

PROCESSO - A. I. N°298942.0036/02-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e XIKU'S ÓTICAS LTDA.
RECORRIDAS - XIKU'S ÓTICAS LTEDDA e FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF n° 0191-01.03
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 18.12.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0694-11/03

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ÓTICOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Imputação não elidida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. Fato não negado pelo sujeito passivo, que apenas questiona o direito aplicável. Débito mantido. 3. ARBITRAMENTO. FALTA DE ENTREGA DO REGISTRO DE INVENTÁRIO. Adotados no arbitramento critérios não previstos no art. 938 do RICMS/97, que repete os métodos fixados no § 1º do art. 22 da Lei n° 7.014/96. Base de cálculo é matéria de reserva legal. O arbitramento da base de cálculo é um procedimento legítimo, desde que seja efetuado como prevê a lei. O arbitramento não pode ser feito como o fisco considera melhor, mas como a lei manda. Lançamento nulo. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Está demonstrada a existência de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias em exercícios distintos. No cálculo do imposto foi tomada por base a diferença de maior expressão monetária, relativamente a cada exercício. Foram refeitos os cálculos do lançamento, para adaptação à orientação do art. 19 da Lei n° 7.357/98, com a redação dada pela Lei n° 8.534/02. 5. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Fato não impugnado pelo sujeito passivo. Não acatadas as preliminares suscitadas. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/12/02, apura os seguintes fatos:

1. falta de recolhimento de ICMS por antecipação nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sendo lançado imposto no valor de R\$ 3.658,42, com multa de 60%;
2. falta de pagamento da diferença de alíquotas relativamente a aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento, sendo lançado ICMS no valor de R\$ 17,55, com multa de 60%;

3. omissão de saídas de mercadorias, decorrente do não lançamento de documentos fiscais nos livros próprios, sendo lançado ICMS no valor de R\$ 46.376,39, com multa de 70%;
4. falta de recolhimento do imposto [ICMS] relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, “decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas” (*sic*), apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, o valor das saídas, sendo lançado imposto no valor de R\$ 104.860,24, com multa de 70%;
5. falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo lançado imposto no valor de R\$ 2.289,56, com multa de 50%.

O contribuinte defendeu-se argüindo inicialmente a prescrição (decadência) de parte dos valores lançados. Comenta as causas interruptivas do prazo “prescricional” enumeradas no art. 174 do CTN. Lembra que o lançamento do crédito tributário se reporta à data da ocorrência do fato gerador. Alega também cerceamento de defesa, protestando que nos demonstrativos fiscais da antecipação tributária (1º item do Auto de Infração) constam apenas os números das Notas Fiscais com os respectivos valores, porém são omitidos dados que ele considera de suma importância para a identificação dos documentos, como o nome dos fornecedores. Reclama que isso dificultou sobremaneira a defesa. Alega que a antecipação tributária se deu na praça de origem das mercadorias, tendo o imposto sido recolhido.

Quanto ao mérito, alega que o autuante se enganou ao efetuar o lançamento, pois a antecipação tributária de que cuida o item 1º foi efetuada na unidade da Federação de origem, quando da compra das mercadorias, de modo que a exigência fiscal feita neste Auto de Infração configura “bis in idem”. Diz que o autuante incluiu no levantamento várias notas fiscais emitidas em nome de empresa sediada na cidade de Nanuque, em Minas Gerais (anexou cópias dos documentos).

No tocante ao 2º item, reclama que a parcela relativa ao exercício de 1998 já foi alcançada pela “prescrição”, ao passo que em relação à parcela relativa a 1999 não é possível identificar qual a alíquota adotada pelo autuante. Argumenta que o imposto não é devido, haja vista a regra do parágrafo único do art. 5º do RICMS.

Alega que já “prescreveu” o débito do 3º item.

Quanto ao 4º item, alega não saber como o autuante chegou a “números tão mirabolantes”. No tocante aos valores de R\$ 251.150,23 (1998), R\$ 61.024,11 (1999), R\$ 120.938,64 (2000) e R\$ 183.711,94 (2001), diz que “estes também são irreais, e não se encontram nos levantamentos apresentados pelo ilustre autuante”. Considera inconcebíveis as diferenças levantadas pelo fisco, haja vista que, comparadas com as vendas efetuadas pela empresa, somando-se os valores dos exercícios de 1999, 2000 e 2001, não se encontra o valor atribuído pelo autuante como sendo omissão de saídas. Quanto aos demais exercícios, alega que os débitos estão “prescritos”.

Conclui requerendo a improcedência da autuação, caso sejam ultrapassadas as preliminares suscitadas.

O auditor responsável pelo procedimento prestou informação contrapondo que o contribuinte se utilizou do direito de defesa no mero intuito de postergar o pagamento do imposto devido. Observa que não foi feita prova de que o imposto relativo ao 1º item tivesse sido recolhido, conforme alega a defesa. No que concerne à Nota Fiscal nº 11233 (não informa quem é o emitente), diz que a mesma foi arrecadada em diligência fiscal.

No tocante ao item 2º, o autuante não concorda que a parcela relativa ao exercício de 1998 esteja “prescrita”. A parcela relativa a 1999 refere-se a cartucho de uma impressora. Explica que adotou a alíquota de 17% para débito e 7% para crédito “do qual o contribuinte é sabedor”.

Relativamente ao 3º item, o autuante considera que a defesa suscita “prescrição” à revelia da lei.

No que concerne ao 4º item, diz que o levantamento foi feito com base na documentação da empresa, obedecendo rigorosamente ao que é prescrito em lei.

Opina pela manutenção do procedimento.

O processo foi baixado em diligência para que o fiscal autuante adotasse determinadas providências. No tocante ao 1º item do Auto de Infração, tendo em vista a alegação da defesa de que nos demonstrativos fiscais constam apenas os números das notas Fiscais com os respectivos valores, porém são omitidos dados importantes para a identificação dos documentos, como os nomes dos fornecedores, dificultando a defesa, foi solicitado que o fiscal autuante explicasse quais são as mercadorias objeto do levantamento, de modo a ficar claro se realmente é devida a antecipação do imposto. Relativamente ao 4º item do Auto de Infração, em face da alegação da defesa de não saber como o autuante chegou aos valores lançados, e como não consta nos autos que o sujeito passivo tivesse recebido cópias dos demonstrativos fiscais, foi determinado que lhe fossem fornecidas cópias dos aludidos instrumentos. Também foi solicitado que o autuante assinasse os papéis de trabalho. Ainda na mesma diligência, tendo em vista que o contribuinte é microempresa, foi solicitado que o autuante adequasse os cálculos do imposto às condições do sujeito passivo, de acordo com a sua situação cadastral nos exercícios objeto do item 4º do Auto de Infração.

O fiscal autuante concordou em assinar parte dos papéis de trabalho. Recusou-se a cumprir o restante da diligência.

Foi mandado dar ciência do teor da manifestação do fiscal ao sujeito passivo. Este não se pronunciou.

O processo foi submetido à pauta suplementar do dia 22/5/03. A Junta de Julgamento Fiscal considerou que o procedimento se encontra em condições de ser julgado.

RECURSO DE OFÍCIO

Recurso de Ofício - face à determinação do art. 145 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) – Lei nº 3.956/81, com a redação dada pela Lei nº 7.438/99, consubstanciado nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, o presente processo foi encaminhado em grau de Recurso de Ofício para esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, em virtude do Estado da Bahia ter sido sucumbente em parte no Acórdão 1ª JJF nº 0191-01/03, que foi exarado pela Procedência em Parte do lançamento de ofício.

Para melhor embasar este relatório, transcrevo o seguir, o voto do relator de 1ª Instância que motivou o presente Recurso de Ofício.

VOTO DO RELATOR DA 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

[...]

“São suscitadas pela defesa duas preliminares: decadência e cerceamento de defesa.

Descarto a alegação de que tivesse havido a decadência do crédito tributário relativamente ao exercício de 1997, haja vista que, nos termos do art. 173 do CTN, ainda não havia ocorrido a decadência do direito de ser lançado o crédito tributário relativo ao citado exercício. O prazo de decadência começa a ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O débito objeto desta autuação concernente ao exercício de 1997 poderia ter sido lançado no próprio exercício de 1997. O primeiro dia do exercício seguinte é 1º de janeiro de 1998. O lançamento poderia ser feito, por conseguinte, até 31 de dezembro de 2002. O procedimento fiscal foi formalizado em 30/12/02, e o sujeito passivo foi intimado no dia 31/12/02 (fl. 532). O RICMS/97, no art. 965,

estabelece o prazo de decadência do direito de efetuar o lançamento do crédito tributário em consonância com o art. 173 do CTN. O § 4º do art. 150 do CTN, ao qual se apega a defesa, aplica-se é quando a legislação do ente tributante não fixa prazo à homologação.

A segunda preliminar tem por fundamento a alegação de cerceamento de defesa. A defesa alega que nos demonstrativos fiscais da antecipação tributária (1º item do Auto de Infração) constam apenas os números das Notas Fiscais com os respectivos valores, porém são omitidos dados que ele considera de suma importância para a identificação dos documentos, como o nome dos fornecedores. Reclama que isso dificultou sobremaneira a defesa.

Quanto a essa questão, observo que o processo foi submetido à apreciação desta Junta de Julgamento Fiscal na pauta suplementar do dia 19/2/03, tendo o Colegiado decidido remetê-lo em diligência para que o fiscal autuante identificasse os emitentes dos documentos fiscais em que se baseou e demonstrasse quais as mercadorias a que se refere o item 1º, de modo a ficar claro se realmente é devida a antecipação do imposto.

No entanto, o fiscal autuante não considerou necessário cumprir a diligência, alegando que 1) se trata de uma ótica, sendo evidente ser devido o imposto por antecipação dos produtos óticos, e a lei obriga o contribuinte a guardar os documentos, podendo a conferência ser feita pelos documentos fiscais, 2) foram devolvidos os livros e documentos fiscais ao contribuinte, 3) o autuado poderia ter solicitado vistas do processo, e 4) “a lei não admite malversação do dinheiro público, o que seria o caso com um gasto desnecessário para os cofres públicos”.

O ideal seria que o demonstrativo à fl. 12 indicasse quem são os emitentes das Notas Fiscais ali especificadas e quais as mercadorias objeto do levantamento fiscal. A diligência solicitada por esta Junta foi precisamente para isto. Ocorre, porém, que o nobre fiscal se recusou a atender à diligência.

O processo foi incluído na pauta suplementar do dia 22/5/03, desta 1ª Junta de Julgamento Fiscal, para se deliberar acerca da instrução dos autos, concluindo-se que, em face dos elementos que o integram, há condições de se chegar a uma Decisão.

Do ponto de vista do processo administrativo, o impasse causado pelo fiscal autuante poderia implicar a renovação da diligência para que fosse cumprida pelo mesmo ou por outro fiscal estranho ao feito. No entanto, afora aquele comportamento, que não cabe a este Conselho julgar, fica patente, pelo que foi dito, que os materiais em questão são produtos óticos, sujeitos a substituição tributária. Parte dos documentos fiscais que serviram de base no levantamento fiscal foram obtidos mediante o Termo de Apreensão à fl. 65, e o restante foi apresentado pelo contribuinte. Foi dada ciência do teor da manifestação do fiscal ao sujeito passivo, e este não negou que se tratasse de produtos óticos. Trata-se de 20 notas fiscais. Apesar da omissão dos nomes dos emitentes no demonstrativo fiscal, tal omissão não constitui dificuldade absoluta para a conferência dos elementos levantados pelo fisco. Ultrapassarei a preliminar, adentrando ao mérito.

A defesa alega que a antecipação tributária de que cuida o item 1º se deu na praça de origem das mercadorias, tendo o imposto sido recolhido. Não provou, contudo, que os pagamentos tivessem sido feitos. Quanto à alegação de que teriam sido incluídas no levantamento várias Notas Fiscais de entradas de mercadorias de empresa sediada na cidade de Nanuque, em Minas Gerais, observo que nenhuma das 6 notas fiscais acostadas pela defesa (fls. 542/547) consta no demonstrativo à fl. 12. Considero devido o débito do 1º item.

No que concerne ao item 2º, superada a alegação de decadência, no mérito não foi também elidida a ação fiscal.

O 3º item acusa omissão de saídas de mercadorias decorrentes do não lançamento dos documentos fiscais nos livros próprios. Pela leitura da acusação, percebo que, embora não

seja dito, foi feito o arbitramento da base de cálculo porque o contribuinte não apresentou o Registro de Inventário. O que se vê é que foi adotado um método de arbitramento – na verdade vários “métodos” –, todos eles sem base na legislação. Consta no Auto de Infração que, “através de escrituração extracontábil”, nos meses de janeiro, fevereiro e março de 1997 teriam sido comprovadas vendas muito acima dos valores escriturados; em outros meses, foi necessária a “aplicação da média entre as vendas a prazo escrituradas extracontabilmente em relação às vendas a vista, não factível de apuração”, sendo que nos meses de abril a novembro apurou-se a base de cálculo “pela média dos cinco meses anteriores”, ao passo que no cálculo da base de cálculo do mês de dezembro foi utilizada “a média do mês e ano anterior, por se tratar de um mês atípico”.

Em princípio, a base de cálculo do ICMS deve ser o valor da operação. O arbitramento, como o próprio nome denuncia, constitui um método extremo, que só deve ser aplicado quando o contribuinte incorre na prática de sonegação e quando não é possível apurar o tributo devido através dos roteiros normais de auditoria.

Para fazer-se o arbitramento, há, portanto, dois requisitos a serem observados: (a) que o contribuinte haja incorrido na prática de sonegação; e (b) que não seja possível, através dos roteiros normais de auditoria, determinar-se a base de cálculo real do tributo. No regulamento de 1989, esses dois requisitos estão conectados pela conjunção alternativa “ou”; no regulamento de 1997, estão ligados pela conjunção aditiva “e”. A conjunção alternativa “ou” indica que, para o arbitramento, basta fazer-se presente um daqueles requisitos (atualmente, em virtude da conjunção aditiva “e”, exige-se a presença de ambos os requisitos).

Existem normas de conteúdo material e formal para o arbitramento. O agente do fisco deve atender às prescrições legais, sob pena de nulidade ou de improcedência do procedimento. Para que esse procedimento se conforme à legislação estadual, é preciso que o agente fiscal esteja atento aos seguintes aspectos:

1. Somente é admissível o arbitramento se, comprovadamente, se verificarem determinados pressupostos, enumerados na legislação.
2. A realização do arbitramento só pode ser feita através dos métodos ou critérios descritos na legislação.
3. Efetuado o arbitramento, impõe-se a avaliação do resultado.

Por conseguinte, a legislação estabelece quando é admissível o arbitramento, ao especificar os pressupostos que o justificam, prevê como deve ser feito o arbitramento, ao estabelecer os critérios ou métodos a serem adotados pelo fisco na realização do arbitramento, e estabelece afinal o que deve ser cobrado.

Noutras palavras, em casos de arbitramento, deve-se atentar para três aspectos: motivo do arbitramento, método adotado no arbitramento e resultado do arbitramento. Se, examinando-se os requisitos que autorizam o arbitramento, se conclui não haver motivos jurídicos para a aplicação dessa medida, ou se, havendo motivo, o método adotado não é condizente com aqueles enumerados pela legislação, o procedimento é nulo. Por outro lado, sendo legalmente admissível o arbitramento e se este é feito de acordo com a lei, mas se chegando à conclusão de que, por alguma razão, o tributo não é devido, a autuação é improcedente.

Foi arbitrada a base de cálculo do imposto relativamente ao exercício de 1997. Sem examinar se seria ou não cabível o arbitramento neste caso, o que salta aos olhos é que não foi adotado nenhum dos critérios previstos no art. 938 do RICMS/97, que repete os métodos fixados no § 1º do art. 22 da Lei nº 7.014/96.

Base de cálculo é matéria de reserva legal, ou seja, sua determinação precisa atender rigidamente à lei. É inadmissível a apuração de imposto de acordo com critérios subjetivos, como neste caso. Arbitramento é um procedimento legítimo, desde que seja efetuado como prevê a lei. Os métodos ou critérios a serem seguidos pela fiscalização devem ser objetivos, impessoais, nos estritos termos da lei. O arbitramento não pode ser feito como o fisco considera melhor, mas como a lei manda.

É nulo o lançamento do item 3º do procedimento em apreço. A repartição fiscal examinará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes de nova ação fiscal, regularizar alguma irregularidade porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, exime-se de sanções.

O débito do 4º tópico do Auto de Infração foi apurado mediante levantamento quantitativo do estoque por espécies de mercadorias. A defesa pôs em dúvida as diferenças levantadas pelo fiscal autuante, alegando que os valores são mirabolantes, não sabendo como o fiscal chegou aos números lançados. Foi determinada diligência para que a repartição fornecesse cópias dos demonstrativos fiscais ao sujeito passivo. Na mesma diligência, foi solicitado que o fiscal autuante assinasse os papéis de trabalho e refizesse os cálculos do imposto, haja vista que o contribuinte é inscrito no SimBahia.

Contudo, o ilustre fiscal autuante se recusou a cumprir a diligência. Submetida a questão a esta Junta de Julgamento fiscal, na pauta suplementar do dia 22/5/03, ficou decidido que, pelos elementos constantes nos autos, é possível o próprio relator efetuar os cálculos a serem submetidos à deliberação da Junta.

Embora o papel do julgador seja, obviamente, julgar, e não refazer cálculos, tarefa apropriada a diligências ou perícias, farei eu mesmo os ajustes que o nobre autuante se negou a fazer.

De acordo com a descrição do fato, no Auto de Infração, o imposto lançado no item 4º diz respeito à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, “decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas” (sic), apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado. No cálculo do imposto foi levada em conta a diferença de maior expressão monetária, a das saídas.

A defesa não apontou erros materiais do lançamento. Tomarei, então, os valores monetários levantados pela fiscalização, ajustando-os, porém, à legislação aplicável.

Os fatos levantados no item em apreço compreendem os exercícios de 1998, 1999, 2000 e 2001. A partir de 1/8/2000 o contribuinte está inscrito como microempresa do SimBahia (fls. 566/568). Em face disso, é preciso adaptar os valores relativos a 2000 e 2001 à orientação da legislação do SimBahia.

A Lei nº 7.357/98, que instituiu o SimBahia, em seu art. 19, determina que o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 15, 16, 17 e 18. O caso em análise (omissão de saídas apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque) enquadra-se no art. 15, V, da citada lei, ou seja, houve a ocorrência da prática de uma infração de natureza grave. A lei determina que as infrações consideradas graves são aquelas elencadas em regulamento. Tal definição é feita no art. 408-L, V, do RICMS/97, na redação dada pela Alteração nº 20 (Decreto nº 7.867/00).

O art. 19 da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, manda abater do valor apurado o crédito fiscal de 8% do valor das saídas, no caso de contribuinte do SimBahia.

Refarei os cálculos, com base nos elementos às fls. 16, 51 e 52 (exercício de 2000) e às fls. 18, 63 e 64 (exercício de 2001):

EXERCÍCIO	B. CÁLC. A	DÉBITO B = 17% de A	CRÉDITO C = 8% de A	ICMS DEVIDO D = B - C
2000	140.081,58	23.813,87	11.206,53	12.607,34
2001	200.891,62	34.151,58	16.071,33	18.080,25

O débito do item 4º fica assim:

1. exercício de 1998: R\$ 42.695,54;
2. exercício de 1999: R\$ 10.374,10;
3. exercício de 2000: R\$ 12.607,34;
4. exercício de 2001: R\$ 18.080,25.

O débito do 5º tópico do Auto de Infração não foi impugnado pelo sujeito passivo.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RECURSO VOLUNTÁRIO

Devidamente intimado a tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, que exarou o Acórdão recorrido pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe, inconformada a empresa impetrou Recurso Voluntário suscitando diversos argumentos, dentre os quais, preliminar de cerceamento do direito de defesa por falta de elementos para identificação da origem do crédito tributário. Ataca o mérito, dizendo que a recusa do autuante em cumprir a diligência requerida pela Junta de Julgamento Fiscal, além de ser falta de respeito, é passível de punição administrativa a bem do serviço público. Aduz que o posicionamento da Douta Junta, as notas fiscais cujos nomes foram omitidos pelo autuante não se constitui em óbice para o levantamento *data venia*, não procede.

Assim, requer o recorrente que o Recurso Voluntário seja acolhido para se ultrapassadas as preliminares, o que não se espera, no mérito, requer que a Decisão recorrida seja reformada para julgar Improcedente *in totum* o Auto de Infração.

A PGE/PROFIS forneceu Parecer de fls. 595 e 596, nos seguintes termos:

[...]

“Da análise das razões expendidas no Recurso, consideramos presentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido.

O argumento ventilado pelo recorrente tem o condão de elidir o acerto da ação fiscal, porquanto podemos vislumbrar no PAF motivo para ensejar nulidades absoluta da ação fiscal. Em verdade o contribuinte não foi devidamente certificado dos demonstrativos fiscais elaborados pela autoridade autuante o que, decerto, compromete o direito constitucional a ampla defesa e invalida por completo o trabalho de fiscalização.

Ante o exposto, nosso opinativo é pelo CONHECIMENTO e PROVIMENTO do Recurso Voluntário com vistas a declaração de nulidade do lançamento tributário, recomendando refazimento imediato do procedimento de fiscalização.

VOTO

Dado ao exame dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, constatei por primeiro que não merece reparo o Recurso de Ofício apresentado, face aos fundamentos esposados no voto do relator de 1ª Instância que foram ratificados, por unanimidade, pelos demais membros daquele colegiado. Portanto, deve permanecer inalterado o Acórdão recorrido, no tocante ao supracitado Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, primeiramente quero pedir vénia à Douta PGE/PROFIS para discordar totalmente do seu Parecer exarado às fls. 595 a 596 dos autos, em virtude de os fatos e documentos apensados ao processo em momento algum levarem à nulidade do feito. Isto porque, à fl. 531, consta o Termo de Intimação, cuja entrega foi efetivada via AR, de fls. 532 e 533. No Termo de Intimação consta: *“Pela presente, dá-se ciência do Auto de Infração nº 298942.0036/02-4 a empresa acima identificada cuja cópia segue em anexo, bem como todos os demonstrativos que deram suporte à autuação”*. Ademais, na defesa inicial do contribuinte, à fl. 539, parágrafo 2.1, consta *“que o ilustre autuante, ao efetuar o demonstrativo “Cálculo da Antecipação Tributária”, transcreve apenas os números das notas fiscais com os seus valores, porém, omitiu forma de suma importância para a sua identificação, o nome dos fornecedores bem como a identificação da mercadoria objeto da antecipação tributária, o que de sobremaneira dificulta à autuada a sua defesa”, prova cabal que o recorrente tomou ciência dos demonstrativos questionados* (grifo do relator). Ora, diante da leitura do parágrafo da defesa sublinhado, verifica-se claramente que a empresa tomou conhecimento dos demonstrativos elaborados pelo auditor fiscal, antes de formular sua defesa impugnatória, basta se verificar que os AR's foram entregues em 31/12/2002 e 13/01/2003, enquanto a defesa foi protocolada em 30/01/2003. Diante do exposto, não cabe a preliminar de nulidade suscitada na peça recursal e que foi erroneamente ratificada pela PGE/PROFIS.

Quanto ao mérito, ratifico *in totum* todos os argumentos e fundamentos constantes no julgamento realizado pela 1^a Junta de Julgamento Fiscal, que exarou o Acórdão em contraditório, por estarem calcados nas normas tributárias vigentes no Estado da Bahia, e sobretudo está o Auto de Infração acompanhado e alicerçado de demonstrativos e farta documentação que comprovam o ilícito cometido pelo recorrente, que não conseguiu elidir os fatos constatados nem na defesa inicial e muito menos na peça recursal.

Assim, concedo este voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário apresentados, mantendo integralmente a Decisão recorrida, que julgou o Auto de Infração em lide PROCEDENTE EM PARTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 298942.0036/02-4, lavrado contra XIKU'S ÓTICAS LTDA., devendo o recorrente ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$89.722,76, sendo R\$55.376,75, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre R\$2.289,56, 60% sobre R\$17,55 e 70% sobre R\$53.676,98, previstas no art. 42, I, “a”, II, “d”, “f” e III, da Lei nº 7.014/96, dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$34.346,01, acrescido das multas de 60% sobre R\$3.658,42 e 70% sobre R\$30.687,59, previstas nos incisos II, “d”, “f” e III, do mesmo artigo e lei citados e demais acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 5 de dezembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS