

A. I. N.º - 102.148.0004/06-2
AUTUADO - DUTRA BASTOS ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - MARCOS VENÍCIUS BARRETO MAGALHÃES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 06/11/2007

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0358-03/07

EMENTA: ICMS: 1. LIVROS FISCAIS. a) DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NOS LIVROS REGISTRO DE APURAÇÃO E REGISTRO DE SÁIDA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração reconhecida pelo autuado. b) DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO E O RECOLHIDO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Refeitos os cálculos, foi reduzido o valor do débito. Infração parcialmente procedente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO TEF. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Montante do débito reduzido pela aplicação da proporcionalidade. Infração parcialmente subsistente. 3. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE CAIXA DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Valores lançados como suprimento de caixa de origem não comprovada, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Autuado comprovou a improcedência da presunção. Infração insubsistente. 4. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Exigência fiscal indevidamente tipificada. Inexistência de segurança para se determinar a infração. Infração anulada. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 10% e de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações parcialmente procedentes. Preliminar de nulidade rejeitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2006, reclama ICMS no valor de R\$122.511,58 com aplicação das multas de 60%, 70% e penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$8.604,18, pelas seguintes irregularidades:

Infração 01-Recolheu a menos o ICMS em decorrência de divergência entre os valores lançados no livro Registro de saídas de Mercadorias e o escriturado no livro de Apuração do ICMS. Total do débito: R\$540,51

Infração 02- Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de apuração do ICMS. Total do débito: R\$6.952,41

Infração 03-Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Total do débito: R\$20.293,57

Infração 04- Omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada. Total do débito: R\$94.270,79

Infração 05- Deixou de recolher o ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios.Total do débito: R\$454,30

Infração 06- Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Total do débito: R\$8.590,04

Infração 07- Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal. Total do débito: R\$14,14

O autuado apresenta impugnação às folhas 230/272, inicialmente discriminando as provas que está acostando ao presente processo e discorrendo sobre as infrações imputadas. Diz que antes de adentrar à lide discorre sobre os princípios da legalidade objetiva, verdade material, inquisitorialidade, e tipicidade cerrada. Declara a existência de diversos vícios insanáveis que os representantes deste órgão julgador irão constatar, e que implicam na nulidade do processo administrativo fiscal, nos termos do art. 18 do RPAF/99 aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Acrescenta que o sujeito passivo, frente à análise teleológica que deve ser direcionada ao Princípio da Legalidade Objetiva, e diante do teor do art. 18, parágrafo 1º, do RPAF/99, pede que a JJF, que leve a efeito o conteúdo deste dispositivo legal. Sustenta que de acordo com o art. 18, § 1º, do RPAF/99, um Auto de Infração que apresente eventuais incorreções ou omissões, ou que esteja viciado pela não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação, não deve, de logo, ser julgado nulo. Pode ele, portanto, nestas condições, ser objeto de revisão fiscal, a fim de que seja consertado, e possa, assim, ser levado adiante, e que é este dispositivo legal, portanto, que sustenta os pedidos de revisão fiscal (diligência ou perícia fiscal) feitos pelas Juntas e Câmaras de Julgamento deste CONSEF. Entende que é condição *sine qua non* para que um Auto de Infração seja objeto, de revisão fiscal, que incorreções ou omissões existentes nele sejam eventuais, e que a não-observância de certas exigências, digam respeito àquelas de natureza meramente formais. Portanto, não sendo apenas eventuais as omissões ou incorreções, e não sendo as exigências “desobservadas” de caráter meramente formal, não cabe qualquer tipo de revisão fiscal, é caso de nulidade do Auto de Infração, e que este é o espírito do dispositivo ora em análise. Salienta que após a leitura completa da presente impugnação, ficará claro para os membros desta JJF, que este Auto de Infração possui omissões e incorreções de natureza grave (e não apenas "eventuais"), e as exigências não observadas pelo autuante no seu trabalho não são meramente formais, aproximando-se sim, sem qualquer dúvida, de exigências de natureza substancial. Pede a nulidade do Auto de Infração, e que só na remota hipótese de esta Junta de Julgamento não acolher este pedido, é que devem ser apreciados e deferidos, se assim entender-se por bem, os pedidos de diligência, feitos ao longo desta peça impugnatória. Declara que houve cerceamento ao direito de exercício da ampla defesa, pois ao encerrar o trabalho fiscal, o

autuante forneceu ao autuado, além do Auto de Infração, uma cópia do demonstrativo de débito, discriminando-o, mês a mês as parcelas de ICMS que o mesmo achava que a empresa era devedora. Diz que, entretanto, com base nestes elementos materiais, não é possível se elaborar uma defesa, ideal, onde se pudesse apresentar todos os argumentos defensivos aplicáveis à questão, e que os demonstrativos fiscais fornecidos pelo autuante não são, em si próprios, auto-explicativos, nem são claros. Assevera que o autuante, não forneceu ao autuado, cópia do Relatório de Informações TEF-Operações, em "formato de papel" onde constam todas as operações informadas pelas Administradoras de Cartão, discriminando o dia, a administradora, o número da autorização, o valor da operação e a natureza da operação (se débito e/ou crédito) e a relação de quais foram as operações que constam neste relatório e que não constam nas bobinas de máquinas - ECFs, que serviram de base à lavratura do Auto de Infração, não podendo verificar a veracidade da acusação. Aduz que o autuante para fazer a acusação por mera presunção deve anexar ao Auto de Infração um relatório com as operações discriminadas, uma por uma, que ele acusa de constar nos relatórios enviados pelas administradoras de cartões e que não estariam constantes nas bobinas de máquinas ECFs do autuado, e não o fazendo, cerceou o direito de ampla defesa. Diz que ficou prejudicado no exercício do sagrado direito de defesa, tido, neste momento, como cerceado, por, não lhe ter sido permitido de forma clara e suficiente, o perfeito entendimento do teor da autuação impossibilitando, assim, o exercício do contraditório, e que ao agredir a garantia do contraditório pleno, o autuante impossibilitou o exercício do direito de defesa, violentando a possibilidade de questionamento aprimorado quanto ao mérito da infração, o que, por consequência, implica na caracterização da nulidade da autuação. Sustenta que sob o aspecto do cerceamento do direito de defesa, existem inúmeras decisões, inclusive a nível federal, que amparam a pretensão de nulidade por parte do autuado, especialmente quando o cerceamento é oriundo de descumprimento de formalidade impeditiva do exercício da ampla defesa, a exemplo do Ac. 303-25. 277 Rel. Hélio Loyolla de Alencastro, publicado no DOU de 10/03/89, que reproduz. Reproduz, também, os dizeres do Ac. 104-6. 427, publicado no DOU de 31/08/89. Ressalta que está evidente, com apoio jurisprudencial, que a ação fiscal foi eivada de inteira nulidade, não podendo perpetrar-se à luz dos princípios do processo administrativo fiscal, que recomendam a perfeita constituição do crédito tributário, em especial, no que se refere à necessidade de que sejam atendidos os corolários jurídicos ao direito tributário, a exemplo do princípio da ampla defesa, a fim de que seja preservado o contraditório e se faça o devido processo legal. Afirma que este Conselho, através de suas Juntas e Câmaras tem se manifestado constantemente a favor do contribuinte quando é cerceado o seu direito de defesa, e reproduz diversos acórdãos do Conseq às folhas 244/247. Aduz que o Auto de Infração, para ser aceito como documento regular de cobrança de obrigação tributária, precisa obedecer a diversos requisitos previstos na legislação, dentre estes, destaca-se, pela sua essencialidade, o previsto no art. 39, III, do RPAF/99, que transcreve. Diz que assim, não há dúvida de que um dos requisitos essenciais do Auto de Infração é a descrição do que a autoridade fiscal entender como fato gerador do tributo, e que, portanto, deve estar indicado na peça de acusação, o fato gerador visualizado pelo agente fiscal, o que lhe daria respaldo para levar a efeito exigência tributária, por meio da autuação. Entende que o representante do Fisco entendeu que a sua redação, no Auto de Infração, era suficiente para possibilitar uma descrição clara e precisa do fato gerador, mas que a situação descrita, pela autoridade fazendária não caracteriza fato gerador deste imposto. Declara que o autuante fala no Auto de Infração em "omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em Cartão de Crédito ou de Débito em valor inferior ao valor fornecido por Instituição Financeira e Administradora de Cartão de Crédito", mas, o autuante não forneceu ao autuado através de qual documento ele apurou o valor das transações comerciais realizadas por meio de cartão de crédito ou débito. Sustenta que o autuante não apresentou nenhum documento de emissão das instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, com a discriminação das operações dia a dia, para que a empresa pudesse analisar e demonstrar que o autuante está equivocado. Afirma que a infração

não está caracterizada e não existe nos autos qualquer elemento, que possa determiná-la com segurança, e que a infração deve estar bem descrita pelo autuante no Auto de Infração, a fim de possibilitar ao contribuinte, que se defenda amplamente. Diz que essa descrição há de ser objetiva, clara e tão completa quanto necessária a que o autuado possa saber de que realmente está sendo acusado, pois, a não ser assim, não terá condições para o exercício da plena defesa que lhe assegura a Constituição Federal. Reproduz o artigo 18, IV do RPAF/BA, e que sem dúvida, há razão suficiente para se decretar a nulidade do Auto de Infração. Aduz que este próprio CONSEF, nas suas decisões, tem deixado claro que não é aceitável que uma acusação, contida em um Auto de Infração, seja obscura e, conseqüentemente, não retrate com clareza qual o seu verdadeiro teor e que o autuado, durante grande parte do período a que se refere à infração era inscrita como Empresa Pequeno Porte e opera no ramo de comércio varejista de gêneros alimentícios, cuja grande parte é isenta de ICMS (verduras, frutas, legumes, carnes, frangos, ovos, etc.) e outra parte sofre tributação pelo regime de substituição tributária e/ou antecipação tributária a exemplo de refrigerantes, bebidas em geral, bolachas, biscoitos, iogurtes, etc. Aduz que é neste sentido, portanto, que seguem as decisões prolatadas por este Conselho, reproduzindo-as nas folhas 249/250. No mérito, diz que a ação fiscal também é improcedente, conforme restará comprovado e que neste sentido, o autuado pede que os nobres julgadores se atentem para a existência da disposição contida no art. 155, parágrafo único, do RPAF/99, a qual determina o julgamento pela improcedência do Auto de Infração, mesmo merecendo o ato de lançamento ser objeto de nulidade, reproduzindo o artigo 155, parágrafo único da Constituição Federal. Quanto à infração 01, reconhece o débito no valor de R\$540,51. Com relação à infração 02, diz que não tem a mínima razão na sua acusação, pois não existe desencontro entre o valor do imposto recolhido e o valor do imposto devido e escriturado no Livro de Apuração do ICMS. Afirma que o valor do imposto devido e escriturado no Livro de Apuração do ICMS referente ao mês de maio de 2004 é de R\$9.918,87 e o valor recolhido foi de R\$918,87, conforme atestam a cópia da folha de nº 02 do Livro de Registro de Apuração do ICMS já anexada a este processo pelo autuante. Aduz que o valor do imposto devido e escriturado no Livro de Apuração do ICMS referente ao mês de junho de 2004 é de R\$ 11.871,91 e o valor recolhido foi de R\$11.871,91, conforme atestam a cópia da folha de nº 03 do Livro de Registro de Apuração do ICMS já anexada a este processo. Assevera que o valor do imposto devido e escriturado no Livro de Apuração do ICMS referente ao mês de julho de 2004 é de R\$9.258,53 e o valor recolhido foi de R\$9.258,53, conforme atestam a cópia da folha de nº 04 do Livro de Registro de Apuração do ICMS já anexada pelo autuante. No que tange à infração 03, declara que o estabelecimento comercial da empresa está localizado em um bairro da periferia da cidade do Salvador e é estabelecido com o ramo de comércio varejista de produtos alimentícios, conforme poderá ser visto nas bobinas de ECFs, sendo estes produtos: a) hortícolas: abóbora, abobrinha, acelga, agrião, aipim, alface, batata, batata-doce, berinjela, beterraba, cebola, cebolinha, cenoura, chuchu, coentro, couve, couve-flor, ervilha, espinafre, gengibre, hortelã, inhame, jiló, maxixe, milho verde, pepino, pimenta, pimentão, quiabo, repolho, salsa, tomate, vagem, etc. b) frutas como: banana, laranja, melão, abacaxi, banana da terra, melancia, manga, maracujá, mamão, uva, limão, etc. c) produtos agropecuários tais como: ovos, leite, produtos comestíveis resultantes da matança de caprinos e ovinos, pescados, farinha, etc. Acrescenta que a empresa também negocia com grande quantidade de mercadorias que não sofrem tributação quando da sua saída em virtude de ter a sua fase de tributação encerrada por motivo do ICMS ter sido pago pelo regime de substituição tributária ou pelo regime de antecipação tributária tais como: cigarros, vinhos, vermouths, aguardentes, uísque, gim, genebra, vodka, licores, cervejas, refrigerantes, refrescos, iogurtes, água mineral, gelo, sucos de frutas, leite de coco, sorvetes, picolés, bombons, balas, caramelos, pirulitos, chocolates, produtos salgados e defumados resultantes do abate do gado bovino e suíno, charque, café, farinha de trigo, macarrão, massa para sopa, pães, bolachas, algodão, absorventes, fraldas, bicos para mamadeiras, escovas e pastas dentífricas, filmes fotográficos, aparelhos e lâminas de barbear, isqueiros, lâmpadas, salgados industrializados, calçados, sandálias, etc. Sustenta que o autuado também negocia com grande

quantidade de mercadorias que fazem parte da cesta básica e que, portanto a alíquota aplicada nas operações de saídas é de apenas 7% (sete por cento) como arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha e fubá de milho, e também negocia com produtos que tem sua base de cálculo reduzida nas saídas, como óleo de soja (base de cálculo reduzida em 29,41%), e açúcar (base de cálculo reduzida em 58,825%). Alerta que a Secretaria da Fazenda, com o passar dos anos, vem alterando a legislação e incluindo cada dia mais, produtos para serem cobrados o ICMS pelo regime de substituição tributária e/ou antecipação tributária, e que mais recentemente instituiu o pagamento de antecipação parcial do ICMS sobre todas as compras que as empresas realizam fora do Estado. Diz que pagou a antecipação parcial referente a diversos produtos conforme DAEs anexos a esta impugnação. Entende que existiu por parte do autuante o uso inadequado de roteiro de fiscalização aplicado na presente ação fiscal em virtude da natureza da atividade da empresa e da mesma operar com aproximadamente 19,55% dos seus atos negociais com vendas de mercadorias isentas (frutas, verduras, carne, frango, ovos, etc.) 36,29% dos seus atos negociais com mercadorias que sofreram tributação pelo sistema de substituição tributária e/ou antecipação tributária (bebidas, refrigerantes, iogurtes, bolachas, cremes dentais, absorventes, sandálias e etc.) constantes do anexo 88 do RICMS, 10,75% dos seus atos negociais com mercadorias que fazem parte da cesta básica e que são tributados com alíquota de 7% (sete por cento) e 2,54% dos seus atos negociais com mercadorias que tem redução de base de cálculo nas saídas cuja alíquota fica reduzida a apenas 12% (doze por cento). Afirmar que as mercadorias cujas saídas sofrem tributação pela alíquota cheia de 17% (dezesete por cento) representam apenas 30,87% das operações realizadas pela autuada. Salaria que o CONSEF tem julgado nulos e improcedentes diversos Autos de Infração cujo roteiro de fiscalização para apurar irregularidades através de exames nas vendas por meio de cartão de crédito são aplicados em empresas que negociam na sua maioria com produtos isentos, produtos que tiveram a sua fase de tributação encerrada seja com o recolhimento do ICMS por antecipação tributária ou por recolhimento por substituição tributária como é o caso da nossa empresa. (Vide Resoluções CJF 0203-11/05; JF0029-02/05; JF 0023-02/05; JF 0095-02/05; JF 0249-03/05 e JF 00882-04/05) que transcreve. Destaca que conforme pode ser visto no demonstrativo, anexados aos autos, as vendas totais do período de 01/12/2004 a 31/12/2004 apuradas pelas leituras "Z", informadas no Livro de Saídas e no Livro de Apuração do ICMS são maiores que os valores informados pelas Administradoras, e que o Conselho de Fazenda vem constantemente julgando nulos e/ou improcedentes diversos Autos de Infração de contribuintes que comprovam de que os valores informados pelos ECFs são maiores que os valores informados pelas Administradoras de Cartão de Débito e/ou Crédito, reproduzindo tais decisões às folhas 259/260. Entende que a pretensão do autuante é nula, não tem procedência, nem a mínima condição de prosperar e que o autuante acusou a autuada por presunção, mas, não tem a prova material para comprovar a infração. Ressalta que a empresa possui Emissor de Cupom Fiscal devidamente registrado na Secretaria da Fazenda, cumprindo todas as formalidades legais previstas na Legislação Tributária, e o autuante partiu da premissa que toda a diferença entre a informação prestada pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito referente aos valores de vendas efetuados através de cartão de débito e/ou crédito e os valores constantes nas Reduções "Z" seriam saídas efetuadas sem emissão de cupom fiscal, o que é uma inverdade e uma maneira simplista de acusar a empresa de efetuar saídas de mercadorias tributadas sem emissão de documentos. Sustenta que o autuante, também, não atentou que esta acusação é primária, e que a empresa comercializa grande quantidade de mercadorias que são isentas ou que o pagamento do ICMS já foi pago pelo regime de substituição tributária e de antecipação tributária, e não existe na legislação fiscal, nenhuma obrigatoriedade do contribuinte conservar ou guardar os comprovantes de débito e/ou crédito, assinados pelos clientes quando efetuam as suas compras, para apresentar à Secretaria da Fazenda, por não se tratar de documento fiscal. Diz que não existe na legislação tributária federal ou estadual do ICMS, a obrigatoriedade da empresa que utiliza ECF-MR de demonstrar na sua escrita fiscal ou escrita contábil quanto vendeu em cartão de débito e/ou Crédito à Secretaria da Fazenda, e que a mera divergência entre

o total constante da redução "Z" e as informações prestadas pelas instituições financeiras não é motivo suficiente para se proceder a autuação, cabendo à Secretaria da Fazenda proceder do uso de outras técnicas de auditoria para verificar se existem irregularidades. Entende que o resultado apurado pela fiscalização, simplesmente, não retrata a realidade dos fatos, pelo que não é capaz de sustentar o lançamento do crédito tributário, e que existe no presente processo a falta de certeza e liquidez do lançamento, pois, o valor das vendas totais do estabelecimento é maior que o fornecido pelas administradoras de cartão. Reproduz diversos julgados do Consef às folhas 261/265. Aduz que o autuante ao fazer a acusação por presunção, não tem a prova material para comprovar a infração, e não sendo acatado pela JJF o pedido de nulidade desta infração 03 requer que seja solicitado ao autuante para efetuar demonstrativo analítico das saídas efetuadas pela autuada através dos ECF e das reduções "Z", constando o valor das saídas de mercadorias isentas, o valor das saídas de mercadorias com alíquotas de 17%, de 12% e de 7% e que seja aplicado o princípio da proporcionalidade entre as mesmas e reduzido o valor do ICMS devido. Afirma que acatado o pedido pela aplicação da proporcionalidade, realizou o levantamento referente ao mês de dezembro de 2004, tendo apurado o débito da seguinte forma: diferença apontada pelo autuante - base de cálculo total = R\$119.024,52, pela proporcionalidade, o percentual de 30,87% de omissão de saídas de mercadorias tributadas calculadas com a alíquota de 17% resulta no valor de R\$36.742,87 com o ICMS devido de R\$6.246,29. Idem, o percentual de 2,54% de omissão de saídas de mercadorias tributadas calculadas com a alíquota de 12% resulta no valor de R\$3.023,22 com o ICMS devido de R\$362,79. Idem, o percentual de 10,75% de omissão de saídas de mercadorias tributadas calculadas com a alíquota de 7% resulta no valor de R\$ 12.795,14 com o ICMS devido de R\$895,66, e que o total do ICMS devido no mês de dezembro de 2004 é de R\$ 7.504,74. Quanto ao mês de novembro de 2004, aduz que os cálculos são os seguintes: Diferença apontada pelo autuante - base de cálculo total = R\$349,47. Pela proporcionalidade, o percentual de 30,87% de omissão de saídas de mercadorias tributadas calculadas com a alíquota de 17% resulta no valor de R\$ 107,88 com o ICMS devido de R\$18,34. Idem, o percentual de 2,54% de omissão de saídas de mercadorias tributadas calculadas com a alíquota de 12% resulta no valor de R\$8,88 com o ICMS devido de R\$1,06. Idem, o percentual de 10,75% de omissão de saídas de mercadorias tributadas calculadas com a alíquota de 7% resulta no valor de R\$ 37,57 com o ICMS devido de R\$2,63, e o total do ICMS, R\$22,03. No que tange à infração 04, diz que o autuante está totalmente equivocado na sua análise, pois, os valores acusados pelo autuante referem-se a lançamentos a débito e crédito da Conta Caixa e contra partida das contas Bancos c/Movimento, Despesas Bancárias, Títulos de Capitalização, Financiamentos, Adiantamento de Cartões, e estão registrados conforme as Normas Gerais de Contabilidade aprovadas pelo Conselho Federal de Contabilidade e ao princípio elementar de que a cada lançamento a débito existe um valor a crédito correspondente. Aduz que está anexando a discriminação de todos os valores lançados correspondentes aos créditos dos valores impugnados pelo autuante, e que esta colocando à disposição da fiscalização ou de Auditor Fiscal estranho ao feito para que seja analisado todos os extratos bancários referente ao movimento financeiro do autuado, assim como, cópia dos extratos bancários, à presente impugnação. Entende que por se tratar de assunto que requer alta especialização em Contabilidade, requer, caso o autuante não aceite os argumentos constantes desta impugnação na sua informação fiscal, que seja transformado este processo em diligência, e solicitado que a assessoria técnica deste Conselho designe um auditor fiscal que tenha a formação de Bacharel em Ciências Contábeis para fazer a diligência fiscal que o caso requer. Quanto à infração 05, diz que a acusação fiscal é totalmente improcedente, e que não houve o fato constante do Auto de Infração. Salienta que no mês de agosto de 2004, a nota fiscal de nº 5734 emitida por Tambaú Indústria Alimentícia Ltda. está registrada no Livro de Entradas e constatou que o crédito fiscal de ICMS destacado na referida nota é apenas R\$216,91 e o autuado lançou o crédito fiscal do ICMS no valor de R\$616,21. Ressalta que a infração cometida foi utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por motivo de utilizar o referido crédito fiscal a maior que o destacado em documento fiscal, e que corrigindo apenas a redação da infração citada

pelo autuante, reconhece o débito no valor de R\$399,30, como utilização indevida de crédito fiscal. Quanto ao mês de novembro de 2004, diz que ocorreu fato idêntico, com a nota fiscal de nº 221537 emissão de Paralela Dist. Alimentos Ltda. cujo destaque do crédito fiscal do ICMS é de R\$4,78 e o autuado utilizou o crédito no valor de R\$9,78, com uso indevido de crédito fiscal a maior que o destacado em documento fiscal no valor de R\$5,00 que reconhece nesta impugnação. Quanto ao mês de dezembro de 2004, declara que não existe a infração apontada pelo autuante, e que não houve divergência entre o documento fiscal e o lançamento registrado no Livro de Entradas. Sustenta que o crédito fiscal do ICMS destacado na nota fiscal de nº 354246 emitida por Atacadão Centro Sul Ltda. é de R\$146,23; que lançou a nota fiscal às fls. 24 e não utilizou o crédito fiscal destacado na mesma. Entende que o autuante deve ter se enganado, pois o valor lançado no Auto de Infração é coincidentemente 10 (dez) vezes maior que o lançado no mês de novembro de 2004, e que deve ter acontecido um erro de digitação, tendo o autuante lançado o valor da base de cálculo no mês de novembro de 2004 que era de R\$29,41 e repetido este valor em dezembro de 2004 aumentado em 10 (dez) vezes. Aduz que no caso desta nota tem direito ao crédito não utilizado à época do lançamento e já está providenciando a utilização do mesmo conforme prevê o art. 101, II, letra "a" do RICMS em vigor. Com relação à infração 06, diz que reconhece em parte conforme demonstrativo às folhas 268/270. No que tange à infração 07, diz que reconhece em parte a infração referente à nota fiscal nº 4299 no valor de R\$990,00 com a multa aplicada de 1% no valor de R\$9,90. Quanto à nota fiscal de nº 37749 no valor de R\$ 424,61, afirma que está registrada Livro de Entradas nº 02/ fl.38. Finaliza, ressaltando que fica comprovado que quanto às infrações 02, 03, 04, 05, 06 e 07 o autuante cometeu erros, enganos e equívocos, como caracterizar a infração de forma imprecisa e por presunção, presunção esta sem procedência e que a descrição em consequência destes enganos cometidos ficou confusa, genérica e que os demonstrativos não apontam discriminadamente (dia a dia, operação por operação e valor por valor), qual foi a venda efetuada através da emissão de Cartão de Débito e/ou Crédito que foi realizada sem emissão de cupom fiscal ECF-MR, entre outras incorreções citadas na presente impugnação referente a outras infrações, e, por isso, requer que esta JJF julgue nula as infrações de nº 03 e 04, julgue improcedente a infração nº 02, procedente a infração nº 01 que foi reconhecida pelo autuado nesta impugnação e procedente em parte as infrações de nº 05, 06 e 07.

O autuante por sua vez, produz informação fiscal às folhas 1.064/1.074, descrevendo as infrações imputadas e as alegações defensivas. Quanto à infração 01, diz que nada tem a declarar, pois, o contribuinte reconheceu o débito. Com relação à infração 02, aduz que de acordo com o RICMS-BA, no seu artigo 101: "A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte nos livros fiscais próprios, e no inciso II: "no período em que se verificar ou configurar o direito à utilização do crédito", assim como o § 4º, "tratando-se do imposto antecipado, nos termos do art. 352-A, o direito à escrituração do crédito se configurará com o seu recolhimento". Diante destes preceitos legais entende que a partir de maio/04, o contribuinte passou para a condição de normal, tendo o direito ao crédito da antecipação parcial, sempre, no mês em que recolheu o ICMS antecipado. Acrescenta que "como o contribuinte, no mês de maio/04, recolheu o ICMS antecipado referente ao mês de abril/04 (ainda que estivesse na condição de EPP), tem direito ao crédito, no mês de maio/04, e assim sucessivamente". Elabora quadro à folha 1.065, informando o ICMS pago pelo Código de Receita 2175 (Antecipação Parcial). Acrescenta que diante destes dados, e nos anexos acostados aos autos verifica que o contribuinte não tem razão, muito pelo contrário, foi autuado a menor, demonstrando através de planilha à folha 1.066. Assevera que o conta corrente do contribuinte foi feito com base no livro Fiscal de Apuração, adicionados aos pagamentos de crédito decorrentes da antecipação tributária, e de acordo com o novo conta corrente, acostado ao presente PAF, o contribuinte tem a pagar, nos meses de maio/04 e julho/04, R\$2.111,48 e R\$1.593,73, respectivamente; quanto ao mês de junho/04, verificou que o contribuinte deveria ter sido autuado em apenas R\$2.132,37, e não R\$ 2945,50, reduzindo o débito em R\$813,13. Com relação à infração 03, entende que o autuado não apresentou nenhuma prova (cópias das ECF's, onde

comprove à proporcionalidade) de suas operações, portanto, não acata. Acrescenta que de acordo com o RICMS-BA, o contribuinte era obrigado a declarar no verso do Cupom Fiscal, que a operação se realizou através de cartão de crédito / débito, mesmo quando a máquina não possuísse tal opção, o que elimina a possibilidade de haver emitido cupons fiscais com correspondência de cartão, porém, registrado como outro tipo de operação. Afirma que forneceu ao defendente toda a documentação para que o mesmo pudesse associar às suas vendas aos cupons fiscais e / ou notas fiscais de venda ao consumidor, conforme recibo de arquivos eletrônicos, à página 266, deste PAF, mantendo a autuação. Com relação à infração 04 diz que mantém a autuação, tendo em vista que os lançamentos apresentados no Razão Analítico da Conta Banco: (111.02.001.60) - Sudameris e (111.02.002.61) - Banco Real, para pagamento de Despesas não correspondem aos pagamentos individualizados no Razão Analítico da Conta Caixa (111.01.001.30) - Caixa. Saliencia que a conta Caixa apresenta lançamentos de vendas totais do período com a contrapartida em Receita, e que a medida que as vendas com cartão de crédito e débito são realizadas diretamente nos Bancos Sudameris e Real, o contribuinte efetua, na Conta Caixa, o lançamento: de depósito no Banco e Saída do Caixa. Afirma que, todavia, tal lançamento é anulado quando o contribuinte efetua, a débito da Conta Caixa, os pagamentos efetuados pelo Banco, e que para que não houvesse anulação dos lançamentos de saída para o Banco, o contribuinte teria que demonstrar que os pagamentos individualizados no Caixa são os mesmos pagamentos efetuados no Banco. Ressalta que a documentação apresentada (Razão Analítico da Conta Caixa, Banco, Relatório de Consistência e Extratos Bancários) não é suficiente para comprovar os lançamentos, e ficou caracterizado que se trata de pagamentos diversos no Banco e Caixa, sendo os valores lançados à débito de Caixa considerados suprimentos indevidos. No que tange à infração 05, diz que a nota fiscal nº 005.734, de 28/08/04 (página 168, deste PAF), o valor do ICMS destacado foi de R\$216,91, enquanto o lançamento na escrita fiscal atingiu a R\$616,21 (cópia do livro Fiscal de Entrada, à página 169, deste PAF), e que, portanto, houve um crédito a maior de R\$399,30, que foi o valor autuado. Aduz que não há divergência entre a autuação e o que a defesa reconhece para esta nota fiscal, exceto no enquadramento deste infração, concordando com o autuado acerca da tipificação da infração. Quanto à Nota Fiscal de nº 221.537, de 10/11/2004, cujo destaque do ICMS atingiu a R\$4,78, o contribuinte creditou-se de R\$9,76, portanto, em valor a maior de R\$ 5,00, e como o autuado reconhece esta infração, não há discussão a respeito, exceto no que tange ao seu enquadramento. No que tange à nota fiscal de nº 354.246, de 11/12/2004 (página 170, deste PAF), diz que o valor destacado de ICMS, atingiu a R\$146,23, e nos registros do livro Fiscal de Entrada deste contribuinte, em sua página 24 (página 171, deste PAF), que o contribuinte não lançou o crédito da nota fiscal de nº 031.654, de 13/12/04, contudo, o saldo de crédito de imposto a transportar, por todas as Notas Fiscais, atingiu R\$13.717,07, que não está correto, e que, por outro lado, o valor creditado pela nota fiscal de nº 354.246, assemelha-se ao valor de R\$196,23, entretanto, em verdade, não é este valor, e sim R\$146,23, que corrige. Declara que a defesa deve reconhecer esta infração e pagá-la, R\$50,00, deste Auto de Infração, mais R\$ 19,51, também para estes e outros reclamos da fiscalização, e que o contribuinte apresentou esta Nota Fiscal nº 31.454 sem o Imposto Creditado. Entende que a tipificação da infração passará para crédito indevido, e apresenta quadro demonstrativo à folha 1.070. Quanto à infração 06, elabora demonstrativo às folhas 1.071/1.072, informando no campo “Informação Fiscal”, o seu juízo de valor, e os novos valores imputados às folhas 1.073/1.074. Com relação à infração 07, diz que nada tem a comentar, uma vez que a nota fiscal de nº 37.749 foi lançada.

À vista dos novos elementos acostados aos autos pelo autuante na sua informação fiscal, a DAT-METRO, intimou o defendente para se manifestar, concedendo o prazo de 10 dias (fls. 1.108/1.109).

O autuado se manifestou às folhas 1.112/1.120, reafirmando todo o teor dos argumentos apresentados na exordial. Quanto à informação fiscal prestada pelo autuante, requerendo que suas razões sejam apreciadas por esta JJF conforme legislação em vigor, diz que reconhece a infração 01 e com relação à infração 02, o autuante reconhece que a imputação fiscal não está

correta, elaborando novos demonstrativos completamente diferentes do original. Aduz que os documentos apensados à informação fiscal não foram entregues no momento da ciência do Auto de Infração, sendo elementos essenciais para o lançamento do crédito tributário, estando caracterizado o cerceamento do direito de defesa. Pede a reabertura do prazo por 30 dias, pois o prazo de 10 dias é para simples manifestação quando não são acostados novos documentos. Quanto à infração 03, afirma que as provas estão no processo e o autuante tem condição de cotejar os valores constantes nas reduções “Z”, e o montante lançado no demonstrativo acostado à defesa. Requer, mais uma vez, o acatamento do pedido de proporcionalidade conforme Acórdão CJF 0291-12/06, que transcreve. No que concerne à infração 04, diz que o autuante cometeu enganos na sua interpretação. Salienta que não existe o fato por ele declarado; todos os pagamentos são debitados a diversas contas como fornecedores, despesas, etc. e creditadas ao caixa; todos os ingressos referentes a receitas de vendas são debitados ao caixa e creditados a vendas. Quanto ao crédito efetuado por vendas a cartão nas contas correntes bancárias são debitados a Banco e creditados ao Caixa, e que o seu procedimento está correto. Ressalta que os pagamentos por meio de lançamentos nas contas bancárias são registrados através de dois lançamentos, sendo um a débito de caixa e crédito de banco, e outro a débito da conta despesa ou similar e crédito de caixa; que os valores dos cheques compensados são registrados a débito de caixa e crédito de banco, e logo após, debitados à conta despesas e creditado na conta banco. Sustenta que o autuante em nenhum momento durante a fiscalização solicitou, nem examinou a documentação que deu origem aos lançamentos efetuados na escrita contábil da empresa, e que coloca a disposição do Fisco toda a documentação que deu origem aos lançamentos como: duplicatas, recibos, folhas de pagamento, comprovantes de pagamentos de impostos e demais contribuições sociais, e todos os extratos bancários que se fizerem necessários para que o autuante refaça a contabilização da maneira que ele considerar mais conveniente, contanto que cumpra as normas gerais de contabilidade e dos princípios contábeis geralmente aceitos pelo Conselho Federal de Contabilidade. Afirma que não estão caracterizados suprimentos indevidos, sendo apenas uma maneira de contabilizar documentos por lotes e grupos, e que o autuante não tem conhecimento da sistemática usada para processar os documentos nos registros contábeis do autuado. Salienta que em nenhum momento, o autuante apresentou provas de omissão de saídas de mercadorias tributadas, sendo mera presunção de fato que não existe, e que a exigência fiscal requer perícia contábil por profissional legalmente habilitado pelo Conselho Regional de Contabilidade. Requer a nulidade da infração por não ter elementos suficientes para determinar, com precisão, a infração apontada. No que tange à infração 05, diz que: mês de agosto/2004 - reconhece o débito, em face de o autuante ter retificado a infração para uso de crédito indevido; idem para o mês de novembro/2004; mês de dezembro/2004 – diz que apesar dos valores constantes nas folhas 1.070 da informação fiscal do autuante conter valores que em alguns casos divergem dos documentos e do escriturado no livro de Entradas, vem nessa manifestação reconhecer o débito no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais).

Quanto à infração 06, alega que: mês de junho/2004 - discorda da informação fiscal do autuante quanto a nota fiscal de nº 429.263, pois houve um engano no lançamento do nº da referida nota fiscal, que ao invés de ser lançado 429.263 foi lançado 429.205, e quanto aos outros dados, o lançamento está totalmente correto; mês de agosto/2004 – Discorda da informação fiscal do autuante quanto à nota fiscal de nº 17.050, dizendo que houve engano no lançamento do nº da referida nota fiscal, que ao invés de ser lançado 17.050 foi registrado o nº 17.058, e quanto aos outros dados o lançamento está correto. Quanto à nota fiscal de nº 198254 reconhece que o valor da multa de 1% (um por cento), que é R\$ 15,17, e que o autuante não se manifestou na pagina 1.072, só se manifestando na pagina 1.073, concordando com a defesa; mês de outubro/2004 - Discorda da informação fiscal do autuante quanto à nota fiscal nº 108356. A referida nota está lançada com o número correto no livro de Entradas de nº 02 à folha nº 39; mês de novembro/2004 - Discorda da informação fiscal do autuante quanto à nota fiscal de nº 550164, pois a referida nota está lançada com o número correto no livro de Entradas de nº 3, à folha nº 2. Discorda, também, da

informação fiscal quanto à nota fiscal de nº 10913, pois a referida nota está lançada com o número correto no livro de Entradas de nº 3/folha nº 3. Da mesma forma, não acata a informação fiscal do autuante quanto à nota fiscal nº 23857, que houve foi um engano no lançamento do número da aludida nota fiscal, que ao invés de ser lançado 23857 que é o número correto, foi lançado 23827, e quanto aos outros dados, o lançamento está totalmente correto; mês de dezembro/ 2004 - Quanto às notas nº 358160 e 40584 reconhece o valor da multa de 1 %, que é R\$ 5,87, e de R\$ 37,80 respectivamente, e que o autuante não se manifestou na pagina 1.072 só se manifestando na pagina 1.074, concordando com a autuada. Discorda igualmente, da informação fiscal quanto à nota fiscal de nº 87.278, que ao invés de ser lançado 87278 que é o número correto foi lançado 87276. Quanto aos outros dados, o lançamento está totalmente correto. Com relação à infração 07, reconhece a multa referente à nota fiscal de nº 4299 no valor de R\$9,90, e quanto à nota fiscal de nº 37749 o autuante concordou com a defesa, portanto, pede à JJF o julgamento pela procedência em parte desta infração.

O autuante, produz nova informação fiscal às folhas 1.124/1.137, discorrendo sobre a infração imputada e os argumentos defensivos. Quanto à infração 01, diz que o autuado reconhece a imputação fiscal. Com relação à infração 02, mantém o teor da informação fiscal anterior, reafirmando a entrega tempestiva de toda a documentação ao autuado. Diz que o contribuinte a partir de maio/2004, passou para a condição de “normal”, e tem o direito ao crédito do imposto devido por antecipação parcial, no mês em que recolheu o ICMS antecipado. Salienta que o autuado no mês de maio/2004, recolheu o ICMS antecipado referente ao mês de abril/2004, ainda que estivesse na condição de EPP, tem direito ao crédito. Elabora quadro demonstrativo à folha 1.126 e aduz que de acordo com o novo conta corrente o contribuinte tem a pagar, nos meses de maio/04 e julho/04, R\$2.111,48 e R\$1.593,73, respectivamente; quanto ao mês de junho/04, verificou-se que o contribuinte deveria ter sido autuado em, apenas, R\$2.132,37, e não R\$ 2.945,50. Com relação à infração 03, reafirma que o contribuinte não apresentou nenhuma prova (cópias das ECF's, onde comprove a proporcionalidade) de suas operações, portanto, não acata, e que, além disso, de acordo com o RICMS-BA, o contribuinte era obrigado a declarar no verso do Cupom Fiscal, que a operação se realizou através de cartão de crédito/débito, mesmo quando a máquina não possuísse a opção cartão de crédito e ou débito, o que elimina a possibilidade de haver emitido cupons fiscais com correspondência de cartão, porém, registrado como outro tipo de operação. Alega que forneceu ao contribuinte toda a documentação para que o mesmo pudesse associar às suas vendas aos cupons fiscais e/ou Notas Fiscais de Venda ao Consumidor, conforme Recibo de Arquivos Eletrônicos, à página 266, deste PAF. Mantém a autuação. Quanto à infração 04, afirma que o contribuinte já admite a infração; apenas, precisa de mais segurança da autuação, para que o mesmo possa reconhecê-la definitivamente, e desse modo, reitera a informação fiscal anterior. Ratifica o entendimento da informação fiscal anterior e ressalta que a infração está caracterizada porque o contribuinte não consegue comprovar que os pagamentos são comuns, ou seja, a mesma despesa é lançada em caixa e bancos, sendo, portanto, pagamentos diversos pagos com a mesma receita e supre-se o caixa para que não haja estouro. Concernente à infração 05, diz que o contribuinte reconheceu a infração, totalmente, para os meses de agosto/04 e novembro/04, contudo, só parcialmente, para dezembro/04. Salienta que, desse modo, está mantida a autuação nos mesmos termos da informação fiscal anterior, inclusive para o mês de dezembro/04. Elabora quadro demonstrativo às folhas 1.131/1.132. Com relação à infração 06, declara que: junho/04: mantida a autuação também em relação à NF nº 429.263; agosto/04: mantida a autuação também em relação à NF nº 17.050; outubro/04: mantida a autuação também em relação à NF nº 108.356; novembro/04: mantida a autuação também em relação às Notas Fiscais de nºs 550.164, 10.913 e 23.857; dezembro/04: mantida a autuação também em relação à Nota Fiscal nº 82.278. Elabora quadro às folhas 1.133/1.136. No que tange à infração 07, diz que está mantida integralmente a imputação fiscal.

À vista dos novos elementos acostados aos autos pelo autuante na sua informação fiscal, a DAT-METRO, intimou o defendente para se manifestar, concedendo o prazo de 10 dias (fls. 1.140/1.141).

O autuado apresenta nova manifestação às folhas 1.145/1.154, reafirmando o teor da manifestação anterior sem apresentar novos argumentos de fato e de direito supervenientes.

O autuante produz nova informação fiscal às folhas 1.165/1.167, reproduzindo os termos da defesa do autuado, e mantendo integralmente toda a informação fiscal prestada anteriormente.

A 3ª JJF, em face das controvérsias em torno da lide determinou que (folhas 1.171/1.172):

“Considerando que as alegações defensivas e os documentos juntados ao processo necessitam de esclarecimentos para a perquirição da verdade material dos fatos, esta JJF, em Pauta Suplementar, decidiu converter o presente processo ao CONSEF/ASTEC, para que sejam adotadas as seguintes providências:

Infração 04- Omissão de saídas por suprimento de caixa de origem não comprovada.

O autuante acosta planilha à folha 150, discriminando mensalmente os valores extraídos do Livro Diário do autuado, impugnando valores registrados à débito da conta caixa, relativos a diversos recebimentos auferidos pelo defendente.

O autuado informa que os lançamentos efetuados a crédito e a débito da referida conta tem como contra partida as contas Bancos c/ movimento, despesas bancárias, títulos de capitalização, financiamentos e adiantamentos de cartões.

Ante o exposto, o autuado deverá ser intimado para apresentar os documentos fiscais/ contábeis que deram origem aos valores apurados, elaborando novos demonstrativos de débito, se necessário.

Infração 03- Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

O autuado informa houve uso inadequado do roteiro de fiscalização em virtude da natureza da atividade da empresa, uma vez que a maioria dos produtos comercializados são isentos, enquadrados na substituição tributária, tributados pela alíquota de 7%, como também com base de cálculo reduzida.

Em face das alegações, solicitamos que o diligente elabore novo demonstrativo de débito informando a proporcionalidade dos produtos comercializados pelo autuado em relação às suas saídas, indicando separadamente os produtos isentos, substituídos, contemplados com alíquota de 7% e redução de base de cálculo no mês de dezembro de 2004.

Após as providências adotadas, a Inspetoria Fazendária do Varejo, da DAT-METRO, deverá intimar o autuante e o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência requerida, concedendo-lhes o prazo para manifestação de 10 dias”

O diligente designado pela ASTEC, elaborou o Parecer ASTEC nº 099/2007 (folhas 1.173/1.175), com o seguinte teor:

“Em cumprimento à diligência acima solicitada, após análise dos documentos apresentados pelo autuado, presto os seguintes esclarecimentos:

Em relação à infração 03:

A planilha, à fl. 1252, mostra as proporcionalidades dos produtos comercializados pelo autuado, em relação às suas saídas, indicando, separadamente, as mercadorias isentas, substituídas, e as tributadas com as alíquotas de 7% , 17% , e 12% , no mês de dezembro de 2004, obtidas, diretamente, das "REDUÇÃO Z" dos respectivos ECFs.

Foram anexadas, às fls. 1263 a 1270, cópias das “REDUÇÃO Z”, por amostragem, dos dias 01 a 03 de dezembro de 2004, como também, cópias do Livros Registro de Saídas e Apuração do ICMS, às fls. 1253 a 1262.

Na planilha, à fl. 1251, estão demonstrados todos os valores referentes às bases de cálculos e respectivos valores do ICMS.

Deste modo, após os devidos ajustes, de acordo com os percentuais de saídas de mercadorias, de acordo com as proporcionalidades apuradas, resultou no valor de R\$7.474,74 de ICMS a recolher, conforme demonstrativos às fls. 1251 e 1252.

Em relação à infração 04:

O autuado foi intimado à apresentar os documentos solicitados para diligência fiscal, conforme intimação, à fl. 1176.

As planilhas, referentes aos valores que originaram o débito apurado pelo autuante, foram apresentadas pelo autuado. Os valores demonstrados nas planilhas, às fls. 1177 a 1250, foram retirados dos extratos bancários do Banco Real, cujas cópias, encontram-se às fls. 899 a 936, que já haviam sido juntadas ao processo pelo autuado.

Os totais foram lançados à débito da Conta Caixa, como se constata às fls. 152 a 163 do PAF, gerando o suprimento de caixa, motivando a autuação nos respectivos valores.

Nos exames dos livros e documentos apresentados, verifica-se que, o autuado escritura tanto a conta "Caixa" como a conta "Banco".

Os pagamentos efetuados através de cheques são lançados, individualmente, a crédito da conta "Bancos" e os totais mensais, que são os supostos suprimentos de caixa, são lançados a débito da conta "Caixa". E, simultaneamente, são efetuados os lançamentos a crédito da conta "Caixa" e a débito das respectivas contas de "Despesas" e "Fornecedores".

A título de exemplificação, acompanhem os lançamentos do mês de janeiro 2003:

No mês de janeiro de 2003, os cheques individuais no valor de R\$ 86.906,17 (suposto suprimento de caixa), conforme planilha à fl. 1177 e extratos bancários às fls. 899 a 901, foram lançados a crédito da conta "Banco", individualmente, conforme fotocópias do Livro Razão às fls. 561 a 563. O valor total de R\$ 86.906,17 foi lançado a débito da conta "Caixa" (fl. 386) e nesta mesma data, os valores individuais dos pagamentos, totalizando R\$ 86.906,17, foram lançados a crédito da Conta "Caixa" e a débito das respectivas contas de "Despesas" e "Fornecedores", conforme cópias às fls. 390 a 392.

CONCLUSÃO

Conforme solicitação, foi elaborado um demonstrativo, informando as proporcionalidades das mercadorias comercializados pelo autuado, em relação às suas saídas, indicando, separadamente, as mercadorias isentas, substituídas, e as tributadas com as alíquotas de 7%, 17% e 12%, no mês de dezembro de 2004.

O ICMS apurado, relativo à infração 03, após a aplicação dos percentuais obtidos sobre os valores das bases de cálculos foi R\$7.474,74, conforme demonstrativos às fls. 1251 e 1252.

Em relação à infração 04, o autuado apresentou os demonstrativos comprovando que os valores considerados como suprimento de caixa foram lançados a débito da conta "Bancos" e a crédito da conta "Caixa" que simultaneamente, foram lançados a crédito da conta "Caixa" e a débito das contas de despesas ou fornecedores.

Diante do exposto, ficou evidenciado que os valores considerados como suprimentos de caixa não originaram entrada de recursos, pois os lançamentos na conta "Caixa" foram meramente transitórios.”

A DAT-METRO, intimou o defendente e o autuante para se manifestar sobre o resultado da diligência requerida, concedendo o prazo de 10 dias (fls. 1.274/1.279).

O autuado não se manifestou e o autuante à folha 1.282, apresenta a sua informação sobre a diligência realizada, dizendo que ratifica o entendimento da autuação e ressalta que a infração está caracterizada em razão de o contribuinte não conseguir comprovar que os pagamentos são

comuns, ou seja, a mesma despesa é lançada em caixa e bancos, sendo, portanto, pagamentos diversos, pagos com a mesma receita, e suprido o caixa para que não haja “estouro”.

VOTO

Inicialmente, em relação às preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, rejeito, por considerar que não foram descumpridos os incisos I a IV do art. 18 do RPAF. Verifico que se encontram claramente identificados, os elementos necessários para determinar com segurança a infração, o infrator e o montante do débito tributário, consoante disposto no artigo do citado diploma legal. No corpo do Auto de Infração, está descrito claramente os fatos considerados como ilícito tributário, e todos os anexos ao Auto de Infração, descritos pelos autuantes, inclusive documentos foram recebidos pelo próprio autuado. Portanto, os princípios da legalidade objetiva, verdade material, inquisitorialidade e tipicidade cerrada não se encontram feridos neste processo. Desse modo, indefiro o pleito consignado na peça defensiva.

Ademais, as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões ser corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo, nos termos do artigo 18 § 1º do RPAF, sendo atendido tal preceito legal neste PAF.

Em relação ao alegado cerceamento do direito de defesa, identifiquei que o impugnante exercitou de forma plena o direito ao contraditório, atacando o mérito de todas as infrações, além de terem sido entregues ao autuado todos os demonstrativos e documentos fiscais que deram suporte ao presente Auto de Infração, sendo concedidos todos os prazos legais para o contribuinte exercer a sua defesa, por determinação deste órgão julgador, constatando-se que o sujeito passivo entendeu perfeitamente as infrações imputadas e impugnou em todas as oportunidades. Constato, ainda, que o Auto de Infração foi lavrado com observância do artigo 39 e seus incisos e parágrafos do RPAF-BA.

No que concerne a falta de entrega dos Relatórios TEF, Diário e por Operação, em formato de papel, entendo que se trata de um pedido desnecessário, uma vez que o meio magnético, entregue ao autuado supre perfeitamente o fiel entendimento da infração imputada. Ademais, o volume de documentos no formato de papel requerido, a ser acostados aos autos, contraria os princípios da celeridade processual e do informalismo que regem as lides administrativas, e a substituição do modelo tradicional pelos meios eletrônicos é um elemento de modernidade e evolução dos processos, seja na esfera administrativa, seja na esfera do judiciário, desde que o acusado possa analisá-los e exercer a sua defesa, fato que foi devidamente constatado neste processo. Por conseguinte, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado.

Quanto ao pedido de diligência, foi devidamente atendido por esta JJF, conforme se verifica às folhas 1.171/1.172, do presente processo administrativo fiscal.

No mérito, o Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir ICMS relativo a cinco infrações e duas infrações por descumprimento de obrigação acessória.

Com relação à infração 02, a questão cinge-se ao fato de que o autuado deduziu dos valores a recolher a título de crédito de imposto o montante recolhido por antecipação parcial que segundo o autuante no mês de maio é de R\$ 2.918,71, enquanto o contribuinte escriturou o valor de R\$6.414,30 (fl. 30), resultando em diferença no valor de R\$3.495,59, segundo cálculos do autuante (fl. 1.095). Verifico às folhas 1.103/1.104, que o autuado recolheu a título de antecipação do imposto por antecipação parcial no mês de abril/04 o valor de R\$3.495,59, tendo utilizado como crédito fiscal os valores recolhidos do mês de referência março/03 no valor de R\$2.918,71, somado

com o mês de abril/2004 o que totaliza R\$6.414,30. Todavia a alteração de sua condição para contribuinte normal ocorreu a partir de maio de 2004, e, por conseguinte, apenas o tributo recolhido por antecipação parcial referente ao mês de abril/2004, deve ser deduzido como crédito fiscal, resultando em recolhimento a menor no valor de R\$2.918,71 no mês de maio de 2004. Verifico que o autuante exigiu o imposto no valor de R\$1.384,11, por isso, represento à autoridade administrativa para renovar o procedimento fiscal, com o objetivo de exigir a diferença de ICMS no valor de R\$1.534,60. Quanto ao mês de junho de 2004 (fl. 31), segundo o autuante na sua informação fiscal não existe valor a recolher. Verifico à folha 1.103, que o autuado recolheu o ICMS a título de antecipação parcial referência maio 2004, o valor de R\$5.189,63, lançou a débito no seu livro RAICMS R\$11.871,91 (fl. 31), quando o correto seria R\$12.310,24, resultando em diferença no valor de R\$438,33, que deve ser exigida neste Auto de Infração. Nesse raciocínio, constato que no mês de julho de 2004 (fl. 32), o autuado recolheu o ICMS a título de antecipação parcial referência junho de 2004 o valor de R\$438,33 (fl. 1.103), que deve ser deduzido do ICMS a recolher no mês de julho de 2004. Observo que o defendente lançou no seu livro RAICMS à folha 32 o saldo devedor de R\$9.258,53, quando o correto seria R\$13.475,06, resultando em diferença em favor do fisco no montante de R\$4.216,53. Como foi exigido neste Auto de Infração apenas R\$2.622,80, represento à autoridade administrativa para renovar o procedimento fiscal, com o objetivo de exigir a diferença de ICMS no valor de R\$1.593,73. Mantida a exigência fiscal.

Com relação à infração 03, entendo que deve ser aplicada a proporcionalidade das alíquotas efetivamente utilizadas pelo autuado, em razão da natureza das sua atividade comercial, tendo sido comprovado através do Parecer Astec nº 099/207 (fls. 1.173/1.175), de que o defendente comercializa com mercadorias isentas, substituídas e tributadas com alíquotas diferenciadas. Por conseguinte, acolho os termos de o referido Parecer, que está de acordo com a Instrução Normativa de nº , e julgo parcialmente procedente este item da autuação devendo ser reduzido o débito para R\$7.534,15, conforme demonstrativo abaixo:

Data da ocorrência	Vencimento	Imposto devido
30/11/2004	09/12/2004	59,41
31/12/2004	09/01/2005	7.474,74
TOTAL		7.534,15

Quanto à infração 04, o diligente da Astec atendeu a diligência requerida por esta Junta de Julgamento Fiscal, tendo informado no Parecer Astec de nº 099/2007, que o autuado apresentou demonstrativos comprovando que os valores considerados como suprimento de caixa foram lançados a débito da conta “Bancos” e a crédito da conta “Caixa”, que simultaneamente foram lançadas a crédito da conta “Caixa” e a débito das contas de despesas ou fornecedores.

Com efeito, tanto a conta “Caixa”, quanto a conta “Bancos conta movimento”, devem apresentar saldos devedores por se tratarem de disponibilidades de bens e direitos da empresa, e, por isso, são consideradas no Ativo Circulante do contribuinte. No caso em apreço o diligente constatou que os pagamentos do impugnante eram lançados a crédito da conta “Bancos” e a débito da conta “Caixa” e em seguida feito o lançamento concomitante de crédito da conta “Caixa” e débito da conta “Despesas” e “Fornecedores”. Ante o exposto acolho o teor do Parecer Astec 099/2007, não ficando caracterizado nesta infração a acusação de suprimento à caixa de origem não comprovado, que por se tratar de uma presunção legal, permite ao sujeito passivo comprovar a improcedência de tal presunção, o que ocorreu no presente processo. Por conseguinte, julgo improcedente este item da autuação.

Quanto à infração 05, verifico que a nota fiscal nº 005.734 (fl. 168), o valor do ICMS destacado foi de R\$216,91, enquanto o lançamento na escrita fiscal atingiu a R\$ 616,21 (fl.169, deste PAF), e que, portanto, houve utilização de crédito fiscal a mais de R\$399,30, valor autuado e reconhecido pelo autuante. Quanto à Nota Fiscal de nº 221.537, (fl. 166), cujo destaque do ICMS atingiu a R\$4,78, o

contribuinte creditou-se de R\$9,76 (fl. 167), portanto, em valor a maior de R\$ 5,00, reconhecido pelo autuado. No que tange à nota fiscal de nº 354.246 (fl. 170), diz que o valor destacado de ICMS, atingiu a R\$146,23, o contribuinte creditou-se de R\$196,23 (fl. 171), portanto, em valor a maior de R\$50,00. Entretanto, constato que a tipificação da infração está incorreta, sendo exigido imposto por “divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios”, quando a tipificação legal da infração deve ser “utilização indevida de crédito fiscal”, cuja multa prevista está regradada no artigo 42, VII, “a”, da Lei 7.014/96, ferindo preceito legal, insculpido no artigo 18, IV. “a”, do RPAF, que determina a nulidade do Auto de Infração que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração. Por conseguinte julgo nula a infração imputada e represento à autoridade administrativa para renovar o procedimento fiscal a salvo de falhas e incorreções.

Quanto à infração 06, verifico que o autuante reconheceu como indevida parte da autuação conforme se verifica no demonstrativo por ele elaborado às folhas 1.071/1.074. Constato, ainda que o autuado inconformado com a informação fiscal do autuante protesta às folhas 1.152/1.153, indicando diversas notas fiscais que devem ser retiradas da autuação, para as quais me posiciono a seguir:

Mês de junho de 2004: nota fiscal de nº 429.263, não comprovada a alegação defensiva de que foi registrada sob o nº 429.205. (fls. 187 e 437). Em que pese os valores idênticos de ambas as notas fiscais, não se prestam para provar que se tratam das mesmas operações de aquisição pelo autuado.

Mês de agosto de 2004: nota fiscal de nº 17.050 não comprovada a alegação defensiva de que foi registrada sob o nº 17.058 (fls. 198 e 507). Em que pese os valores idênticos de ambas as notas fiscais, não se prestam para provar que se tratam das mesmas operações de aquisição pelo autuado.

Nota fiscal de nº 198.254 (fl.193), trata-se de aquisição de macarrão, mercadoria submetida ao regime de substituição tributária, por isso, o percentual da multa a ser exigido é de 1%, nos termos do artigo 42, XI da Lei 7.014/96, devendo ser reduzido o débito para R\$15,17.

Mês de outubro de 2004: nota fiscal de nº 108.356, não comprovada a alegação defensiva de que foi lançada no livro REM nº 02, folha 39 (fls. 203, 575). Em que pese os valores idênticos de ambas as notas fiscais, não se prestam para provar que se tratam das mesmas operações de aquisição pelo autuado.

Mês de novembro de 2004: nota fiscal de nº 550.164, não comprovada a alegação defensiva de que foi lançada no livro REM nº 03, folha 02 (fls. 203, 601).

Nota fiscal de nº 10.913 (fls. 213, 603), não comprovada a alegação defensiva de que foi lançada no livro REM nº 03, folha 03 (fls. 203, 575). Em que pese os valores idênticos de ambas as notas fiscais, não se prestam para provar que se tratam das mesmas operações de aquisição pelo autuado.

Nota fiscal de nº 23.857, não comprovada a alegação defensiva de que foi registrada sob o nº 23.827 (fls. 214 e 629). Em que pese os valores idênticos de ambas as notas fiscais, não se prestam para provar que se tratam das mesmas operações de aquisição pelo autuado.

Mês de dezembro de 2004: Notas fiscais de nºs. 358.160 e 40.584 (fls. 217, 219), trata-se de aquisições de cervejas e coxas e sobre coxas de frango, mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, por isso, o percentual da multa a ser exigido é de 1%, nos termos do artigo 42, XI da Lei 7.014/96, devendo ser reduzido o débito para R\$5,87 e R\$37,80 respectivamente.

Nota fiscal de nº 87.278, não comprovada a alegação defensiva de que foi registrada sob o nº 87.276 (fls. 214 e 665). Em que pese os valores idênticos de ambas as notas fiscais, não se prestam para provar que se tratam das mesmas operações de aquisição pelo autuado.

Por conseguinte considero parcialmente subsistente o débito imputado para esta infração, no valor de R\$3.017,78, conforme demonstrativo abaixo:

Data da ocorrência	Vencimento	Imposto devido
30/06/2004	09/07/2004	665,05
31/07/2004	09/08/2004	18,06
31/08/2004	09/09/2004	744,17
30/09/2004	09/10/2004	229,31
31/10/2004	09/11/2004	459,58
30/11/2004	09/12/2004	203,47
31/12/2004	09/01/2005	698,14
TOTAL		3.017,78

Com relação à infração 07, o autuado reconhece a multa exigida correspondente à nota fiscal de nº 4299, no valor de R\$9,90, e quanto à nota fiscal de nº 37.749, o autuante concorda com as alegações defensivas de que foi registrada no livro REM nº 02 à folha 38, que está comprovado nos autos às folhas 223, 224 e 573. Portanto o débito para esta infração deve ser reduzido para R\$ 9,90.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme quadro abaixo:

INFRAÇÃO N °	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE	540,51	-
02	PROCEDENTE EM PARTE	2.622,80	-
03	PROCEDENTE EM PARTE	7.534,15	-
04	IMPROCEDENTE	-	-
05	NULA	-	-
06	PROCEDENTE EM PARTE		3.017,78
07	PROCEDENTE EM PARTE	-	9,90
TOTAL		10.697,46	3.027,68

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **nº102.148.0004/06-2**, lavrado contra **DUTRA BASTOS ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.697,46**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$3.163,31, e 70%, sobre R\$7.534,51, previstas no artigo 42, inciso II, alínea “a” e “b”, e inciso III, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$3.027,68**, previstas no artigo 42, incisos IX e XI, da mencionada Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão 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 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 2000.

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

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA