

A. I. N.º - 207494.0003/07-9
AUTUADO - C & A MODAS LTDA.
AUTUANTE - VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA e REGINALDO CÂNDIDO DE MEDEIROS FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 04/06/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0128-03/09

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Imputação parcialmente elidida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração reconhecida pelo sujeito passivo. 3) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. b) NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao ICMS não antecipado em multa. Quanto ao item “b” acima, multa prevista, à época dos fatos, na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Infrações caracterizadas. 4) ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Saídas internas. Utilização da alíquota de 12%, quando deveria ter sido utilizada a alíquota de 17%. Infração reconhecida pelo sujeito passivo. 5) CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) UTILIZAÇÃO A MAIS. ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Infração reconhecida pelo sujeito passivo. b) MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (calçados e aparelhos celulares). É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. Infração caracterizada. 6) LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao

deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Imputação não elidida. **b) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS.** 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. Infração caracterizada. Indeferido o pedido de perícia. Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 14/12/2007, reclama ICMS no valor total de R\$447.313,41, e aplica multas no valor total de R\$298.042,36, em razão de nove infrações:

Infração 01. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Consta, na descrição dos fatos, que a omissão está caracterizada por notas fiscais não lançadas no livro Registro de Entradas, apurada por meio de vias de notas fiscais (fls. 243 a 281) retidas nos Postos Fiscais e constantes do Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT, conforme Demonstrativo de fls. 17 a 20 e Disco Compacto Regravável - CD-R - à fl. 18. ICMS no valor de R\$61.338,14, acrescido da multa de 70%.

Infração 02. Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA. Consta, na descrição dos fatos, que se trata de falta de recolhimento do ICMS antecipado de notas fiscais destinadas ao estabelecimento e não registradas no livro Registro de Entradas, apurado através de vias de notas fiscais anexadas às fls. 243 a 281, retidas nos postos fiscais e constantes do CFAMT, conforme demonstrativos às fls. 18 e 19, tendo sido anexada mídia CD-R à fl. 418, com o mesmo demonstrativo. Mês de março/2005. ICMS no valor de R\$1.888,95, acrescido da multa de 60%.

Infração 03. Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte deixou de efetuar o recolhimento da antecipação parcial nas aquisições de mercadorias em outras Unidades da Federação, referentes ao CFOP 2102, conforme anexo CD-R à fl. 418 e demonstrativo de fls. 21 a 45. Período de março/2004 a junho/2006. Multa no valor de R\$280.999,23.

Infração 04. Recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta, na descrição dos fatos, que se trata de saídas internas de mercadorias tributáveis com alíquota de 17%, tendo sido utilizada a alíquota de 12%. Período de junho/2004 a maio/2005. ICMS no valor de R\$22.871,38, acrescido da multa de 60%.

Infração 05. Utilização a mais do crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra Unidade da Federação ou do exterior. Mês 06/2004. Demonstrativo à fl. 58. ICMS no valor de R\$7.573,22, acrescido da multa de 60%.

Infração 06. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Consta, na descrição dos fatos, que está

anexo CD-R à fl. 418. Demonstrativos às fls. 76 a 79. Exercício de 2004 – mês de abril; Exercício de 2005 – Mês de dezembro; Exercício de 2006 – meses de março, abril, outubro e dezembro. ICMS no valor de R\$25.796,30, acrescido da multa de 60%.

Infração 07. Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado. Consta, na descrição dos fatos, que o levantamento quantitativo de estoque foi efetuado por agrupamento por espécie de produto, “anexo Demonstrativo com os códigos dos produtos antes do agrupamento e depois do agrupamento fls. 188 a 225 do PAF, em virtude dos arquivos magnéticos terem sido enviados com a existência de diferentes códigos para o mesmo produto (produto identificado por mais de um código), conforme documento anexo fl. 415 a 417 do PAF e a empresa ter sido intimada em 13/06/2007, 19/09/2007 e 27/11/2007 (fls. 408 a 412), e não ter regularizado as divergências dos códigos por espécie de produto até a presente data.” Anexos Demonstrativos às fls. 80 a 187 e CD-R à fl. 418. Consta, ainda, que a base de cálculo da omissão relativa aos telefones celulares foi reduzida em 29,41%, conforme Decreto nº 9.068/2004. Exercício de 2005. ICMS no valor de R\$209.044,50, acrescido da multa de 70%.

Infração 08. Falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercício fechado. Consta, na descrição dos fatos, que o levantamento quantitativo de estoque foi efetuado por agrupamento por espécie de produto, “anexo Demonstrativo com os códigos dos produtos antes do agrupamento e depois do agrupamento fls. 188 a 225 do PAF, em virtude dos arquivos magnéticos terem sido enviados com a existência de diferentes códigos para o mesmo produto (produto identificado por mais de um código), conforme documento anexo fl. 415 a 417 do PAF e a empresa ter sido intimada em 13/06/2007, 19/09/2007 e 27/11/2007 (fls. 408 a 412), e não ter regularizado as divergências dos códigos por espécie de produto até a presente data.” Anexos Demonstrativos às fls. 80 a 187 e CD-R à fl. 418. Exercício de 2006. ICMS no valor de R\$118.800,92, acrescido da multa de 70%.

Infração 09. Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Consta, na descrição dos fatos, que está anexo demonstrativo de fls. 59 a 75, e CD-R à fl. 418, com as mercadorias não antecipadas. Período de janeiro/2004 a março/2006. Multa no valor de R\$17.043,13.

O autuado, por intermédio de advogados com Procuração à fl. 465, impugna o lançamento de ofício às fls. 430 a 463, preliminarmente descrevendo as imputações, reconhecendo o cometimento das infrações 02, 04 e 05 e aduzindo, em seguida, em relação à imputação 01, que trata-se de presunção com suporte no artigo 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, e artigo 2º, §3º, inciso IV, do RICMS/BA, com base de cálculo prevista no artigo 60 do mesmo RICMS/BA, transcrevendo estes dispositivos. Tece comentários acerca do instituto da presunção legal, da busca da verdade material, do ônus da prova. Afirma que sempre será admitida a prova em contrário do fato que se pretende presumir, *in casu* o pagamento com recursos à margem da contabilidade gerado pela prévia omissão de receitas. Que comprova que os recursos empregados nas aquisições identificadas tiveram origem regular, estavam devidamente contabilizados, o que implica na improcedência da presunção. Que das notas fiscais que baseiam a acusação podem ser extraídas duas situações distintas, sendo a primeira a de Notas Fiscais cujas operações não possuem o conteúdo econômico que possibilite a aplicação da presunção de manutenção de recursos à

margem da contabilidade, enquadrando-se nessa situação as Notas Fiscais relativas ao fornecedor: C&A Modas LTDA, ou seja, a própria empresa autuada. E que na segunda situação, relacionadas às demais Notas Fiscais, os recursos utilizados para o respectivo pagamento estariam devidamente registrados na contabilidade.

Aduz que, com relação às operações de transferência, cujo fornecedor afirma que são outros estabelecimentos da própria C&A Modas LTDA, seria inaplicável a presunção de pagamento com recursos à margem da contabilidade porque tais operações não possuem conteúdo econômico, tratando-se de transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, que não implicariam em movimento de recursos financeiros.

Afirma que reforça este argumento o fato de que a base de cálculo nos casos de presunção de omissão de saídas é o "custo das entradas não registrados" (inciso I, art. 60). Que se tais operações não implicaram em qualquer desembolso por parte do estabelecimento autuado, não há que se falar em custo de entrada (base de cálculo da autuação).

Diz que, com relação às demais operações que possuem conteúdo econômico, compromete-se a proceder à juntada dos documentos que comprovariam que os recursos financeiros utilizados nos respectivos pagamentos estavam registrados em sua contabilidade em 30 dias, tendo em vista o grande número de cópias a serem providenciadas.

Assevera que a prova que fará de que os recursos financeiros estavam devidamente contabilizados quando do pagamento aos fornecedores, ilide a presunção de omissão de saídas. Que somente implica em presunção de omissão de saídas os fatos que denotam a manutenção de recursos à margem da contabilidade (§3º do artigo 2º) e que, uma vez comprovada a origem escritural dos recursos financeiros, seria inaplicável a presunção utilizada pelo Fisco.

Argumenta que impõe-se o cancelamento de qualquer exigência de ICMS fundada no mero erro de não escrituração de Notas Fiscais, vez que provado que referidas operações ou não tiveram qualquer custo para ele, impugnante, ou foram pagas com recursos devidamente escriturados. Que as provas de que os valores para pagamento das referidas mercadorias estavam devidamente contabilizados e as entradas por transferência não possuem qualquer conteúdo econômico, não permitem sustentar a presunção de que houve receitas auferidas à margem da contabilidade pelo não registro de saídas, mas tão-somente o descumprimento de obrigação acessória.

Ressalta que, caso não aceite a argumentação anterior, a exigência formulada com relação ao mês de dezembro de 2005 no valor de R\$2.716,75, deve ser cancelada porque nos demonstrativos anexos ao Auto de Infração não foram identificados as Notas Fiscais das entradas supostamente não registradas, o que o impede de fazer prova em contrário, o que cerceia o seu direito de defesa.

O contribuinte passa a pronunciar-se acerca da Infração 03 expondo que lhe foi imputado não ter observado as normas contidas nos artigos 61, 125 e 352-A do RICMS-BA, que determinam o recolhimento do ICMS antecipado no momento das entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, tendo a Fiscalização alegado que colhera as operações relativas ao recebimento de mercadorias classificadas sob o Código Fiscal de Operação (CFOP) nº 2.102 — "Compra para comercialização". Que, de acordo com o Demonstrativo de Débito do Auto de Infração, não teria sido recolhido, à época, ICMS por antecipação, de forma que a multa aplicável monta R\$280.999,23, mas que a imputação seria nula porque dentre os documentos anexados ao Auto de Infração que lhe foram entregues por meio de CD-R, não constaria demonstrativo dos fatos geradores da imputação. Que neste citado CD-R apenas havia as planilhas que se destinam a apuração dos fatos que ensejaram a acusação contida na Infração 09, quais sejam demonstrativo de auditoria da multa de 60% por falta de recolhimento do ICMS por antecipação 2004; demonstrativo de auditoria da multa de 60% por falta de recolhimento do ICMS por antecipação 2005; demonstrativo de auditoria da multa de 60% por falta de recolhimento do ICMS por

antecipação 2006. Que, assim, teria havido cerceamento do seu direito de defesa, conforme artigos que transcreve do RPAF/99, e dispositivos da Constituição da República e do Código Tributário Nacional – CTN. Aduz que o Auto da Infração limitou-se a apresentar um demonstrativo de débito por total mensal, sem elucidar sobre quais operações ele, defendente, não teria efetuado o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, nem especificar quais notas fiscais foram colhidas para obter aquele montante. Cópia ensinamentos de Carlos Ari Sundfeld e Celso Antônio Bandeira de Mello. Reitera o pedido de declaração de nulidade da infração 03 e, alternativamente, de seu cancelamento porque não teria havido prejuízo ao erário que justificasse a aplicação da penalidade imposta à razão de 60% de valor que não acarretou qualquer benefício para ele, defendente.

Pronuncia-se acerca da inconstitucionalidade da exigência de diferencial de alíquota de ICMS e das infrações relacionadas. Aduz que o Julgador não pode convalidar a cobrança do diferencial de alíquota pelo Estado da Bahia à revelia do disposto no artigo 146, inciso III, alínea "a" da Constituição da República. Afirma que a sistemática de "antecipação parcial" prevista no artigo 352-A do RICM/BA é o mesmo que exigir o recolhimento do diferencial de alíquota, sendo irrelevante o *nomen iuris* que pretendeu dar o poder Executivo estadual a essa sistemática de recolhimento do imposto em operações interestaduais. Cita os artigos 146 e 155, inciso VIII, da Constituição da República, fala na competência para instituir tributos, cita a Resolução nº 22/1989 do Senado Federal e o artigo 2º, inciso II, e artigo 5º; artigo 34, § 8º do ADCT; Lei Complementar nº 24/75; Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir); artigo 1º, §2º, inciso IV e 352-A do RICMS/BA. Cópia texto de Hugo de Brito Machado. Cita julgado do STF sobre adicionais do Imposto de Renda. Conclui afirmando que a exigência do diferencial de alíquota por parte do Estado da Bahia sob a rubrica de "antecipação parcial do ICMS", com base no Decreto nº 6.284 de 14 de março de 1997, é inconstitucional, pelo que o Auto de Infração deveria ser anulado, "porque impõe multa sobre exigência indevida."

O contribuinte passa a pronunciar-se sobre a Infração 06 aduzindo que a Fiscalização imputa-lhe a infração de ter utilizado indevidamente crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas com pagamento do ICMS por antecipação, tendo utilizado como fundamento o artigo 97 do RICMS/BA, que copia.

Diz ser importante notar que quase a totalidade dos créditos glosados referem-se a aparelhos de telefonia celular que, antes de 01/03/2006, não estavam sujeitos a substituição tributária. Que os maiores valores da autuação neste item referem-se aos meses de março e abril de 2006, período em que ele, defendente, estava adaptando os seus sistemas de processamento de dados para cumprir a legislação aplicável. Que não houve prejuízo ao erário porque os produtos foram normalmente tributados quando da realização da respectiva operação de saída.

Que, como contrapartida à apropriação do crédito, as mercadorias eram normalmente tributadas na saída via registro no ponto-de-venda (PDV). Que, neste sentido, requer prazo adicional de 30 dias para juntar cópia de cupons fiscais que demonstrariam que a comercialização das referidas mercadorias havia sido normalmente tributada pelo ICMS. Que a ausência de prejuízo ao erário afasta a aplicação de penalidades, por que nunca descumpriu a obrigação principal de recolher o ICMS sobre o valor total das operações de saída envolvendo essas mercadorias, notadamente os aparelhos celulares. Que, na hipótese de não se entender pelo cancelamento da presente autuação, requer seja reconhecido que o débito do ICMS registrado na saída das respectivas mercadorias foi indevido, portanto o recolhimento de ICMS efetuado à época foi maior que o devido. Que uma correta apuração fiscal neste particular pressupõe que o ICMS debitado à época relativo a estas mercadorias seja estornado em razão da presente autuação, sob pena de uma mesma operação de saída ser onerada duas vezes pelo mesmo tributo – uma via apuração normal à época, e outra via sistemática da Substituição Tributária, ou seja, se mantida a glosa dos créditos apropriados,

deveriam ser subtraídos os valores recolhidos a mais em razão da tributação da saída das mercadorias.

O contribuinte expõe, sobre a Infração 07, que a acusação tem base na presunção legal de que ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou-se o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado. Que, assim, mediante a realização de auditoria no movimento dos estoques, a Fiscalização presumiu que ele, defendente, não havia escriturado entradas o que, por sua vez, implicou na presunção legal de omissão de saídas com base tão-somente nas disposições contidas na Portaria nº 445/98. Tece comentários acerca da sistemática da auditoria realizada, e copia o §4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, e o inciso IV, §3º do artigo 2º do RICMS/BA. Repete que as presunções legais são exceções ao princípio da verdade material. Diz que o procedimento adotado pela Fiscalização carece de suporte fático ou legal. Aduz que a legislação vigente é clara ao estabelecer que "presume-se a ocorrência de operações sem pagamento do imposto sempre que a escrituração indicar entradas de mercadorias não registradas". Que, portanto, o fato que dá ensejo à aplicação da presunção de omissão de saídas é o não registro de entradas. Que esse método (saldo de estoque) de presunção de omissão de receitas seria ilegal e que, nos casos em que foi possível identificar precisamente as notas fiscais não registradas, foi lavrada autuação específica (Infração 01). Que em nenhum momento a legislação permitiu que tal presunção fosse erigida pela constatação de outros fatos que não a ausência no registro de entradas. "Noutras palavras, a diferença de estoques em Levantamento Quantitativo não é (e nem nunca foi) hipótese válida de presunção de omissão de saídas." Afirma que não se pode presumir a não contabilização das entradas. Que à Fiscalização cabia provar a ocorrência do fato entradas não registradas, para daí presumir a omissão de saídas, e não simplesmente alegar que o levantamento quantitativo dos estoques indica que ocorreu entrada de mercadorias não registradas. Que a divergência no levantamento quantitativo dos estoques pode evidenciar diversos fatos, mas não a ausência de registro de entradas, que há de ser provado. Que é "importante que se deixe consignado que, na absurda hipótese de se manter a presente acusação o período de 2005 arrolado na Infração 01 deve ser cancelado porque ambas decorrem da suposta ocorrência do mesmo fato - omissão no registro de entradas."

Que a acusação genérica erigida nesta imputação 07 pelo Levantamento Quantitativo dos Estoques não lhe permite fazer prova de que os recursos utilizados no pagamento das respectivas entradas decorreram de operações de saídas normalmente tributadas. Que a aplicação de presunções legais no âmbito do processo administrativo fiscal sempre será relativa, admitindo prova em contrário. Que o próprio artigo que dá suporte à presunção da omissão de receitas determinou expressamente que cabe ao contribuinte provar que o fato presumido não ocorreu, mas que a aferição da omissão de entradas foi feito por meio indireto, de modo que ele, defendente, teria de colher e juntar documentos comprobatórios de todos os pagamentos relativos à totalidade das aquisições do período. Tendo em vista que as aquisições do período montaram aproximadamente 45 milhões, e que a empresa possui centenas de fornecedores, tal prova é impossível, e que "aplicar presunção que admita apenas prova contrária de obtenção impossível é o mesmo que perpetrar presunção absoluta."

Que para a constatação de recursos mantidos à margem da contabilidade através da verificação do não registro de entradas, a Fiscalização deveria ter excluído as operações de transferência que não possuem conteúdo econômico e não implicaram em qualquer desembolso por parte do estabelecimento autuado, pelo que não há que se falar em custo (base de cálculo da autuação).

Conclui asseverando que impõe-se o cancelamento de qualquer exigência de ICMS fundada em diferença na movimentação dos estoques porque tal fato não permite a aplicação da presunção legal da omissão de saídas, e que este fato também não daria ensejo a aplicação de penalidade

pelo descumprimento de obrigação acessória, porque não teriam sido identificadas com precisão as operações e notas fiscais que deixaram de ser registradas.

O impugnante expõe, acerca da infração 08, que tal como na imputação 07, ocorre aplicação de presunção legal de não ter oferecido operações de saída à tributação pela constatação de divergência no levantamento quantitativo dos estoques. Que a Fiscalização presumiu a ocorrência de operações de saída com base tão-somente nas disposições contidas na Portaria nº 445/98. Que a constatação de divergência no movimento dos estoques não permite a aplicação da presunção legal de omissão de saídas, segundo o §4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96. Repete que as presunções legais são exceções ao princípio da verdade material, de modo que a sua aplicação exige análise ainda mais cuidadosa dos fatos. Que o procedimento adotado pela Fiscalização carece de suporte legal. Que a legislação vigente é clara ao estabelecer as hipóteses que permitem a presunção de omissão de receitas e, dentre elas, não está a divergência nos Levantamentos quantitativos dos estoques. Que à Fiscalização caberia provar de modo inequívoco a ocorrência de um daqueles fatos para então se presumir a omissão de saídas (exceção ao princípio da verdade material); e não meramente alegar que o levantamento quantitativo dos estoques indica que ocorreu a saída de mercadorias sem tributação. Que a divergência no levantamento quantitativo dos estoques pode evidenciar diversos fatos, mas não a ausência de registro de saídas. Diz ter havido acusação genérica relativamente ao levantamento quantitativo dos estoques, o que não lhe permite fazer prova de que a totalidade de suas saídas foram oferecidas à tributação, porque não lhe é possível saber sobre quais operações recai a acusação do não oferecimento a tributação. Que a presunção legal admite prova em contrário, e não lhe está sendo permitido defender-se porque a aferição de omissão de entradas foi feito por meio indireto e genérico, de modo que ele, defendente, teria de colher e juntar documentos comprobatórios de todas as operações de saída para comprovar o seu devido oferecimento à tributação. Que tendo em vista que as operações realizadas no ano e devidamente oferecidas à tributação montam aproximadamente 118 milhões e que a empresa possui milhares de clientes, tal prova é impossível. Que aplicar presunção que admite apenas prova contrária de obtenção impossível é o mesmo que perpetrar presunção absoluta. Que o montante das operações tidas por omitidas é absolutamente irrelevante se comparado ao seu movimento total, e podem ser justificáveis pela suscetibilidade a erros cometidos pelos operadores dos caixas que, por exemplo, podem registrar a saída de uma determinada mercadoria ao invés da mercadoria efetivamente vendida. Pede o cancelamento de qualquer exigência do ICMS fundada em diferença na movimentação dos estoques porque tal fato não permite a aplicação da presunção legal de omissão de saídas. Diz que tal fato sequer dá ensejo à aplicação de penalidade pelo descumprimento de obrigação acessória, vez que não identificadas as notas fiscais que deixaram de ser registradas.

Em relação à infração 09, multa sobre antecipação parcial não efetuada - mercadoria sujeita a substituição tributária normalmente tributada, o contribuinte aduz que não merece prosperar, porque não teria havido qualquer prejuízo ao erário, vez que o ICMS fora devidamente recolhido quando da comercialização das respectivas mercadorias, sem levar em consideração que as mesmas se sujeitavam à Substituição Tributária, fato expressamente reconhecido pela Fiscalização. Que em não havendo prejuízo ao erário, não se permite a aplicação de penalidades da ordem de 60% sobre valor que não acarretou benefício a ele, defendente. Que o fato de ele, defendente, ter dado à mercadoria sujeita a Substituição Tributária o mesmo tratamento das mercadorias sujeitas à sistemática normal de apuração foi considerado pela Fiscalização como suficiente para aplicação da penalidade prevista no artigo 42, inciso II, da Lei nº 7.014/96. Que a Fiscalização reconhece que referidas mercadorias foram tributadas normalmente. Que a aplicação desta multa seria um ato confiscatório desprovido de razoabilidade e proporcionalidade. Fala sobre confisco. Indaga qual tratamento deve ser dado ao infrator que, simplesmente, não procede ao recolhimento do imposto na saída das mercadorias. Aduz que, tendo em conta que o giro de mercadorias no seu estabelecimento é relativamente rápido, é bem possível que este não

recolhimento de ICMS por antecipação sequer tenha gerado prejuízo temporal aos cofres da Fazenda Estadual. Cita Leandro Paulsen, Carlos Roberto Siqueira Castro, Gomes Canotilho e jurisprudência federal acerca de proporcionalidade na aplicação de multas.

Afirma que não há, na legislação pátria, qualquer norma que, em conformidade com a Constituição da República, permita impor a ele, contribuinte, esta multa. Requer que seja cancelada a Infração 09 porque não teria sido provado pela Fiscalização qualquer prejuízo ao erário que pudesse ensejar aplicação de penalidades.

O contribuinte conclui resumindo, em relação a cada imputação:

Infração 01. não mereceria prosperar, porque a ausência de registro das Notas Fiscais de Entrada por transferência não permite presumir omissão de receitas porque não envolvem conteúdo financeiro; os pagamentos relativos às Notas Fiscais de Entrada por aquisição foram devidamente contabilizados, de modo que ilidida a presunção de manutenção de recursos provenientes de receitas/saídas omitidas;

Infração 03. o crédito tributário seria nulo porque não demonstrada a base fática que o suporta, além do que a exigência de diferencial de alíquota pelo Estado da Bahia sob a rubrica de antecipação parcial seria inconstitucional, bem como a imposição de penalidades pelo seu não adimplemento;

Infração 06. a sua conduta não teria acarretado prejuízo ao erário, além do que a glosa do crédito apropriado à época acarretaria a duplicidade de tributação, porque às mercadorias sujeitas a substituição tributária foi dispensado o tratamento aplicável às demais mercadorias

Infração 07. o procedimento não possui base legal. Os fatos que permitem a presunção relativa de omissão de receitas devem ser provados inequivocamente, e não presumidos

Infração 08. a Fiscalização presumiu a omissão de saídas pela constatação de divergência no movimento dos estoques, fato não previsto dentre aqueles dos quais se permite presumir a omissão de receita;

Infração 09. mesmo reconhecendo a ausência de prejuízo ao erário, a Fiscalização aplicou multa abusiva de 60% sobre o valor de ICMS que já foi pago, o que consubstancia a exigência em ilegal e inconstitucional a medida que em desconformidade com o princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Requer o acolhimento da defesa, anulando-se a parcela impugnada do Auto de Infração e Imposição de Multa lavrado. Requer também que seja declarado extinto o crédito tributário formulado nas Infrações 02, 04 e 05, em razão do pagamento realizado.

O impugnante conclui requerendo provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, notadamente pela realização de sustentação oral, juntada de documentos, apresentação de memoriais e provas periciais.

Os autuantes prestam informação fiscal às fls. 505 a 514, inicialmente expondo os termos das imputações e, em seguida, aduzindo, em relação a cada infração:

Infração 01. Aduzem que as alegações do defendente quanto a que as aquisições seriam provenientes de operações contabilizadas não podem prosperar, uma vez que durante a ação fiscal foi intimada em 21/08/2007 a comprovar o registro na sua escrita contábil conforme documentos de fls. 406 e 407, e não o fez. Que, conforme o artigo 123 do RPAF/99, o autuado deve juntar todas as provas de suas alegações na sua defesa. Citam o artigo 2º do RICMS/BA. Afirmam que em não tendo o defendente trazido ao processo provas de equívoco na escrituração contábil de sua empresa, das notas fiscais não registradas na sua escrita fiscal, ficaram comprovadas as ocorrências de entradas de mercadorias não registradas, significando dizer que os recursos

aplicados nos pagamentos, por não terem respaldo legal, tiveram a sua origem desconhecida como estabelece o §4º do artigo 4º da Lei 7014/96.

Quanto à exigência relativa ao mês de dezembro/2005, no valor de R\$2.716,75, acatam as alegações do defendente, alterando o valor da infração 01 de R\$61.338,14 para R\$58.621,39. Tendo em vista que foi efetuado o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias referente ao exercício de 2005, também acatam as alegações da empresa em suas razões de defesa no item III.7, relativas à infração 07, e excluem da infração 01 as Notas Fiscais emitidas por C & A Modas LTDA, por conterem produtos que constaram do levantamento quantitativo, referente às mercadorias transferidas (fls. 263 a 280 do PAF), constantes do demonstrativo de fls. 18 e 19 do PAF, de R\$26.048,67, com isto alterando o valor da infração, no mês de março, de R\$27.009,09 para o valor de R\$960,42, e o valor total da infração 01 de R\$58.621,39 para R\$32.572,72.

Infração 03. Os autuantes afirmam que não procedem as alegações do autuado quanto a não ter recebido as demonstrações dos fatos geradores colhidos, do que decorreu a multa no valor de R\$280.999,23, imputada pela falta de recolhimento da antecipação parcial, uma vez que, no PAF foram anexados todos os Demonstrativos detalhando os valores por Notas Fiscais classificadas no CFOP 2102 que embasaram a presente autuação (fls. 21 a 45), cujas cópias foram entregues ao contribuinte no dia 21/08/2007, mediante recibo assinado pelo seu funcionário Jean Devidson conforme constam nas folhas 30, 39, 45 e 406, juntamente com CD-R com os supra citados Demonstrativos. Quanto à arguição da inconstitucionalidade do diferencial de alíquota do ICMS, afirmam que não se inclui em sua competência discutir a inconstitucionalidade, ou a negativa de aplicação de Lei, ou Ato Normativo, emanado do Secretário da Fazenda, ou do Governador do Estado.

No que tange à Infração 06, crédito indevido relativo ao ICMS pago por Antecipação Tributária, os representantes do Fisco afirmam que, apesar da vedação expressa, o contribuinte utilizou os créditos do ICMS destacado nas aquisições, conforme cópias do Livro Registro de Entradas às fls. 326 a 404 do PAF. Que, seguindo as Normas do Decreto nº 9786, de 10/02/2006, o contribuinte apurou o estoque de aparelhos de telefonia celular e efetuou o recolhimento do ICMS por Antecipação Tributária, e que a partir de 01/03/2006 as saídas destes produtos ocorreram sem o débito do ICMS.

Em relação à Infração 07, informam que o levantamento de estoque foi elaborado com base nas informações e nos documentos apresentados pelo contribuinte, e que os valores apurados estão detalhados nos demonstrativos anexados ao PAF, portanto a infração está totalmente comprovada e não corresponde a nenhuma conclusão da Fiscalização, como afirma o defendente. Esclarecem que a imputação teve respaldo legal na Lei que rege o ICMS e no artigo 2º e 60 do RICMS/BA, que transcrevem. Aduzem que, quanto às alegações defensivas sobre o período de 2005 arrolado na Infração 01, foram acatadas e efetuadas as devidas correções naquela primeira infração.

Quanto à Infração 08, os autuantes expõem que o defendente limitou-se a contestar a legislação estadual e a afirmar que a Fiscalização, ao tentar legitimar a cobrança de crédito tributário, procedeu a levantamento através do qual concluíra que a empresa havia realizado operações de saídas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o pagamento do respectivo imposto, mas que o levantamento fiscal foi elaborado com base nas informações e nos documentos apresentados pelo contribuinte, bem como na Lei do ICMS e no RICMS/BA, inclusive em seu artigo 60, e que os valores apurados estão detalhados nos demonstrativos anexados ao PAF, pelo que a infração está comprovada e também não corresponde a conclusão da Fiscalização.

Em relação à Infração 09, aduzem que o percentual da multa aplicada está de acordo com a Lei nº 7014/96 e não se inclui em sua competência discutir a inconstitucionalidade, ou a negativa de

aplicação de Lei ou Ato Normativo emanado pelo Secretário da Fazenda ou pelo Governador do Estado.

Os prepostos do Fisco concluem informando que a autuação está de acordo com as normas que regem o ICMS/BA; que as razões apresentadas pelo autuado não têm fundamento para as infrações 03, 06, 07, 08 e 09; que o impugnante confessa a dívida e efetua o recolhimento dos valores das infrações 02, 04 e 05; que parte das alegações do defendente na Infração 01 foram acatadas, alterando-se assim o valor total do Auto de Infração de R\$745.355,77 para R\$716.590,35. Pedem o julgamento pela procedência da autuação.

Tendo recebido cópia da intimação fiscal e cientificado do prazo de dez dias para pronunciar-se a respeito, conforme recibo que assina à fl. 515, o contribuinte manifesta-se às fls. 517 e 518 aduzindo que, conforme alegara na defesa, a infração 01 não deveria prosperar em razão de que ele, impugnante, possui prova de que a aquisição de tais mercadorias foram devidamente registradas em seus demonstrativos contábeis, conforme documentos que diz anexar. Aduz que as aquisições que tiveram conteúdo econômico, a despeito de não terem sido registradas no livro Registro de Entradas, foram devidamente escriturados em sua contabilidade. Que, com relação às demais operações, ressalta que as mesmas não possuíam conteúdo econômico apto a gerar os efeitos atribuídos pela Fiscalização, de presunção legal de omissão de receitas, vez que se refeririam a remessas recebidas de outros estabelecimentos da mesma empresa.

O contribuinte junta a este processo, às fls. 519 e 520, cópias de três imagens eletrônicas com a identificação “SAP” (programa informatizado de gestão empresarial), sem data de preenchimento dos dados ali informados, e sem data de acesso, constando a identificação “Empresa 1000” e a indicação da razão social “C&A Modas LTDA”, com a indicação do Estado do Rio de Janeiro, nos quais contam dados relativos à empresa “ATL – Algar TELECOM Leste SA; às fl. 521 a 524, acosta cópias, sem data de confecção, mas indicando como “Data de Documento” 31/01/2005, 17/12/2004, 11/04/2004 e 19/01/2005, de documentos intitulados “ZP (Lançto. De pagamento) Documento normal, identificando “Empresa 1000”.

O sujeito passivo volta a pronunciar-se às fls. 532 a 541 aduzindo estar apresentando sua manifestação em relação ao teor da informação fiscal expondo, em relação a cada infração:

Infração 01. Presunção de omissão de saídas pelo não registro de entradas. Ressalta que a Fiscalização acolheu as alegações dele, impugnante, para cancelar a autuação com relação ao mês de dezembro de 2005, no valor de R\$ 2.716,75 em razão da não identificação das notas fiscais supostamente não escrituradas que fundamentariam tal autuação. Que a Fiscalização também reduziu a infração 01 em R\$26.048,67 ao excluir as Notas Fiscais atinentes às operações de transferência emitidas pela própria C&A tendo em vista que tais Notas Fiscais já teriam sido computadas no levantamento quantitativo que dera origem a Infração 07. Que esta redução está correta e deve ser convalidada somente se for mantida a Infração 07, o que ele, autuado, não admite. Que, no entanto, independentemente de ser mantida, ou não, a Infração 07, as notas fiscais de transferência devem ser excluídas da Infração 01 em razão da ausência de qualquer conteúdo econômico em tais operações, fato que não teria sido contraposto pela Fiscalização.

Que com relação às demais operações que possuem conteúdo econômico, a Fiscalização não acatou os argumentos dele, impugnante, em razão da suposta prova de que houve equívoco na escrituração contábil das Notas Fiscais. Que, entretanto, em 15/02/2008, dentro do prazo de 30 dias requerido na Defesa, ele, impugnante teria juntado documentos contábeis que demonstrariam o devido registro contábil dos pagamentos, o que ilidiria qualquer presunção de manutenção de recursos à margem da contabilidade em razão de supostas receitas omitidas, que cita como sendo as operações relativas às três Notas Fiscais de nº 453355 (12/novembro, da ITAUTEC PHILCO S/A, no valor de R\$4.380,01, com ICMS devido de R\$744,60), nº 76507 (29/Nov, da ALGAR TELECOM LESTE S/A, no valor de R\$146.153,76, com ICMS devido de R\$24.846,14), e nº 13575 (17/dez, da

COPLASTIL, no valor de R\$4.338,32, com ICMS devido de R\$737,51). Diz que, tendo sido comprovado que as aquisições que tiveram conteúdo econômico foram escrituradas na contabilidade da empresa, restariam acolhidas as razões apresentadas pela impugnante em face da Infração 01 para que esta fosse cancelada.

Infração 03. Multa pelo não recolhimento de antecipação parcial de ICMS. Reitera que não recebeu os demonstrativos discriminando as notas fiscais que embasaram a imputação, mas apenas dados mensais. Descreve as planilhas constantes do CD-R que recebeu como Demonstrativo de Auditoria Crédito indevido– Antecipação Parcial - Infração 05; Demonstrativo de Notas Fiscais não Lançadas no Registro de Entradas (2004) – Infração 01; Demonstrativo de Notas Fiscais não Lançadas no Registro de Entradas (2005) – Infração 01; Demonstrativo de Auditoria de erro na aplicação da alíquota do ICMS (2004) – Infração 02; Demonstrativo de Auditoria de erro na aplicação da alíquota do ICMS (2005) – Infração 04; Demonstrativo de Notas Fiscais não lançadas no Registro de Entradas (2006) – Infração 01; Demonstrativo de Auditoria da Multa de 60% por falta do recolhimento do ICMS por antecipação (2004) – Infração 09; Demonstrativo de Auditoria da Multa de 60% por falta de recolhimento do ICMS por antecipação (2005) – Infração 09; Demonstrativo de Auditoria de Multa 60% por falta de recolhimento do ICMS por antecipação (2006) – Infração 09; Demonstrativo de Auditoria de Utilização de Crédito indevido na aquisição de produtos enquadrados no regime de Substituição Tributária (2005) – Infração 06; Demonstrativo de Auditoria de Utilização de Crédito indevido na aquisição de produtos enquadrados no regime de Substituição Tributária (2006) – Infração 06; Demonstrativo de Auditoria de Utilização de Crédito indevido na aquisição de produtos enquadrados no regime de Substituição Tributária (2005) – Infração 06. O contribuinte aduz que não lhe foi apresentado qualquer Demonstrativo dos valores apurados na Infração 03, impossibilitando o seu pleno conhecimento sobre as acusações que lhe estão sendo feitas, o que acarreta o cerceamento de sua defesa e a impossibilidade de prosseguimento da autuação nesse particular. Reitera o pedido de cancelamento da imputação. Repete as alegações anteriores acerca da ilegalidade e da inconstitucionalidade do instituto da antecipação parcial.

Infração 06. Crédito indevido relativo ao ICMS pago por antecipação tributária. Aduz que a Fiscalização reconhece que foi recolhido o ICMS devido em relação às operações que ensejaram a infração. Que, independentemente de o ICMS ter sido pago via registro no PDV ou de uma só vez conforme determinação contida no Decreto nº 9.786/06, que diz ser a alternativa por si, impugnante, adotada, teria sido pago, não havendo prejuízo ao erário. Que a manutenção da glosa do crédito implica em admitir que uma mesma operação seja onerada pelo ICMS duas vezes. Que, tendo pago todo o imposto relativo aos seus estoques existentes em 01/03/2006, fato que afirma ter sido reconhecido pela Fiscalização, seria imperioso concluir pela legitimidade do crédito apropriado.

Infração 07. Falta de reconhecimento do ICMS – presunção de omissão de receitas pela não escrituração de entradas. Reitera as alegações defensivas da primeira impugnação. Diz ser imperioso o cancelamento de qualquer exigência de ICMS fundada em diferença na movimentação dos estoques porque tal fato não permitiria a aplicação da presunção legal de omissão de saídas.

Infração 08. Falta de recolhimento do ICMS – presunção de omissão de receitas pela não escrituração de saídas. Reitera as alegações da impugnação anterior. Diz que a presunção prevista no §4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96 não inclui a apuração por meio de levantamento quantitativo de estoque.

Infração 09. Multa sobre antecipação não efetuada – mercadoria sujeita à substituição tributária normalmente tributada. Repete os argumentos defensivos da primeira impugnação. Fala que a multa é desproporcional ao apontado, porque houve recolhimento do imposto. Requer o cancelamento da imputação.

Conclui reiterando o pedido de acolhimento de sua defesa para que seja anulado o Auto de Infração.

Às fls. 545 e 546, considerando que, em relação à Infração 01, os autuantes não acostaram aos autos novo demonstrativo de débito, por período mensal, referente à modificação objeto da informação fiscal; Infração 03, o contribuinte alegara não ter recebido o demonstrativo dos fatos que ensejaram a autuação, porque as planilhas relativas à imputação não estariam incluídas na mídia CD-R que recebera, e os autuantes alegaram que os demonstrativos foram entregues a funcionário da empresa; infração 06, o contribuinte alegara, dentre outros dados, que a quase totalidade dos créditos fiscais glosados refere-se a aparelhos de telefonia celular, e que esta mercadoria foi tributada normalmente na saída, tendo recolhido sido recolhido o imposto (fl. 446), e requerera o prazo de 30 dias para apresentar cópias de cupons fiscais que demonstrariam que a comercialização das referidas mercadorias havia sido normalmente tributada pelo ICMS, pedindo ainda que a imputação fosse cancelada, ou que do ICMS exigido fossem deduzidos os valores recolhidos a maior em razão da sua tributação na saída; considerando que o contribuinte afirmara também que, conforme reconheciam os autuantes, ele, autuado, recolhera o imposto sobre o estoque de celulares em 01/03/2006, e por isto teria direito ao uso do crédito pelo ICMS recolhido (fl. 536), e que os autuantes mantiveram a imputação 06 (fl. 511), por estes fatos esta 3ª JF deliberou, em pauta suplementar, pela conversão do processo em Diligência à INFAZ de origem, para que os autuantes elaborassem novo demonstrativo de débito para a infração 01, por período mensal, referente à modificação objeto da informação fiscal; quanto à infração 06, verificassem se, efetivamente, o contribuinte não recolhera o ICMS devido por antecipação tributária, relativamente às mercadorias objeto da imputação 01, e se o ICMS relativo a estes produtos fora recolhido quando de sua saída, calculado sob as regras do regime normal de apuração do imposto. Esta 3ª JF determinou, ainda, que entregue toda a documentação acostada pelos autuantes ao sujeito passivo, inclusive aquela diligência e os demonstrativos de fls. 21 a 45, referentes à infração 03, lhe fosse reaberto o prazo de defesa.

À fl. 547 os autuantes, em atendimento à diligência, informaram estarem anexando às fls. 548 e 549, para a infração 01, Demonstrativo de Notas Fiscais Não Lançadas no Registro de Entradas, no exercício 2005, com as modificações que foram objeto da informação fiscal (fls. 505 a 514) na qual foi alterado o valor da infração 01 de R\$58.62,39 para R\$32.572,72; e, em relação à infração 06, às fls. 550 a 557, anexando Demonstrativo de Saídas de Aparelhos Celulares por ECF sem tributação de ICMS no exercício de 2006, relativo às saídas de aparelhos celulares sem débito do imposto, operações nas quais o contribuinte se creditou do ICMS normal destacado nas Notas Fiscais de aquisições, conforme Demonstrativo fls. 78 a 79 e cópias do livro Registro de Entrada às fls. 326 a 404 dos autos.

A INFAZ de origem entregou ao contribuinte os documentos determinados por esta 3ª JF, conforme recibo do sujeito passivo à fl. 559, e concedeu-lhe o prazo de dez dias para pronunciarse.

O contribuinte manifesta-se no processo às fls. 601 a 605 expondo, quanto à infração 01, que a Fiscalização acolheu parte das suas alegações, cancelando o débito relativo ao mês de dezembro de 2005, no valor de R\$2.716,75, bem como em relação às Notas Fiscais referentes às operações de transferência, no valor de R\$26.048,67, que deram origem a infração 07. Que no novo demonstrativo de débito de fls. 548 e 549, elaborado por requerimento desta 3ª JF, foram feitas as devidas modificações ocorridas na infração 01, com suposto débito de apenas R\$3.497,57, derivado das notas fiscais não lançadas no registro de entradas que teriam levado à indevida consideração de omissão de receitas. Diz que este valor é bem menor do que o originalmente lançado e reitera os termos das impugnações anteriores. Pede o cancelamento da imputação 01.

Em relação à infração 03, diz que os demonstrativos somente foram disponibilizados “nesta oportunidade, e sob o reduzido prazo para manifestação de 10 dias, imputou-se à Impugnante

suposta falta de recolhimento da antecipação do diferencial de alíquota na aquisição de mercadorias sob revenda, segundo o CFOP 2102. Contudo, além da reiteração de todos os pontos já levantados na defesa anterior, com relação à dita imputação, verifica-se que o demonstrativo de fls. 21 a 45 não atingiu o valor demandado no auto de infração. O Auto de Infração imputa falta da antecipação do imposto sobre entradas pelo CFOP 2102, mas a grandeza apontada pelo demonstrativo é resultante do total de ICMS antecipação devido pelos CFOP's 2102 e 2152, subtraído do total da antecipação de ICMS recolhido no período. Alega que ainda que os valores sejam semelhantes, haveria uma incorreção no levantamento fiscal, o que ensejaria sua nulidade. “Não pode a autuação se reportar a uma infração, com relação a uma espécie de entradas (CFOP específico), e se reportar o levantamento a outro código de operações. Tal falta de correspondência entre a autuação e seu demonstrativo enseja vício de ordem formal, ao mesmo tempo em que ataca frontalmente a certeza e liquidez do lançamento de ofício. Sendo assim, também por estas razões se requer o cancelamento da exigência em espécie, sem prejuízo do quanto aduzido na Impugnação.”

Em relação à Infração 06, o autuado aduz que também foi solicitado, por esta 3ª JF, a verificação do recolhimento do ICMS a título de antecipação tributária, bem como se as mercadorias teriam se sujeitado ao recolhimento normal de imposto no momento de sua saída do estabelecimento. Que o Fisco elaborou demonstrativo que aponta apenas relação das mercadorias que saíram do estabelecimento sem tributação. Assim, a diligência da Impugnada não atendeu ao quanto determinado, porque não teria sido verificado se houve o recolhimento do ICMS por antecipação relativo às entradas de mercadorias que levaram ao crédito do contribuinte, ora glosado; e porque não teria verificado se houve recolhimento sob o regime regular de tributação na saída dos bens sobre o qual houve crédito na entrada. Que a mera listagem das operações que tiveram saída não tributada, sem cruzar tal dado com o total de saídas, por exemplo, não se prestaria a dirimir as dúvidas levantadas pelo órgão julgador, a fim de permitir a compreensão da lide. Que a Fiscalização foi omissa também quanto ao período de apuração de 1º a 31 março de 2006, em relação ao qual não foi feito nenhum lançamento em planilha. Que o termo inicial para tal análise decorre do fato de que a Impugnante pagou todo o ICMS relativo a seu estoque em 1º de março de 2006. Que o total de saídas não tributadas apuradas pela planilha fiscal às fls. 556 remonta a R\$4.599.701,00, valor superior ao crédito supostamente indevido de R\$25.796,30, o que comprovaria que não se tratava de procedimento padrão do contribuinte tomar crédito sobre saídas não tributadas. Repete que a glosa do crédito de ICMS, que consubstancia a infração 06, implicaria em pretensão indevida do Fisco baiano, pois levaria a dupla incidência do ICMS sobre tais operações.

O autuado conclui reiterando o pedido de acolhimento de sua defesa para que seja anulado o Auto de Infração e Imposição de Multa lavrado em face da ora Impugnante.

Os autuantes prestam nova informação fiscal às fls. 612 e 613 expondo que mantêm os termos da informação fiscal quanto à Infração 01.

Em relação à Infração 03, reafirmam os termos da informação fiscal, e repetem que os seus demonstrativos já haviam sido entregues ao contribuinte. Afirmam que as Notas Fiscais que foram objeto da autuação relacionadas no Demonstrativo de Apuração da Antecipação Parcial do ICMS (fls. 21 a 45 do PAF) referem-se apenas ao CFOP 2102. Salientam que foram lançados os valores do CFOP 2152 apenas para ficar demonstrado que só foram recolhidos os valores do ICMS Antecipação Parcial deste CFOP.

Quanto à Infração 06, crédito indevido relativo ao ICMS pago por antecipação tributária, asseveram que os argumentos apresentados pela autuada não procedem, uma vez que o crédito reclamado na ação fiscal refere-se à utilização indevida do crédito fiscal do ICMS na aquisição de aparelhos de telefonia celular, conforme Demonstrativo de Auditoria de Utilização de Crédito Indevido (fls. 78 e 79 do PAF) e cópia do livro Registro de Entrada de Mercadorias (fls. 326 a 404 do PAF), que a partir de 01/03/2006 foram enquadrados no regime de Substituição Tributária

através do Decreto nº 9786/06. Que na informação fiscal prestada após a Diligência determinada por esta 3ª JF foi anexado demonstrativo com todas as saídas de aparelhos celulares sem tributação do ICMS durante o exercício de 2006 informadas pelo contribuinte nos seus arquivos magnéticos, que reportavam com exatidão os valores contidos nos seus livros fiscais, o que comprova que o crédito foi utilizado de forma indevida. Aduzem que, quanto às alegações defensivas no sentido de que teria sido pago todo o ICMS no mês de março relativo ao seu estoque de aparelhos celulares, e que o total de saídas apuradas na planilha fiscal remonta a R\$4.599.701,00, que é valor superior ao crédito indevido, não procedem porque os valores recolhidos referem-se ao estoque de aparelhos celulares existentes em 28/02/2006 e os créditos utilizados referem-se a aquisições posteriores a esta data. Quanto ao total de saídas de R\$4.599.701,00, refere-se às saídas de aparelhos celulares sem débito de ICMS em função de o imposto ter sido recolhido sob o regime de substituição tributária, comprovando mais uma vez que a utilização do crédito fiscal foi indevida.

Os autuantes concluem ratificando os termos da Informação Fiscal e pedindo o julgamento pela procedência da autuação.

À fl. 616, considerando que foram concedidos, pela INFAZ de origem, apenas 10 dias, sem a reabertura do prazo de defesa para o contribuinte, quando da entrega dos demonstrativos acostados em obediência à diligência anterior, de fls. 545 e 546, esta 3ª JF determinou nova entrega dos demonstrativos de fls. 21 a 45, da diligência, e da informação fiscal de fls. 612 e 613, com a reabertura do prazo de defesa ao contribuinte quando da entrega da citada documentação pela INFAZ de origem.

A diligência foi cumprida, com a reabertura do prazo para apresentação de impugnação pelo sujeito passivo, conforme documentos de fls. 618 a 620 e o contribuinte manteve-se silente, conforme documento de fl. 623.

Constam, às fls. 527 a 529, demonstrativos do sistema SIGAT/SEFAZ com pagamento do débito de ICMS no valor de R\$32.333,55, atinente às infrações 02, 04 e 05 do presente Auto de Infração.

Em sessão de julgamento, o contribuinte apresentou Memorial a ser anexado aos autos, e para sua análise esta 3ª JF deliberou pelo adiamento do julgamento para a sessão imediatamente posterior. O Memorial repete parte das alegações defensivas já expostas neste Relatório. Não houve juntada de novos documentos.

VOTO

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas.

Assinalo que, por determinação desta 3ª JF, foi reaberto o prazo para apresentação de impugnação pelo sujeito passivo, nos termos do artigo 129, §4º, do COTEB.

O contribuinte exerceu tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se por quatro vezes neste processo, embora tenha mantido-se silente quando cientificado da reabertura de seu prazo de defesa, após a prestação da terceira informação fiscal, que ratificou os termos das anteriores. O Memorial trazido em sessão de julgamento não apresentou fatos novos. Também não foram anexados documentos quando da apresentação do mencionado Memorial.

Garantido o direito ao exercício de ampla defesa pelo sujeito passivo, rejeito as preliminares de nulidade suscitadas.

Indefiro o pedido de realização de perícia, nos termos do artigo 147, inciso II, alínea “a”, do RPAF/99, em razão de que a comprovação dos fatos independe de conhecimento especial de técnicos, e de que as provas constantes deste processo são suficientes para a formação do meu convencimento.

No mérito, o Auto de Infração reclama ICMS no valor total de R\$447.313,41, com aplicação das multas de 60% e 70%, e multa percentual por descumprimento de obrigação principal no valor total de R\$298.042,36, em razão de nove infrações.

Em relação às infrações 02, 04 e 05, reconhecidas pelo sujeito passivo, considero-as procedentes, inexistindo controvérsias.

Quanto à infração 01, omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, o contribuinte não comprova, neste processo, apesar de intimado pelo Fisco a fazê-lo durante a ação fiscal, e de ter sido reaberto o seu prazo de defesa durante a lide, que todas as notas fiscais estavam de fato contabilizadas. Ao contrário do que afirma o contribuinte às fls. 533 e 534 dos autos, este não juntou, ao presente processo, documentos contábeis que comprovassem a devida escrituração contábil das operações objeto da infração 01. Ou seja, o contribuinte não juntou cópias de seus livros contábeis, nem de documentos fiscais com comprovação da escrituração contábil de seus respectivos pagamentos, por exemplo. Os documentos que anexou às fls. 519 a 524 estão descritos no Relatório que antecede este voto, e são apenas cópias de controle administrativo informatizado interno de empresário, sem data de confecção, e inclusive sem indicar dados identificadores da empresa ora autuada, embora nos documentos de fls. 519 e 520 seja citada a razão social da empresa “C&A Modas LTDA”, com a indicação do Estado do Rio de Janeiro. Portanto tais anexos não são provas de que foram contabilizadas, pelo autuado, as operações que também não estavam registradas no seu livro Registro de Entradas. Não tendo sido elidida a presunção, aplica-se ao caso o disposto no §4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96.

Em relação às notas fiscais de transferência, e ao lançamento referente a dezembro/2005, o Fisco retirou os valores concernentes no novo demonstrativo anexado às fls. 548 e 549. O Fisco também acatou os argumentos defensivos quanto aos débitos lançados relativos a produtos constantes do levantamento quantitativo de estoque (Infração 07). Assim, o débito da infração 01 ficou reduzido de R\$61.338,14 para R\$32.572,72.

O contribuinte foi cientificado, conforme expôs em sua segunda impugnação nos autos. Após as correções efetuadas pelo Fisco, o contribuinte limita-se a afirmar reiterar as alegações anteriores e a pedir pelo cancelamento da imputação, argumentando que o débito fora reduzido, mas não aponta novos erros de fato relativos ao levantamento de ofício.

Pelo exposto, considero procedente em parte a Infração 01 no valor total de R\$32.572,72, com as alterações realizadas pelos representantes do Fisco na planilha de fls. 548 e 549 nos meses de março/2005, cujo débito passou a ser de R\$960,42; julho/2005, débito de R\$1.534,93; e excluído o débito lançado para dezembro/2005, permanecendo inalterados os demais.

Quanto à Infração 03, atinente a multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente constando, na descrição dos fatos, que o contribuinte deixou de efetuar o recolhimento da antecipação parcial nas aquisições de mercadorias em outras Unidades da Federação, referentes ao CFOP 2102, o autuado, preliminarmente, alegou não ter recebido todos os demonstrativos. Em razão da falta de

comprovação inequívoca do recebimento de tal levantamento, esta 3ª JJF determinou a entrega dos referidos demonstrativos, e a conseqüente reabertura do prazo de defesa, o que foi cumprido.

Após receber os demonstrativos, o contribuinte alegou que o demonstrativo de fls. 21 a 45 não teria atingido o valor demandado no Auto de Infração. Que este imputa falta da antecipação do imposto sobre entradas pelo CFOP 2102, mas o valor constante no demonstrativo seria resultante do total de ICMS antecipação devido pelos CFOPs 2102 e 2152, subtraído do total da antecipação de ICMS recolhido no período. Que os valores seriam semelhantes, mas que haveria incorreção no levantamento fiscal, o que afirma que ensejaria sua nulidade.

Verifico, do exame dos demonstrativos de fls. 21 a 45, que todas as operações discriminadas referem-se ao CFOP 2102, e que, no cálculo da multa mensalmente aplicada, os autuantes consideraram de forma separada os valores mensais de operações com os CFOPs 2102 (Compra para comercialização) e CFOP 2152 (Transferência para comercialização). Apurados os valores relativos aos dois CFOPs, os autuantes somaram seus totais e obtiveram o valor total da antecipação parcial apurada no mês. Deste total, deduziram o valor de ICMS - Antecipação Parcial recolhido referente àquele mês. Aplicaram, então, a multa sobre o valor de ICMS devido por antecipação parcial não recolhido tempestivamente. Assim, por exemplo, à fl. 21, no mês de março/2004 tendo sido apurado o valor de R\$34.485,91 para o CFOP 2102, e de R\$246.685,04 para o CFOP 2152, os autuantes somaram tais montantes e encontraram o ICMS devido por antecipação parcial de R\$281.170,95. Recolhidos R\$246.698,41 (fl. 325) a título de ICMS - Antecipação Parcial relativo a este mês, restou a recolher R\$34.472,54.

Caso os autuantes houvessem calculado a multa sobre o valor relativo apenas ao CFOP 2102, ou seja, 60% sobre R\$34.485,91, teria sido lançada a multa no valor de R\$20.691,55. Contudo, foi lançada a multa no valor de R\$20.683,52, que corresponde a 60% sobre R\$34.472,54.

Observo que na planilha de fl. 21 o ICMS – Antecipação Parcial recolhido relativo a março/2004 não traz especificado se é referente ao CFOP 2102, ou 2152. Esta situação repete-se nos demais meses objeto do lançamento de ofício nesta infração 03.

A multa a ser aplicada seria em valor superior ao que foi lançado de ofício, caso fosse calculada apenas em relação aos valores relativos ao CFOP 2102, sem levar em consideração o total de ICMS – Antecipação parcial recolhido mensalmente pelo contribuinte.

Portanto, assiste razão ao autuado quando relata, de forma detalhada e exata, a forma de cálculo utilizada pelo Fisco, o que comprova a sua compreensão acerca da imputação, e do respectivo cálculo do débito lançado.

O contribuinte não contesta a realização, nem os valores das operações com o CFOP 2152 e com o CFOP 2102, após receber os demonstrativos acostados pela Fiscalização a este processo, com a reabertura de seu prazo de defesa, por determinação desta 3ª JJF, após a entrega de tal demonstrativo.

Igualmente não comprova que recolheu o ICMS devido por antecipação parcial relativo ao CFOP 2102, apenas alegando que não teria havido prejuízo ao erário, e que os valores lançados de multa não correspondem, de forma exata, aos montantes de ICMS devido por Antecipação parcial correspondente ao CFOP 2102.

Está comprovado, neste processo, que não foi recolhido o ICMS mensalmente devido por antecipação parcial em sua totalidade, e o contribuinte não contesta tal dado. Uma vez que a multa sobre o ICMS devido por antecipação parcial, embora tendo sido citado apenas o CFOP 2102 na descrição constante no Auto de Infração, está lançada sobre o valor do imposto não recolhido tempestivamente, tendo sido considerados os totais de ICMS - Antecipação Parcial recolhidos em cada mês, está correto o procedimento de cálculo adotado pelo Fisco.

No Memorial apresentado, o contribuinte expõe que “Nesse item, reitera-se a alegação de nulidade, já que não teria havido antes a individualização de cada lançamento considerado pela fiscalização no momento da autuação, já que os demonstrativos se referiam a outros itens do auto.” Não acato esta alegação defensiva não comprovada, porque a imputação 03 não se refere a outros itens do presente Auto de Infração, e porque o lançamento está baseado em demonstrativo anexado ao Auto de Infração, às fls. 21 a 45, e entregue ao contribuinte com a reabertura de seu prazo de defesa.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade do instituto da antecipação parcial, esta já foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN nº 3426, tendo sido considerado instituto que obedece à Carta Magna, pelo Supremo Tribunal Federal - STF. Não cabe a este CONSEF a apreciação de tal matéria.

Embora não questionado pelo contribuinte assinalo, por oportuno, em relação à multa aplicada na infração 03, que o artigo 12-A foi acrescentado à Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 8.967/03, com efeitos a partir de 01/03/2004. Tal dispositivo trata de ICMS devido por antecipação parcial.

Os fatos geradores da multa por descumprimento da obrigação de recolhimento antecipado do ICMS, objeto da imputação 03 do Auto de Infração em lide, ocorreram nos exercícios de 2004 a 2006. Naquela ocasião, o parágrafo primeiro do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 trazia redação que contemplava a previsão de aplicação de penalidade pela falta de recolhimento tempestivo do ICMS devido por antecipação, quando o imposto fosse recolhido em operações de saídas posteriores, sem especificar tratar-se, ou não, de antecipação relativa ao elemento temporal do fato gerador do ICMS em razão de substituição tributária, ou em decorrência de outra forma de exigência deste tributo:

art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas que, comprovadamente, houver recolhido o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II;

Contudo, a redação deste parágrafo foi alterada com a promulgação da Lei nº 10.847/2007, com vigência a partir de 28/11/2007, passando a contemplar a expressão “inclusive por antecipação parcial”:

art. 42.

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”;

Diante deste fato, este Órgão colegiado vem adotando o entendimento de que, antes de 28/11/2007, não existia multa específica para esta infração, conforme Acórdão nº CJF Nº 0060-11/09, pelo que, ocorrido este cometimento, cabe a aplicação da multa de 60% prevista na alínea “f” do mesmo inciso II, que assim dispõe:

art. 42.

*II. 60%(sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:
f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que*

não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal;”

Tal entendimento não onera o contribuinte, nem causa prejuízo ao erário, uma vez que o percentual de 60% lançado no Auto de Infração se mantém. Dessa forma, não tendo sido comprovado o pagamento do ICMS devido por antecipação parcial no prazo devido, e sendo constatado, pelos autuantes, o seu recolhimento como imposto apurado em operação de saída tributada sob o regime normal de apuração do imposto, considero correta a multa aplicada. Imputação 03 procedente.

No que diz respeito à Infração 06, utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias (calçados e aparelhos celulares) adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária em períodos mensais compreendido entre março/2004, inclusive, a dezembro/2006, o contribuinte não contesta a imputação de ter utilizado tais créditos. Também não comprova que recolheu o ICMS nas saídas dos aparelhos celulares mas, ainda que houvesse comprovado, isto não atingiria a certeza da imputação, que trata da utilização indevida de crédito fiscal. Neste sentido, não há motivo para que os autuantes confrontem as entradas e as saídas dos aparelhos celulares, para a verificação da irregularidade cometida.

Quanto à alegação defensiva no sentido de que teria havido um equívoco do sujeito passivo que seria mínimo em relação ao movimento global da empresa, por ter tratado mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária como se fossem tributadas normalmente, esta afirmativa do impugnante apenas corrobora o acerto da ação fiscal, ao exigir a regularização do seu procedimento.

Contudo, caso tenha existido o recolhimento de ICMS a mais pelo contribuinte, como sustenta, poderão ser tomadas, caso a empresa assim decida, as providências previstas nos artigos 73 e seguintes do RPAF/99, relativas a restituição de indébitos, junto à repartição fazendária competente, situação não incluída na competência deste Conselho.

A imputação, em relação aos aparelhos celulares, conforme demonstrativo de fls. 76 a 79, não abrange o período relativo ao estoque de celulares do contribuinte até o mês de fevereiro/2006, pelo que não acato a alegação defensiva a este respeito. Neste demonstrativo estão descritas, de forma mensal, as mercadorias e valores objeto da imputação, constando que nos meses atinentes aos exercícios de 2004 e de 2005 está sendo exigido débito tributário relativo a calçados, conforme notas fiscais ali discriminadas, e apenas as operações com telefones celulares praticadas no período compreendido entre as datas de 26/03/2006 a 31/12/2006 foram incluídas no levantamento fiscal. Este demonstrativo também foi entregue ao contribuinte, que ao mesmo se reporta em sua impugnação, citando inclusive os meses de abril e março como sendo aqueles em que admite que teria praticado a maior parte dos equívocos quanto à tributação dos mencionados aparelhos celulares, no que lhe assiste razão.

Observo que, conforme asseverado pelo Fisco em documentos cuja cópia foi entregue ao contribuinte, todo o levantamento fiscal foi realizado de acordo com os dados que o próprio autuado informa em seus arquivos SINTEGRA, fato que o mesmo não contesta.

O demonstrativo do levantamento fiscal discrimina mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Conforme previsto no artigo 97 do RICMS/BA, é vedada a utilização de crédito fiscal relativo a mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, salvo as exceções expressas nos artigos 356 e 359 do mesmo Regulamento. O autuado não se enquadra nestas exceções. Infração 06 procedente.

Em relação à infração 07, falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas,

apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria no exercício fechado de 2005, o procedimento fiscal adotado, tal como externado pelo impugnante, encontra-se respaldado na Portaria nº 445/98. A presunção tem suporte também no §4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96. Não cabe a este Conselho de Fazenda a avaliação de legalidade, no caso da Portaria nº 445/98, nem de constitucionalidade, de ato normativo em vigor.

Em relação às mercadorias que foram objeto, simultaneamente, das infrações 01 e 07, o Fisco corretamente procedeu à sua exclusão na primeira infração. O contribuinte, tendo recebido todos os demonstrativos que embasam a imputação, e tendo sido reaberto o seu prazo de defesa, não apresentou dados objetivos que apontassem erros materiais no levantamento de estoque realizado. Caso o contribuinte houvesse provado que ocorrera desrespeito ao teor da mencionada Portaria, ou apresentasse provas de equívocos cometidos pelo Fisco, poderia ter elidido a imputação. Como assim não procedeu, configura-se a procedência da infração 07.

No que tange à infração 08, falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria no exercício fechado de 2006, não se trata de presunção, e sim de apuração de saídas sem a emissão do respectivo documento fiscal.

O procedimento foi calcado no disposto na Portaria nº 445/98. O contribuinte, de posse dos demonstrativos do levantamento fiscal, não comprovou a emissão dos documentos fiscais relativos às mercadorias objeto da imputação, e que constam nos mencionados levantamentos realizados, e não apontou, nem comprovou, erros numéricos relativos a esta imputação.

No Memorial trazido em sessão, o sujeito passivo também afirma que a diferença encontrada só pode ser explicada por eventual equívoco de caixas e outros funcionários por ocasião das vendas, pelo que entende que seria injustificável a autuação, pelo fato de a diferença ser ínfima, ante as vendas de 2006 do estabelecimento autuado, de cerca de R\$135.000.000,00. O crédito tributário, em qualquer valor, consubstanciará bem indisponível, e o Fisco tem o dever de ofício de lançá-lo, o que foi realizado. Tal alegação defensiva apenas confirma o acerto da autuação. Infração 08 procedente.

Em relação à Infração 09, na qual é aplicada multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, o contribuinte não contesta a falta de recolhimento do ICMS antecipadamente, devido a título de Substituição Tributária. Argumenta não ter havido prejuízo ao erário, porque o imposto foi recolhido sob regime normal de apuração.

Contudo, o imposto deveria ter sido recolhido antecipadamente, e não o foi, pelo que a situação enquadra-se nas disposições da alínea “d” do inciso II, combinado com o §1º, ambos do artigo 42 da Lei nº 7.014/96:

art. 42.

§ 1º (...)

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;

O contribuinte não demonstra erros numéricos no levantamento fiscal realizado. Infração 09 procedente.

Reitero, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de legalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no montante de R\$716.590,35, conforme tabela a seguir, devendo ser homologados os valores recolhidos:

INFRAÇÃO	DECISÃO	ICMS	MULTA SOBRE ICMS	PENALIDADE
01	PROCEDENTE EM PARTE	32.572,72	70%	
02	PROCEDENTE	1.888,95	60%	
03	PROCEDENTE			280.999,23
04	PROCEDENTE	22.871,38	60%	
05	PROCEDENTE	7.573,22	60%	
06	PROCEDENTE	25.796,30	60%	
07	PROCEDENTE	209.044,50	70%	
08	PROCEDENTE	118.800,92	70%	
09	PROCEDENTE			17.043,13
TOTAIS		418.547,99		298.042,36

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207494.0003/07-9, lavrado contra **C & A MODAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor total de **R\$418.547,99**, acrescido das multas de 60% sobre R\$58.129,85, e de 70% sobre R\$360.418,14 previstas, respectivamente, nos incisos II, alíneas “a” e “d”, III, e VII, alínea “a”, todos do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$298.042,36** previstas no inciso II, alíneas “d” e “f”, c/c §1º, todos do artigo 42 da mencionada Lei, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do artigo 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 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSE BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR