

A. I. Nº - 207097.0005/12-3  
AUTUADO - COTTO BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA  
AUTUANTE - ANTONIO MENDONÇA SOUSA BRITO  
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS  
INTERNET - 24. 10. 2014

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0218-01/14**

**EMENTA:** ICMS. 1. DÉBITO DECLARADO ATRAVÉS DE DMA. FALTA DE RECOLHIMENTO. O sujeito passivo, beneficiário do programa PROBAHIA (Lei nº 7.025/97), apurou com grave equívoco aritmético o crédito presumido de 85% do imposto incidente nas operações de saídas de pisos e revestimentos cerâmicos, registradas nos livros fiscais e Declaração da Apuração Mensal - DMA. Infração caracterizada. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. A alegação da defesa que as notas fiscais não registradas se referem às operações de vendas que foram canceladas não se sustentam, uma vez que a fiscalização apurou documentos fiscais com ausência das vias e as notas fiscais eletrônicas com status de "autorizada", no site da Fazenda Estadual e no Portal Nacional. Infração caracterizada. b) DIVERGÊNCIA ENTRE DOCUMENTO FISCAL E O VALOR LANÇADO NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDA. Infração não impugnada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O autuado não apresentou documentos capazes de sustentar a argumentação de que as vendas foram canceladas. A exigência, contudo, não pode prosperar em relação aos documentos, cujas vias, inclusive a primeira encontram-se presentes nos autos. Infração em parte subsistente. 4. ARBITRAMENTO. SAÍDAS DE MERCADORIAS COM DECLARAÇÃO NOS DOCUMENTOS FISCAIS DE VALORES INFERIORES AOS PREÇOS CORRENTES. A rigor, não o arbitramento da base de cálculo, nos termos indicados do art. 148, CTN, art. 22 da Lei 7.014/96 e art. 937, RICMS/BA, apesar de o Auditor Fiscal ter tipificado, fundamentando a exigência como se o fosse. A apuração do imposto teve origem a partir do confronto dos valores constantes das notas fiscais emitidas pelo autuado e aqueles constantes nos respectivos pedidos e controles internos. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 19/09/2012, exige ICMS no valor histórico de R\$265.166,19 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares o imposto declarado na DMA - Declaração e Apuração Mensal do ICMS. O contribuinte deixou de recolher os valores declarados

em DMA, mensal, já descontado o crédito presumido de 85%. Valor R\$89.408,41. Multa de 50%;

INFRAÇÃO 2 - Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. O contribuinte deixou escriturar no livro de registro de saída e consequentemente de recolher o ICMS devido, referente as diversas notas fiscais emitidas pelas vendas de seus produtos, nos exercícios de 2008, 2009, 2010 e 2011. Valor R\$119.841,43. Multas de 70% e 100%;

INFRAÇÃO 3 - Omitiu saídas de mercadorias tributáveis em decorrência de cancelamento irregular de Notas Fiscais, deixando de recolher o ICMS correspondente. O contribuinte efetuou cancelamento de diversas notas fiscais, contrario ao que dispõe os artigos 210 e 211 do RICMS - Decreto nº 6284/97, referente aos exercícios de 2008, 2009 e 2010. Valor R\$31.492,06. Multa de 70%;

INFRAÇÃO 4 - Deixou de recolher ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de emissão de documento fiscal. O contribuinte realizou a venda de produtos de sua produção industrial, a diversos clientes, com o devido faturamento, conforme pedidos emitidos por sua empresa, anexos a este processo, sem a devida emissão legal da nota fiscal, ainda que o formulário contínuo referente a nota fiscal tenha sido reservado e cancelado em seguida. Valor R\$21.624,99. Multa de 100%;

INFRAÇÃO 5 - Deixou de recolher ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude de declaração, nos documentos fiscais, de valores notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias. O contribuinte fez uso de declaração de valores no documento fiscal, inferiores ao realizado, conforme é possível verificar nas cópias dos pedidos, anexo a este processo. A prática identificada é inaceitável, principalmente, para a empresa com benefício fiscal. Valor R\$2.312,20. Multa de 100%;

INFRAÇÃO 6 - Deixou de recolher o ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios. O contribuinte recolheu a menor o ICMS DEVIDO, decorrente da divergência entre o valor declarado no documento fiscal e lançado no livro registro de saída. Valor R\$487,10. Multa de 60%;

Na defesa apresentada, fls. 637/650, informa o autuado que atua primordialmente nas atividades de mineração, indústria e comércio de artefatos cerâmicos e, nos termos da Lei nº 7.025/97, regulamentada pelo Decreto nº 6734/97, ambos do Estado da Bahia, foi concedido benefício fiscal, do crédito presumido de ICMS de 85%, *nas operações de saídas de pisos e revestimentos cerâmicos*, bem como o diferimento do recolhimento do referido imposto, *na aquisição de alguns bens do ativo imobilizado*, para quando de sua desincorporação, pelo prazo de 10 anos.

Ressalta que o prazo retromencionado teve início a partir da publicação da Resolução nº 08/2005 de 16/03/2005, do Conselho Deliberativo do PROBAHIA, publicada no DOE de 18/03/2005, estando em plena vigência a concessão dos benefícios.

Transcreve as imputações do Auto de Infração, as multas aplicadas, arguindo que nenhum dos representantes legais da empresa autuada ou a quem a lei atribua a responsabilidade tributária, foi intimado do lançamento, descumprindo-se a prescrição do art. 108 e seguintes, bem como do art. 39, § 3º, todos do Decreto Estadual da Bahia de nº 7.629, de 09/07/1999. Nesse sentido, diz que somente tomou conhecimento de sua existência, por meio da presente notificação fiscal, o que ocorreu no dia 09/01/2013, esperando que sua defesa seja recebida como tempestiva, sob pena de violação de seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

Discorre sobre o ICMS e o delineamento constitucional da sua materialidade, dos contribuintes, nos termos do artigo 155, II, da Constituição Federal, lembrando que, com base em tais fundamentos, o Senado Federal aprovou a Resolução nº 22, em 19/05/1989, dispondo sobre as alíquotas incidentes sobre as operações que envolvam a comercialização de mercadorias entre diferentes Estados da Federação.

Neste contexto normativo, defende que a incidência do ICMS nas operações interestaduais foi disciplinada para todo o território nacional, devendo, quando forem realizadas operações mercantis entre dois distintos Estados da Federação, ser aplicada a alíquota de 12%, ou se o Estado de destino estiver localizado nas Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, ou ainda no Estado do Espírito Santo, e o Estado destinatário estiver situado nas Regiões Sul e Sudeste, a alíquota aplicável então, será de 7%.

Assim, com relação à infração 1, diz que a empresa autuada é beneficiária do crédito presumido, equivalente a 85 % do ICMS devido. Aduz que a autoridade fiscal, embora afirme que calculou os valores “já descontando o referido crédito, assim não o fez. Faz demonstrativo, segundo a Resolução PROBAHIA nº 08/2005.

Reitera que o fiscal desprezou o crédito presumido de 85% do imposto incidente, e ainda aplicou a alíquota interna, quando na verdade deveria aplicar as alíquotas interestaduais de 12%, pois as mercadorias comercializadas se destinaram a outras unidades da Federação. Diz que pela forma equivocada de apuração, o fiscal verificou um valor de R\$ 87.575,05, sendo que o valor correto do imposto incidente é de R\$ 946,68, com multa de 50% (R\$ 473,34), o que perfaz um valor total de R\$1.420,02, e não de R\$ 89.406,40 como, equivocadamente, foi lançado pelo Fiscal.

Em relação à infração 2, com fundamento nos artigos 50; 124 inciso I; artigo 323 e artigo 936 do RICMS aprovado pelo Decreto Estadual da Bahia de nº 6.284/97, explica que as notas fiscais elencadas pelo fiscal se referem às vendas que foram canceladas. A falta de registro no livro de prova que não houve a realização de venda ou a ocorrência de fato gerador do ICMS.

Esclarece, ainda, que se fosse possível a incidência do ICMS, a forma de apuração do valor devido estaria equivocada. Diz que as operações interestaduais, acaso realmente tivessem ocorrido, teriam tido origem no Estado da Bahia, onde é aplicável a alíquota de 12% e não a alíquota interna de 17%, como equivocadamente lançou o fiscal autuante. Diz que o valor correto, se devido, consta na planilha retro mencionado, no valor de R\$15.252,92 e nunca R\$119.841,43.

Na infração 3, esclarece que as notas fiscais elencadas pelo fiscal autuante, também se referem a vendas que foram efetivamente canceladas e também não houve a ocorrência de fato gerador do ICMS, descabendo o lançamento fiscal. Aduz, ainda que fosse possível a incidência do ICMS, como supostamente devido, a forma de apuração do valor devido estaria equivocada, cobrada em valor muito maior que o realmente devido. Reitera que as operações interestaduais, acaso realmente tivessem ocorrido, teriam origem no Estado da Bahia, onde é aplicável a alíquota de 12% e não a alíquota interna de 17%, como equivocadamente lançou o Fiscal autuante.

Completa que o valor correto, se realmente fosse devido, seria de R\$ 8.206,03, como consta na planilha retro mencionada, e não a vultosa e indevida quantia de R\$ 31.492,06. Requer a reforma do auto de infração para adequar as alíquotas aplicadas às alíquotas interestaduais de 12%, em todas as notas fiscais, nas quais os destinatários estão em outros Estados.

Nas infrações 4 e 5, argui que a autoridade fiscal se apóia em meros e frágeis indícios de que houve uma suposta comercialização, e com preço abaixo dos “valores correntes”, sem ao menos explicar o que venham a ser os tais “valores correntes”, para impingir uma cobrança indevida de ICMS. O entendimento fiscal é que houve omissão de saídas de mercadorias em decorrência dos pedidos emitidos. Diz que na prática se observa que o Fiscal adota medida vedada (utilização de pauta fiscal inexistente) para atribuir valores às supostas operações de venda, que não ocorreram.

Pontua que não há falar em incidência do ICMS, vez que não restarem comprovados os seus respectivos fatos geradores. Ademais, trata-se de operações interestaduais, que, acaso realmente tivessem ocorrido, teriam tido origem no Estado da Bahia, onde é aplicável a alíquota de 12% e não a alíquota interna de 17%, como equivocadamente lançou o Fiscal autuante, Senhor Antonio Mendonça de Souza Brito, mesmo fazendo constar da forma correta, no seu demonstrativo.

Contesta e argumenta sobre o patamar das multas aplicadas, discorrendo sobre o sistema jurídico positivo nacional e que, num processo de derivação, a Constituição da República ocupa o patamar mais elevado, constituindo-se no fundamento de todas as normas positivadas. Argui que o princípio da capacidade contributiva espraia-se sobre todo o sistema jurídico, refletindo-se na vedação ao confisco e nos fundamentos basilares da tributação, constituindo elemento básico de onde emanam as garantias constitucionais como igualdade e proporcionalidade.

Busca apoio na doutrina, na jurisprudência para definir que a incidência das multas não pode estar em descompasso com as regras norteadoras da tributação, propriamente dita, sob pena de serem aquelas consideradas configurativas de confisco. Cita o STF que já decidiu: “*a multa excessiva, de feição confiscatória, deve ser reduzida a proporções razoáveis*” (RDA 102/108), além do STJ, que se pronunciou no sentido de acatar o patamar fixado pelo STF, como limite para imposição de multas entre 20% a 30% (81.550-MG, in RTJ 74/319).

Apela pela impertinência das multas aplicadas, no caso concreto, sem obediência aos limites estabelecidos pela Constituição Federal, que devem ser afastadas ou, quando menos, diminuídas ao ponto de se adequarem ao razoável. Finaliza, pela improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal, acostada aos autos, fls. 700/712, o Auditor se pronuncia, preliminarmente, sobre a cronologia dos fatos, opinando pela abertura de prazo de defesa. Informa que o procedimento fiscal foi realizado em atendimento a Ordem de Serviço nº 506.276/12, emitida pela Inspetoria Fiscal de Alagoinhas, reiterando que o contribuinte tem como atividade principal a fabricação de artefatos de cerâmica e barro cozido para uso na construção, exceto azulejos (CNAE FISCAL – 2342.702), sendo detentora de benefício fiscal, na modalidade – crédito presumido, fixado em 85% do imposto incidente, através da Resolução nº 08/2005, do Conselho Deliberativa do PROBAHIA, ratificada pela Resolução nº 54/2005, conforme publicação no DOE de 08/09/2005.

Diz o seu pensamento sobre o comportamento ideal de uma empresa que recebe benefício fiscal, sobre a visão de Rosenice Deslandes, mestre em Direito Tributário pela PUC/SP; transcreve os artigos 34 e 40 da Lei nº 7.014/96, artigos 210, 323 e 331 do Decreto nº 6284/97 - RICMS/BA, concluindo que os documentos fiscais relativos às operações beneficiadas com o crédito presumido previsto no Programa de Promoção de Desenvolvimento da Bahia - PROBAHIA devem ser emitidos com o destaque do imposto devido, e escriturados nos livros fiscais próprios, para aproveitamento do crédito fiscal presumido, previsto no programa.

Sobre a infração 01 e o questionamento defensivo da falta de desconto do crédito presumido, pontua não entender a pretensão do contribuinte, pois os dados apresentados nos papeis de trabalho da Auditoria, fls. 23 e 25, são exatamente os que foram enviados pelo contribuinte a SEFAZ, e extraídos pelo sistema SEFAZ para a realização do trabalho, o que pode ser observado nas fls. 24, 26, 27; documentos entregues à fiscalização para a realização do trabalho (fls. 414/451), cópia do livro de Registro de Apuração do ICMS. Diz que o montante devido é exatamente o declarado, nem mais, nem menos.

Na infração 2, esclarece que os documentos fiscais que sustentam esse item, não foram cancelados, como afirma o contribuinte, muito menos calculados com equívoco pelo autuante, conforme é possível observar (fls. 40 a 168); nos papeis de trabalho da auditoria (fls. 40, 52 a 54, 117 e 118, e 166 a 169). Garante que os valores foram lançados corretamente.

Contesta igualmente a afirmação da defesa de cancelamento das vendas, na infração 3, uma vez que os respectivos documentos não poderiam ser cancelados, muito menos calculados com equívocos pelo autuante, conforme é possível observar no processo (fls. 169 a 293), nos papeis de trabalho de auditoria (fls. 169, 179-180 e 292). Diz que os procedimentos adotados pelo contribuinte para cancelar documentos fiscais não estão descritos, na legislação tributária: “*1º) foram canceladas notas fiscais que tiveram o seu trânsito confirmado, conforme carimbo dos postos fiscais; 2º) notas fiscais faltando vias nos seus jogs, e 3º) notas fiscais com cartas de fretes, ou seja, corroborando com a*

*assertiva da entrega do material, e conseqüentemente da realização da operação. Logo não se esta exigindo um centavo há mais do que o devido".*

Nas infrações 4 e 5, diz que a reclamação do contribuinte é que a autuação apoiou-se em meros e frágeis indícios e que foi adotada medida vedada (utilização de pauta fiscal), inexistente para atribuir valores às supostas operações de venda. Diz que os dados do contribuinte, coletados nos papéis de trabalho de auditoria (fls. 294/411) são de difícil aceitação. Explica que a documentação veio anexada ao material entregue, quando da realização dos trabalhos fiscais; cada nota fiscal e seus respectivos pedidos e observações pertinentes. Observa que os fatos são reais.

Na última infração, verifica que o contribuinte não apresenta defesa. Constan dos autos, cópias das notas fiscais 1498 e 1637 (fls. 412/413) e lançamentos no livro de registro de saída (fls. 506/511).

Aduz que não lhe cabe analisar se há ou não conflito entre normas ou se a multa é confiscatória; que lhe cabe apenas verificar se o contribuinte observou a norma tributária, no caso concreto: Lei 7.014/96, o RICMS/BA e as legislações tributárias esparsas do ICMS vigentes, naquele momento, e relacionadas com a atividade do contribuinte. Pede a procedência do Auto de Infração.

Intimado o contribuinte para tomar ciência da defesa, inicialmente, considerada intempestiva, fls. 714/723. Antes da remessa do PAF para inscrição na Dívida Ativa, a PGE/PROFIS determina, considerando que nenhum representante da empresa fora devidamente intimado e em obediência ao princípio da ampla defesa que o mesmo seja remetido para a INFAZ de origem para o exame de defesa, já apresentada, fls. 730/735.

O contribuinte autuado apresenta defesa, reiterando os mesmos termos aduzidos anteriormente, fls. 757/770. Assim também é a nova Informação Fiscal, fls. 776/788.

É o relatório

#### **VOTO**

O presente lançamento de ofício contempla a exigência das 6 infrações descrita e relatadas na inicial do autos, que serão apreciadas nas linhas seguintes, exceto em relação à infração 6, no valor de R\$487,10, que não foi impugnada pelo sujeito passivo, estando, pois, tacitamente reconhecida e fora da lide.

Preliminarmente, a arguição do sujeito passivo de que não foi intimado regularmente, conforme as prescrições do art. 108 e 39, § 3º, do Decreto Estadual nº 7.629/99 (RPAF/BA), foi superada por ordem da Procuradoria Geral do Estado - PGE PROFIS, que determinou o recebimento das suas razões de defesa, em homenagem ao princípio da ampla defesa, antes da inscrição do PAF na Dívida Ativa.

No mérito, a primeira infração acusa o autuado de falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do imposto declarado na DMA - Declaração e Apuração Mensal do ICMS, mesmo após descontados os valores do crédito presumido de 85%, a que faz jus. O Auditor Fiscal elabora demonstrativo de débito e o acosta aos autos, fl. 23, além da declaração dos valores em aberto na DMA, feita pelo próprio contribuinte, fl. 24.

Em sua defesa, o argumento do autuado é que a empresa é beneficiária do crédito presumido, equivalente a 85 % do ICMS devido. Afirma que a autoridade fiscal, mesmo garantindo que calculou os valores, já descontados referidos créditos, assim não o fez. Elaborou demonstrativo, admitindo que o valor correto do imposto devido é de R\$ 946,68 (fl. 642).

Examinando os autos, constato que o sujeito passivo está inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, explorando a atividade de *"fabricação de artefatos de cerâmicas e barros cozido para usos na construção, exceto azulejos e pisos"* - CNAE FISCAL 2342-7/02, beneficiado com o crédito presumido de 85% do imposto incidente nas operações de saídas de pisos e revestimentos cerâmicos, além do diferimento do lançamento e pagamento de ICMS na importação ou diferencial de alíquotas, na aquisição de máquinas e equipamentos, conforme a Resolução 08/2005 do PROBAHIA (Lei nº 7.025/97).

O direito não assiste ao autuado. De fato, o contribuinte deixou de recolher o ICMS devido, em virtude da apuração, com grave equívoco aritmético, do crédito presumido e valor do imposto. Assim, é que, por exemplo, nas operações de saídas do mês de janeiro de 2011, no valor de R\$33.337,94, conforme demonstrativo que apensou à sua defesa, fl. 642, ao calcular o valor do imposto, o fez de forma indevida, apurando R\$400,06, quando, na realidade, o valor a ser considerado seria R\$ 4.000,60 ( $R\$ 33.337,94 \times 12\%$ ). Na sequência de erros, o autuado considerou o crédito presumido de 85% (R\$340,05), apurando o valor de R\$60,01 ( $R\$400,06 - R\$340,05$ ).

Como já citado, o Auditor Fiscal elaborou demonstrativos de débitos (fls. 23/24) e, além da cópia da Declaração da Apuração Mensal - DMA contendo os valores em aberto, constam dos livros fiscais do autuado, com cópias que também estão anexadas aos autos (fls. 415/617), os valores das operações de saídas sobre as quais incidiram o ICMS exigido, na presente exação.

Diante do exposto, resta caracterizada a exigência, conforme consta na inicial dos autos e no demonstrativo fiscal, fls. 23 e 24, no valor que totaliza R\$89.408,41.

No item 02, a exigência é que o contribuinte deixou de recolher, nos prazos regulamentares, o ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. O valor recai sobre diversas notas fiscais emitidas pela autuado, sem registro em sua escrita fiscal.

A alegação da defesa é que tais notas se referem às operações de vendas que foram canceladas e que não houve a ocorrência de fato gerador do ICMS. Diz ainda que, caso tivessem ocorridas as operações interestaduais, a alíquota aplicável seria de 12% e não a interna de 17%, como, equivocadamente, teria lançado o fiscal. Admite um débito de R\$15.252,92.

O Auditor Fiscal sustenta a exigência com a elaboração dos demonstrativos de débitos (fls. 40, 52/54, 117/118 e 166/168), discriminando as notas fiscais não escrituradas, além de acostar aos autos, as respectivas cópias, totalizando R\$119.841,43. Esclarece que os documentos fiscais que fazem parte desta infração não foram cancelados, como afirmou o contribuinte, nem foram calculados com equívoco, na aplicação das alíquotas.

A Nota Fiscal, seja no modelo 1, 1-A ou eletrônica, poderá ser cancelada, antes da saída efetiva da mercadoria do estabelecimento, na hipótese em que ainda não ocorreu o fato gerador do imposto. No caso de notas fiscais físicas, o contribuinte emitente do documento fiscal deverá conservar todas as vias no talonário, no formulário contínuo ou nos jogos soltos, conforme o caso; e, no documento cancelado, apor declaração dos motivos determinantes do cancelamento e referência, se for o caso, ao novo documento emitido em substituição ao cancelado.

No Ato COTEPE nº 33/2008 ficou estabelecido que a NF-e não poderá ser cancelada em prazo superior a 24 horas, contando-se do momento em que foi concedida a respectiva Autorização de Uso da NF-e, e desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria ou a prestação do serviço. Caso a operação não tenha sido realizada e o cancelamento não tenha sido transmitido no prazo, a correção deve ser realizada através da emissão de NF-e de estorno.

Não se observam nos autos quaisquer procedimentos do autuado no sentido de explicar, munidos de provas, os cancelamentos das notas fiscais, emitida e não escrituradas. Não foram trazidas as demais vias dos documentos tidos como cancelados e as notas fiscais eletrônica apontadas na presente exigência constam com status de "autorizada", no site da Fazenda Estadual e no Portal Nacional. Além disso, de acordo com a legislação vigente, as notas fiscais eletrônicas canceladas, denegadas e com os números inutilizados, devem ser escrituradas, sem os valores monetários.

As alíquotas incidentes na exigência fiscal foram corretamente aplicadas, devendo corresponder à mesma alíquota que incidiu na operação originária: 12%, nas operações interestaduais e 17%, nas operações de saídas internas e quando os destinatários não sejam contribuintes do imposto (art. 50, RICMS BA). Caracterizada, pois, a infração da falta de recolhimento do ICMS, sem escrituração das notas fiscais respectivas, no valor de R\$119.841,43.

Na infração 3, a exigência é pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis, em decorrência de

cancelamento irregular de notas fiscais, deixando de recolher o ICMS correspondente.

Alega o autuado que também tais notas fiscais foram canceladas, não se referem a operação de venda e não houve a ocorrência de fato gerador do ICMS, descabendo o lançamento fiscal. Questiona igualmente a imposição de 17%, em lugar de 12%, em todas as notas fiscais nas quais os destinatários estão em outros Estados. Admite, se devido, o valor de R\$ 8.206,03.

Rebate o Auditor Fiscal, arguindo que os documentos fiscais que suportam a exigência não poderiam ser cancelados, nem foram calculados equivocadamente pela fiscalização, como quer a defesa, considerando que os procedimentos adotados pelo contribuinte para cancelamento do documento fiscal não estão descritos na legislação tributária.

Verifico que o Fiscal, responsável pela autuação, relacionou notas fiscais, cujos cancelamentos foram considerados irregulares, dando azo a acusação de omissão de saídas e a consequente exigência do ICMS correspondente. Os demonstrativos fiscais encontram-se acostados ao PAF, fls. 169, 179/180 e 292. No entanto, tal exigência não se sustenta, no total, em face dos documentos acostados nos autos, não obstante o autuado não ter cumprido de forma satisfatória o seu dever jurídico de apresentar provas em favor da sua tese.

Não existiram as omissões, nas operações de saídas, conforme consignado nos autos, uma vez que a maioria das notas fiscais discriminadas nos demonstrativos fiscais estão com todas as suas vias, inclusive, as primeiras vias, entre tais, aquela acostada às fls. 281, 286, 276, 261, 257, 261, 25, 222. A exigência deve ser mantida, contudo, com relação aos documentos fiscais que não tenham suas vias completas, caso da nota fiscal nº 001, valor reclamado R\$2.164,80 (fl. 169); nota fiscal nº 146, valor R\$4.820,46 (fl. 169) e nota fiscal nº 703, valor R\$ 1.453,19 (fl. 179), além das notas fiscais nº 831, valor exigido R\$ 726,62; nota fiscal nº 903, valor R\$ 25,70 e nota fiscal nº 904, valor R\$ 1,68, todas conforme demonstrativo, fl. 179, emitidas para o mesmo destinatário, Multibel Utilidades e eletrodomésticos, tendo em vista que tais documentos estampam o carimbo dos postes fiscais, com a dedução lógica de que o trânsito de tais mercadorias restou confirmado.

As alíquotas da exigência estão corretamente aplicadas: 12%, nas operações interestaduais e 17%, nas operações de saídas internas e quando os destinatários não sejam contribuintes do imposto (art. 50, RICMS BA). Desta forma, a exigência resta subsistente em parte, no valor R\$ 9.192,45.

Nas infrações 4 e 5, a exigência é da falta de recolhimento de ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de emissão de documento fiscal ou da declaração, nos documentos fiscais, de valores notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias.

Argui o autuado que a autoridade fiscal se apoia em meros indícios da comercialização com preço abaixo dos “valores correntes”, sem ao menos explicar o que venham a ser os tais “valores correntes” e lhe impor uma cobrança indevida de ICMS, na alíquota de 17%.

O Auditor Fiscal rebate, aduzindo que os dados do autuado e colhidos nos papéis de trabalho de auditoria, fls. 294 / 411, são de difícil aceitação. Explica que tal documentação veio anexada ao material entregue, quando da realização dos trabalhos fiscais e que para cada nota fiscal constam os respectivos pedidos e observações específicas.

Verifico que, nas infrações em debate, a apuração do imposto teve origem a partir do confronto dos valores constantes das notas fiscais emitidas pelo autuado e aqueles constantes nos pedidos respectivos, conforme demonstrativos elaborados pelo fiscal e demais documentos acostados aos autos, fls. 294/413.

À rigor, apesar de o autuante ter tipificado e fundamentado a exigência como se fosse arbitramento da base de cálculo, nas duas infrações em apreciação, não se observou, de fato, a ocorrência da medida excepcional. Os valores apurados foram colhidos a partir das anotações efetuadas pelo próprio contribuinte autuado, consignando os efetivos valores das operações de circulação de

mercadorias, registrados nos seus controles internos, em confronto com os respectivos documentos fiscais e sua escrituração oficial.

Sabe-se que o poder de fiscalização da administração tributária tem sede constitucional (art. 145, § 1º, CF 88). Assim, conforme indica o art. 195, CTN, sendo o tributo uma prestação pecuniária e compulsória, a fiscalização, na tarefa de esclarecer a ocorrência e as reais circunstâncias dos fatos relacionados às atividades exercidas pelo contribuinte, goza de amplos poderes e é dotada dos instrumentos necessários à esmerada apuração da ocorrência do fato impositivo. Estando, pois, autorizada a examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos e papéis do contribuinte, com o objetivo de verificar a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributável e conferir ou calcular o montante do tributo devido.

Apesar de o contribuinte não estar obrigado a produzir prova contra si mesmo, estando obrigado apenas na entrega dos documentos e livros obrigatórios, as fichas, planilhas, rascunhos, controles internos, pedidos e outros registros não exigidos por lei, mas que foram entregues deliberadamente pelo autuado, durante a intimação para fiscalização, como ocorreu no caso concreto, constituindo-se em provas da sonegação do ICMS perpetrada contra o Fisco Estadual, o respectivo lançamento de ofício é dever acometido ao preposto fiscal, nos termos do art. 142, CTN, após a coleta de dados, informações relacionadas ao fato impositivo e a verificação da efetiva subsunção dos fatos correspondentes à hipótese prevista na norma de tributação.

Desta forma, perfeitamente correta a posição do Fisco ao considerar os documentos "pedido de venda", uma vez que diante das provas e observações com relação às operações de vendas, competia ao Fisco atuar positivamente, praticando os atos, examinando os documentos fiscais ou não e, configurada a infração tributária, tem-se como acertada a exigência das infrações acima anunciadas por desatendimento das normas legais que regem o Imposto de Circulação de Mercadorias - ICMS. É ônus do autuado trazer ao PAF documentos que possam refutar a apuração fiscal com os recursos de defesa a ele inerente, do que não cuidou, na peça de impugnação, acostadas no presente PAF, após ser cientificado de todo o teor da autuação.

As alíquotas da exigência estão corretamente aplicadas: 12%, nas operações interestaduais e 17%, nas operações de saídas internas e quando os destinatários não sejam contribuintes do imposto (art. 50, RICMS/BA). Posto isso, restam devidamente caracterizadas a infração 04, no valor de R\$ 21.624,99 e a infração 05, no valor de R\$2.312,20.

Por fim, com relação à arguição do caráter de confisco com relação à multa tipificada no presente Auto de Infração, constato que a aplicação de penalidade pecuniária encontra previsão na Lei do ICMS do Estado da Bahia, não competindo aos órgãos de julgamento administrativo a apreciação de desconformidade da norma com a Constituição Federal, nos termos do art. 167, I, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Ante o exposto, o Auto de Infração é **PROCEDENTE EM PARTE**.

É o Voto.

## 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 **207097.0005/12-3**, lavrado contra **COTTO BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$242.866,58**, acrescido das multas de 50% sobre R\$89.408,41, 60% sobre R\$487,10, 70% sobre R\$60.243,82 e 100% sobre R\$92.727,25, previstas no art. 42, incisos I, II, "a" IV, "i" e III, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de outubro de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE



JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR