

A. I. Nº. - 206903.0046/05-8
AUTUADO - LM SATÉLITE COMÉRCIO DE MATERIAIS ELETRÔNICOS LTDA.
AUTUANTE - RITA DE CÁSSIA SILVA MORAES
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 06. 11. 2007

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0337-01/07

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. **b)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto correspondente ao valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações anteriores, também não contabilizadas. Revisões procedidas pela autuante e por fiscal estranho ao feito reduz o montante do débito concernente às infrações 01 e 02, que restam parcialmente procedentes. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. A falta de demonstração da imputação e estando a penalidade absorvida pela multa referente à infração 02, tornam a infração improcedente. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 29/06/2005, foi constituído crédito tributário, com a exigência de ICMS no valor de R\$ 202.819,49, acrescido da multa de 70% e com a aplicação da penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 120,00, tendo sido atribuído ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades:

01 – deixou de recolher o ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício de 2000, exigindo pagamento do imposto no valor de R\$ 64.907,51, conforme demonstrativos em anexo;

02 – deixou de recolher o ICMS constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – o das operações de entradas –, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os seus pagamentos com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurada através de levantamento quantitativo de estoque no exercício de 2001, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 137.911,98, em conformidade com os demonstrativos anexados aos autos;

03 - declarou incorretamente os dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DME (declaração do movimento econômico de microempresa), referentes aos valores de aquisições de mercadorias no exercício de 2001.

O autuado, através de representante legalmente constituído, ao impugnar a ação fiscal (fls. 122 a 136), apresentou duas preliminares de nulidade do lançamento.

Na primeira, com base em todas as determinações do artigo 18 do RPAF/99 e de citações de inúmeros juristas pátrios sobre o ato administrativo tributário vinculado à lei, afirma que a autuante havia “inovado” em relação à legislação regulamentadora da matéria em discussão, ao descharacterizar a real condição cadastral da empresa, que à época dos fatos geradores se encontrava enquadrada no SimBahia como microempresa e empresa de pequeno porte. Observa que naquele período estava sujeito às normas do referido enquadramento, especialmente àquelas concernentes à Instrução Normativa 01/2002. Além do mais, ao analisar a descrição dos fatos, os procedimentos realizados e os dispositivos legais invocados, ora foi a empresa tratada na condição de normal, ora na do SimBahia (levantamento quantitativo e dados incorretos na DME). Assim, com o desconhecimento da real condição cadastral de seu estabelecimento, tornava irregular a tributação a que foi submetido, caracterizando excesso de exação e ilegitimidade passiva.

Na segunda, indicando diversos equívocos cometidos pela fiscal autuante. Afirma que a auditoria foi realizada em desconformidade com o que preceituam os artigos 39, 936 e 938 do RICMS/97 e principalmente a Portaria nº. 445/98, sendo os levantamentos imprestáveis aos fins a que se destinam.

Por tudo quanto exposto, afirma que houve cerceamento do seu direito de defesa, que ocorreu falta de segurança e certeza na infração apurada, bem como na identificação do infrator, concluindo que o Auto de Infração foi lavrado por servidor incompetente, haja vista que ao adotar critérios de apuração não condizentes com sua situação cadastral, a autuante mudou a real condição do contribuinte, à sua revelia, violando e ultrapassando os limites legais de sua competência.

Atacando o mérito da autuação referente às infrações 01 e 02, assevera que o lançamento e seus anexos revelam absoluta desconformidade com a disciplina legal, em especial o artigo 3º, incisos I e III da Portaria nº. 445/98, revelando as arbitrariedades praticadas pela autuante. Indica diversos erros que constatou, conforme exemplificou:

01 – adoção incorreta e equivocada no agrupamento das mercadorias, a exemplo de “receptor analógico” e “receptor digital”, o que prejudicou, inclusive, a defesa apresentada, já que são produtos diferentes;

02 – inclusão, nas saídas, de notas fiscais de “remessas para vendas em veículo” e de “retornos de vendas em veículo”, além daquelas de “remessas para conserto”, comprometendo significativamente a consistência dos dados;

03 – utilização de MVA de 20% no cálculo do preço médio unitário das mercadorias, adulterando os reais valores das mercadorias;

04 – inclusão, nas entradas das mercadorias, de várias notas fiscais de simples faturamento;

05 – cômputo de entradas em duplicidade ao incluir as notas fiscais de simples faturamento e aquelas de remessas emitidas pelos seus fornecedores;

06 – inclusão, no levantamento de 2000, de documentos fiscais de 1999. Também no exercício de 2001 foram lançadas notas referentes ao exercício de 2000;

07 – lançamento de quantidades de itens de notas fiscais não pelo valor da mercadoria, mas sim pelo valor total do documento fiscal;

08 – não inclusão de notas fiscais de entrada no levantamento fiscal;

09 – identificação de notas fiscais lançadas no levantamento fiscal, tanto de entradas como de saídas, com quantidades incorretas;

10 – identificação equivocada na descrição de produtos, a exemplo de “R. Desm. RST. Light s/sapata” que refere-se a um tipo de antena parabólica, ou seja, “refletor desmontado s/sapata”, que foi várias vezes erroneamente computado como “receptor analógico”, que é equipamento diverso;

11 – devido à falta de apresentação do fluxo de caixa da empresa, não poderia presumir “supostos recursos de origem não comprovada”.

Além de tudo que expôs, ressalta, mais uma vez, sua condição de empresa de pequeno porte à época e que nessa situação a autuante não seguiu as orientações e critérios adotados pela Instrução Normativa nº. 01/02 e pelo artigo 408-S do RICMS/97, ao não lhe conceder os créditos e deduções a que tem direito.

Requer o reconhecimento da total improcedência das exigências apreciadas, inclusive das multas e dos demais acréscimos incidentes.

Em relação à infração 03, entende que a diferença detectada pela autuante em relação às entradas e saídas de mercadorias nos exercícios de 2000 e 2001 teve como causas: a soma de notas fiscais de simples faturamento com as respectivas notas fiscais de remessa; notas fiscais de 1999 incluídas no ano de 2000 e aquelas de 2000 incluídas em 2001; notas fiscais de remessa para vendas fora do estabelecimento e notas fiscais referentes aos retornos como se compras ou vendas fossem; notas fiscais de remessa para conserto e de seu retorno.

Com base nessas argüições, entende que é descabida a multa aplicada.

Por tudo quanto exposto, requer perícia técnica, identificando seu assistente técnico para acompanhá-la. Formula quesitações e pugna pela nulidade ou improcedência da autuação.

O autuado anexou, às fls. 138 a 219, cópias reprográficas dos seguintes documentos: últimas alterações de seu contrato social, planilhas, livro Registro de Inventário e notas fiscais.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 222 a 226, apresentando os seguintes esclarecimentos:

01 – descabe a alegação do autuado de que foram incluídas notas fiscais do exercício de 1999, com exceção daquelas apresentadas pela própria empresa quando atendeu a solicitação da intimação feita para a realização da fiscalização;

02 – dando exemplos, afirma que considerou corretamente e como mercadorias distintas os “receptores analógicos” e os “receptores digitais”, obedecendo, assim, às determinações do art. 3º da Portaria nº. 445/98;

03 – é descabida e sem base legal a contestação da inclusão da MVA aplicada. Para comprovar seu posicionamento e quanto ao acerto do preço médio unitário calculado, exemplifica, com as próprias cópias de notas fiscais trazidas pela defesa, os preços das mercadorias “receptor analógico” e “receptor digital”;

04 – observa que sua competência não ultrapassou qualquer limite legal quando da fiscalização,

apenas aplicando as determinações dos artigos 15, incisos I e V e 19 da Lei nº. 7.357/98;

05 – entende que o impugnante tentou desqualificar a ação fiscal por pequenos erros de digitação, quando poderia, por exemplo, ter alegado que as Notas Fiscais de nº.s 5.024, 5.021, 5.185, 5.097 e 5.017, de “simples faturamento”, foram consideradas conjuntamente com as de remessas e não afirmar que “várias” delas foram incluídas e anexar ao processo outras que não foram autuadas;

06 – entende descabida a afirmação de que foram considerados “pagamentos” de notas fiscais datadas de 1999;

07 – não houve comprovação de qualquer incorreção na identificação das mercadorias;

08 – acata a alegação defensiva em relação às Notas Fiscais de nº.s 2.304, 2.303, 2.301, 3.851, 924, 994, 770, 2.565, 2.553, 2.463, 2.504 e 2.806 computadas como saídas de mercadorias ao invés de retorno de mercadorias para vendas fora do estabelecimento;

09 – afirma que procede a alegação da defesa em relação à Nota Fiscal nº. 2.721 de retorno de conserto que foi considerada como de entrada.

Após tais colocações, conclui pela necessidade de uma revisão fiscal. Requer que este Colegiado a solicite para que seja realizada por ela mesma.

O impugnante juntou aos autos uma petição (fls. 232 a 235), insurgindo-se contra a intimação feita pela fiscal autuante, dizendo ser imprópria e inadequada na forma expedida, pois através dela não podia identificar claramente todos os documentos e quais os itens de movimentação que se solicitava. Além do mais, entende que a responsabilidade para provar todos os erros cometidos na autuação foi a ele transferida. Afirma que melhor seria que a autuante, com base nos documentos originais, os reexaminasse. Novamente pugna por perícia fiscal.

A autuante mais uma vez se manifestou às fls. 238/239. Em relação à mercadoria “receptor”, esclarece que bastava uma simples análise dos preços de aquisição e venda para se comprovar que “receptor analógico” e “receptor digital” são produtos diferentes. Afirma que através de pesquisa junto aos fornecedores, tomou conhecimento de que a diferença se dá pela sua utilização. Assim, os “análogicos” são utilizados em sistemas de antenas parabólicas, enquanto que os “digitais” são vendidos conjuntamente com o sistema de recepção por TV “fechada” (SKY e Directv, por exemplo). Porém, como a junção dos dois não traria maiores distorções, naquela oportunidade optou por agrupá-los.

Quanto às notas fiscais de retorno de saídas para vendas fora do estabelecimento, informa que as excluiu do levantamento fiscal, assim como aquelas de “simples faturamento” que constavam em duplicidade no demonstrativo das entradas. Observa que não excluiu todos os documentos apresentados pelo impugnante, pois na auditoria realizada não haviam sido considerados aqueles relativos a “simples remessa”. Afirma que a nota fiscal de “devolução de conserto” também foi excluída do levantamento.

Excluiu, igualmente, a MVA aplicada sobre os preços médios, conforme Portaria nº. 445/98.

Reafirma que não excluiu as notas fiscais do exercício de 1999, pois a documentação que deu base ao trabalho fiscal foi apresentada pelo contribuinte.

Retifica o levantamento dos estoques, alterando o débito correspondente à infração 01, de R\$ 64.907,51 para R\$ 62.546,78. No que se refere à infração 02, o novo valor apurado foi de R\$ 159.748,90. Em relação a esta última infração, mantém o valor original exigido no Auto de Infração, que foi de R\$ 137.911,98.

Anexa novos demonstrativos às fls. 240 a 251, opinando pela procedência parcial da autuação em relação à infração 01 e mantendo as infrações 02 e 03.

Chamado para tomar conhecimento da manifestação da autuante (fl. 252), ocasião em que lhe foi

entregue cópia de toda a documentação produzida, o autuado manifestou-se às fls. 256 a 266. Informa, inicialmente, que já havia argüido a nulidade do lançamento fiscal pelo fato do mesmo não conter elementos identificáveis e que a exigência em discussão era descabida e arbitrária face às irregularidades e inconsistências apuradas, com claro cerceamento do seu direito de defesa.

Observa que fora intimado a apresentar uma série de documentos e informações, ficando impossibilitado de atender ao pedido, tendo em vista o caráter vago e inadequado da solicitação. Requer, assim, que o exame seja realizado na empresa, local que considera o mais adequado para sua efetivação.

Alega ter sido surpreendido com a cópia da informação prestada pela autuante, com novos demonstrativos. Ressalta que a autuante não retornou à empresa para proceder ao reexame da documentação colocada à disposição; que produziu informação à revelia de todas as irregularidades apontadas em sua defesa; e que modificou substancialmente os critérios adotados para apuração do imposto, não justificando claramente o seu ato e prejudicando, ainda mais, o exercício do contraditório.

Nesse contexto requer a nulidade do lançamento fiscal nos termos de sua anterior manifestação.

No mérito e quanto às infrações 01 e 02, enumera todos os erros que disse existirem, apresentando em anexo um levantamento destes erros (fls. 273/274 e 277 a 280) e outro levantamento quantitativo dos estoques (275 e 281), onde reconhece terem existido “algumas omissões de valores” relativas ao exercício de 2000. Entretanto, para o exercício de 2001, as omissões de entradas eram substancialmente inferiores àquelas apresentadas pela fiscal autuante. Imputa estas diferenças a erros de escrituração do seu livro Registro de Inventário.

Ressaltando que não foi observada sua condição de empresa enquadrada no Simbahia, pugna pela total improcedência das infrações em combate.

Em relação à infração 03, apresenta os mesmos argumentos já expostos.

Requer perícia fiscal e a nulidade ou improcedência da autuação.

A autuante (fl. 283) tomou ciência da manifestação do sujeito passivo tributário e disse que nada havia a acrescentar.

Considerando as argumentações expostas pelo impugnante, inclusive com a apresentação de documentos, tendo apontado até a sua última manifestação erros no levantamento elaborado, considerados pertinentes, a então relatora, Mônica Maria Roters, colocou o processo em apreciação em pauta suplementar, quando a 5ª JJF o converteu em diligência à Inspetoria do Bonocô (fl. 285), para que a autuante intimasse o contribuinte a apresentar:

01 – todas as notas fiscais que apontou na sua contestação à fl. 273 dos autos e que disse se referirem a aquisições do ano de 1999, já que nem todas estavam apensadas aos autos;

02 – todas as notas fiscais não levantadas pelo fisco ou computadas incorretamente, a exemplo daquelas de nº.s 210.500 e 221.661, que disse se referirem a “extensores de controle remoto” e não a “controle remoto”, como apontado pela fiscalização, ou, “refletor desmontável” indicado como “receptor analógico”, ou mesmo com quantidades incorretas (fl. 274);

03 – as notas fiscais de venda a consumidor numeradas de 651 a 1.263.

Com essa documentação não considerasse a MVA aplicada, agrupasse os receptores digitais e analógicos, excluísse todas as notas fiscais de “simples faturamento”, incluindo as de remessas, desconsiderasse todas as notas fiscais (entradas e saídas) com natureza de operação “remessa para vendas fora do estabelecimento” (levantamento de saídas) e “retorno de vendas” (levantamento de entradas) e considerasse as demais notas fiscais que implicassem em mudança de titularidade das mercadorias, ainda que fossem a título de transferência, remessas físicas para

consertos (saídas e entradas) inclusive as de vendas a consumidor final, conforme indicou o autuado. Refizesse o levantamento fiscal, observando-se que, apurada qualquer omissão, deveria ser dado o crédito de 8% sobre o valor das saídas omitidas, com base na Lei nº. 7.357/98.

Deveria ser intimado o autuado a tomar conhecimento do resultado da diligência, com entrega dos documentos produzidos a partir do pedido, concedendo o prazo de 10 (dez) dias para que o contribuinte, querendo, se manifestasse.

A autuante, em atenção ao que foi solicitado, informou às fls. 289/290 que já havia intimado o contribuinte para apresentar os documentos fiscais, quando procedeu a sua informação e não foi atendida, conforme provas constantes dos autos. No entanto, após esta informação, documentos foram entregues, o que determinou a revisão que realizou, conforme fls. 238 a 250.

Com esta exposição, entende que a diligência requerida por este Colegiado já havia sido feita. No entanto, caso este Conselho de Fazenda ainda entendesse que o trabalho fiscal deveria sofrer revisão, que indicasse fiscal estranho ao feito, ficando ela como assistente técnica do revisor.

Ao se manifestar a respeito do resultado da diligência (fls. 295 a 298), o impugnante repetiu os motivos pelos quais não atendeu a intimação feita pela autuante. Informa que um dos sócios da empresa havia comparecido à Inspetoria Fazendária com a documentação fiscal do período autuado, tentando manter contato com a autuante que se encontrava, naquele momento, na Repartição Fiscal, porém esta não o atendeu. Além disso, até o momento não havia tomado ciência de qualquer despacho oriundo da titular da repartição sobre as solicitações feitas.

Tornou a requerer a nulidade do lançamento fiscal nos termos já expostos e, quanto ao mérito, a sua improcedência, tendo em vista não ser verdadeira a sua recusa em apresentar a documentação fiscal, conforme já relatado.

A autuante, chamada para tomar ciência da manifestação do autuado, afirma (fl. 302) que esta não apresentava qualquer argumento capaz de modificar a revisão feita e apresentada às fls. 289/290.

Considerando que às fls. 273 a 282, o sujeito passivo apresentou um levantamento indicando, um a um, todos os erros que entendeu existirem na ação fiscal, a 5ª JJF reiterou sua solicitação para que a fiscal autuante cumprisse as providências necessárias para o deslinde da lide (fls. 305/306).

A autuante intimou o contribuinte (fl. 311) para apresentar cópias das notas fiscais do ano de 1999, todas as notas fiscais não levantadas pelo fisco ou computadas incorretamente como as de nº.s 210.500 e 221.661 e aquelas de venda a consumidor, numeradas de 651 a 1.263. Anexou à intimação uma cópia do levantamento produzido pelo deficiente relativo ao exercício de 2000 (fls. 312 a 314).

Em seguida prestou as seguintes informações (fls. 317 a 320):

01 – já havia excluído a MVA aplicada; agrupado os receptores; excluído as notas fiscais de “simples faturamento”, incluído as de “remessa”; tinha desconsiderado todas as notas fiscais (entradas e saídas) com natureza de operação “remessa para vendas fora do estabelecimento” (levantamento de saídas) e “retorno de vendas” (levantamento de entradas), conforme fora solicitado pela 5ª JJF;

02 – considerou todas as notas fiscais que implicaram mudança de titularidade das mercadorias, mesmo a título de transferência e remessas físicas para conserto (entradas e saídas), conforme já havia informado anteriormente;

03 – tendo em vista a não apresentação das notas fiscais de nº.s 210.500 e 221.661 (fl. 274), referentes à mercadoria “controle remoto”, não acatou a alegação defensiva;

04 – não foram apresentadas as notas fiscais de nº.s 179.957, 62, 1.925, 180.967 e 177.061 (fl. 274), para retificação ou inclusão;

05 – não excluiu as notas fiscais referentes ao exercício de 1999, uma vez que as mesmas foram computadas para efeito da apuração do ICMS Simbahia - Empresa de Pequeno Porte – e informadas como movimentação do exercício de 2000 na DME;

06 – não houve a comprovação, via documentos fiscais, de contagem incorreta das mercadorias "refletor desmontável" (antena parabólica) como "receptor analógico". Verificando os demonstrativos de fls. 21 a 24, não detectou nenhum fornecedor comum;

07 – acatou as saídas de 121 receptores através das notas fiscais de venda a consumidor e através da nota fiscal nº. 2.010, bem como as saídas de 105 peças da mercadoria “antena parabólica” descritas como “refletor desmontável”, não computadas no levantamento fiscal.

Apresentou levantamento sintético dos quantitativos dos estoques, ajustando as omissões do exercício de 2000, apresentando o débito no valor de R\$ 58.677,51. Não houve modificação para o exercício de 2001, em relação ao débito apurado, em conformidade com a informação de fl. 239.

Conforme Termo de Intimação à fl. 990, o impugnante recebeu as cópias das fls. 305, 306, 311 a 988 dos autos, referentes à realização da diligência, quando foi indicado o prazo de 10 (dez) dias para que, querendo, se manifestasse. O sujeito passivo manifestou-se às fls. 993 a 996, apresentando os seguintes fatos:

01 – frisou que em nenhum momento os dados coletados foram submetidos à apreciação da sua contadora, indicada como assistente técnica nos termos da defesa original, ou de qualquer dos sócios ou do advogado patrono da causa. Por conseguinte, os procedimentos adotados e os resultados apurados, em nenhum momento chegaram ao seu conhecimento;

02 – a autuante, pessoalmente, compareceu à empresa devolvendo os livros e documentos fiscais e entregou a um funcionário a intimação, cujos termos constam na fotocópia que anexou aos autos.

03 – posteriormente, os sócios da empresa, ao tomarem conhecimento da referida intimação, constataram que os documentos a que se refere se tratavam de fotocópias de notas fiscais, não possuindo a numeração seqüencial indicada na intimação. Em momento algum lhe foi entregue qualquer relatório, demonstrativo ou laudo conclusivo relacionado ao resultado da revisão fiscal.

04 – um dos sócios da empresa ainda contatou a autuante, obtendo, na oportunidade, a informação de que o processo já havia sido encaminhado para o CONSEF, que nenhum relatório adicional conclusivo da diligência efetuada existia e que as únicas fotocópias já entregues se referiam aos documentos da própria empresa.

Novamente requer a nulidade da ação fiscal, uma vez que seu direito de defesa foi cerceado por não ter acesso, dentro do prazo legal, às informações contidas no processo, bem como em decorrência da falta de entrega de dados, relatórios e demonstrativos da diligência realizada.

Diante da situação, requereu:

01 – apreciação dos argumentos expostos e, se negado, que lhe fosse devolvido o prazo para pronunciamento;

02 – que o processo fosse colocado a sua disposição para que os sócios e representantes legais da empresa pudessem ter acesso, inclusive para obter cópias dos relatórios, laudos ou demonstrativos eventualmente juntados pela autuante após a diligência requerida por este CONSEF;

03 – reabertura do prazo de 10 dias para pronunciamento.

Apresentando um histórico da condução do presente processo, a 5^a. JJF mais uma vez baixou os autos em diligência à Repartição Fiscal (fls. 1.003 a 1.006), para que o seu titular designasse fiscal estranho ao feito para realizar revisão do lançamento fiscal.

Foi observado inicialmente que, se fosse conveniente, deveria ser intimada a Sr^a. Tereza Cristina A. Pacheco como assistente indicada pelo autuado e a autuante, para acompanharem e prestarem os esclarecimentos que se fizessem necessários; deveria ser intimado o autuado a disponibilizar os originais dos documentos apensados aos autos, considerando que muitas das cópias apresentavam dificuldade de leitura, enquanto que outras tinham sinais de rasuras, a exemplo das fls. 853 e 894 ou estavam com a numeração truncada; a revisão deveria ser realizada para os exercícios de 2000 e 2001; os “receptores digitais” e os “receptores analógicos” não deveriam ser agrupados, tendo em vista que a divergência entre os seus valores unitários poderia gerar uma distorção muito grande nos resultados apurados.

Deveriam ser tomadas as providências a seguir indicadas, utilizando os levantamentos realizados pela autuante (fls. 07 a 74) e a documentação apresentada pelo impugnante. Como subsídios, deveriam ser utilizados os levantamentos efetuados pelo autuado (fls. 273/274 e 277 a 280), embora alguns dados tenham sido excluídos na revisão procedida. Foi ressaltado que para todos os argumentos defensivos não aceitos, deveriam ser informados os motivos:

01 – excluir do levantamento fiscal todas as notas fiscais de 1999, cujas mercadorias deram entrada no estabelecimento no mesmo exercício, devendo ser mantidas aquelas que entraram na empresa no exercício seguinte (ex: fl. 978);

02 – excluir todas as notas fiscais de “simples faturamento”, incluindo as de “remessas”, mantendo no levantamento apenas aquelas que não possuíssem a correspondente nota fiscal de “simples remessa”;

03 – desconsiderar todas as notas fiscais com natureza de operação “remessa para venda fora do estabelecimento” (levantamento de saídas) e “retorno de vendas” (levantamento de entradas);

04 – considerar as demais notas fiscais que implicaram em mudança de titularidade das mercadorias, ainda que fosse a título de transferência, remessas para consertos (saídas e entradas), inclusive as de venda a consumidor final;

05 – analisar se tem pertinência a alegação de que existem notas não consideradas e identificadas pela defesa (entradas e saídas), bem como com contagem incorreta;

06 – verificar, em relação ao exercício de 2000, se as Notas Fiscais 12.255, 4.592, 4.697 e 4.769 não se referiram a aquisições de “controle remoto”, e sim de “extensores de controle remoto”, fazendo a adequação pertinente;

07 – verificar se tem procedência a afirmativa do impugnante de que o item “refletor desmontável” foi computado como “receptor analógico” em um total de 96 unidades. Ver se nas Notas Fiscais de nº.s 12.041 e 11.934 (exercício de 2001) as mercadorias foram computadas equivocadamente como “receptores analógicos”;

08 – não considerar a MVA aplicada;

09 – sendo constatado qualquer outro fato aqui não indicado, porém que influencie na apuração do imposto, ele deve ser apontado e considerado.

Após essas providências, refazer o levantamento fiscal, apontando se houve ou não omissão de entradas ou de saídas de mercadorias, observando que sendo apurada qualquer omissão deve ser concedido o crédito de 8% sobre o valor das saídas omitidas, com base na Lei nº. 7.357/98.

O autuado deveria ser intimado para tomar conhecimento da solicitação de diligência, bem como dos documentos resultantes da mesma, sendo reaberto o prazo de 30 (trinta) dias para que, querendo, ele pudesse se manifestar. Havendo manifestação do autuado, a autuante deveria produzir nova informação fiscal.

O Auditor Fiscal designado, Marco Aurélio Dutra de Resende, apresentou o resultado da revisão fiscal às fls. 1.011 a 1.015.

Salienta que no trabalho realizado confrontou os argumentos defensivos com as determinações contidas no Termo de Diligência, apresentando os resultados correspondentes, conforme segue:

a) a autuante não teria considerado a condição do contribuinte de empresa de pequeno porte, não observando as orientações da Portaria nº. 01/2002.

Na revisão efetuada às fls. 317 a 320, a autuante concedeu o crédito fiscal presumido de 8% sobre o valor do ICMS apurado, procedimento também adotado na revisão fiscal por ele realizada.

b) a autuante teria agrupado incorretamente “receptores analógicos” e “digitais”.

De acordo com o demonstrativo de fls. 21 a 23 tal fato não ocorreu. Em sua revisão, foi mantido o critério de separação dessas mercadorias.

c) inclusão de notas fiscais de “remessa para venda em veículo” e de “retorno de vendas em veículo”, além de “remessa par conserto”.

Excluiu das saídas as notas fiscais de “retorno de vendas em veículos”, assim como aquelas de “remessa para venda em veículo”. Ressalta ter acatado todas as quantidades informadas pelo autuado (fls. 274 e 277 a 280), após confirmação através dos documentos fiscais, além de outras quantidades não apresentadas pelo autuado.

d) aplicação de MVA de 20% sobre os preços médios apurados.

Esse procedimento já havia sido retificado pela autuante na revisão de fls. 317 a 320. Afirma ter acolhido os preços médios apresentados pelo autuado (fls. 275 e 281), à exceção da mercadoria “receptor analógico”, cujo preço médio do exercício de 2001 foi mantido aquele apurado à fl. 17.

e) inclusão, nas entradas, de notas fiscais de “simples faturamento”.

A autuante já havia excluído a maior parte das notas fiscais da empresa Gradiente. Observa que naquele revisão que realizou excluiu todas as notas fiscais de “simples faturamento”.

f) inclusão de notas fiscais do exercício de 1999 no de 2000 e de 2000 no exercício de 2001.

Afiança que excluiu do levantamento tão somente as notas fiscais emitidas em 1999 que não deram entrada no estabelecimento em 2000, adotando o mesmo procedimento para o exercício de 2001 em relação às notas fiscais de 2000. Assegura ter observado que várias notas fiscais reclamadas pelo autuado como sendo de 1999 efetivamente deram entrada no estabelecimento no ano de 2000, estando estas notas fiscais apontadas nos demonstrativos que elaborou.

g) notas fiscais de entrada não computadas no levantamento quantitativo.

Afirma ter incluído no levantamento as notas fiscais não consideradas pela autuante, bem como as de “retorno de conserto” e de “remessa para conserto”, tanto nas entradas quanto nas saídas de mercadorias. Acrescenta ter analisado todas as notas fiscais informadas pelo contribuinte às fls. 273/274, bem como ter incluído as quantidades correspondentes às Notas Fiscais de venda a consumidor de nºs 651 a 1.263 e a Nota Fiscal modelo 1 de nº. 2.010.

h) quantidades incorretas apontadas no levantamento fiscal, capturadas nas notas fiscais.

Afiança ter incluído as quantidades digitadas incorretamente pela autuante, conforme salientado no Termo de Diligência.

i) incorreção na identificação de algumas mercadorias capturadas em notas fiscais.

Como a alegação defensiva relativa às notas fiscais de “extensores de controle remoto” tem procedência, retificou a sua quantidade, assim como a quantidade de “refletoiros desmontáveis”. Observa que, no entanto, não comprovou o lançamento como “receptor analógico”. Quanto às Notas Fiscais de nºs 12.041 e 11.937, informa que foram computadas corretamente no exercício de 2001 como “receptores digitais”.

Confirma que, em relação à Nota Fiscal nº. 480 (fl. 196), foi computado, pelo valor total da nota, a mercadoria “receptor analógico”, ao invés do valor total da mercadoria. Observa que, contudo, esse erro de digitação não prejudicou a apuração da base de cálculo e nem serviu para qualquer outro fim no levantamento fiscal.

Conclui, afirmando que a revisão fiscal foi baseada exclusivamente na documentação fiscal do autuado e no levantamento elaborado pela autuante. Apresenta às fls. 1.016 a 1.082 os demonstrativos elaborados e que serviram de base para a retificação dos valores dos débitos, os quais apontam os seguintes resultados:

OCORRÊNCIA	BASE DE CÁLCULO (R\$)	VALOR DO ICMS (R\$)
31/12/2000	121.269,32	20.615,79
31/12/2001	332.341,50	56.498,06

Conforme Termo de Intimação à fl. 1.085, foram entregues ao autuado as cópias reprográficas do Termo de Diligência, assim como da informação fiscal prestada pelo revisor e seus anexos, quando foi reaberto o prazo de defesa em 30 (trinta) dias para que ele se manifestasse, o que foi feito às fls. 1.087 a 1.092.

O sujeito passivo reprisa a argüição de nulidade do Auto de Infração e alega ter sido prejudicado financeiramente em decorrência das sucessivas revisões a que foi submetido o Auto de Infração, provocadas por equívocos praticados pela autuante.

Assevera que o tempo decorrido (sete meses) entre o pedido de diligência de fls. 1.003 a 1.006 e a revisão procedida, quando os novos resultados apresentados contariam frontalmente o conteúdo original da autuação, não encontra justificativa no contexto das normas processuais, considerando que, desse modo, não pôde usufruir dos benefícios fiscais proporcionados pela recente lei de anistia.

Pleiteia a decretação de nulidade do Auto de Infração por vícios processuais, especialmente o descumprimento de prazos delimitados no RPAF para realização de diligência.

Argumenta que sendo ultrapassada a nulidade argüida, que seja decretada a total improcedência das exigências tributárias, devido à imprestabilidade dos demonstrativos e planilhas utilizadas para apontar os supostos e absurdos débitos, inequivocamente pontuados por irregularidades.

Aduz que nos resultados oferecidos através da revisão fiscal constam as seguintes inconsistências, conforme demonstrativos que anexou às fls. 1.093 a 1.096:

Exercício de 2000: a) não foram excluídas as entradas de 225 peças de “receptores analógicos”, correspondentes às notas fiscais apontadas à fl. 1.093, emitidas em 1999 e que ingressaram em seu estabelecimento no mesmo exercício; b) as 284 peças de “receptores analógicos”, consideradas como “entradas p/ aquisição” se originaram de “remessas p/ conserto em garantia”. Como essas peças foram computadas quando das aquisições, o retorno referente ao conserto se constitui em uma simples remessa, devendo ser excluído. Assim, as exclusões de “receptores analógicos” perfazem um total de 509 peças; c) afirma que essa mesma situação ocorreu em relação a 288 peças de “antenas parabólicas” e a 130 peças de “antenas VHF/UHF”, que devem ser excluídas das entradas computadas em 2000; d) foram apontadas 50 peças de “antenas digitais” no exercício de 2000, que na realidade ocorreram em 11/2001 (fl. 1.021), motivo pelo qual devem ser excluídas.

Realça que após as correções acima indicadas, o saldo devedor relativo ao exercício de 2000 passa para R\$ 14.529,08.

Exercício de 2001: manifesta entendimento de que tendo sido apurada, na revisão fiscal, tanto omissão de entrada como de saída, a base de cálculo a ser utilizada para apuração do ICMS deve ser computada em função da diferença entre os dois totais encontrados. Justifica que esse critério

coincide com aquele anteriormente adotado em outras decisões oriundas deste Conselho Julgador, bem como que nos casos em que o ICMS cobrado é decorrente do uso de recursos de origem não comprovada, devem ser computados, também, os valores das saídas omitidas, como origem parcial dos recursos utilizados para pagamento das aquisições omitidas. Com base no procedimento sugerido, indica o débito para este exercício em um montante de R\$ 49.322,31.

Reclama, ainda, pela improcedência da multa aplicada de R\$ 120,00 (infração 03), tendo em vista que não conseguiu identificar no processo as supostas divergências que caracterizariam declarações incorretas na DME. Acrescenta que através das infrações 01 e 02 foi exigido imposto e multa, significando dizer que a penalização aqui discutida estaria absorvida pela primeira e a manutenção dessa multa implicaria em dupla penalização pela mesma infração.

Requer a nulidade do Auto de Infração e, se ultrapassadas as penalidades argüidas, a sua improcedência total.

Tendo em vista que o autuado em sua última manifestação (fls. 1.088 a 1.092) aponta alguns equívocos que julga que o fiscal estranho ao feito tenha cometido quando da realização da diligência, anexando, inclusive, demonstrativos às fls. 1093 a 1096, o novo relator Luis Roberto de Sousa Gouvêa, após análise em pauta suplementar pela 5^a JJF, converteu o PAF em nova diligência à INFAZ Atacado (fl. 1.103), para que o fiscal diligente se manifestasse a respeito dos mencionados questionamentos defensivos, elaborando, se necessário, novos demonstrativos.

A repartição fiscal deveria intimar o autuado a se pronunciar no prazo de 10 (dez) dias, fornecendo-lhe cópias reprográficas de demonstrativos e/ou documentos juntados pelo diligente.

Às fls. 1.105/1.106, o Auditor Fiscal revisor, em atendimento ao novo pedido de diligência, apresentou contra-razões à manifestação do autuado, quando enfatizou que não procedem as alegações defensivas de que não haviam sido excluídas notas fiscais do exercício de 1999, que não deram entrada em 2000, relacionadas no demonstrativo 01.

Observa que, no caso da Nota Fiscal de nº. 26 (fl. 984), o carimbo constante na mesma, datado de 30/12/1999, foi o de coleta, aposto pela empresa transportadora, não se referindo à entrada das mercadorias no estabelecimento; quanto à Nota Fiscal nº. 37 (fl. 986), o CTRC [conhecimento de transporte rodoviário de cargas] nº. 7.242 foi emitido em 05/01/2000 (fl. 987); com referência à Nota Fiscal nº. 6.432 (fl. 988), foi emitida em 03/01/2000, mesma data de recebimento pela transportadora; já a Nota Fiscal nº. 15.097 (fl. 201), foi emitida em 02/02/2000, tendo sido coletada pela transportadora no dia seguinte. Entende, assim, que as alegações do autuado têm cunho protelatório.

No que se refere ao fato de ter considerado os 284 receptores analógicos, as 288 antenas parabólicas e as 130 antenas VHF/UHF, esclarece que o procedimento foi baseado na orientação contida no termo de diligência, onde consta que deveriam ser observadas as notas fiscais que implicassem em mudança de titularidade das mercadorias, inclusive nos casos de transferências, remessas para conserto e vendas para consumidor final.

Salienta que têm pertinência as argüições do autuado referentes às 50 antenas digitais, que haviam sido lançadas em duplicidade, portanto indevidamente consideradas no demonstrativo de 2000 (infração 01), razão pela qual deduziu do demonstrativo de fl. 1.082 o valor de R\$ 3.615,00, passando a base de cálculo correspondente para o montante de R\$ 225.449,28, resultando no débito para esse exercício de R\$ 20.290,44.

Quanto à sugestão apresentada pelo impugnante, concernente ao exercício de 2001 (infração 02), no sentido de que deveria ser utilizado como base de cálculo tão somente o valor resultante da diferença entre as omissões verificadas, ressalta que não tem qualquer fundamentação legal. Realça que o autuado reconhece expressamente a exatidão dos números apontados na revisão relativos a esse exercício, discordando apenas em relação à forma de apuração da base de

cálculo, concordando com o débito do ICMS no montante de R\$ 49.322,31, com base em metodologia não prevista em lei.

Em conformidade com o Termo de Intimação à fl. 1.107, o autuado foi cientificado a respeito do pedido de diligência e de seu resultado, manifestando-se, mais uma vez, às fls. 1.112 a 1.116, insistindo quanto à nulidade do Auto de Infração, por entender que as razões oferecidas em sua peça de defesa não foram contestadas pela autuante ou pelo fiscal revisor.

Insurge-se contra os resultados apresentados pelo diligente revisor, enfatizando que em relação ao exercício de 2000 ainda persistem os seguintes equívocos:

- a) as notas fiscais de 1999, relativas a 225 peças, não correspondem aos citados CTRCs;
- b) no que se refere aos 509 receptores analógicos, a orientação da relatora, referida pelo revisor, não tem coerência, tendo em vista que haviam sido computados quando das aquisições originárias e por terem sido objeto de remessa para conserto ou transferência para venda em veículo;
- c) o mesmo aconteceu com as 288 antenas parabólicas e com as 130 antenas VHF/UHF;
- d) apesar de ter sido computada a entrada de 50 antenas digitais, essas entradas ocorreram em novembro de 2001 (fl. 1.021), razão pela qual devem ser excluídas.

Salienta que sendo processadas essas correções, os resultados serão aqueles apontados no demonstrativo de fls. 1.095/1.096, resultando no débito de R\$ 14.529,08.

Persiste no pleito para que a base de cálculo da infração 02 seja computada com base na diferença entre as omissões apuradas, resultando no valor de R\$ 49.322,31. Argúi que esse critério condiz com a noção de que na abordagem referente à omissão de recursos como base para a exigência de tributos, deve ser demonstrado o reflexo que ocorre no fluxo de caixa do estabelecimento.

Reprisa as argumentações referentes à infração 03, pugnando pela sua improcedência.

Requer a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

O Auditor Fiscal revisor se pronunciou à fl. 1.122, argüindo que a manifestação do autuado se refere a mera repetição da impugnação apresentada às fls. 1.087 a 1.091, não trazendo novos elementos a serem apreciados, razão pela qual nada mais tem a acrescentar.

VOTO

O autuado, em sua peça defensiva, suscitou nulidades da autuação, sendo a primeira sob o entendimento de que ao lhe ser dado o tratamento dispensado às empresas enquadradas na condição de normais (infrações 01 e 02) ou o tratamento referente ao SimBahia (infração 03), não foi observada a sua real condição cadastral, tornando irregular a tributação a que foi submetido, caracterizando excesso de exação e ilegitimidade passiva.

Afianço que tais argumentos não podem prosperar, haja vista que no caso das infrações 01 e 02, considerando o fato de o contribuinte estar enquadrado como empresa de pequeno porte, a autuante realizou a apuração do imposto de forma correta, pois seguiu os mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal de apuração, conforme previsão do artigo 408-S, do RICMS/97, aplicando a alíquota de 17%, conforme alteração introduzida pelo Decreto nº. 7.466, de 17/11/98, alterado pelo Decreto nº. 7.886/00. Acrescento, ademais, que não tendo sido concedido o crédito presumido calculado à alíquota de 8% sobre a receita omitida, nos termos do § 1º, do artigo 19 da Lei nº. 7.357/98, através de diligência saneadora essa falha foi corrigida. Ademais essa orientação está amparada também na Orientação Normativa nº 1/02 do Comitê Tributário, apesar de que, com o advento da Lei nº 8.534/02, há de prevalecer a orientação da lei. O art. 19 da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, manda que se abata do

valor apurado o crédito presumido de 8%, conforme explicitado acima, sobre as saídas omitidas, no caso de contribuinte do SimBahia. Quanto à argüição de ocorrência de ilegitimidade passiva, a mesma não é cabível, pois foi apontada acertadamente a figura do sujeito passivo, haja vista que o autuado tem relação direta com o fato gerador e está corretamente identificado da relação jurídico-tributária.

Na segunda preliminar de nulidade, o autuado alegou que a fiscalização cometera diversos equívocos e que o levantamento teria sido realizado em desconformidade com o que preceituam os dispositivos do RICMS/97 e da Portaria nº. 445/98, o que teria resultado em cerceamento do seu direito de defesa, representando, também, em falta de segurança e certeza das infrações apuradas. Não acato tal entendimento, desde quando tanto as incorreções apontadas, como outras identificadas pela então relatora, foram corrigidas parcialmente pela autuante, sendo posteriormente totalmente sanadas através de diligências determinadas pela 5ª JJF, sendo realizadas por Auditor Fiscal revisor, tendo os resultados correspondentes sido comunicados ao sujeito passivo, quando lhe foram fornecidas cópias dos novos elementos, sendo indicados os prazos regulamentares previstos para que ele pudesse se manifestar. Tendo em vista que tais providências estão em conformidade com o disposto no § 1º do art. 18 do RPAF/99, desde quando as incorreções e omissões foram corrigidas e suprimidas por determinação deste órgão julgador, restam descabidos os pleitos defensivos.

Entendo, deste modo, que não ocorreu cerceamento de defesa, uma vez que o lançamento determina, com segurança, a infração e o infrator, sendo suficientes para demonstrar a ocorrência das infrações, os elementos oferecidos na informação fiscal e nas revisões fiscais realizadas, os quais foram disponibilizados ao autuado. Deste modo, restam afastadas as nulidades argüidas, considerando que o procedimento fiscal atende as determinações previstas no art. 39 do RPAF/99, além do que, o sujeito passivo apresentou impugnação, demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

No que se refere à reclamação concernente ao atraso na conclusão do presente processo, observo que os alegados transtornos decorrentes das idas e vindas do PAF, no que se refere às diligências determinadas pela 5ª JJF, o seu objetivo era alcançar a verdade material e proteger os direitos do autuado e do erário, o que somente poderia ser alcançado através das diligências realizadas. Saliento que, inclusive, tais providências se prestaram, também, a atender pleitos reiterados do autuado, quanto à análise de inconsistências por ele apontadas, bem como por terem sido concedidos prazos de defesa e de manifestação a respeito dos resultados trazidos aos autos. Para melhor elucidar a questão, transcrevo o § 1º do art. 138, do RPAF/99:

“Art. 138.

...

§ 1º Sempre que, a critério do relator, houver necessidade de conceder vista, reabrir prazo de defesa ou determinar a realização de diligência ou perícia, deverá a autoridade julgadora elaborar despacho fundamentado, para submeter à discussão quanto à providência cabível em sessão da Junta ou Câmara, devolvendo o processo à Secretaria do Conselho no prazo previsto para a instrução.”

No mérito, verifico que as duas primeiras infrações resultaram da apuração realizada através de levantamento quantitativo de estoque, tendo sido constatado, no caso da infração 01, omissão de saídas, enquanto que a infração 02 decorreu da presunção de omissão de saídas anteriores.

Observo que tendo o impugnante apontado diversas inconsistências no trabalho realizado pela fiscalização, a autuante acatou a alegação defensiva em relação às notas fiscais computadas como saídas de mercadorias ao invés de retorno de mercadorias para vendas fora do estabelecimento e a de retorno de conserto que havia sido considerada como de entrada; quanto

aos “receptores analógicos” e aos “receptores digitais”, considerando que a junção dos dois não traria maiores distorções, optou por agrupá-los (mais adiante esse procedimento viria a ser corrigido); excluiu as notas fiscais de “simples faturamento” que constavam em duplicidade no demonstrativo de entradas e a MVA aplicada sobre os preços médios; enquanto isso, não acatou a alegação de que teria ocorrido incorreção na identificação das mercadorias.

Acrescento que, em atendimento a diligências determinadas pela 5ª JJF, o Auditor Fiscal revisor realizou outros ajustes em relação ao levantamento quantitativo correspondente a essas duas infrações, fazendo as seguintes adequações: excluiu das saídas as notas fiscais de “retorno de vendas em veículos”, assim como aquelas de “remessa para venda em veículo”, acatando todas as quantidades informadas pelo autuado; em relação aos valores das mercadorias, acolheu os preços médios praticados pelo autuado, à exceção da mercadoria “receptor analógico”, cujo preço médio do exercício de 2001 foi mantido aquele apurado à fl. 17; excluiu todas as notas fiscais de “simples faturamento”, que não haviam sido retiradas pela autuante; excluiu todas as notas fiscais cujas mercadorias entraram no estabelecimento autuado em exercício diverso daquele da sua emissão; incluiu no levantamento as notas fiscais não consideradas pela autuante, bem como as de “retorno de conserto” e de “remessa para conserto”, tanto nas entradas quanto nas saídas de mercadorias, inclusive as Notas Fiscais de “venda ao consumidor” de nº.s 651 a 1.263 e a Nota Fiscal “modelo 1” nº. 2.010; incluiu as quantidades digitadas incorretamente pela autuante; retificou a quantidade de “extensores de controle remoto”, assim como a de “refletores desmontáveis”.

Foi constatado, na oportunidade, que as Notas Fiscais nº.s 12.041 e 11.937 haviam sido computadas corretamente no exercício de 2001 como “receptores digitais”. Quanto à Nota Fiscal nº. 480, restou esclarecido que realmente a autuante se utilizara do valor total constante neste documento, entretanto ocorreria apenas um erro de digitação, não refletindo na apuração da base de cálculo.

Verifico que ao atender a mais uma diligência, realizada visando esclarecer a respeito da existência de outras inconsistências, o revisor esclareceu os seguintes pontos: as alegadas notas fiscais de 1999 que teriam entrado nesse mesmo exercício, se referiam a entradas de 2000 ou tinham sido emitidas nesse mesmo exercício; excluiu do demonstrativo do exercício de 2000 a quantidade de 50 antenas digitais, que haviam sido lançadas em duplicidade, deduzindo o valor corresponde na infração 01.

Saliento que apesar de o impugnante ter alegado que haviam sido agrupados os “receptores analógicos” e os “receptores digitais”, embora a autuante tenha reunido esses dois itens quando procedeu à revisão do lançamento, posteriormente e em atendimento a uma das diligências requeridas, os mesmos foram separados pelo revisor, considerando que a divergência de preços poderia gerar distorção nos resultados concernentes às citadas mercadorias.

Noto que apesar de terem sido realizadas quatro diligências saneadoras, visando a apuração da verdade material dos fatos, o autuado ainda alega quanto à existência de equívocos no lançamento. De forma inversa à alegação defensiva, observo que todas as falhas que existiam no levantamento original já foram corrigidas, razão pela qual concordo com os valores apresentados pelo diligente, pois estão embasados nos demonstrativos e levantamento acostados ao parecer. Assim, as infrações 01 e 02 restaram parcialmente caracterizadas nos valores respectivos de R\$ 20.290,44 e R\$ 56.498,06.

Não aceito o pleito defensivo em relação à determinação efetivada pela 5ª JJF, no sentido de que fossem mantidas, durante a revisão fiscal, as operações que implicaram em mudança de titularidade das mercadorias, nos casos de transferências e nas situações concernentes a saídas efetuadas através de notas fiscais de venda a consumidor, desde quando de acordo com disposição contida no art. 2º, § 1º, incisos I e II da Lei nº. 7.014/96, é irrelevante para caracterizar o fato gerador, a natureza jurídica da operação que resulte em qualquer das hipóteses previstas em

lei, bem como o título jurídico pelo qual a mercadoria ou bem esteja na posse do respectivo titular.

No que se refere à manutenção das operações de remessa e de retorno de mercadorias para conserto, a orientação nesse sentido se prestou a anular com um lançamento o correspondente às mesmas mercadorias, não repercutindo em nenhum prejuízo para o contribuinte.

Não acato a solicitação trazida pelo autuado, no sentido de que no caso da infração 02 fosse utilizada como base de cálculo para apuração do ICMS devido, o montante relativo à diferença entre as omissões de saída e de entrada verificadas. Em primeiro lugar, o procedimento conduzido pela fiscalização, visando apontar os valores do imposto devido, estão em conformidade com disposição prevista nos artigos 2º, § 3º e 60, inciso II, alínea “b” do RICMS/97, que regulamenta a Lei nº. 7.014/96, bem como na Portaria nº. 445/98. Ademais, tal pretensão não encontra guarida nos julgamentos emanados deste Conselho de Contribuintes, conforme dito pelo autuado.

Quanto à infração 03, que trata da aplicação de penalidade em decorrência de declaração incorreta dos dados através da DME, ressalto que não vislumbrei nos autos nenhuma prova documental alusiva ao cometimento da infração em tela. Ademais, mesmo que tal prova estivesse presente, seguindo a previsão contida no art. 42, § 5º, da Lei nº 7.014/96, entendo que essa penalidade seria incabível, considerando que a mesma estaria absorvida pela multa por descumprimento de obrigação principal, correspondente à infração 02, o que torna a exigência fiscal improcedente.

Por todo o exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração, mantendo as infrações 01 e 02 parcialmente, enquanto que a infração 03 é improcedente.

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 206903.0046/05-8, lavrado contra **LM SATÉLITE COMÉRCIO DE MATERIAIS ELETRÔNICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 76.788,50**, sendo R\$ 20.290,44, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, e R\$ 56.498,06 acrescido de idêntica multa, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de outubro de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR