

A. I. N° - 102148.0003/13-9
AUTUADO - TELLERINA COMÉRCIO DE PRESENTES E ARTIGOS PARA DECORAÇÃO S.A.
AUTUANTE - MARCOS VENÍCIUS BARRETO MAGALHÃES
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 13/06/2014

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0119-03/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CRÉDITO FISCAL DECORRENTE DE SUBSTITUIÇÃO PARCIAL UTILIZADO A MAIS. Comprovado nos autos a utilização em montante superior ao recolhido de crédito fiscal referente à antecipação parcial. Infração subsistente. 2. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA NO LANÇAMENTO. Existência de inconsistências na apuração de infrações distintas mediante Auditoria da Conta Corrente Fiscal inexistindo elementos inequívocos suficientes para asseverar o cometimento das infrações 02, 03 e 06, acarretando incerteza na caracterização das infrações imputadas. É nulo o procedimento que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração. Infrações 02, 03 e 06 são nulas. 3. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração caracterizada mediante valor devido declarado no livro RAICMS e não recolhido. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS E DE ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Infração subsistente. Indeferido o pedido de diligência. Afastadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração lavrado em 22/05/2013, traz a exigência do crédito tributário no valor histórico de R\$993.483,78, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo enunciadas:

Infração 01 - Utilização a mais de crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias de outra unidade da Federação, no mês de setembro de 2009. Exigido o valor de R\$12.847,62, acrescido da multa de 60%. (Demonstrativo às fls. 34 a 200).

Infração 02 - Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de outubro de 2009, janeiro a agosto e outubro a dezembro de 2010. Exigido o valor de R\$67.161,41, acrescido da multa de 60%. (Demonstrativo às fls. 202 a 246).

Infração 03 - Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de divergência entre os valores lançados no livro Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro e fevereiro, abril e maio, agosto e outubro a dezembro de 2009 e dezembro de 2010. Exigido o valor de R\$72.498,53, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 351 a 366.

Infração 04 - Falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de setembro a novembro de 2010. Exigido o valor de R\$100.675,89, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 364 a 366.

Infração 05 - Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saída de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2009 e 2010, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. Exigido o valor de R\$715.019,38, acrescido das multas de 70% e 100%. Demonstrativo às fls. 364 a 366.

Infração 06 - Recolheu a menos ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro, março e abril, julho e agosto e outubro de 2009. Exigido o valor de R\$25.280,95, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 3493 a 3496.

O sujeito passivo, por meio de advogado com procuraçāo à fl. 3580, ingressa com impugnação às fls. 3552 a 3579, alinhando as seguintes ponderações.

Inicialmente afirma que o lançamento é e nulo, uma vez que apesar de indicar os valores das supostas infrações, das multas e dos acréscimos moratórios, em nenhum momento há a indicação dos dispositivos legais aplicáveis para os acréscimos moratórios e correção monetária.

Diz que apesar de não ter conhecimento dos dispositivos legais que fundamentam a cobrança destes encargos ou, até mesmo, o valor que representa a correção monetária, o lançamento é expresso em afirmar que “O Débito acima está sujeito a correção monetária, acréscimo moratório (...) de acordo com a legislação vigente e em função da data de quitação do débito”.

Destaca que tal pretensão é flagrantemente descabida e viola os princípios constitucionais e legais que regem o procedimento administrativo tributário, dentre eles, o da motivação, da legalidade e da ampla defesa.

Observa que o RPAF-BA/99 dispõe em seu art. 39 quais os dados obrigatórios que devem constar no Auto de Infração e no art. 18 as causas de nulidade, que reproduz.

Observa não restar dúvida de que os fundamentos legais para a aplicação dos encargos moratórios e da correção monetária deveriam estar expressos no lançamento para que a Impugnante verificasse a constitucionalidade e correção do cálculo destes, a fim de, eventualmente, impugná-los.

Destaca que o lançamento viola o princípio da motivação dos atos administrativos, da legalidade e da ampla defesa, constituindo-se vício insanável a justificar a nulidade do lançamento, conforme disposto no art. 20, do Dec. nº 7629/99.

Afirma que o auto de infração em cotejo não cumpre um de seus elementos essenciais e, não o fazendo, reverbera consequências também no próprio ato administrativo que lhe originou, comprometendo-lhe, de igual modo, os elementos ou requisitos inerentes a qualquer ato administrativo.

Traz a colação ensinamentos dos juristas Maria Sylvia Zanella di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello para reforçar sua tese de que a Administração deve justificar seus atos

Assevera que a forma, em relação ao ato administrativo, se perfaz no modo pelo qual o ato se exterioriza. Igualmente afirma que é bem sabido que todos os atos praticados pela Administração Pública são solenes, sendo a forma escrita a regra para a sua prática.

Menciona que, ao não capitar no auto de infração em cotejo o valor exigido a título de acréscimos moratórios e correção monetária, configura flagrante violação a forma do ato administrativo, o que não pode ser admitido.

Registra que não capitulando os acréscimos moratórios e correção monetária no Auto de Infração, a Impugnada deixou, igualmente, de fazer constar o índice aplicado, deixando, aí, de motivar o ato que já praticou em violação à forma prescrita em lei.

Arremata destacando que sendo entendido não ser o caso de nulidade integral da presente autuação fiscal, é de rigor que expressamente faça consignar a impossibilidade de se exigir quaisquer acréscimos moratórios e correção monetária por não ter sido lançado, sob pena de se perpetrar violação ao contraditório e ampla defesa administrativos, protegidos pelo art. 5º, LIV e LV da CF/88.

Ao tratar do mérito da autuação menciona que conforme se infere do lançamento, na infração 01, foi indicado suposto uso a maior de crédito decorrente da antecipação parcial do ICMS, acrescido de multa correspondente a 60% do valor do tributo supostamente devido. Quanto às infrações 02 e 04 menciona que foi indicado o recolhimento a menos do tributo, com aplicação de multa no mesmo percentual indicado na infração anterior.

Observa que o lançamento está eivado de nulidade, pois pelos documentos e descrição das dessas infrações indicadas no Auto de Infração não é possível verificar quais teriam sido os equívocos escriturais cometidos.

Afirma que o lançamento deve obedecer a critérios rígidos para sua emissão, a fim de que o contribuinte não fique a mercê de arbitrariedades (ato vinculado), consoante dispõe o art. 142 do CTN, que reproduz.

Cita trecho da lavra Paulo de Barros Carvalho acerca do lançamento tributário para ressaltar que a rigidez do ato administrativo não se trata de mero formalismo burocrático, sendo na realidade meio para assegurar os princípios constitucionais da ampla-defesa e do contraditório.

Na mesma linha reproduz trechos do pensamento sobre o tema de Carlos Roberto Siqueira Castro e de Fabiana Del Padre Tomé para ressaltar que a autuação ao não explicitar a motivação de seus atos, além de lhe impedir de saber a razão pela qual uma obrigação lhe está sendo imputada, num típico processo Kafkaniano, também acaba anulando seu próprio ato, visto que seu dever funcional de provar as razões das quais eivaram seu ato vinculado inexistente, maculando, portanto, a autuação como um todo.

Diz restar patente a necessidade de se reconhecer a nulidade incorrida no caso em tela, determinando-se a imediata anulação do presente Auto de Infração por conter vício insanável que configura a sua completa nulidade à medida em que é impossível, nos termos da autuação, saber com precisão quais equívocos escriturais incorridos na documentação fiscal, de sorte que, não há uma clara explicitação do fato que fez incidir a norma que abriu ensejo à presente controvérsia administrativa, de sorte que, em atenção aos princípios da segurança jurídica, devido processo legal e contraditório administrativos e motivação dos atos administrativos, é imperioso o reconhecimento da nulidade da presente autuação nesse sentido

Em relação à infração 03 que acusa a falta de recolhimento o ICMS, o que teria sido constatado através de divergências verificadas nos Livros Registro de Saída - LRS e de Apuração - LRAICMS, afirma que não houve a análise exauriente de sua documentação fiscal, da qual se verifica que na realidade houve simples escrituração equivocada no período, que não ocasionou recolhimento a menos do tributo e, consequentemente, sem prejuízo algum ao erário baiano.

Esclarece que o LRAICMS realmente indica o montante a ser recolhido de R\$121.195,72, fl. 2043, enquanto o LRS indica o montante de R\$154.534,46, fl. 2049, do que se depreenderia uma diferença de imposto a recolher de R\$33.338,74, e que neste ponto é que reside a controvérsia. Assinala que o auhtante, sem fazer qualquer questionamento ao departamento contábil da empresa sobre a diferença encontrada ou analisar de forma exauriente a documentação, presumiu a ausência de recolhimento do ICMS, em flagrante afronta ao princípio da verdade material.

Destaca que o mestre Ives Gandra da Silva Martins ensina em sua obra que a única arma possível do sujeito passivo, nas fronteiras pequenas que lhe são outorgadas, são aquelas garantias consubstanciadas nos dois princípios fundamentais da estrita legalidade e da tipicidade fechada.

Cita que a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, de outro lado, vem a corroborar os ensinamentos doutrinários ora trazidos à baila, sendo o presente tema repetido no sentido aqui elencado à na esfera máxima do nosso Judiciário.

Assinala que a simples análise mais cuidadosa de seus livros fiscais demonstraria que na realidade o que ocorreu foi a escrituração equivocada de diversas operações de entrada, tanto no livro de entrada quanto no livro de saída em curto espaço de tempo. Continua ressaltando que apesar da mercadoria apenas ter entrado no estabelecimento, por simples erro de escrituração, foi lançada em livro próprio sua saída pelo mesmo valor.

Diz que analisando a questão sob a ótica do princípio da não-cumulatividade, aplicável ao ICMS, depreende-se que na realidade as operações não teriam qualquer tributação, pois os créditos do ICMS seriam compensados em igual montante com a suposta saída, do que se depreende que não houve qualquer prejuízo ao erário baiano. Prossegue assegurando que, ao contrário, a escrituração em alguns casos, por equívoco, foi feito apenas no livro de saídas, gerando prejuízo para seu próprio estabelecimento.

Pondera que cumpre verificar por amostragem algumas operações ocorridas entre novembro e dezembro de 2010, conforme planilha, fl. 3566, e cópias dos livros fiscais e notas fiscais, que anexa fls. 3606 a 3694.

Registra que devido ao curto lapso temporal para a apresentação da presente impugnação não foi possível a análise exauriente de toda a documentação referente às mercadorias indicadas no auto de infração, diz requerer que o julgamento seja convertido em diligência, nos termos do art. 7º, §2º, do RPAF-BA/99, para a verificação da correção de seus procedimentos.

Sustenta que inexistindo operação a ser tributada, evidente que a capitulação legal indicada no lançamento é flagrantemente nula, violando o princípio da motivação dos atos administrativos.

Destaca que, sem a devida comprovação dos valores que entende o fisco baiano devidos, o ato administrativo consistente da lavratura do presente Auto de Infração resta maculado de nulidade, uma vez que, não dispondo de higidez, se perfaz novamente ausente de motivação que o dê sustentáculo.

Destaca que motivação é a explicitação dos motivos que dão azo à atividade da Administração Pública, sendo bem definido pela doutrina como é “o ato ou efeito de motivar, isto é, de justificar um ato ou medida tomada. Significa, em Direito Administrativo, explicitar os fatos e os fundamentos jurídicos que levaram a Administração Pública a editar um ato ou tomar uma medida.”

Afirma que permitir a autuação de um tributo com base em meras especulações significa ignorar solenemente os princípios da legalidade e segurança jurídica, abrindo espaço, para arbitrariedades.

Diz ser no mesmo sentido a capitulação da multa, uma vez que no caso concreto não se verifica qualquer das hipóteses descritas no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7014/96, quais sejam: “registro de operação tributada como não tributada, (...) erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, desde que os documentos tenham sido emitidos e escriturados regularmente.”

Requer seja cancelado o lançamento referente à suposta diferença de tributo recolhido a menor e à aplicação da multa, após a conversão do julgamento em diligência para a verificação do equívoco na escrituração, em decorrência do curto lapso temporal para o levantamento exauriente dos documentos até a apresentação da presente impugnação, observando-se assim o princípio da verdade material.

Subsidiariamente, caso se entenda pela redução do lançamento, com a aplicação da multa apenas e, tão-somente, sobre o erro na escrituração contábil, diz verificar que foram cumpridos os requisitos previstos no art. 42, §7º da Lei nº 7014/96.

Requer também que seja afastada também a multa referente à presente infração, tendo em vista sua capitulação equivocada ou, subsidiariamente, pelo cumprimento dos requisitos previstos no art. 42, §7º, da Lei nº 7014/96.

INFRAÇÃO 05 – OMISSÃO DE SAÍDAS – LEVANTAMENTO EQUITATIVO DE ESTOQUE

Quanto à infração 05 diz que foi apontada a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, através do levantamento do estoque, no qual se apurou falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior aos das saídas.

Menciona que apesar o respeitável trabalho de verificação realizado pela fiscalização, não ocorreu a infração indicada, uma vez que o levantamento desconsidera todos os documentos fiscais, apresentando planilha que não deixa claro o modo como foram levantados os dados apresentados.

Afirma que a simples apresentação de planilha, em que não constam as notas fiscais analisadas - se é que foram - não podem ensejar a lavratura do auto de infração, pelo simples fato de que impede o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Observa que se autuação partiu da análise isolada da diferença entre o estoque e o inventário, a nulidade se torna ainda mais grave, uma vez que não pode ser considerada ocorrida a operação sem a análise exauriente dos documentos fiscais. Sustenta que pretende demonstrar é que houve inadequação do procedimento adotado para a apuração do suposto montante devido, em flagrante violação aos princípios da motivação dos atos administrativos, do contraditório e da ampla defesa e, em última análise, à segurança jurídica como um todo. Para reforçar seu entendimento colaciona trecho dos ensinamentos dos juristas pátrios, Geraldo Ataliba e Humberto Ávila, sobre a importância e objetivo da segurança jurídica.

Menciona que o art. 74 do RICMS-BA dispõe que o lançamento do ICMS poderá se dar mediante arbitramento, observadas as disposições dos artigos 937 a 939 do mesmo diploma legal . Continua frisando que, enquanto o art. 937 se ocupa em elencar as hipóteses em que será permitido o arbitramento da base de cálculo, os artigos 938 e 939 tratam da forma pela qual o arbitramento irá se operar. Arremata assinalando que na apuração da ocorrência de uma das hipóteses ou não o importante é a dicção do art. 937, cujo teor reproduz.

Esclarece que o arbitramento da base de cálculo do ICMS é permitido pelo RICMS-BA/97, mas, longe de o ser de maneira indiscriminada, apenas poderá se dar em havendo comprovada sonegação fiscal e, mais que isso, não haja meios de Fisco obter as informações necessárias a apuração da base de cálculo do imposto. Acrescenta que o legislador teve o cuidado de salientar as hipóteses específicas em que se considerará impossível apurar o montante exato que forma a base de cálculo do imposto devido. Sustenta que não se encontra enquadrada qualquer uma delas e se estivesse inexiste nos autos prova alguma nesse sentido.

Afirma que o autuante ignora o rígido condicionamento da aludida norma e arbitrar o ICMS objeto da presente controvérsia, no “apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário.” Sustenta que, independente da denominação, proceder à autuação com base em valor médio nada mais é que arbitrar e, pior, como resta expressamente consignado na autuação combatida, arbitrar com base em presunções, em latente afronta ao art. 937 do RICMS-BA/99.

Menciona que o levantamento fiscal realizado pelo autuante indicou que foi feito o “levantamento quantitativo de estoque - omissão - exercício fechado. Saídas de mercadorias tributadas maior que a de entrada”. Assinala que a diferença encontrada nos leva a crer que o

trabalho realizado desconsiderou o estoque existente em período anterior ao fiscalizado, o que seria a única justificativa plausível para a alegada diferença.

Observa que, aparentemente o autuante analisou apenas as entradas e saídas ocorridas no exercício de 2008, ignorando o estoque existente anteriormente ao período analisado. Registra que, embora não se possa afirmar que este foi o erro cometido pela fiscalização, justamente pela ausência de motivação do ato administrativo, esta seria a única justificativa plausível para a diferença indicada.

Arremata frisando que neste ponto, retorna-se justamente a violação aos mais comezinhos princípios que regem o procedimento administrativo, lhe impedindo o exercício de seu direito ao contraditório e ampla defesa, a justificar a nulidade da cobrança referente à infração em questão.

No que tange à infração 06 destaca que se depreende do lançamento que teria lançado valores diferentes no livro registro de entrada e no livro registro de apuração, o que indicaria um saldo remanescente de ICMS a pagar, em violação aos artigos 116, 124, 322 e 331 do RICMS-BA/97.

Observa que, não há qualquer discrepância entre os valores lançados no LRE e no LRAICM, sendo afirma desconhecer o motivo que ensejou o lançamento do crédito tributário em cobrança.

Assinala que para não pairar dúvidas alguma sobre o quanto alegado, anexas as cópias dos dois livros referentes aos períodos autuados, quais sejam, janeiro, março, abril, julho, agosto e outubro de 2009, fls. 3643 a 3694. Informa que para uma visualização da correção do procedimento adotado, cujos dados estão grifados nos documentos anexos, segue abaixo o quadro sinóptico com as informações relevantes para afastar a cobrança em questão, fl. 3572.

Menciona que da análise dos livros fiscais, depreende-se que não existe qualquer discrepância nos lançamentos efetuados nos livros fiscais, razão pela qual o lançamento é nulo. Continua aduzindo que pela motivação do auto de infração não é possível verificar qual a origem dos valores indicados na autuação como constante no LRAICMS. Afirma que não há, sequer, uma linha do LRAICMS indicando os valores constantes no Auto de Infração, sendo impossível identificar o motivo que levou o autuante a efetuar o lançamento.

Frisa que tal fato, por si só, seria suficiente para a anulação do lançamento, pois a ausência de motivação do lançamento fiscal impede congece integralmente seus fundamentos e, consequentemente, o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório, princípios garantidos pela Constituição Federal. Nesta esteira, para enfatizar seu argumento reproduz trecho dos ensinamentos sobre esse tema do jurista pátrio Antônio Bandeira de Mello.

Observa que as multas impostas são flagrantemente confiscatórias. Ilustra que o STF vem se manifestando no sentido de impossibilidade da cobrança de multas exorbitantes, isto é, superiores a 20% ou 30% do valor do tributo efetivamente devido na operação, com base no princípio da vedação do confisco, previsto no art. 150, IV, da CF/88.

Observa que as multas impostas pelo Fisco têm as seguintes finalidades: a) repressiva, para que não seja compensador o descumprimento da norma; b) retrutativa, para que haja o exemplo da punição, desestimulando as condutas ilícitas; e c) ressocializadora, determinado que a multa seja graduada em percentual que não leve o apenado à inadimplência crônica.

Esclarece que independente da natureza (punitiva, corretiva ou desincentivadora), fato é que o Fisco, pautado em legislação infraconstitucional, aplica elevadas multas, ameaçando a continuidade da atividade econômica, quando aplicada contra pessoa jurídica, ou comprometendo a totalidade do patrimônio da pessoa física.

Destaca que, apesar da multa não ser tributo, é pacífico o entendimento de que estas devem obedecer aos preceitos constitucionais, entre eles o da vedação ao confisco, já que o Estado não pode interferir no patrimônio dos contribuintes a ponto de lhes confiscar.

Diz que neste sentido é o entendimento do STF, pacificado desde 1975, conforme se verifica em excerto do voto do relator do v. acórdão proferido nos autos do Recurso Extraordinário nº 81.550/MG, que analisou a aplicabilidade de multa de 100% do valor do tributo, cuja ementa reproduz.

Assevera que uma multa excessiva que ultrapassa o razoável para dissuadir ações ilícitas e para punir os transgressores caracteriza, de fato, uma maneira indireta de burlar o dispositivo constitucional que proíbe o confisco.

Sustenta que a penalidade não pode ser utilizada pela Administração como expediente ou técnica de arrecadação, sob pena de ferir o princípio da justa indenização (CF/88, art. 5º, inc. XXIV) e o da moralidade dos atos da administração pública (CF/88, art. 37). Acrescenta que o art. 150, IV da CF/88 estabelece que sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado aos Entes Tributantes utilizar tributo com efeito de confisco, limitando o direito que as pessoas políticas têm de expropriar bens privados.

Assegura que os impostos devem ser graduados de modo a não incidir sobre as fontes produtoras de riqueza dos contribuintes e, portanto, a não atacar a consistência originária das suas fontes de ganho.

Relata que o Professor Sacha Calmon Navarro Coelho leciona sobre as multas confiscatórias e, facilmente nos conduz à conclusão de que a penalidade aplicada se encontra viciada desta inconstitucionalidade.

Observa que o STF tem admitido a redução de multa moratória imposta com base em lei, quando assume ela, pelo seu montante desproporcionado, feição confiscatória.

Aduz que mesmo se alegado que a referida multa visa coibir a sonegação fiscal, coagindo os contribuintes mal intencionados a não passarem ao largo da tributação, afirma que no presente no caso concreto a multa é absolutamente extorsiva, chegando a configurar verdadeiro confisco ao patrimônio do contribuinte, em contrariedade à remansosa jurisprudência do STF, o que não pode subsistir.

Conclui requerendo que seja acolhida a preliminar arguida para que:

a) seja declarado nulo o lançamento, nos termos do art. 18 da Lei nº 7629/99, pela ausência de capitulação legal da correção monetária e dos acréscimos moratórios, ou, subsidiariamente, que seja impedida a cobrança dos referidos encargos, pela violação aos princípios da motivação, do contraditório e da ampla defesa. Caso superada a preliminar arguida, requer que no mérito seja o lançamento julgado improcedente;

b) tendo em vista que as “infrações 01, 02 e 04” referente à suposta utilização de crédito de ICMS a maior e ao suposto pagamento a menor do tributo foram lançados sem a devida motivação, violando o princípio da segurança jurídica, da verdade material, do contraditório e da ampla defesa, não sendo possível verificar a correção do procedimento adotado e os supostos equívocos escriturais;

c) diante da flagrante demonstração, por amostragem, de que as mercadorias descritas na “infração 03” foram indevidamente escrituradas nos livros de entrada e de saída no mesmo dia, não causando qualquer prejuízo ao erário baiano, tendo em vista a aplicação do princípio da não-cumulatividade, do que se depreende que o autuante indevidamente presumiu a ocorrência de operação tributada, que de fato não ocorreu. Requer inicialmente que o julgamento seja convertido em diligência, em atendimento ao princípio da verdade material, para a verificação de todas as operações indicadas no lançamento, e, posteriormente, o cancelamento da cobrança indevidamente realizada.

Afirma que a presunção gerou a capitulação errada da infração e da multa, pois não houve a escrituração de operação tributada como não tributada e muito menos recolhimento a menor do tributo. Destaca que se houve equívoco no cumprimento de obrigação acessória, o máximo que

poderia ser exigido seria o pagamento de multa por tal fato (o que não ocorreu) e que seria afastada pelo cumprimento dos requisitos previstos no art. 42, §7º da Lei nº 7014/96;

d) uma vez que restou cabalmente comprovado que não se verifica a “infração 06”, sendo os dados constantes nos LRES e de apuração absolutamente coincidentes, não existindo motivos para persistir a cobrança.

Caso os pedidos anteriores não sejam integralmente acolhidos, requer ainda que:

e) sejam as multas reduzidas a patamares não considerados confiscatórios, conforme jurisprudência uníssona do STF, aplicando percentuais que não ultrapassem 30% do valor do tributo que efetiva e eventualmente a Impugnante tenha deixado de recolher.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

Por fim, requer que todas as publicações /intimações referentes ao presente feito sejam realizadas em nome do subscritor da presente, cujo endereço profissional se encontra no rodapé da presente.

O autuante apresenta informação fiscal, fls. 3697 a 3705, depois de reproduzir o teor das infrações e sintetizar as razões de defesa do impugnante, enuncia os argumentos a seguir sumariados.

Infração 01 - Observa que os documentos da autuação se encontram às fls. 1996 a 2009. Afirma que se observa claramente que o contribuinte pagou o valor de R\$37.285,73 de ICMS por antecipação parcial, apesar de ter usado R\$50.133,35 como crédito nesta mesma rubrica, ou seja, usou a maior o valor de R\$12.847,62.

Os documentos que fundamentam este parecer, são: a) a planilha que compara o ICMS pago por antecipação e o valor creditado, fl. 1996; b) planilha com registros dos DAEs pagos nesta rubrica (Antecipação Parcial), fls. 1997 e 1999; c) cópia do livro de Registro de Apuração de ICMS do mês de setembro de 2009 (documento de uso da fiscalização), cujo valor apurado como crédito por antecipação parcial foi da ordem de R\$50.133,35, fl. 2000; e d) cópia do Livro de Registro de Apuração de ICMS do próprio contribuinte com os mesmos problemas, ou seja, o contribuinte se creditou de R\$50.133,35, quando só teria direito a R\$37.285,73, fl. 2008.

Arremata frisando que como o contribuinte não apresentou elementos de prova capazes de demonstrar que a infração apontada não procede, mantém todos os termos da minha autuação.

Infração 02 - Cita que o contribuinte foi intimado em 29/04/13, conforme documentos anexos a às fls. 1375-A e 1458, além das fls. 1461 a 1463. E novamente em 10/05/13, nova intimação foi efetuada, conforme documento à fl. 1464. Portanto, o contribuinte foi cientificado da situação. Prossegue frisando que os documentos da autuação desta infração estão acostadas às fls. 2011, 2012 a 2032 e 2038 e 2039.

Diz que revisando os lançamentos da Conta-corrente Fiscal observou que efetivamente não houve recolhimento a menor no mês de outubro de 2009. Quanto ao exercício de 2010, foi refeito o conta-corrente do contribuinte, onde foi observado que no mês de dezembro resultou no débito de R\$68.751,57, conforme consta da tabela, fl. 3699, que resulta no débito desse item da autuação para de R\$130.965,22.

Infração 03 - Assinala que o contribuinte foi intimado em 29/04/13, conforme documento à fl. 1375-A (e o anexo, fl. 1459), a verificar se a auditoria em foco era procedente, e, em caso contrário, o mesmo poderia se pronunciar através de documentos e planilhas. Acrescenta que em 10/05/13, conforme documento à fl. 1464, novamente o contribuinte foi intimado a se pronunciar da procedência desta possível infração. Em 11/06/13, mais uma vez o contribuinte foi intimado a esclarecer a esta mesma infração, conforme documento acostado à fl. 1465, acompanhado do detalhe da Infração à fl. 1467 e dos dados da Conta-corrente Fiscal refeito, este às fls. 1468 a 1470. Portanto, assegura que buscou esclarecimentos sobre os lançamentos fiscais do contribuinte, não

obstante, não houve retorno do mesmo. Cita ser isso o oposto do que o defensor está afirmado.

Destaca que revisou os lançamentos da Conta-corrente Fiscal, e constatou que não houve recolhimento a menos no exercício de 2009.

Diz que, quanto ao mês de dezembro de 2010, que o defensor apontou estando registradas 25 (vinte e cinco) notas fiscais erradamente no livro Registro de Saídas, que estão anexas às fls. 3617 a 3642, informando que:

- a) o contribuinte as registrou nos livros de entradas e de saídas, entretanto as de saídas não foram computadas no livro de apuração, ou melhor, as registrou nas saídas com o CFOP 2.209, às quais não podem ser computadas para efeito de apuração. No entanto, para o valor apurado no livro de Saídas, que se usa pelo total, as notas fiscais com CFOP 2.209 foram computadas;
- b) esta falta de registro (ou melhor, o registro no livro de Apuração de ICMS com o CFOP 2.209) resultou em que o débito do imposto fosse maior que o apurado no livro de saídas comparativamente ao livro de apuração;
- c) as notas de entradas tiveram como natureza da operação o designado no CFOP 2.152 - Transferência para Comercialização, enquanto a natureza da operação da nota fiscal de saída foi designada através do CFOP 2.209 - Devolução de Mercadoria Adquirida ou Recebida de terceiros, Remetida em Transferência;

Informa que fez dois tipos de alterações:

1^a) - no auto de infração, os meses consignados e seus respectivos valores históricos, foram: jan/09 (R\$10.917,07), fev/09 (R\$10.130,61), abr/09 (R\$5.839,97), maio/09 (R\$7.313,14), ago/09 (R\$ 0,01), out/09 (R\$48,00), nov/09 (R\$1.947,02), dez/09 (R\$2.970,97) e dez/10 (R\$33.338,74), que totalizou de crédito reclamado a importância de R\$72.498,53;

2^a) - após a Informação Fiscal (quando foi revisto o conta-corrente), os meses do exercício de 2009, nada foi constatado. E em dezembro de 2010, em que o contribuinte alegou erro de digitação, que também é observado no Livro de Apuração, onde o contribuinte apurou na parte de Saídas com o mesmo CFOP 2209. Registra que acatou a defesa.

Infração 04 - Observa que os documentos da autuação se encontram às fls. 2011 a 2037, onde se observa claramente que o contribuinte apurou e não recolheu o valor de R\$ 100.675,89.

Informa que os documentos que fundamentam este parecer, são: a) demonstrativo da infração, fl. 2011; b) demonstrativo da Auditoria de Conta-Corrente, fls. 2012 a 2014,; c) cópias do livro de Registro de Apuração de ICMS dos meses de outubro/10, novembro/10 e dezembro/10, às fls. 2032 a 2037.

Diz que nesta informação fiscal, está adicionando a Relação de DAEs do ano de 2010 e 2011, bem como estes mesmos elementos em planilha, coisa que não provoca nenhuma diferença, uma vez que o contribuinte possui os DAEs.

Arremata destacando que, como o contribuinte não apresentou elementos de prova capazes de demonstrar que a infração apontada não procede, mantém todos os termos da minha autuação.

Infração 05 - Relata que o contribuinte foi intimado em 25/03/13, conforme documento à fl. 12, a apresentar os arquivos magnéticos do exercício de 2009, já que estava omitido. Cita que em 08/07/2013, foi novamente intimado para retificar as divergências deste mesmo exercício, conforme documentos (intimação e anexos) fls. 14 a 369. Diz que em 11/06/2013, mais uma vez o contribuinte foi intimado, já agora para verificar se as omissões de estoques observadas no Levantamento Quantitativo de Estoques eram procedentes, e que, em caso negativo, o contribuinte deveria apresentar os elementos de prova (documentos e planilhas), conforme documentos anexos às fls. 1465 e 1471 a 1705. Esclarece que estes anexos foram apostos o Demonstrativo de Cálculo das Omissões, fls. 1471 a 1521, os registros das Notas Fiscais de Saídas

fls. 1522 a 1624, e os registros das Notas Fiscais de Entradas, fls. 1625 a 1705. Frisa que apesar disso, o contribuinte não contestou.

Observa que na lavratura desta infração foi dada ciência (e o contribuinte ficou com uma cópia) de todos os anexos, conforme fls. 2051 a 3218, onde constam as provas das omissões de estoques, quando as omissões das saídas de mercadorias foram maiores que as omissões das entradas. Assinala que no Demonstrativo de Cálculo das Omissões consta o estoque inicial e final, bem como as entradas e as saídas das mercadorias que deram omissões. Diz que anexou aos autos os livros Registro de Registro de Inventários: de 31/12/2009, fls. 3219 a 3276; e com detalhes, às fls. 3277 a 3328; e o de 31/12/2010, às fls. 3329 a 3414; e com detalhes, às fls. 3415 a 3492. Frisa que o contribuinte tem a posse do livro Registro de Inventário do exercício de 2008.

Menciona que todos os elementos de prova do cálculo das omissões foram apresentados ao contribuinte, seja no período fiscalizatório, seja no ato da lavratura do auto de infração. E, como o defensor não apresentou qualquer documento de prova em contrário às omissões apontadas nesta infração, arremata afirmando que mantém todos os termos da autuação.

Infração 06 - destaca que o contribuinte foi intimado em 11/06/13, conforme documento à fl. 1465 e anexos, fls. 1468 a 1470, para se pronunciar a respeito das divergências encontradas. No entanto, à época, não apresentou justificativa alguma para as divergências apontadas.

Afirma que revisando a Conta-corrente Fiscal do contribuinte, verificou-se que efetivamente não houve recolhimento a menos resultante das divergências entre os valores lançados no livro de Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no livro de Apuração do ICMS, excluindo essa infração do rol do Auto de Infração.

Conclui requerendo a procedência parcial do Auto de Infração apresentando quadro resumo discriminando por infração o débito remanescente de R\$959.508,11, fl.3705.

Em manifestação a cerca da informação fiscal, fls. 3775 a 3786, o defensor depois de reproduzir sinteticamente o teor das ponderações do autuado, reiterou todos os seus argumentos já apresentados em sua defesa.

Ao prestar nova informação fiscal, fls. 3791 a 3796, o autuante reprisa suas ponderações já articuladas na informação anterior.

VOTO

O defensor suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, de forma difusa, alegando que a inexistência de fundamentação legal para a aplicação dos encargos moratórios e da correção monetária viola o princípio da motivação dos atos administrativos, da legalidade e da ampla defesa.

Entendo que, por se tratar de processo administrativo fiscal que apura irregularidades tributárias mediante Auto de Infração, cujo âmbito de atuação cinge-se exclusivamente a obrigações tributárias, cujos fundamentos legais, esses sim devem afigurar-se concreta e devidamente explicitados. Quantos aos aspectos atinentes à encargos moratórios e a correção monetária, nada tem a ver com a obrigação tributária originária, uma vez que de natureza distinta, legislação de regência específica e totalmente independente da legislação tributária, extrapola o fulcro da autuação. Portanto, não há que se falar nos presentes autos de embasamento legal acerca dos encargos moratórios e da correção monetária.

Verifico que consta dos autos que o impugnante, como contribuinte normal do imposto, sob ação fiscal, consoante O.S. nº 504316/13, fl. 01, fora devidamente intimado para apresentação de livros e documentos fiscais, fls. 11 a 15, e no transcurso da ação fiscal foi detectado o cometimento irregularidades à legislação do ICMS que resultou na lavratura do presente Auto de Infração do qual o autuado tomou ciência e recebeu cópia de todos os demonstrativos, fls. 04 e 06, e exerceu plenamente seu direito de ampla defesa impugnando o lançamento no prazo legal.

Como nitidamente se infere das circunstâncias enunciadas, resta patente nos autos que o autuante, consoante sua prerrogativa legal, ao exercer sua atividade vinculada, laborou em perfeita sintonia com o princípio da motivação inerente a todo e qualquer ato administrativo. Eis que resultaram supridos, concomitantemente, tanto o motivo do ato, quanto o motivo legal, explicitadas que se encontram nas razões de fato e de direito.

Ademais, constato também que, de forma clara e elucidativa, afigura-se devidamente circunstanciado e comprovado o cometimento das irregularidades apontadas, todas as infrações encontram-se devidamente explicitadas e legalmente enquadradas e as multas sugeridas corretamente tipificadas, tudo dentro do irrestrito cumprimento do devido processo legal.

Não vislumbro, portanto, a existência nos autos de quaisquer vícios formais que afetem a plena eficácia da autuação fiscal, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas, nos termos apontados nas razões de defesa, por não encontrarem amparo legal algum, precípuamente nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/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 análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide.

No mérito o presente lançamento de ofício é constituído de 06 infrações.

A infração 01 cuida da utilização a mais de crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação no mês de setembro de 2009 no valor de R\$12.847,62.

O impugnante, requereu a nulidade desse item da autuação alegando não ser possível pelos documentos e descrição da infração verificar a irregularidade cometida.

Constatou que apesar de ter recebido a planilha comparativa do ICMS pago por antecipação e o valor creditado, fl. 1996, relação dos DAEs recolhidos, fls. 1997 a 1999, além das cópias de seus próprios livros fiscais, fls. 2000 a 2008, explicitando claramente a utilização a mais do crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, não apresentou qualquer elemento ou argumento capaz de elidir a acusação fiscal.

Assim, ante a explica caracterização a utilização a mais do crédito fiscal, referente a antecipação parcial fiscal e não tendo sido carreado aos autos pelo autuado qualquer elemento capaz de elidir a acusação fiscal concluo pela subsistência da infração.

As infrações 02, 03 e 06 foram apuradas através de Auditoria da Conta-Corrente do ICMS, nos exercícios de 2009 e 2010.

Em relação à infração 02 que apura recolhimento a menos de ICMS, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no LRAICMS, o defendant requereu a nulidade desse item sob a alegação de que não é possível verificar pelos documentos e descrição quais seriam os equívocos cometidos que gerou a exigência.

Na informação fiscal o autuante esclareceu que os demonstrativos de apuração foram entregues ao impugnante antes da lavratura do Auto de Infração e que os elementos estão acostados às fls. 2011 a 2039 e informou que revisou os lançamentos da conta-corrente fiscal e constatou que não ocorreu recolhimento a menos nos meses de outubro de 2009 e fevereiro de 2010 e incluiu o recolhimento a menos no mês de dezembro de 2010, não constante do demonstrativo de débito original deste item, aumentando a exigência deste item para R\$130.965,22. Acostou planilha comparativa, fl. 3699, e planilhas da Auditoria da Conta-Corrente do ICMS, fls. 3707 a 3710, e fls. 3738 a 3740.

A infração 03 trata de recolhimento a menos de ICMS, em decorrência de divergência entre os valores lançados no livro Registro de Saídas de Mercadorias - LRS e o escriturado no LRICMS. O defendant alegou somente ocorreu uma simples escrituração equivocada e que não ocasionou

recolhimento a menos do tributo por ter escriturado as mesmas notas fiscais tanto no LRE, quanto no LRS no mês de dezembro de 2010.

O autuante informou que com base na comprovação apresentada pelo autuado ajustou e revisou a planilha da Auditoria da Conta-Corrente Fiscal e concluiu pela inexistência de divergências, excluindo esse item da autuação.

A infração 06 cuida de recolhimento a menos decorrente de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Entradas - LRE e no LRAICMS e o autuado refutou o cometimento da infração afirmando que da análise dos livros fiscais constata-se que não há qualquer discrepância entre os valores lançados no LRE e no LRAICMS.

O autuante reitera sua informação de que revisando o conta-corrente fiscal do contribuinte verificou que não houve recolhimento a menos, no período fiscalizado, resultante de divergências entre os valores lançados no LRE e no LRAICMS, também eliminando esse item da autuação.

Ao compulsar as peças compõem a acusação fiscal atinente a essas três infrações, verifico que, tendo em vista se originarem de divergências entre os registros nos LRS, LRE e o LRAICMS, infrações 03 e 06, bem como, desencontro entre os valores recolhidos e o escriturado no LRAICMS infração 02, por gerarem repercussão entre si, irregularidades apuradas de uma mesma fonte, ou seja, Auditoria da Conta Corrente Fiscal, a apuração deve ser unificada sob pena de prejudicar a certeza e liquidez da exigência fiscal e dificultar o exercício da ampla defesa pelo autuado, eis que geram reflexos interdependentes e por isso não podem subsistir isoladamente. Como exemplo, constato que no mês de outubro de 2009, foi apurado um débito de R\$62,31, na infração 02, R\$48,00, na infração 03 e R\$5.394,06 na infração 06. Todos originários de desencontro e divergências apurados mediante a aplicação do mesmo roteiro de Auditoria da Conta-Corrente Fiscal.

Assim, entendo que a autuação, em relação às infrações 02, 03 e 06, contém vício que afetam a sua eficácia. Considerando que o §1º do art. 18 do RPAF-BA/99 somente admite o saneamento do Auto de Infração no caso de eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais e, no caso em lide, o refazimento da Conta Corrente Fiscal certamente implicará mudança do fulcro da autuação, não podendo ser saneada por meio de diligência.

Nestes termos, inexistindo elementos suficientes para caracterizar de forma inequívoca o cometimento das infrações, sendo inviável o saneamento, acarretando incerteza na caracterização das infrações imputadas, implica nulidade conforme determina o art. 20 do RPAF-BA/99.

Diante do exposto, considerando a falta de certeza e liquidez, pela inexistência de elementos suficientes para caracterizar as infrações, concluo pela nulidade das infrações 02, 03 e 06 do Auto de Infração.

Nos termos do art. 21 do RPAF-BA/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetir os atos, a salvo de falhas.

Quanto à infração 04, que exige o recolhimento do ICMS no prazo regulamentar referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de setembro a novembro de 2010, no valor de R\$100.675,89, o impugnante alegou de forma genérica que o lançamento encontra-se eivado de nulidade, uma vez que pelos documentos e descrição da infração não é possível verificar quais teriam sido os equívocos escriturais cometidos.

O autuante manteve a autuação esclareceu que às fls. 2011 a 2037, observa-se claramente que foi apurado o valor de R\$100.675,89 e não recolhido. Observou também o autuante que o demonstrativo de apuração da infração, fl. 2011, demonstrativo da Auditoria da Conta-corrente, fls. 2012 a 2014, e as cópias do LRAICMS de outubro a dezembro de 2010, fls. 2032 a 2037, revelam

e demonstram a falta de recolhimento do imposto relativo às operações escrituradas nos livros próprios.

Da análise das peças que compõem a apuração da exigência fiscal desse item da autuação, constato que, apesar da irregularidade se originar de levantamento fiscal decorrente de mero confronto entre de registros no livro Registro de Apuração do ICMS, setembro/2010, fl. 2033, outubro/2010, fl. 2035, novembro/2009 e os recolhimentos efetuados pelo próprio impugnante, consoante Relação de DAEs, fls. 3770 e 3771, devidamente explicitado em demonstrativo de apuração que lhe fora entregue, fl. 2011.

Logo, a simples alegação da defesa de que o lançamento está eivado de nulidade, sem indicar objetivamente qual a inconsistência constatada ou de forma clara qual o óbice existente, não tem o condão de elidir a acusação fiscal. Não há como prosperar a pretensão da defesa, restando, assim caracterizada a infração 04.

Concluo pela manutenção desse item da autuação.

A infração 05 exige o recolhimento do imposto no valor de R\$715.019,38, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2009 e 2010, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis.

O defendente aduziu em sua defesa que não ocorrera a infração, uma vez que o levantamento desconsidera os documentos fiscais e que as planilhas não deixam claro o modo como foram levantados os dados apresentados. Sustentou que a autuação se baseou em valor médio o que significa um arbitramento e que fora desconsiderado o estoque existente.

Não deve prosperar a alegação da defesa, uma vez que o débito lançado no auto de infração atinente a esse item da autuação foi apurado através de levantamento quantitativo de estoques, relativo aos exercícios de 2009 e 2010, e encontra-se devidamente discriminado nos demonstrativos constante às fls. 2051 a 3218, os quais foram entregues ao sujeito passivo conforme Recibo dos anexos, fl. 06, assinado por preposto do autuado, permitindo, assim, o exercício da ampla defesa e do contraditório.

O levantamento quantitativo por espécie de mercadorias é um roteiro de auditoria que objetiva a conferência da regularidade da movimentação quantitativa de determinado período, toma por base as quantidades dos estoques iniciais e finais, as entradas, apurando as saídas reais que comparadas com as notas fiscais de saídas, se resultar diferença, leva a conclusão de que esta diferença decorre de saídas de mercadorias não registradas. E foi exatamente com base na apuração através de levantamento quantitativo que a fiscalização fundamentou a autuação.

Analisando os anexos integrantes dos autos, constato que nele constam todos os levantamentos e demonstrativos de apuração do débito, intitulados de: DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO DAS OMISSÕES; SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS MAIOR QUE A DE ENTRADAS; DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO DO PREÇO MÉDIO A PARTIR DE VALORES DO INVENTÁRIO; RELATÓRIO DAS MERCADORIAS SELEÇÃOADAS; DEMONSTRATIVO DO CÁLCULO DO PREÇO MÉDIO – ENTRADAS; DEMONSTRATIVO DO CÁLCULO DO PREÇO MÉDIO – SAÍDAS; LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DAS ENTRADAS; E LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DAS SAÍDAS, nos quais, constam especificadas e relacionadas as quantidades das entradas e das saídas e o número dos respectivos documentos fiscais; os estoques inicial e final, o demonstrativo de estoque, e a demonstração de apuração do débito de cada período.

O cálculo do débito foi apurado consoante previsão expressa na Portaria nº 445/98, que disciplina a matéria preceituando que nos levantamentos de estoques em que for detectada omissão tanto de entrada como de saída, deverá ser exigido o ICMS da omissão de maior quantitativo. No caso, a fiscalização obedeceu a citada portaria, pois o débito foi apurado com base nas operações de

saídas de mercadorias tributáveis sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas.

Ante a correta aplicação do roteiro de auditoria de levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados, cujos demonstrativos de apuração e de débito que discriminam pormenoradamente a origem dos elementos registrados na movimentação dos estoques do estabelecimento no período fiscalizado foram devidamente entregues ao defendente resta patente e induvidosa as omissões de saídas nos valor de R\$312.488,29 - exercício de 2009 e de R\$402.531,09 - exercício de 2010, consoante demonstrativo costados aos autos.

Logo, considero subsistente a infração 05.

Assim, consoante o acima enunciado, a exigência originalmente lançada no presente Auto de Infração fica reduzida para R\$828.542,89, (R\$12.847,62 - infração 01, R\$100.675,89 - infração 05 e R\$715.019,38 - Infração 05).

Quanto à alegação de que as multas aplicadas sobre o valor do imposto exigido ser confiscatória, o que ofende a preceito constitucional, esclareço que as penalidades são as legalmente previstas à cada tipo da infração praticada, no caso específico o art. 42, da Lei nº 7.014, não sendo esta esfera administrativa competente para avaliar a sua constitucionalidade.

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

Quanto ao pedido do impugnante para que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas para o endereço dos profissionais constituídos, ressalto que nada obsta o atendimento e que a Secretaria deste CONSEF possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento desses autos para o endereço dos patronos do autuado. Contudo, friso que o eventual não atendimento de tal solicitação não caracteriza nulidade, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação processual ao sujeito passivo encontra-se definida nos artigos 108 e 109 do RPAF-BA/99 e, em perfeita sintonia com o estabelecido no art. 127 do CTN, orientando como regra o domicílio tributário do sujeito passivo.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 102148.0003/13-9, lavrado contra **TELLERINA COMÉRCIO DE PRESENTES E ARTIGOS PARA DECORAÇÃO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$828.542,89**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$113.523,51, 70% sobre R\$312.488,29 e de 100%, sobre R\$402.531,09, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos VII, “a” II, “b” e “f”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

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

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA