposto imposto devido, ficando caracterizado o cerceamento do direito de defesa, devendo ser fulminado de nulidade a imputação fiscal, tendo em vista que restou prejudicado o exercício constitucional do contraditório. Invoca o art. 18 do RPAF, reproduzindo-o.

Afirma que a autuação está eivada de vícios insanáveis essenciais, que além de espelhar sua imprestabilidade jurídica para justificar o crédito tributário imputado, por não atender aos pressupostos legais de validade, como se demonstrará ao longo desta peça- irradia do ponto de vista prático, um grau de incerteza incontornável.

Menciona que o CONSEF em outras decisões da mesma natureza tem freqüentemente considerado nulo os procedimentos fiscais que não atentem para o princípio constitucional do devido processo legal. Transcreve ementas dos Acórdãos CJF Nº 0033-12/05 e CJF Nº 0041-12/05.

Requer, dessa forma, a anulação do Auto de Infração pela preterição do direito de defesa, em razão da falta de entrega dos demonstrativos e documentos que ampararam a exação fiscal em comento.

Como segunda preliminar, argui a inexistência de previsão legal para a infração 03.

Observa que o Auto de Infração, instrumento necessário para a exigência de tributo, acréscimos e multas tributárias relativo à autuação fiscal no estabelecimento do contribuinte ou desenvolvida no trânsito de mercadorias, no tocante ao descumprimento de obrigação principal e acessória conforme o tratamento legal do art. 38 do RPAF estadual, deve atender aos dispositivos legais insculpidos na lei instituidora do tributo.

Diz que a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 155, II, definiu a competência tributária dos Estados membros para instituir imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. Por sua vez o inciso XII, da Carta Magna delegou à Lei Complementar, além de outras disposições, a definição dos contribuintes do imposto e a fixação da base de cálculo.

Frisa que nesse diapasão, obedecendo ao comando constitucional, através da Lei 7.014/96, o Estado da Bahia, institui o ICMS dentro do seu território, e no seu artigo 4º, § 4º, admitiu a possibilidade da exigência do imposto por meio de presunção, conforme descrição que reproduz.

Alega que 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.

Aduz que o autuante, em que pese o zelo da sua conduta, não observou que o total das suas vendas 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.

Afirma que nessa esteira, não há que se falar em diferenças sujeita à exigência fiscal por parte da fiscalização, pois a incidência do imposto tem que necessariamente de amoldar à lei instituidora, ou seja, o Auto de Infração que poderá se converter em um título executivo extra judicial sujeita-se aos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade, conforme prevê o artigo 39 do RPAF-BA, cuja redação que transcreve.

Assevera que se infere, por consequência, que o lançamento de ofício, ora discutido, tem que descrever de forma clara e precisa a infração, e tal descrição subsume-se à previsão legal insculpida em lei, sendo que, não ocorrendo o ajuste perfeito entre o fato e a norma, o Auto de Infração carece de segurança e certeza, devendo ser anulado de plano pela autoridade revisora nos termos do artigo 18, IV, a, do RPAF-BA, cujo teor reproduz.

Frisa que é certo que o artigo 4º, § 4º, da Lei 7.014/96, não traz no seu texto a possibilidade de exigência de tributo pela diferença entre o valor das vendas realizadas através de cartão de crédito e o informado pelas administradoras, mas sim, o teor do seu dispositivo é inquestionável, se refere a vendas totais do estabelecimento em valor inferior ao montante extraído da comunicação feita à SEFAZ, pelas referidas administradoras.

Assinala que nesse diapasão, qualquer interpretação admitida em Direito amparada na hermenêutica, seja gramatical, histórica, teleológica ou sistêmica do dispositivo legal, não se presta a dar suporte a tal pretensão do fisco, por desobediência ao comando normativo descrito na Lei 7.014/96, devendo por justiça ser anulado o lançamento de ofício em debate.

Afirma que é nulo o presente Auto de Infração, em face de sua manifesta impropriedade, especialmente por inexistência de justa causa para a sua lavratura, por inocorrência de qualquer ilicitude, muito menos a descrita na peça acusatória, além da grave ofensa aos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada. Invoca o art. 5º, II, da Constituição Federal, para dizer que a

garantia dos cidadãos que além do exercício ao sagrado direito de defesa, tanto na fase administrativa como na judicial, não podem ser submetidos a investidas ilegais.

Sustenta que não há como prosperar a pretensão do autuante, quer pela falta de justa causa para a instauração da ação fiscal, quer, sobretudo, pela impropriedade de que está revestido o ato formal, que direcionado no sentido da exigência, encontra-se desamparado de preceito legal, ou seja, a descrição dos fatos imputados como ilícitos, não se coaduna com a descrição do comando legal contido na Lei 7.014/96. Reproduz o entendimento quanto à nulidade do Auto de Infração, do emérito jurista Hely Lopes Meirelles, na obra Direito Administrativo Brasileiro, 32º Edição, p. 173.

Conclui que configurando nítidas e incontestáveis infringências 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.

Rechaça o mérito da autuação referente à infração 03, consignando que na absurda hipótese de ser apreciado o mérito do Auto de Infração, há que se observar a existência de produtos enquadrados no regime de substituição tributária e isentos.

Observa que a substituição tributária é o regime de responsabilidade pelo crédito tributário ao qual atribui a terceira pessoa de modo expresso, a responsabilidade pela arrecadação do crédito, vinculado ao respectivo fato gerador da obrigação tributária, excluindo a responsabilidade dos contribuintes seguintes ou atribuindo a este caráter supletivo ao comprimento total ou parcial da obrigação como expressa do art. 128 do CTN, cuja redação reproduz.

Consigna que a Lei Complementar 87/96, ao tratar da substituição tributária no ICMS, delegou em diversos pontos, à lei ordinária de cada unidade federativa, a competência para disciplinar o assunto, sendo incorporada na legislação baiana através do artigo 353, item 32, que enumera de forma exaustiva os “objetos” referentes às atividades as quais devem ser tributadas na sua origem recolhendo o “*iuris tantum*”, conforme transcreve.

Frisa que nesse contexto, o artigo 125, inciso II, alínea “b”, do citado permissivo legal, obriga ao adquirente antecipar o imposto devido por substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo por antecipação.

Afirma que, desse modo, é injustificada a exigibilidade do crédito tributário tendo em vista que a atividade já foi tributada por antecipação. Transcreve posicionamento de Hugo de Brito Machado nesse sentido.

Assevera que não prevalece o entendimento do autuante em exigir que sejam novamente tributadas as suas operações, pois seria uma discrepância e ainda arbitrariedade o reconhecimento do recolhimento, tendo em vista uma possível nova tributação.

Alega que admitida a imputação fiscal, ora guerreada, 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.

Continuando, reporta-se sobre a presunção legal, dizendo que o Sistema Tributário está alicerçado sob os princípios fundamentais, da legalidade e tipicidade, que permitem excluir a margem de dúvidas quanto ao momento de constituição da obrigação tributária, que insurge da subsunção do fato concreto inteiramente à hipótese prevista em lei, primando assim, na realização de todos os aspectos e critérios estabelecidos na norma de incidência tributária sob a afirmação do princípio da segurança jurídica.

Diz que não é forçoso lembrar que a regra matriz de incidência tributária permite que no momento da ocorrência do fato gerador, todos os elementos e requisitos tipificados na norma devem ser atendidos, forma de garantir os princípios da segurança jurídica, da tipicidade cerrada e da

legalidade, que possuem o condão de demonstrar a efetiva ocorrência dos fatos tributáveis sob a égide da primazia da realidade ou princípio da verdade material.

Aduz que em contra ponto à regra matriz, a presunção legal 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.

Observa que em relação ao auto de infração lavrado pela autoridade fiscal configura uma presunção legal *Júris Tantum*, ou presunção relativa, que permite afastar a presunção legal desde que apresentada prova em contrário ou fatos modificativos ou extintivos de direito previsto em lei, sendo estas matérias trazidas pelo CPC, art. 333 e incorporadas subsidiariamente no ordenamento tributário por força do art. 108, III do CTN, recepcionando no art. 2 § 3º inc. IV e 60, I do RICMS, cuja redação reproduz.

Destaca que a regra de incidência com base da presunção legal *juris tantum* 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.

Aduz que se evidencia 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).

Diz que consubstanciando o posicionamento, em relação à matéria em lide a 3ª Junta de Julgamento Fiscal, no ACÓRDÃO JJF Nº 2505/00, proferiu decisão, que consolida a redução do valor do auto de infração, tendo em vista a inaplicabilidade da presunção legal em produtos enquadrados dentro do regime de substituição tributária, conforme se constata do trecho do voto cujo teor transcreve.

Registra que, em conclusão ao entendimento, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, emitiu a decisão unânime reconhecendo que o método de apuração aplicado pela autuante era inadequado em razão de que os produtos objeto da ação fiscal estavam enquadrados dentro do regime de substituição tributária, não sofrendo o Estado prejuízo na sua arrecadação conforme exposto.

Ressalta que caberia ao autuante determinar de forma precisa as mercadorias que estariam subsumidas à norma de apuração legal prevista no comando normativo do art. 2º do §3º inc. VI, evidenciando assim, nítido desconhecimento, em relação ao Regulamento do ICMS vigente. Diz que decorrentes desse fato, e da probidade dos atos administrativos, deverão ser aplicados os princípios da razoabilidade e o da proporcionalidade, pois a maior parte das mercadorias, 80%, está devidamente acobertada por norma de incidência tributária consequentemente com o imposto já recolhido, ou isentos, devendo ser aplicada a norma do da Instrução Normativa 56/2007, cujo texto reproduz.

Reporta-se sobre equívoco incorrido pelo autuante na apuração dos valores, afirmado que este não considerou a forma de comercialização praticada, uma vez que as notas fiscais relativas às vendas diárias eram emitidas no final do dia.

Afirma que esse procedimento justifica as supostas diferenças apuradas pela Fiscalização, pois o valor de determinada nota fiscal emitida ao final do expediente corresponde a diversos boletos emitidos durante o dia.

Consigna que diante do exposto, caracterizado o engano do autuante, requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para incluir como venda através de cartão de crédito, o valor

correspondente às notas fiscais D1 emitidas, sendo que todo o alegado ser comprovado através de um exame cuidadoso dos dados do Relatório de Operações TEF com os valores das notas fiscais. Acrescenta que o autuante não considerou as vendas registradas no ECF e oferecidas à tributação, conforme se pode apurar do exame detalhado da leitura Z do ECF.

Reitera que se dedica ao comércio de produtos agropecuários, sendo isentos em 90%, dos valores registrados indevidamente pelo autuante, no seu levantamento por presunção de omissão de saídas e, portanto, cabe anulação do Auto de Infração, ou mesmo aplicação da Instrução Normativa 56/2007.

Alega que no tocante à infração 01, o autuante não entregou os demonstrativos relativos à esta suposta irregularidade, caracterizando o cerceamento do direito de defesa, entretanto, como se trata de aquisição de veículos, a própria montadora procedeu a retenção do imposto nos termos do Convênio 51/00.

Quanto à infração 02, registra que acostou aos autos cópias de DAEs, comprovando o pagamento do imposto relativo à antecipação parcial, contrariando a acusação da Fiscalização.

Relativamente à infração 04, afirma que efetuou o pagamento do imposto relativo à diferença de alíquotas de mercadorias destinadas ao ativo fixo da empresa com créditos acumulados extraídos do livro RAICMS, consequentemente não houve qualquer prejuízo ao Fisco baiano. Alega que resta evidente que se não escriturou e não apropriou créditos do ICMS nas aquisições de bens do ativo, a escrituração do livro CIAP, se tornou desnecessária, inexistindo, portanto, infração.

No respeitante à infração 05, assevera que houve equívoco da Fiscalização, haja vista que as notas fiscais se encontram devidamente escrituradas conforme faz prova cópia do LREM acostada aos autos.

Continuando, tece amplo comentário sobre o caráter confiscatório da multa imposta, invocando, nesse sentido, posição doutrinária de Zelmo Denari, Rui Barbosa Nogueira, e decisões do Poder Judiciário que as tem reduzido, corrigindo a distorção confiscatória imputadas pela Administração.

Assinala que é facultado ao julgador, diante do fato concreto, o poder de reduzir a multa excessiva aplicada pelo Fisco, correspondendo a 70% e 100% do débito tributário.

Sustenta que é nítido o caráter confiscatório da multa imposta, ficando latente a constitucionalidade de tal exigência, por afronta direta ao artigo 150, inc. IV da Constituição Federal.

Requer, em face do caráter confiscatório e abusivo da aplicação da multa, que chega a valores exorbitantes, a sua correção.

Salienta 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 ínclitos conselheiros adotar tal decisão, em razão de o autuado 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.

Finaliza requerendo que seja reconhecido 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. Aplicação da IN 56/07 para atender a proporcionalidade. Falta de entrega dos demonstrativos pelo autuante, caracterizando cerceamento do seu direito de defesa. Requer também seja reconhecida a 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. Apuração por fiscal estranho ao feito da proporcionalidade das saídas de mercadorias tributadas que correspondem ao percentual de 20%. 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. Considerar os argumentos defensivos e os erros materiais relativos às infrações 01, 02, 04 e 05. 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 prestou informação fiscal (fls. 595 a 599) contestando as preliminares de nulidade arguidas pelo impugnante.

Contesta a primeira preliminar de nulidade referente à falta de entrega dos documentos que embasaram o lançamento de ofício, afirmando que às fls. 100/101 constam declarações subscritas pelo administrador Wendell Leão de Lima de que recebera em 21/12/2012 uma folha de cada relatório, além das ciências nos termos das fls. 21 e 24 do PAF.

Registra que o autuado através da profissional da contabilidade enviara “email” contendo arquivo com a planilha: VDA Cartão de Crédito – Alterado.xlsx, fl. 22. Acrescenta que em atenção à Intimação para apresentação de informações, mesmo que incompleta o ao requisitado, o Administrador Manoel Romeu Carneiro de Lima subscreveu a declaração da fl. 23, informando os valores mensais das vendas por cartão de créditos.

Quanto à alegação defensiva de inexistência de previsão legal para a infração 03, reproduz o art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96.

No mérito, afirma que o impugnante incorreu em equívoco na disposição e nos dispositivos do RICMS concernentes à infração 03.

Consigna que alega o autuado 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...”, contudo, o art. 108-A do RICMS elenca as possibilidades de uso dos créditos acumulados, inexistindo o que o autuado fizera, conforme transcrição que apresenta do referido dispositivo regulamentar.

Quanto à infração 02, afirma que os valores dos DAEs acostados pelo autuado em sua defesa já constam nas Relações juntadas às fls. 12/14, levados em conta no demonstrativo de fls. 103/110.

No que diz respeito à infração 03, consigna que o administrador Wendell Leão de Lima cientificou os termos da Intimação para apresentação de informações, fl. 21, recebendo os relatórios de informações TEF – Diária fornecidos pelas administradoras de cartões à SEFAZ, tanto é vero que enviara a planilha, fl. 22, a exemplo das fls. 26/100. Diz que, ao contrário do requisitado, seu genitor e também administrador da empresa apresentou na data estipulada naquela Intimação – 06/11/2012, unicamente, o demonstrativo Vendas com Cartão de Crédito, fls. 23.

Registra que no último parágrafo do termo da Reunião prévia de apresentação do trabalho fiscal, fl. 24, que o primeiro administrador também cientificou, consta o alerta da não apresentação dos documentos fiscais referentes à venda cartão de créditos/débitos constante na planilha anexa ao termo de intimação cientificado em 02/10/2011. Admite que a proporcionalidade instituída pela IN 56/2007 é direito do autuado.

Esclarece que baseado nos valores declarados nas DMAs, anexas, apurou relação entre as mercadorias tributadas e o “Valor Contábil”, aplicando-a sobre os valores apresentados pelo autuado na fl. 23, com venda por cartão de crédito. Diz que desse modo, retifica o débito exigido para R\$27.137,46, conforme demonstrativo que apresenta.

Relativamente à infração 04, registra que a Nota Fiscal nº 1223 de 18/05/2011, fl. 102, o crédito fiscal não fora escriturado no CIAP. Reproduz o art. 339 do RICMS/97.

Quanto à infração 05, consigna que com a juntada do REM 2012, fls. 579 / 592, contendo os lançamentos das notas fiscais emitidas em dez/11, o valor de R\$ 3.694,59 fica excluído do PAF. Como recolhera R\$108,27, em 22/01/2013, a infração é parcialmente procedente.

No que tange a alegação defensiva atinente ao caráter confiscatório da multa, salienta que não lhe cabe discorrer sobre esse tema por ter sua atividade vinculada à Lei 7.014/96, que estabelece no art. 42 as multas aplicáveis às infrações.

Finaliza consignando que diante dos fatos narrados pelo autuado em sua peça defensiva e das razões que apresenta solicita que seja encaminhado cópia da informação ao autuado para ciência, em face de ter retificado o valor do débito da infração 01 para R\$27.137,46, ter considerado as alegações e recolhimento parcial da Infração 05 e ter considerado totalmente devida as infrações 2 a 4, para pagar ou parcelar, mais as cominações legais, podendo fazê-lo no prazo máximo de 10 dias; ao contrário, tramitar o PAF ao CONSEF.

Consta a fl. 629, requerimento do autuado no sentido de que sejam juntados os documentos que apresenta (fls. 630 a 637).

Esta Junta de Julgamento Fiscal, considerando que o próprio autuante na informação fiscal (fls. 595 a 599) solicitara o encaminhamento da referida informação ao autuado, em razão de haver retificado o valor do débito da infração 01, bem como por ter considerado as alegações defensivas atinentes à infração 05, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do feito em diligência a INFRAZ FEIRA DE SANTANA (fls.645), para que fosse entregue ao autuado cópia dos documentos acostados pelo autuante de fls. 595 a 624, concedendo-lhe o prazo de dez dias para que se manifestasse.

Cientificado sobre a diligência (fls. 646/647) o autuado apresentou requerimento de dilação de prazo (fls.650/651), no qual, sob a alegação de que o Auto de Infração comporta 05 infrações e que o próprio autuante na Informação Fiscal solicitara que lhe fosse dada ciência, *em face de ter retificado o valor da infração 01 para R\$27.137,46, ter considerado as alegações e recolhimento parcial da infração 05 e ter considerado totalmente devidas as infrações 2 a 4*, pede que seja estendido o prazo de 10 (dez) dias para apresentação de manifestação, para um prazo de mais 20 (vinte).

Atendendo a solicitação do contribuinte por entender pertinente, esta JJF converteu o processo em diligência a INFRAZ FEIRA DE SANTANA (fl.664), para que o órgão competente intimasse o autuado, entregando no ato, mediante recibo específico, cópia do termo de diligência, informando-o da concessão do prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação, para que se manifestasse.

Cientificado da concessão do prazo de trinta dias (fls. 667/668) para que apresentasse manifestação, o autuado silenciou.

VOTO

Inicialmente, quanto a primeira preliminar de nulidade do lançamento por preterição do direito de defesa, em razão da falta de entrega dos demonstrativos e documentos que ampararam a exação fiscal, não acolho a pretensão defensiva, haja vista que os aludidos demonstrativos foram entregues ao autuado, conforme comprovante de entrega acostado aos autos.

Quanto a segunda preliminar de nulidade, por inexistência de previsão legal para a infração 03, também não há como prosperar a pretensão defensiva, haja vista que a exigência fiscal está fundamentada no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96.

Certamente que a argumentação defensiva de que o legislador ordinário estadual ao descrever 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, não encontra respaldo na legislação aventada, assim como nas reiteradas decisões deste CONSEF sobre a matéria. Desse modo, não acolho também a segunda preliminar de nulidade, haja vista que a exigência fiscal está em conformidade com as determinações legais.

Diante do exposto, rejeito as nulidades arguidas, em face de inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art.18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Relativamente ao pedido de realização de diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar as alegações defensivas, considero que os elementos que compõem o presente processo são suficientes para formação do meu convencimento sobre a decisão da lide.

Desse modo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro o pedido.

No mérito, relativamente à infração 01, o que se verifica é que o impugnante se contradiz ao afirmar que o imposto relativo à diferença de alíquotas foi retido pela própria montadora na forma do Convênio 51/00 e, posteriormente, ao rechaçar a infração 04, 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...”.

Efetivamente, o art. 116, III, 4, do RICMS/BA/97, prevê a possibilidade de apuração do imposto a ser recolhido pelo contribuinte em relação às operações ou prestações efetuadas no período com base nos elementos constantes nos seus livros fiscais, no caso Registro de Saídas, Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS, sendo que, no tocante à diferença de alíquotas, o valor da diferença é lançado a débito no livro Registro de Apuração do ICMS, para compensação com os créditos existentes.

Ocorre que, no presente caso, o contribuinte não comprovou que apurou o imposto referente à diferença de alíquotas, exigido neste item da autuação, na forma acima aduzida, assim como não comprovou que houve a retenção pela montadora conforme alegado.

Diante disso, este item da autuação é subsistente.

Quanto à infração 02, o impugnante aduziu que acostou aos autos cópias de DAEs, comprovando o pagamento do imposto relativo à antecipação parcial, contrariando a acusação da Fiscalização.

O autuante contesta a alegação defensiva, afirmando que os valores dos DAEs acostados pelo autuado em sua defesa já constam nas Relações juntadas às fls. 12 a 14 dos autos, e que foram considerados no demonstrativo de fls. 103 a 110.

De fato, assiste razão ao autuante. Verifica-se no demonstrativo de fls. 103 a 110 que os valores recolhidos pelo autuado foram considerados. Em verdade, o autuado apenas alegou a existência de recolhimentos não considerados, contudo, não indicou um recolhimento sequer que permitisse confirmar a sua alegação.

Desse modo, este item da autuação é subsistente.

No respeitante à infração 03, alega o impugnante a existência de produtos enquadrados no regime de substituição tributária e isentos que devem ser considerados no levantamento. Ressalta que caberia ao autuante determinar de forma precisa as mercadorias que estariam subsumidas à norma de apuração legal prevista no comando normativo do art. 2º do §3º inc. VI, evidenciando assim, nítido desconhecimento, em relação ao Regulamento do ICMS vigente.

Diz que decorrentes desse fato, e da probidade dos atos administrativos, deverão ser aplicados os princípios da razoabilidade e o da proporcionalidade, pois a maior parte das mercadorias, 80%, está devidamente acobertada por norma de incidência tributária e, consequentemente, com o imposto já recolhido, ou isento, devendo ser aplicada a norma do da Instrução Normativa 56/2007.

O autuante na informação fiscal esclareceu que o administrador Wendell Leão de Lima cientificou os termos da Intimação para apresentação de informações, recebendo os relatórios de informações – Diário fornecidos pelas administradoras de cartões à SEFAZ, tanto é verdade que enviara a planilha, fl. 22, a exemplo das fls. 26/100. Diz que, ao contrário do requisitado, seu genitor e também

administrador da empresa apresentou na data estipulada naquela Intimação – 06/11/2012, unicamente, o demonstrativo Vendas com Cartão de Crédito, fls. 23.

Registra que no último parágrafo do termo da Reunião prévia de apresentação do trabalho fiscal, fl. 24, que o primeiro administrador também cientificou, consta o alerta da não apresentação dos documentos fiscais referentes à venda cartão de créditos/débitos constante na planilha anexa ao termo de intimação cientificado em 02/10/2011. Admite que a proporcionalidade instituída pela IN 56/2007 é direito do autuado.

Esclarece que baseado nos valores declarados nas DMAs, anexas, apurou relação entre as mercadorias tributadas e o “Valor Contábil”, aplicando-a sobre os valores apresentados pelo autuado na fl. 23, com venda por cartão de crédito. Diz que desse modo, retifica o débito exigido para R\$27.137,46, conforme demonstrativo que apresenta.

Relevante registrar que, em face de o autuante na informação fiscal ter refeito os cálculos considerando a proporcionalidade aduzida pelo impugnante, disciplinada pela Instrução Normativa n. 56/2007, o que resultou na redução do valor do ICMS originalmente exigido de R\$78.155,31 para R\$27.137,46, o autuado foi cientificado sobre o resultado apresentado, tendo na oportunidade protocolado requerimento solicitando um prazo maior do que o de 10 (dez) dias concedidos para que se manifestasse. Ocorreu que esta JJF atendeu ao pedido do impugnante, concedendo-lhe o prazo de 30 (trinta) dias, contudo, apesar disso, este se manteve silente.

Diante disso, acolho o resultado apresentado pelo autuante na informação fiscal, para considerar parcialmente subsistente este item da autuação no valor do ICMS devido de R\$27.137,46, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante.

No que concerne à infração 04, observo que está sendo acusado o contribuinte de ter deixado de escriturar livros fiscais, constando que se trata de *registro omitido do CIAP*, sendo referente à Nota Fiscal nº 1223 de 18/05/2011.

Alega o impugnante que resta evidente que se não escriturou e não se apropriou créditos do ICMS nas aquisições de bens do ativo, a escrituração do livro CIAP, se tornou desnecessária, inexistindo, portanto, infração.

Vale observar que o livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP) é um livro fiscal, cuja obrigação acessória de escrituração deve ser cumprida pelo contribuinte. O CIAP é um livro fiscal próprio para o controle de crédito de ICMS do ativo permanente sendo destinado ao controle da apropriação dos créditos de ICMS sobre as entradas de bens destinados ao ativo permanente. Neste livro é escriturado o montante do crédito a ser apropriado que cuja obtenção se dá multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo fator igual a 1/48 avos da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período.

Observo que o próprio autuado reconhece que não escriturou o livro fiscal CIAP.

Desse modo, resta claro que o autuado incorreu na infração que lhe é imputada, sendo subsistente este item da autuação. Infração mantida.

No que diz respeito à infração 05, alega o impugnante que houve equívoco da Fiscalização, haja vista que as notas fiscais se encontram devidamente escrituradas conforme faz prova cópia do livro Registro de Entrada acostada aos autos.

O autuante diz que com a juntada do livro Registro de Entrada de 2012, fls. 579 a 592, contendo os lançamentos das notas fiscais emitidas em dezembro de 2011, o valor de R\$3.694,59 fica excluído da exigência. Desse modo, como o autuado recolhera R\$108,27, em 22/01/2013, a infração é parcialmente procedente.

No caso desta infração não há o que discutir. O autuado comprovou que as notas fiscais arroladas na autuação referentes ao período exigido na autuação de 31/12/2001, no valor de multa imposta de R\$3.694,59 haviam sido escrituradas tempestivamente, descabendo a exigência. Relevante registrar que o próprio autuante reconheceu descaber a exigência quanto a este período. Quanto às exigências atinentes aos meses de maio e julho de 2011, conforme registrado pelo autuante o autuado recolheu o valor exigido de R\$108,27.

Diante disso, esta infração é parcialmente subsistente no valor de R\$108,27, devendo ser homologado o pagamento.

Quanto à alegação de ser a multa confiscatória, não tem este órgão julgador competência para sua apreciação.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207095.1202/12-1**, lavrado contra **CONFINAR PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 64.328,20**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 37.190,75, 70% sobre R\$1.771.50 e 100% sobre R\$25.365,95, previstas no art. 42, incisos II, "d", "f" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$ 568,27**, previstas nos incisos IX e XV, alínea "d", do art. 42 da supracitada lei, e dos acréscimos moratórios, de acordo com norma da Lei nº 9.837/05, cabendo homologação do pagamento efetuado.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de março de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR