

PROCESSO - A. I. Nº 279459.0004/07-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDOS - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0424-01/08
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 09/06/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0161-12/10

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **a)** VALOR DAS SAÍDAS SUPERIOR AO DAS ENTRADAS. Detectando-se omissão tanto de entradas como de saídas, deve ser exigido o ICMS correspondente à diferença de maior expressão monetária. No caso, deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saída omitidas. Infração subsistente. **b)** VALOR DAS ENTRADAS SUPERIOR AO DAS SAÍDAS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto correspondente ao valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos decorrentes de operações anteriores, também não contabilizadas. A adoção da proporcionalidade concernente às saídas com mercadorias tributáveis reduz o montante do débito. Revisão fiscal efetuada pelo autuante. Reduzido o débito apurado pela JJF. Modificada a Decisão recorrida. Infração mantida parcialmente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. A lei atribui ao adquirente a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações com mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no inciso II do art. 353 do RICMS/97. A exclusão de mercadorias não enquadradas no regime da substituição tributária enseja a redução do débito. Infração parcialmente mantida. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A comprovação de que tinham sido incluídas mercadorias compreendidas na substituição tributária, reduz o valor exigido. Imputação caracterizada de forma parcial. Não acatadas as arguições de nulidade. Rejeitado o pedido de realização de diligência/perícia. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário apresentados pelo 1º Juízo de Julgamento Fiscal, em face da Decisão exarada, em primeira instância.

ACÓRDÃO CJF Nº 0161-12/10

0424-01/08, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$ 2.962.530,44, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

- 1 deixou de recolher o ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis –, nos exercícios de 2004 e 2006, com exigência do imposto no valor de R\$ 1.689.770,01, acrescido da multa de 70%, conforme demonstrativos analíticos e cópias do inventário, assim como do Anexo I (fls. 09 a 65);
- 2 deixou de recolher o ICMS, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – 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 tributáveis realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no exercício de 2005, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 816.594,15, acrescido da multa de 70%, conforme demonstrativos analíticos e cópias do inventário, assim como do Anexo II (fls. 66 a 162);
- 3 recolheu a menos o ICMS 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 [no inciso II do art. 353 do RICMS/97], nos meses de janeiro a dezembro de 2005 e de janeiro a dezembro de 2006, exigindo imposto no valor de R\$ 396.968,32, acrescido de multa de 60%, conforme demonstrativo analítico e Anexo III (fls. 163 a 251);
- 4 deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de outubro a dezembro de 2005 e de janeiro a junho de 2006, com exigência do imposto no valor de R\$ 59.197,96, acrescido da multa de 60%, conforme demonstrativo analítico e Anexo IV (fls. 252 a 357).

Após apresentação de peça defensiva por parte do autuado (fls. 382 a 413), informação fiscal por parte do autuante (fls. 773 a 777) e nova manifestação do primeiro (fls. 780 a 786), deliberação de realização de diligência pela ASTEC – Assessoria Técnica do CONSEF (fl. 821), apresentação do Parecer ASTEC n. 145-2008 (fls. 823 a 828), novas manifestações do autuado (fls. 829 a 832 e 1.025 a 1.207) e do autuante (fls. 1.030 e 1.031), através do Acórdão JJF n. 0424-01.08, decidiu a 1a Junta de Julgamento Fiscal pela procedência parcial do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

“A princípio, tratarrei a respeito das preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado. Quanto à arguição de falta de descrição clara e precisa das infrações, entendo que tais argumentos não podem prosperar, pois não há nenhuma obscuridade na descrição das infrações que compõem o lançamento em lide, tendo em vista que os demonstrativos elaborados relacionam os documentos fiscais que lhes serviram de base, apontando de forma precisa quais as irregularidades imputadas e o infrator.

No que se refere especificamente às infrações 01 e 02, as alegações de que a descrição dos fatos não se encaixa no tipo legal descrito como infringido, em relação à infração e à multa, nem guarda relação lógica, não podem prosperar, tendo em vista que essas imputações estão formuladas em conformidade com previsão expressamente contida na legislação tributária estadual que rege o tributo aqui exigido, isto é, no RICMS/97: no caso da infração 01, que trata da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, a previsão se encontra nos artigos 1º, inciso I e 2º, inciso I; já no caso da infração 02, a constatação da existência de entradas de mercadorias não contabilizadas, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis, sem pagamento do imposto, estando enquadrada de acordo com o art. 2º, § 3º, inciso IV. Acrescento que as mencionadas previsões, bem como as multas aplicadas se encontram em conformidade com o disposto na Lei nº. 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia.

Com base no acima exposto, saliento que não tem nenhuma pertinência a afirmação defensiva de que teria ocorrido “confusão” na discriminação dessas duas infrações, tendo em vista que nos dois casos a fiscalização detectou tanto omissão de entradas como de saídas, exigindo o tributo em re o maior valor monetário. Assim, na infração 01 a exigência correspondeu enquanto que na infração 02 tendo prevalecido a entrada de mercadoria recaiu sobre a omissão de saídas anteriores, com base na presunção legal de

omitidas tivera como suporte financeiro as vendas anteriores de mercadorias tributáveis que também não haviam sido objeto de registro.

No que concerne à insurgência do autuado em relação à menção, no caso da infração 03, ao anexo 69 do RICMS/BA, registro que simplesmente a transcrição do texto relativo à infração segue um padrão existente no SEAIT (sistema de emissão de autos de infração) onde ainda continua mantida essa informação, a despeito desse anexo se encontrar revogado, o que, no entanto, não representa nenhum prejuízo ao contribuinte, haja vista que as mercadorias arroladas na autuação fazem referência exatamente ao outro anexo citado, o de nº. 88. Assim, esse fato não representou cerceamento dos seus direitos de defesa e do contraditório.

Não acato a alegação de que o Auto de Infração contraria o princípio da legalidade, desde quando as infrações imputadas têm previsão objetiva no RICMS/97, estando os fatos geradores devidamente apontados, o que lhes dá fundamentação legal. Conforme já mencionei, o Auto de Infração contempla as disposições previstas no RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 6.284/97, que por sua vez regulamenta a Lei 7.014/96, que trata sobre esse tributo neste Estado.

A respeito da argüição defensiva de que cabe ao fisco a produção das provas, ressalto que no caso da utilização da presunção, de forma inversa ao pretendido, é ao contribuinte que cabe apresentar as provas da improcedência da presunção, o que não ocorreu no presente caso. Quanto às provas atinentes às demais infrações, todas foram trazidas aos autos pelo autuante, de modo que não tem pertinência a pretendida nulidade argüida. Quanto aos Acórdãos oriundos do CONSEF, observo que se referem a situações diversas, nas quais não fora apresentado o necessário demonstrativo de cálculos, se baseara em descrição genérica da infração ou não se fizera acompanhar das provas correspondentes, circunstâncias que realmente implicam na impossibilidade de se determinar, com precisão, a ocorrência das infrações, o que não ocorreu no presente caso, quando foram elaborados e apresentados os demonstrativos pertinentes a todas as infrações imputadas ao autuado.

Não acato, igualmente, a argumentação de ter ocorrido ofensa ao princípio da reserva legal, tendo em vista que de acordo com as explicações acima apresentadas, todas as imputações atribuídas ao contribuinte estão previstas na Lei nº. 7.014/96 e considerando que no lançamento foi preservada a verdade dos fatos.

Deste modo, restam afastados os pedidos de nulidade apresentados pelo autuado, considerando, ademais, que o procedimento fiscal atende as determinações previstas no art. 39 do RPAF/99, além do que, o autuado, exercendo o seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentou impugnação, quando demonstrou ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

Quanto à afirmação de que as exigências contidas no presente lançamento, bem como as multas aplicadas são exorbitantes, constituindo-se em confisco e de que contrariam o princípio da capacidade contributiva, esclareço que tanto as infrações imputadas como os percentuais das multas estipuladas se adequam perfeitamente ao presente caso, estando previstas na Lei nº. 7.014/96. Além disso, considerando que a exigência fiscal constante dos itens da autuação está fundamentada em expressa disposição legal, não vislumbro qualquer violação aos princípios mencionados, não existindo tampouco o enriquecimento ilícito por parte do erário estadual.

No que tange à alegação defensiva de que a aplicação da taxa SELIC para atualizar o valor do imposto exigido é inconstitucional, sua utilização tornou-se prática reiterada da administração tributária em todas esferas de competência e é prevista no art. 102, § 2º, II da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB). Portanto, é legal sua utilização. Observo que no que diz respeito à proposição de inconstitucionalidade da aplicação da taxa SELIC, este órgão julgador não tem competência para declarar a inconstitucionalidade da legislação do Estado (art. 167 do RPAF/BA).

No mérito, observo que tendo em vista que o sujeito passivo impugnou as quatro infrações que lhe foram atribuídas, passarei a tratar a respeito de cada uma delas.

Na infração 01 a acusação correspondeu à falta de recolhimento do ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, tendo sido considerado, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, que se referiu às saídas tributáveis.

O impugnante se insurgiu contra esta infração, apresentando algumas justificativas para as divergências apontadas pela fiscalização, as quais serão devidamente discutidas. Primeiro, alegou que não tinha sido levado em consideração o índice de quebras no processo de comercialização, armazenagem, expedição e distribuição, nem o índice relativo à devolução de produtos em decorrência do prazo de validade vencido, deteriorização, etc. Realço que não foram apresentadas as provas de que teriam ocorrido as alegadas perdas/quebras no período objeto da ação fiscal e que não tivessem sido emitidas as notas fiscais relativas às quantidades das mercadorias ditas sem condições de comercialização devido à deteriorização ou prazo de consumo vencido, para que se justificasse parcial ou totalmente as diferenças detectadas por omissão de saídas de mercadorias no levantamento quantitativo por espécie de mercadorias.

Equivoca-se o autuado em sua interpretação do inciso V do art. 100 a mercadorias objeto dos autos de apreensão, laudos de condenação e termos Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, em razão de não serem comercializadas, se tratarem de perdas normais, uma vez que a legislação tran

que nos casos de perecimento ou deterioração deve ser efetuado o estorno do crédito relativo à aquisição. O que não é o caso ora em discussão, já que na ação fiscal está se cobrando imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques e não em relação à falta de estorno de crédito.

“Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

...
V - perecerem, forem sinistradas, deteriorarem-se ou forem objeto de quebra anormal, furto, roubo ou extravio, inclusive no caso de tais ocorrências com os produtos resultantes da industrialização, produção, extração ou geração;”

No segundo ponto abordado, que denominou “tributação indevida”, frisou que a fiscalização se equivocou ao exigir o ICMS das saídas, sem considerar a tributação a que está submetida cada mercadoria ou se as saídas se referiram a operações internas ou interestaduais, salientando que teria ocorrido uma presunção à margem da lei. Contestei essas afirmações, com base no seguinte: primeiro, tendo em vista que nessa infração, como já está esclarecido, a exigência tributária consistiu na cobrança do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, estando o levantamento circunscrito a mercadorias normalmente tributáveis, nessa situação não tem nenhum cabimento a exclusão de mercadorias subordinadas a outras situações, a exemplo de produtos enquadrados na substituição tributária, haja vista que nesses casos a cobrança recai exatamente sobre as mercadorias objeto da apuração, não cabendo de forma nenhuma a figura da proporcionalidade. O procedimento aqui abordado somente tem pertinência nas situações concernentes à presunção, conforme abordarei ao discutir a infração seguinte.

Por outro lado, considerando que a omissão disse respeito a saídas de mercadorias tributáveis, em relação às quais não foram emitidos os documentos fiscais correspondentes, é totalmente pertinente a aplicação da alíquota de 17%, conforme realizado pelo autuante, uma vez que nessas situações considera-se que as mercadorias foram postas em circulação neste Estado, a teor do art. 632, inciso VII do RICMS/97.

Quanto à alegação de que as caixas plásticas e os pallets são utilizados exclusivamente para o acondicionamento e transporte de produtos, não é o que verifico da análise dos documentos juntados ao processo pelo autuante, bem como dos resultados do levantamento quantitativo dos estoques. Em primeiro lugar, os documentos e livros fiscais confirmam que o contribuinte efetua operação de mercadoria, tanto nos registros fiscais em relação às entradas, quando é dado o tratamento de aquisição de mercadorias, fato confirmado com a utilização do crédito fiscal destacado nos referidos documentos, quanto nas informações prestadas através dos arquivos magnéticos relativos às saídas das referidas mercadorias e seus registros, quando igualmente é efetuado o destaque do imposto. Enquanto isso, os documentos denominados “solicitação de ajuste de estoque”, anexados na peça de defesa, se referem a período posterior àquele objeto da autuação, nada provando em favor de sua tese, mesmo porque para atestar o quanto alegado deveriam ter sido apresentadas as notas fiscais de saída com o correspondente destaque do imposto, visando o estorno do crédito relativo à entrada das mercadorias.

Em segundo lugar, a alegação do contribuinte de que tais mercadorias não são comercializadas e que as diferenças apuradas nas saídas (exercícios de 2004 e 2006) se referem a perdas pelo desgaste e manuseio do produto, entra em conflito com o resultado apontado no exercício de 2005, onde se constata diferenças por omissão de entradas das mesmas mercadorias. Tais divergências só confirmam a assertiva do autuante ao efetuar o lançamento do crédito tributário.

Tudo isso me leva a concluir que pelas suas características, os materiais em questão também servem para o acondicionamento de mercadorias para o transporte, ou seja, se tratam de bens de uso, cujo tributação do ICMS se daria de forma divergente daquela adotada para as mercadorias com objeto de mercadoria, porém não é o que se constata da análise dos autos, isto é, que tais mercadorias tivessem como finalidade a incorporação ao ativo imobilizado, dado o tratamento tributário que lhes é dispensado pelo contribuinte.

Vale salientar que se a alegação do impugnante de que as caixas plásticas e os pallets eram utilizados unicamente para acondicionar mercadorias no transporte, esses materiais estariam incorporados ao seu ativo imobilizado. Considerando a comprovação de que as entradas e saídas são todas tributadas pelo contribuinte, as diferenças detectadas, mesmo que fosse verídica a sua argumentação, geraria uma diferença em seu estoque, implicando em prejuízo ao fisco, devido ao uso do crédito e à falta do estorno da diferença correspondente.

Por último e não menos importante, constato que em sua última participação no presente processo, o autuante trouxe trecho da peça defensiva alusiva a um outro Auto de Infração, quando, defendendo-se contra a acusação de uso de crédito indevido concernente à movimentação de recipientes e vasilhames, o representante do autuado alegou, in verbis: “Tudo bem que o crédito é indevido, já que o pallet e a caixa plástica preta não são mercadorias e, portanto, não é tributado. No entanto, os documentos fiscais em anexo comprovam a tributação na saída, o que anula o crédito da entrada, pelo que não há o que se falar assertiva se constitui na prova definitiva de que o autuante agiu acertadamente, materiais no levantamento quantitativo de estoques.

Assim, considerando que o valor total apontado representa o ICMS devido em relação às omissões detectadas, mantenho a infração 01 em sua integralidade.

A infração 02 também se originou da constatação de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, prevalecendo, neste caso, de forma inversa, as operações de entrada, resultando na aplicação da presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos correspondentes com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias tributáveis realizadas anteriormente e também não contabilizadas.

Saliento, inicialmente, que a despeito de o autuado se posicionar contra a utilização da figura da presunção, assevero que na irregularidade apurada pela fiscalização o procedimento está correto, pois baseado nos preceitos contidos no art. 2º, § 3º, inciso IV do RICMS/97, que ao tratar do momento da ocorrência do fato gerador, diz que se presume a ocorrência anterior de operações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que for constatada a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas, além de outras hipóteses. Nesse mesmo sentido estabelece o § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, que transcrevo abaixo.

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”

No que se refere às pretensas perdas decorrentes de quebras de peso relativas a maçã nacional ou importada, não foi trazido aos autos nenhum elemento em favor dessa argumentação, de modo que não posso acatá-la.

Quanto à insurgência do impugnante a respeito da aplicação da alíquota única de 17%, conforme já me expressei ao falar sobre a infração 01, nessas situações não há que se falar em se distribuir os montantes dos débitos apurados pelos diversos tipos de alíquota utilizados pelo contribuinte, tendo em vista que não há previsão legal nesse sentido, cabendo sim o uso da alíquota normalmente aplicada nas operações de saída internas.

Sobre as alegações defensivas atinentes à inclusão dos pallets e caixas no levantamento, tendo em vista que são os mesmos já analisados na infração anterior, mantenho o mesmo posicionamento para este item da autuação.

Em relação às bebidas alcoólicas (smirnoff e vinho tinto), observo que a legislação tributária dá a essas mercadoria o tratamento de regime normal de tributação a partir de 01/10/05, conforme Alteração nº. 66 (Decreto nº. 9547, de 20/09/05, DOE de 21/09/05). Como se trata de levantamento quantitativo de estoque apurado em 31/12/2005, não se pode falar em mercadorias enquadradas no referido regime, haja vista que se ficasse comprovado pelo autuado de que as diferenças de entradas se referiam a aquisições anteriores a 01/10/2005, seria o mesmo que reconhecer a falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária e de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por aquisição de mercadorias sem nota fiscal. No entanto, como a ocorrência do fato apurado foi constatada em 31/12/2005, correto o posicionamento do autuante ao incluir os produtos na condição de regime normal e exigir o imposto pela diferença de valor de maior expressão monetária, em relação às diferenças encontradas pelas omissões de entradas e de saídas.

No que se refere ao questionamento do sujeito passivo de que comercializa mercadorias sob os mais diversos regimes tributários, pleiteando o estabelecimento de uma relação proporcional quanto à origem das receitas tidas como omitidas, ressalto que após discussão em pauta suplementar, a 1ª JJF converteu o processo em diligência à ASTEC/CONSEF, a fim de que fosse realizado novo levantamento, tomando por base exclusivamente o percentual concernente às mercadorias tributadas normalmente.

Constato que a revisora da ASTEC elaborou demonstrativo relativo a cada período atinente a essa infração, indicando os valores e percentuais relativos às saídas de mercadorias, considerando as mercadorias tributadas, isentas e aquelas enquadradas no regime de substituição tributária, indicando que o percentual referente às saídas tributadas no exercício de 2005 foi de 53,31%. Em seguida foi elaborado novo demonstrativo, com base no referido percentual, que foi aplicado sobre a base de cálculo original de R\$ 4.803.495,00, o que resultou na nova base de cálculo de R\$ 2.560.743,18, que redundou no débito de R\$ 435.326,34.

Quanto à discordância do autuante, em relação ao fato da 1ª JJF ter convertido o processo em diligência à ASTEC/CONSEF, para que fossem apurados os percentuais de acordo com o método explicitado, reitero que este CONSEF, amparado no direito positivo e nos princípios constitucionais, especialmente naquele que versa sobre a razoabilidade, em várias decisões proferidas, a exemplo dos Acórdãos CJF nº.s 0137-12/07, 0154-12/07 e 0112-12.07, já se manifestou no sentido de que o imposto a ser exigido nos casos de presunção de omissão de saídas anteriores, deve ser feito através da adoção da proporcionalidade situções similares, nas quais os contribuintes desenvolvem suas atividades mercadorias isentas ou enquadradas no regime da substituição tributária, e da presunção, considerando-se esse roteiro como inadequado, o que vem

aqui adotado. Vale consignar que, além disso, esse entendimento segue, também, a disposição contida na Instrução Normativa nº. 56/2007, da SAT/SEFAZ.

Desta forma, utilizando os percentuais apontados da ASTEC, a infração 02 fica mantida parcialmente, sendo o valor do débito alterado para o montante de R\$ 435.326,34.

A exigência contida na infração 03 foi motivada pelo recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no inciso II do art. 353 do RICMS/97.

Quanto à argumentação defensiva de que os valores levantados pela fiscalização não estão de acordo com aqueles verificados em seus registros fiscais e contábeis, ressalto que no demonstrativo de fls. 163 a 239, cuja cópia foi entregue ao impugnante, estão apontados todos os dados concernentes ao levantamento realizado pela fiscalização e apesar disso não foram indicados quais seriam os sugeridos equivocos.

À alegação do impugnante de que teriam sido utilizados percentuais equivocados para alguns dos produtos arrolados no levantamento, vejo que o autuante apresenta os esclarecimentos pertinentes, a exemplo das situações envolvendo os produtos biscoitos, bucho bovino e bebidas alcoólicas, para as quais fora utilizada a margem de lucro regularmente prevista.

Tendo em vista que o autuado argumentara que teriam sido incluídos nessa exigência produtos não compreendidos no regime de substituição tributária, assim como que teria sido utilizada margem de valor adicionado superior ao legalmente previsto, no pedido de diligência foi solicitado que com base nos elementos existentes no processo e em outros a serem fornecidos pelo contribuinte, fossem efetuadas as adequações pertinentes.

Verifico que a diligente elaborou novo demonstrativo, quando excluiu os valores atinentes ao produto “café solúvel”, procedimento que acato, tendo em vista que de acordo com o disposto no art. 353, inciso II, item 10 do RICMS/97, essa mercadoria efetivamente não se encontrava incluída dentre aquelas subordinados ao mencionado regime. Quanto ao produto “suco tampico”, tendo em vista que na realidade se trata de mercadoria classificada com a NCM 2202, deve ser considerada como refresco e não como suco, o que resulta na conclusão de que o percentual de 40% de MVA (margem de valor adicionado) utilizado pelo contribuinte estava correto, descabendo a cobrança da diferença lançada pela fiscalização, que se baseara na MVA de 60%, conforme está expresso no item 3.2 do item II do mencionado dispositivo regulamentar.

Assim, ficam mantidos os cálculos apresentados pela revisora da ASTEC, de modo que mantenho parcialmente esta infração no valor de R\$ 392.875,00, conforme demonstrado à fl. 825.

A infração 04 se refere à falta de recolhimento do ICMS em razão do contribuinte ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

No que se refere à afirmação do impugnante de que mesmo após a publicação do Decreto nº 9.547/05, que excluiu diversas mercadorias da substituição tributária, continuara pagando regularmente o imposto antecipado, saliento que mesmo que se comprovasse essa alegação, caberia ao contribuinte ingressar com um pedido perante a repartição fazendária de sua circunscrição, pleiteando que lhe fosse autorizada a utilização dos créditos fiscais correspondentes, os quais poderiam ser utilizados inclusive para quitar os débitos concernentes ao presente lançamento tributário.

No caso desta infração foi incluído na revisão requerida à ASTEC, o pedido no sentido de que fosse excluído da exigência o produto “skinka”, considerando a insurgência do autuado, por entender que se trata de bebida hidroeletrolítica, sendo classificado como repositor energético para praticantes de atividade física. Uma vez que no item 3, subitem 3.5 do art. 353, inciso II do RICMS/97 a mercadoria em questão se encontra incluída sob o código NCM 2202.90.00, estando sujeita ao regime de substituição tributária, é evidente que descabe a sua manutenção na autuação.

Assim, os valores apontados pela diligente revisora ficam mantidos, conforme tabela apresentada à fl. 826, o que torna a infração 04 parcialmente subsistente, no valor de R\$ 46.853,35.

Quanto ao pedido do autuado para que as intimações relativas ao presente processo sejam encaminhadas ao subscritor da peça defensiva, com escritório na Av. Magalhães Neto, nº. 1.856, sala 610, Pituba – Salvador – BA – CEP 41.810-012, Edifício TK TWER, ressalto nada obstar que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda envie as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço requerido. Saliento, no entanto, que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Ante todo o exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração, sendo mantida integralmente a infração 01 e de forma parcial as infrações 02, 03 e 04. “

Em conformidade com o quanto disposto no art. 169, inciso I, alínea “a”. item 1. do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.8510/00, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão

Inconformado com a Decisão recorrida, interpõe o autuado Recurso Voluntário, através do qual, inicialmente, tece considerações a respeito da tempestividade e dos fatos atinentes à presente autuação.

Suscita a nulidade do Acórdão recorrido por violação à verdade material, o devido processo legal e o direito de defesa do recorrente. Aduziu que foram carreados pelo mesmo documentos que, mesmo por amostragem, demonstravam a fragilidade da autuação, bem como requereu a produção de perícia para comprovar as suas alegações, em especial a confirmação de perdas normais, quebras de peso, tendo o *a quo* de quedado silente em apreciar os aludidos documentos em sua integralidade. Diz que a 1a Junta de Julgamento se limitou a enfrentar os seguintes argumentos: a) falta de previsão legal para presumir a alíquota, b) erro na tributação de café solúvel e bebida mista de fruta, e c) erro na tributação do produto “Skinka”. Assinala que a referida Decisão deixou de determinar a realização de perícia para confirmar os argumentos defensivos acima pontuados. Invocou e transcreveu o art. 18, II, do RPAF, Ementa do Acórdão 2019-01.01, deste Conseg, e doutrina pátria para afirmar que a 1a Junta de Julgamento deixou de considerar documentos anexos à Impugnação e determinar a realização de perícia sobre todos os argumentos apresentados, preterindo assim o direito de defesa do recorrente, razão pela qual deve ser julgado nulo o Acórdão recorrido.

Argui a nulidade do Auto de Infração por ausência de provas, visto que o Acórdão recorrido inverteu o ônus da prova, já que o dever de provar a infração é do Fisco, por força do art. 142, do CTN, e do art. 333, I, do CPC, especialmente porque deixou de anexar todos os documentos que comprovam as infrações imputadas contra o recorrente. Diz que se encontram ausentes no PAF todas as provas que respaldam as infrações, ou seja, todos os documentos fiscais levantados em planilhas, vez que sem eles fica prejudicada a verificação dos dados e valores apresentados pela fiscalização, ou seja, a materialidade dos valores exigidos. Alega que o autuante não apresenta, ao menos, cópia de uma nota fiscal sem o destaque do ICMS normal, conforme alegado na infração 4, não anexa um documento de arrecadação no qual o recorrente calcula o ICMS antecipado considerando a margem de valor errada (infração 3), não prova que o recorrente tem receita própria para que parte dessa receita pudesse ser omitida (infração 2), não apresenta uma nota fiscal de aquisição não registrada nos livros fiscais (infração 2), não anexa uma duplicata paga e não contabilizada (infrações 1 e 2), não demonstrada uma única venda de mercadoria realizada pelo recorrente (infração 1). Argumenta que desenvolve, na unidade autuada, a atividade de central de distribuição e que o efeito tributário do ICMS na Central repercutirá nas lojas (varejo), pelo que se conclui que: a) receitas não podem ser omitidas na central de distribuição porque esta não realiza vendas, somente transferências; b) a não tributação na central importará em crédito a menor na loja e, por conseguinte, se houve pagamento a menor na central de distribuição, houve pagamento a maior nas lojas de supermercados; c) a omissão de saídas na central de distribuição importaria em omissão de entradas no supermercado e como nos supermercados não foram identificadas omissões de receitas, apesar de todas as unidades do recorrente terem sido fiscalizadas pelo mesmo autuante, ao longo do ano de 2008, o “imaginado” ICMS foi pago quando da saída do supermercado. Questiona como pode o autuante concordar que não há pagamento de faturas e concluir pela omissão de receitas (infração 2), e o que é pior, “*concluir sem provar*”. Outro fato que alega, é importante e ratifica a necessidade de prova é que o autuante na infração 4 concluiu que o recorrente não tributou o produto “Skinka”, quando pode ser demonstrado e reconhecido pela 1a Junta de Julgamento que houve autuação, sendo, portanto, indispensáveis as provas. Requer, pois, a nulidade do Auto de Infração, com especial no art. 18, II, do RPAF, transcrevendo decisões do Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco.

Assevera que o Auto de Infração também é nulo por ausência de descrição legal precisa e cerceamento do direito de defesa. Salienta que a tipificação legal que ampare as exigências fiscais é fundamental para a validade e exigibilidade do crédito tributário, configurando-se, sua ausência, em erro de forma, o qual somente poderá ser sanado conforme se depreende do art. 18, II e IV, “a”, do RPAF. Quanto à i autuante alegar que o recorrente “efetuou o recolhimento a me aquisições de mercadorias ... relacionadas nos anexos 69 e 88 .

Infração os aludidos Anexos, bem como o Anexo 69 existente na legislação tributária (RICMS-BA) foi revogado desde 31.12.2002 e disciplinava o pedido de uso ou cessação de uso de equipamento emissor de cupom fiscal, tema sem a menor relevância para a autuação. Questiona como poderia o sistema incluir uma informação no campo destinado a “*Descrição dos Fatos*” se este campo é vazio e integralmente preenchido pelo autuante. Mesmo não conhecendo o aludido sistema, o recorrente entende ilógico que um texto pré-escrito seja automaticamente inserido no meio de uma redação e muito menos seja uma informação automática do sistema porque não guarda relação lógica com a descrição dos fatos. De referência às infrações 1 e 2, observou que a descrição do fato não se encaixa no tipo legal descrito pela fiscalização como infringido nem guarda relação lógica. Após transcrever Ementa do Acórdão JJF n. 2027-00, deste Consel, bem como o art. 20, e 18, II, do RPAF, salienta que sendo a denúncia fiscal meio de constituição do crédito tributário, como ato administrativo vinculado ao princípio da reserva legal (art. 142, do CTN), não pode trazer dúvidas nem dificuldades sobre a compreensão dos fatos contidos no Auto de Infração, sob pena de agredir o direito de defesa e o patrimônio do contribuinte. Pede a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento do direito de defesa, em atenção ao disposto nos arts. 20, 18, II, do RPAF e jurisprudência citada.

Sustenta a improcedência da infração 1, tendo em vista que foram desconsideradas as perdas normais, visto que não foi levado em consideração o índice de perdas normais no processo de comercialização, armazenagem, expedição e distribuição, nem o índice relativo à devolução de produtos em decorrência do prazo de validade vencido, deteriorização, etc. Afirma ser uma constante na vida das empresas a inutilização ou a deteriorização de mercadorias, em face da comercialização normal, obsolescência ou perecimento no decorrer de suas atividades (doc. 02). Ressalta que o autuante exigiu ICMS sob alegação de omissão de saídas, sem atentar para a circunstância de que nas quebras não ocorre o fato gerador do imposto, tendo em vista, ademais, que o fisco não teria dificuldade para apurar as quebras de estoque. Acrescenta que se fosse considerado que o volume de mercadorias apontado no relatório da fiscalização decorreria de quebras, estar-se-ia diante de um índice de 1,7% do total comercializado em relação aos itens levantados, portanto dentro de uma razoabilidade. Afiança ser um fato que as quebras existem e que o índice de 1,7% está dentro da normalidade, isto devido à eficiência dos controles do impugnante, que garante um índice tão pouco expressivo. Observa que se por absurdo esse índice estivesse fora dos limites da normalidade, estar-se-ia diante da obrigatoriedade de estorno do crédito fiscal, nunca de ocorrência de fato gerador ou de venda presumida. Transcrevendo as ementas concernentes à Resolução nº. 1.961/98 e ao Acórdão JJF nº. 2112-02.01, emanados do CONSEF, que versam sobre esse tema, salienta que este último Acórdão combate quatro equívocos cometidos pela fiscalização e no julgamento. Primeiro, o contribuinte não precisa provar a perda, precisa, sim, demonstrar que está dentro dos índices normais aceitos pela atividade. Segundo, sobre as perdas não pode ser presumida a omissão de saídas, nem, se normais, exigido o estorno do crédito fiscal. Terceiro, ao autuante caberia a discussão do índice de perdas normais, jamais simplesmente desconsiderar a sua existência. E quanto às perdas, prossegue, não são exclusividade da atividade industrial, podendo ocorrer também na armazenagem e na distribuição. Diz que o legislador não incluiu limitações quanto às perdas, não podendo o intérprete fazê-lo, especialmente porque o autuante concorda com a existência de perdas, discordando apenas do índice utilizado. Entende que o índice tolerável seria 0,5%, todavia, no presente caso, não aceita índice algum, o que não se apresenta razoável. Afirma que possui formulário próprio para registro de tais perdas (doc. 03), bem assim que a fiscalização, ao não computar as quebras, exige imposto sem a ocorrência do fato gerador.

Frisa o recorrente, ainda quanto à infração 1, que o Auto de Infração é improcedente por exigir o ICMS sobre o valor das saídas e não o estorno do crédito fiscal. Diz que, ao não computar os índices de quebra, a fiscalização exige imposto sem que ocorra fato gerador, tendo em vista que o transcrito art. 100, inciso V do RICMS/BA determina o estorno do crédito nos casos de quebra anormal, o que não se evidenciou no caso concreto, significando possibilidade do não estorno quando a quebra de peso ou de quantidade, comercialização ou produção, estiver dentro dos limites tecnicamente aceitáveis. Transcreve Ementa do Acórdão JJF n. 1180-99, deste Conselho.

comercializou mercadorias sem a emissão de Notas Fiscais e se eventuais diferenças de estoque existem, são decorrentes das quebras inerentes ao processo comercial. Afirma que, por absurdo, se fossem as perdas levantadas pelo autuante como anormais, deveria o mesmo realizar o lançamento fiscal considerando o estorno do crédito fiscal. E tal providência culminaria no levantamento de valores completamente diferentes por duas razões. Primeiro, a base de cálculo seria o valor da entrada e não o da saída. Segundo, a alíquota a ser considerada seria a da entrada e não a da saída.

Sustenta que outro equívoco cometido na autuação consiste na exigência do ICMS das saídas, sem se considerar a tributação a que está submetida cada mercadoria ou mesmo se as saídas se referem a operações internas ou interestaduais. Adverte que ocorreu uma presunção à margem da lei. Indica que no caso de operações com materiais de acondicionamento há isenção de pagamento do ICMS, entretanto produtos como caixas plásticas e pallets constam no levantamento como sendo comercializados pelo defendant, sendo incluídos nas saídas omissas, exigindo-se o imposto. Frisa ser notório que não comercializa tais produtos, que são usados exclusivamente para o acondicionamento das mercadorias que comercializa, caso em que a sua utilização se deve à necessidade de transporte de grandes volumes, fato este que não precisa ser provado. Assim, como se utiliza desses materiais apenas com aquele objetivo, não podem ser incluídos dentre aqueles que comercializa. Utilizando-se do art. 19, inciso I, alínea “a” do RICMS/97, ressalta que a movimentação com esses materiais está isenta do ICMS, entretanto essas mercadorias representam 88% da exigência fiscal, significando que apenas 12% do imposto cobrado se refere a operações de circulação de mercadorias. Menciona que o autuante além de não reconhecer que as caixas e os pallets são utilizados apenas no transporte de mercadorias, desconhece que os mesmos sofrem constante desgaste no seu manuseio, tornando-se necessário que o impugnante desenvolva ações visando a recuperação em suas próprias instalações. Como em muitas oportunidades são utilizadas diversas unidades danificadas para montar “novos” pallets, isto resulta na quebra em seus estoques, o que, de forma absurda, foi considerado pela fiscalização como omissão de saídas. E acrescenta que essas situações não são esporádicas e sim ocorrem no dia-a-dia do defendant. Prosseguindo, afirma que durante a fiscalização o autuante teve oportunidade de conhecer tais fatos, porém o seu trabalho revela uma limitação no cruzamento de dados e na construção de planilhas, quando deveria, com base na realidade fática, concluir se ocorreu a hipótese de incidência do tributo. Conclui que desconhecer que tais materiais não são vendidos ou cobrados dos destinatários das mercadorias e que sofrem constantes desgastes e avarias é querer cobrar imposto com base em ficção. Diz que possui, inclusive, controle específico para as caixas e paletes quebrados e consertados, mantendo contrato com empresa especializada para conserto de tais bens, tratando-se de serviços que são faturados e contabilizados regularmente (doc. 05). Assevera que a legislação tributária isenta do pagamento do imposto as operações com materiais de acondicionamento, no que se incluem os paletes e caixas. Afirma que a Constituição Federal não autorizou a cobrança sobre o trânsito físico, mas sim sobre a mudança de propriedade, sobre a circulação física. Aduz que caberia ao autuante, em novo processo específico, questionar se o crédito do imposto na entrada do bem foi anulado pelo débito na saída ou mesmo se o crédito foi corretamente apropriado em 1/48.

Argui, ainda, a improcedência das infrações 1 e 2 por exigir ICMS sobre bens pertencentes a terceiros, assinalando que movimenta parte de suas cargas através de paletes de propriedade de empresas beneficiadas com regime especial relativo à movimentação de paletes e contentores, conforme Convênio ICMS 04-99. No caso do Auto de Infração, alega que são apontadas omissões sobre “PALLET CHEP AZUL”, ressaltando que, à luz do referido Convênio, os paletes pertencem à empresa CHEP DO BRASIL, identificada Auto de Infração (doc. 06). Questiona se poderia ser acusada de vender paletes pertencentes a outra empresa, em especial quando aqueles são identificados e todos saberão que se trata de bens de terceiros.

Afirma que merece reforma a Decisão recorrida, tendo em vista a improcedência das infrações 1 e 2, em face do desrespeito à Portaria n. 445-98. Assegura que o autuante procedeu a um levantamento de estoque parcial, n

saída e de entrada. Destaca o item de maior omissão apontada, qual seja, os paletes, em que o total das omissões de saídas e entradas, conforme planilhas anexas ao Auto de Infração, representa R\$ 2.457.729,57, mas apesar de sua relevância as planilhas são parciais no levantamento das movimentações. Prossegue salientando que, mesmo reconhecendo que tais bens são movimentados em 6 diferentes códigos (5300398, 5300410, 5300215, 5300366, 5300355 e 5300371), o autuante, apenas para o exercício de 2005, considerou todos os códigos, ao passo que no exercício de 2004 foram considerados tão-somente os códigos 5300398 e 5300215 e para 2006 apenas o código 5300215. Diz que todos os códigos deveriam ter sido considerados nos exercícios autuados. Frisa que se o autuante tivesse procedido conforme determina a Portaria 445-98 não teria concluído pela existência de omissões ou, no mínimo, valores muito diferentes dos apontados. Ainda em relação aos paletes, para o exercício de 2005 foram consideradas omissões de entrada no montante de R\$ 525.793,44, equivalente a 179.936 paletes. Ocorre que, segundo alega, tal conclusão se deve ao erro cometido no levantamento. Argumenta que se tivesse o autuante respeitado as normas da citada Portaria, a sua conclusão seria outra. Ao invés de apontar uma omissão de entrada de 179.936, concluiria pela existência de omissão de saída no montante de 71.075 paletes, conforme demonstrativo apresentado na peça recursal. Pede a realização de perícia para confirmar as verdades questionadas, expondo-se a fragilidade da autuação, por conseguinte a sua improcedência.

Sustenta, também, que as infrações 1 e 2 são improcedentes por estarem suportadas, exclusivamente, por presunção. Argumenta que restando demonstrada a inexistência de omissão de saídas, ao se basear em presunção, o fisco promoveu uma verdadeira revolução contábil, impondo ao autuado, segundo as palavras do Professor Souto Borges, não uma relação jurídica, mas uma verdadeira relação de poder e força. Lembra que de acordo com o princípio da estrita legalidade, não é permitido qualquer tipo de presunção quando as exigências não estejam previstas em lei, sob pena de a autuação resultar numa incerteza jurídica incompatível com o Estado de Direito e a segurança jurídica. Sustenta que o nosso Sistema Tributário repele presunções, indícios e ficções, que podem não refletir a realidade fática, levando a conclusões errôneas e inverídicas, como entende que é o caso em questão, considerando que a autuação partiu de uma base de cálculo fictícia. Ademais, a presunção não pode transgredir os princípios da legalidade e da capacidade contributiva, nem servir de pretexto para o confisco, não podendo o fisco cobrar além do que é devido pelo contribuinte. Traz à colação o pensamento do tributarista Sacha Calmon Navarro Coelho, onde é expresso o entendimento de que o princípio da capacidade contributiva rejeita as técnicas da presunção. Apresenta, ainda, reflexões do renomado professor atinentes à oposição entre a presunção e o princípio da tipicidade fechada, assim como o pensamento do professor Vittorio Cassone a respeito de presunção e dos princípios da legalidade e da tipicidade da tributação. Afirma que tendo em vista que o levantamento fiscal não se baseou nos reais documentos que poderiam exprimir a fidelidade e a legalidade do lançamento, este fato elide o Auto de Infração, o que implica na improcedência do crédito tributário. Realça que na realidade a ação fiscal partiu de uma prova indiciária, que sequer chega a ser uma presunção. Alega que o fato que se sobressai neste ponto é que estando a ação fiscal baseada em presunção ou em indícios, não se admite que seja afrontado o princípio da legalidade, com o contribuinte ficando submisso à vontade do fisco, tendo em vista que o lançamento somente pode ser efetivado quando se verificar a ocorrência do fato imponível. Afiança que a cobrança do imposto por presunção vai de encontro aos preceitos contidos nos artigos 97, 100, 107, 108, 109, 110, 112, 114, 144 e 146 do CTN, que expressam as limitações constitucionais do poder de tributar.

Afirma que a infração 2, de igual forma, é improcedente por presumir receitas utilizadas em pagamentos inexistentes. Argumenta existir um equívoco do autuante quando presume a omissão de receitas utilizadas no pagamento das imaginadas entradas omitidas, em especial a unidade autuada que é uma central de distribuição, um depósito destinado, exclusivamente, à armazenagem e distribuição de mercadorias que serão comercializadas. Diz que a unidade autuada não compra, nem vende e é acusada de omitir receitas porque não possui receitas próprias financeiro centralizado responsável pelos pagamentos e centra

ingressam em suas lojas de varejo. Aduz que as aquisições realizadas nos diversos fornecedores são pagas mediante a emissão de faturas e sua liquidação ocorre via sistema financeiro, comumente via Banco Bradesco. Questiona que se não há pagamento de faturas, como reconhece o autuante, como poderia haver omissão de receitas por parte do depósito. Argumenta que, mesmo que existissem omissões de receitas, a unidade autuada não poderia ser acusada, e sim as unidades dedicadas às vendas, os supermercados. A verdade, prossegue, é que as eventuais diferenças de estoques apontadas são decorrentes das quebras de pesos, da mera movimentação física de bens, de perdas normais ou de erros no procedimento fiscal. E sobre nenhuma das hipóteses, a legislação impõe a incidência do ICMS. Reafirma que as caixas plásticas e os pallets se prestam a acondicionar as mercadorias, não integrando a comercialização destas, apenas auxiliando no transporte. Nem o autuado nem seus fornecedores comercializam esses materiais, e, à exceção dos novos, todas as movimentações de entrada e de saída se referem a bens que já integram o seu patrimônio ou de seus fornecedores, não existindo compra e venda ou mesmo transferência de recursos. Afirma que as alegações oferecidas na infração anterior referentes a avarias e reformas desses bens são válidas também neste item da autuação. Indica num quadro os resultados das omissões relativas a esses materiais, salientando que o autuante, ao tempo em que aponta uma omissão de saídas de 251.011 pallets, constata a omissão de entradas de 179.936 unidades, exigindo, de forma absurda, o pagamento do imposto sobre as omissões de entradas.

Alega que a infração 2 é improcedente por desconsiderar a quebra de peso. Diz que não foram consideradas as quebras de peso relativas à entrada de mercadorias, resultando na pretensa omissão da compra de aproximadamente 52.000 quilos de maçã nacional ou importada, o que demonstra o desconhecimento de sua realidade comercial. Entende ser inconcebível imaginar que o impugnante compre maçãs sem notas fiscais. Salienta que, conforme se verifica no próprio relatório, adquiriu apenas no exercício de 2005, o montante de 1.745.506 quilos do produto. Esclarece que tratando-se de uma mercadoria perecível e tendo em vista que opera como central de distribuição, tem que repartir esses produtos de forma rápida entre as lojas, sob pena de arcar com prejuízos irrecuperáveis. Com isso, a velocidade de giro no estoque permite minimizar as perdas por perecimento. De forma paralela, como se trata de um produto agrícola negociado em grandes volumes, sendo plausível a quebra de peso, em diversas oportunidades compra 100.000 quilos e recebe 103.000 quilos, tendo em vista que o processo de pesagem é menos rigoroso que aquele realizado em suas dependências. Como lá a pesagem é feita em toneladas, arrobas, caixas, etc., a margem de erro admitida é muito mais condiscendente. No caso específico desse produto, o Auto de Infração aponta uma diferença de peso inferior a 3%, percentual esse que se revela insignificante, não se tornando necessário exigir do produtor agropecuário um investimento com balanças mais precisas. Assim, entende que a diferença encontrada na entrada não pode ser apontada como omissão de receitas, pois nesse caso seria necessário imaginar que o produtor teria que emitir uma fatura complementar, a partir da diferença constatada pelo comprador. Acrescenta que não é plausível conceber que o comprador deveria informar ao fornecedor a respeito da diferença de peso e exigir um faturamento complementar, para ser pago com Recursos de vendas não declaradas, principalmente quando se trata de um contribuinte tradicional, que comercializa grandes volumes de mercadorias. Transcreve o art. 7º, da Portaria n. 445-98, para assinalar que mesmo que na entrada da mercadoria tenha ocorrido quebra de peso, ou seja, fisicamente tenha ingressado uma quantidade superior à informada na Nota Fiscal, considerando que o fato gerador do ICMS não ocorre na entrada das mercadorias no estabelecimento, bem como que o imposto devido foi pago quando da saída subsequente tributada, não se pode concluir pela omissão de receitas. Alega que a falta de consideração às quebras de peso distorce completamente a “realidade”, tornando o Auto de Infração ilíquido e incerto, devendo ser julgado totalmente improcedente.

Argui a improcedência da infração 2 por falta de previsão legal para presumir a alíquota. Sustenta que comercializa com milhares de itens, que podem ser tributados a 17% ou a 25%, 7%, 12% ou até 0%, no caso dos isentos ou não tributados, bem como antecipado do ICMS, fato não considerado pelo autuante, que previu pagamento das supostas compras não declaradas teriam se originado sujeitos a uma só alíquota, a de 17%. Afirma que tal erro foi parcial.

de Julgamento, ao determinar que fosse estabelecida uma relação proporcional entre as saídas tributadas e as não tributadas (isentas, imunes ou com liberação – antecipação tributária). Assevera que, como não apresenta ingresso de Recursos provenientes de operações tributadas pelo ICMS, toda omissão levantada deve ser considerada como não sujeita ao ICMS. Argumenta que, quisesse o autuante considerar as operações de transferências entre filiais como geradoras de receitas passíveis de omissão, caberia, ainda, considerar que o recorrente realiza transferências de mercadorias sujeitas aos mais diversos regimes tributários, devendo ser considerada essa diversidade de regimes para estabelecer uma relação proporcional da origem das recitas imaginadas como omitidas. Diz ser esse o entendimento deste CONSEF, transcrevendo a Ementa do Acórdão 1616-99 e trecho do voto proferido pelo Conselheiro Relator naquela oportunidade. Conclui assinalando que, ainda que mantida a presunção, deveria o autuante ter considerado em relação às mercadorias tributáveis a proporcionalidade das mercadorias transferidas nos mais diversos regimes tributários.

De referência à infração 3, afirma que a infração é improcedente por conferir tratamento diferenciado ao produto produzido internamente. Diz que foi autuado por utilizar margem de valor agregado diversa da estabelecida na legislação, atestando que foram aplicadas corretamente tais margens. As divergências existentes no Auto de Infração se referem aos produtos: café torrado ou moído, biscoito, espetinho bovino, bebidas alcoólicas, entre outros. Salienta que em todos os eles o autuante sobretaxa a margem de valor agregado porque o produto tem origem em outras unidades da Federação. Afirma que tal conduta denota tratamento diferenciado, estabelecendo limite ao tráfego de bens, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada, providência expressamente vedada no art. 150, V, e art. 152, da CF-88 e em afronta ao preceito consagrado no art. 1º, da CF-88. Transcreve escólio de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Pinto Ferreira, para reafirmar que o princípio da isonomia permeia todo o sistema jurídico e está sendo ignorado pelo autuante, o que não pode contar com o crivo desse órgão julgador. Reproduz doutrina de Ives Gandra e Celso Bastos para ressaltar que o autuante confere tratamento diferenciado ao produto produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, em afronta aos arts. 1º, 150, II e V, e 152, todos da Carta da República, impondo-se a desconstituição do Auto de Infração.

Quanto à infração 4, argumenta que a infração 4 é improcedente por não considerar o pagamento antecipado do ICMS. Esclarece que em razão dos milhares de itens que comercializa, permaneceu, mesmo após 30/09/2005 e até maio de 2006, a pagar regularmente o imposto antecipado. Ressalta que foi exigido o pagamento do ICMS relativo às saídas das mercadorias, porém sem considerar toda a parcela do imposto cobrada na etapa anterior, assim como aquela paga por antecipação, contrariando o princípio da não-cumulatividade. Como era dispensado a tais mercadorias o tratamento da antecipação tributária, não eram lançados nem os créditos relativos às entradas, nem os débitos concernentes às saídas. Insurge-se contra o lançamento dos débitos atinentes às saídas, desprezando-se todos os créditos fiscais, até mesmo aqueles referentes ao estoque existente à época. Como em relação às mercadorias adquiridas foi pago o ICMS, entende que tem direito ao crédito fiscal referente à sua comercialização. O crédito é legítimo, tanto pela interpretação do direito posto, quanto em razão do princípio da não-cumulatividade, que determina a compensação do imposto devido com o montante cobrado nas operações ou prestações anteriores. Assinala que, em sua informação fiscal, o autuante sustenta que, relativamente ao estoque existente em 30.09.2005, o recorrente procedeu ao lançamento do crédito fiscal nos meses seguintes de outubro a dezembro de 2005, deixando, contudo, de informar que o lançamento do crédito fiscal foi parcial porque alguns produtos permaneceram equivocadamente no regime de antecipação tributária. Com a permanência de alguns produtos no regime de antecipação tributária, ainda que de maneira equivocada, o recorrente terminou por não compensar o crédito fiscal decorrente da incidência normal do ICMS na aquisição, bem como daquele relativo à antecipação tributária. Afirma que deve ser compensado todo o montante do ICMS, normal e antecipado, correspondente àquelas mercadorias que permaneceram no regime da antecipação tributária em respeito à não-cumulatividade. Aduz que se esse fosse o procedimento do autuante, não houve prejuízo ao erário público.

Salienta que deve ser levado em consideração, também, o benefício da dúvida, consignado no art. 112, do CTN. Assevera que, se alguma dúvida restar ao julgador, de acordo com o referido artigo de lei, deve ser aplicada a interpretação mais favorável ao contribuinte, julgando improcedente o Auto de Infração em epígrafe.

Ao final, pede a nulidade do Acórdão, a nulidade do Auto de Infração por ausência de provas e por ausência de previsão legal precisa das infrações, ou a sua improcedência em face dos argumentos supra expendidos, protestando por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive a juntada posterior de documentos e realização de perícia.

Após a apresentação da peça recursal, o contribuinte atravessa petição, através da qual pede a juntada de laudo pericial atestando as perdas normais e arquivos magnéticos com os códigos das mercadorias comercializadas com o propósito de demonstrar que o analítico de estoque realizado pelo auditor fiscal foi parcial, pois deixou de considerar os diferentes códigos existentes para o mesmo produto.

A ilustre representante da PGE-PROFIS, Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, após tecer escorço histórico acerca do presente PAF, afasta as preliminares de nulidade suscitadas e, no mérito, sugere a realização de diligência, para que fossem verificados os supostos códigos utilizados para um mesmo produto, devendo os autos retornar para Parecer conclusivo (fls. 1.274 a 1.276).

Após inclusão do PAF em pauta suplementar, deliberou esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal pela realização de diligência à Infaz de Origem (fls. 1.279 e 1.280), para que o autuante, em face da argumentação expendida pelo recorrente no seu Recurso Voluntário, bem como da documentação apresentada pelo mesmo às fls. 1263/1269, especialmente a Planilha Demonstrativa, verificasse se foram considerados, ou não, na autuação os diferentes códigos de existentes para o mesmo produto, em obediência à Portaria nº 445/98, elaborando, se for o caso, novo demonstrativo de débito relativo às infrações 1 e 2, tomando-se como ponto de partida o Demonstrativo apresentado pela 1ª Junta de Julgamento. Concluído o procedimento acima, a Repartição Fiscal deveria intimar o contribuinte e o autuante para tomarem ciência da diligência realizada, entregando aos mesmos, e contra recibo, todos os documentos produzidos pelo fiscal estranho ao feito, reabrindo-se o prazo de 10 (dez) dias para que o contribuinte e o autuante, querendo, pudessem se manifestar. Após as referidas providências, ficou determinado que os autos deveriam retornar à PGE/PROFIS para emissão de Parecer jurídico conclusivo.

O fiscal autuante realizou a diligência determinada (fls. 1.287 e 1.288), apresentando novo demonstrativo de débito em relação ao ICMS devido no exercício de 2005, reduzindo o valor do imposto para R\$348.320,34 e mantendo inalterados os valores atinentes aos exercícios de 2004 e 2006.

Instado a se manifestar acerca do resultado da diligência, o recorrente o faz (fls. 1.291 a 1.297), contestando a forma como o autuante agrupou as mercadorias para fins de levantamento quantitativo e reiterando os termos defensivos quanto ao percentual de perdas.

A Douta PGE-PROFIS emite Parecer conclusivo (fl. 1.302), através do qual assevera que:

“O que me parece relevante é observar que é fato incontrovertido que os pallets são produtos de plástico ou madeira, com tamanhos e especificações diferentes e que são tratados pelo próprio autuado de formas distintas.

Com base na codificação feita pelo próprio autuado, fls. 1.282 e 1.284, o fiscal autuante elaborou o levantamento fiscal.

Em sendo assim, reitero os termos do Parecer anterior e opino pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso, para que o valor relativo ao levantamento quantitativo seja reduzido na forma da manifestação do autuante às fls. 1287-1288.”

A Dra. Sylvia Amoêdo profere Despacho acolhendo integralmente o Parecer anteriormente exarado (fl. 1.303).

VOTO

Inicialmente, ingressarei na seara de análise do Recurso Voluntário

Suscita o recorrente à nulidade do Acórdão recorrido, em virtude de não terem sido apreciados pelo julgador de *primeiro* grau, em dissonância com os documentos acostados aos autos os argumentos pelo mesmo suscitados, deixando de realizar a perícia solicitada na peça defensiva.

Rejeito a referida arguição de nulidade.

Isso porque a 1^a Junta de Julgamento Fiscal enfrentou, de forma específica e fundamentada, todos os argumentos expendidos na peça impugnatória, tendo, inclusive, convertido o processo em diligência à ASTEC, a fim de prestar alguns esclarecimentos e sanar alguns equívocos existentes no levantamento fiscal, o que acabou ocorrendo.

Reitera o recorrente preliminar de nulidade do Auto de Infração em face da ausência de provas produzidas pelo Fisco Estadual, alegando a ocorrência de inversão do ônus da prova.

Não merece guarida o referido pleito preliminar.

Da análise dos fólios processuais, depreende-se que fora aplicada no caso vertente uma presunção insculpida em lei (infrações 1 e 2), pelo que, ao contrário do quanto pugnado pelo recorrente, caberia a este produzir as provas necessárias para elidir as infrações que lhe foram imputadas. No que concerne às demais infrações (3 e 4), impende observar que as provas foram trazidas pelo autuante e acostadas ao presente PAF, não podendo, pois, prosperar a tese recursal. Outrossim, de referência aos Acórdãos do CONSEF, invocados para fundamentar o pedido, saliento que os mesmos albergam matérias distintas da que ora se discute, em que não foram apresentados os necessários demonstrativos de cálculos, nos quais se baseara em descrição genérica da infração ou não se fizera acompanhar das provas correspondentes, circunstâncias que realmente implicariam na impossibilidade de se determinar, com precisão, a ocorrência das infrações, o que não ocorreu no presente caso, quando foram elaborados e apresentados os demonstrativos pertinentes a todas as infrações imputadas ao autuado.

Ainda em sede de preliminar, argui o recorrente que o Auto de Infração também é nulo por ausência de descrição legal precisa e cerceamento do direito de defesa.

Rejeito, de igual forma, a aludida preliminar.

Entendo, ao contrário do sustentado pelo recorrente que inexiste qualquer obscuridade na descrição das infrações que integram o presente lançamento de ofício, especialmente porque os demonstrativos elaborados foram lastreados em documentos fiscais devidamente indicados, mencionando, de forma específica, as irregularidades imputadas, bem como o infrator.

Quanto às infrações 1 e 2, observo que ambas foram engendradas em consonância com o quanto expressamente contido no RICMS: a) arts. 1º, I, e 2º, I (infração 1); b) art. 2º, parágrafo 3º, IV (infração 2). Cura assinalar, ainda, que as previsões referidas, bem como as multas capituladas no Auto de Infração estão em conformidade com o disposto na Lei n. 7.014-96.

Ressalto, destarte, que não ocorreu qualquer “confusão” na descrição das duas infrações, visto que em ambas a fiscalização detectou tanto omissão de entradas como de saídas, exigindo o tributo em relação à ocorrência que representou o maior valor monetário.

De referência à alegação recursal de que houve menção equivocada do Anexo 69 do RICMS-BA na infração 3, como observado na Decisão recorrida “*a transcrição do texto relativo à infração segue um padrão existente no SEAIT (sistema de emissão de autos de infração) onde ainda continua mantida essa informação, a despeito desse anexo se encontrar revogado, o que, no entanto, não representa nenhum prejuízo ao contribuinte, haja vista que as mercadorias arroladas na autuação fazem referência exatamente ao outro anexo citado, o de nº. 88*”. Não há, pois, que se cogitar qualquer cerceamento do direito de defesa do recorrente.

O recorrente insiste no argumento de que existe necessidade de realização de diligência-perícia, a fim de demonstrar equívocos no levantamento fiscal.

Afasto o pedido de produção de prova técnica formulado, salientando, inicialmente, que o processo foi convertido em diligência tanto em primeira que em diligências administrativas, respectivamente à ASTEC e ao autuante, encontrando-se todos os elementos suficientes à formação de minha convicção, que é a de que a exigência preceitua o art. 147, do RPAF.

No que concerne ao *meritum causae*, como primeiro argumento da improcedência da infração 1, o recorrente assevera que foi não foi sido levado em consideração pela fiscalização o índice de quebras no processo de comercialização, armazenagem, expedição e distribuição, nem o índice relativo à devolução de produtos em decorrência do prazo de validade vencido, deteriorização, etc. Comungo com o entendimento externado pela 1a Junta de Julgamento no sentido de que não foram colacionadas aos autos as provas das alegadas perdas/quebras no período objeto da ação fiscal, bem como que não foram emitidas as notas fiscais relativas às quantidades das mercadorias ditas sem condições de comercialização devido à deteriorização ou prazo de consumo vencido, a fim de que fosse possível justificar, parcial ou totalmente, as diferenças detectadas por omissão de saídas de mercadorias no levantamento quantitativo por espécie de mercadorias.

A menção feita ao inciso V, do art. 100, do RICMS também resulta em equivocada exegese. Isso porque na presente ação fiscal está sendo exigido o ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques e não em relação à falta de estorno de crédito.

No que tange à alegação de “tributação indevida” da infração 1, esclareço, mais uma vez, que a presente autuação exige imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, estando o levantamento adstrito a mercadorias normalmente tributáveis, não havendo, neste caso, qualquer cabimento a alegação de necessidade de exclusão de mercadorias subordinadas a outras situações, ou seja, apresenta-se incabível a aplicação da proporcionalidade.

Ademais, tendo em vista que a omissão recaiu sobre a saída de mercadorias tributáveis, em relação às quais não foram emitidos os documentos fiscais correspondentes, a aplicação da alíquota de 17% é condizente com a situação fática, à luz do quanto disposto no art. 632, inciso VII do RICMS/97.

Insiste o recorrente na alegação de que as caixas plásticas e os *pallets* são utilizados exclusivamente para o acondicionamento e transporte de produtos. Todavia, da análise dos documentos juntados ao processo pelo autuante, bem como dos resultados do levantamento quantitativo de estoques, não merece guarida essa tese recursal. A uma porque os documentos e livros fiscais atestam que o recorrente realmente realiza operação de mercancia, tanto nos registros fiscais em relação às entradas, quando é dado o tratamento de aquisição de mercadorias, fato confirmado com a utilização do crédito fiscal destacado nos referidos documentos, quanto nas informações prestadas através dos arquivos magnéticos relativos às saídas das referidas mercadorias e seus registros, quando igualmente é efetuado o destaque do imposto. Além disso, os documentos acostados aos autos pelo recorrente se referem a período posterior àquele objeto da autuação, não havendo, portanto, prova alguma de sua alegação especialmente porque para atestar o quanto alegado deveriam ter sido apresentadas as notas fiscais de saída com o correspondente destaque do imposto, visando o estorno do crédito relativo à entrada das mercadorias.

A duas porque o argumento recursal de que as referidas mercadorias não são comercializadas e que as diferenças apuradas nas saídas (exercícios de 2004 e 2006) se referem a perdas pelo desgaste e manuseio do produto, colide com o próprio resultado apontado no exercício de 2005, no qual foram constatadas diferenças por omissão de entradas das mesmas mercadorias, sendo que tais divergências apenas confirmam a assertiva do autuante ao efetuar o lançamento do crédito tributário.

Logo, repiso o entendimento manifestado pelo a quo no sentido de que “os materiais em questão também servem para o acondicionamento de mercadorias para o transporte, ou seja, se tratam de bens de uso, cujo tributação do ICMS se daria de forma divergente daquela adotada para as mercadorias com objeto de mercancia, porém não é o que se constata da análise dos autos, isto é, que tais mercadorias tivessem como finalidade a incorporação ao ativo imobilizado, dado o tratamento tributário que lhes é dispensado pelo contribuinte”.

Ademais, tendo o recorrente alegado que as caixas plásticas unicamente para acondicionar mercadorias no transporte, e incorporados ao seu ativo imobilizado. Daí porque, restando co

saídas são todas tributadas pelo contribuinte, as diferenças detectadas, ainda que verídica a argumentação recursal, geraria uma diferença em seu estoque, implicando em prejuízo ao fisco, devido ao uso do crédito e à falta do estorno da diferença correspondente.

No que se refere à infração 2, inicialmente ressalto que, apesar do recorrente questionar a figura da presunção, observo que o procedimento está lastreado no quanto disposto no art. 2º, § 3º, inciso IV do RICMS/97, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção, sempre que for constatada a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas, além de outras hipóteses, à luz do preceituado no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96.

Com relação à existência de perdas oriundas de quebras de peso atinentes à maçã nacional ou importada, observo que não foi acostado aos fólios processuais qualquer elemento capaz de elidir a infração.

Quanto à aplicação da alíquota única de 17%, mantenho o mesmo entendimento do quanto já abordado sobre a questão ao apreciar o mérito da infração 1, o mesmo ocorrendo em relação às alegações recursais sobre a inclusão dos *pallets* e caixas no levantamento fiscal.

No que pertine às bebidas alcoólicas, (smirnoff e vinho tinto), reparo algum merece a Decisão recorrida. Isso porque a legislação tributária confere a essas mercadorias, como observado naquele *decisum*, “*o tratamento de regime normal de tributação a partir de 01/10/05, conforme Alteração nº. 66 (Decreto nº. 9547, de 20/09/05, DOE de 21/09/05)*”. Assim, por se tratar de levantamento quantitativo de estoque apurado em 31/12/2005, como corretamente assentou o julgador de *primo grau*, “*não se pode falar em mercadorias enquadradas no referido regime, haja vista que se ficasse comprovado pelo autuado de que as diferenças de entradas se referiam a aquisições anteriores a 01/10/2005, seria o mesmo que reconhecer a falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária e de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por aquisição de mercadorias sem nota fiscal*”. Todavia, tendo em vista que a ocorrência do fato apurado foi constatada em 31/12/2005, apresenta escorreito o trabalho do autuante ao incluir os produtos na condição de regime normal e exigir o imposto pela diferença de valor de maior expressão monetária, em relação às diferenças encontradas pelas omissões de entradas e de saídas.

Quanto ao questionamento do recorrente de que também comercializava mercadorias dos mais diversos regimes tributários, pugnando pela aplicação do princípio da proporcionalidade, esclareço que, em primeira instância, o processo foi convertido em diligência à ASTEC, do CONSEF, tendo resultado na elaboração de demonstrativo relativo a cada período atinente a essa infração, indicando os valores e percentuais relativos às saídas de mercadorias, culminando com a redução do débito para o valor de R\$ 435.326,34.

Ocorre que, após a apresentação da peça recursal, como relatado alhures, o recorrente atravessou petição, através da qual pediu a juntada de arquivos magnéticos com os códigos das mercadorias comercializadas, a fim de demonstrar que o analítico de estoque realizado pelo auditor fiscal foi parcial, pois deixou de considerar os diferentes códigos existentes para o mesmo produto.

Convertido novamente o processo em diligência, o fiscal autuante realizou novo trabalho (fls. 1.287 e 1.288), apresentando novo demonstrativo de débito em relação ao ICMS devido no exercício de 2005, reduzindo o valor do imposto para R\$348.320,34 e mantendo inalterados os valores atinentes aos exercícios de 2004 e 2006.

Acato o resultado da novel prova técnica produzida em segunda instância, no que tange às infrações 1 e 2, reduzindo o valor das mesmas para o montante ali indicado quanto ao exercício de 2005.

Passo agora a enfrentar os argumentos de mérito, suscitados pelo recorrente, quanto à infração 3.

Entendo que os valores levantados pela fiscalização, através dos demonstrativos de fls. 163 a 239, entregues ao recorrente, apontaram todos os dados concernentes ao levantamento realizado pelo autuante, não tendo o recorrente, por outro lado, indicado os “pseudo” equívocos ocorridos.

Quanto à alegação do recorrente de que foram utilizados percent dos produtos arrolados no levantamento, verifico, em consonância

1ª Junta de Julgamento, que foram ofertados os esclarecimentos 1



com os produtos biscoitos, bucho bovino e bebidas alcoólicas, para as quais fora utilizada a margem de lucro regularmente prevista.

De referência à tese recursal de que, apesar da realização de diligência específica em primeira instância, remanescem na exigência da infração produtos não compreendidos no regime de substituição tributária, assim como que teria sido utilizada margem de valor adicionado superior ao legalmente previsto, entendo que a prova técnica analisou de forma acurada o pleito recursal, afastando os equívocos ocorridos na autuação e mantendo os valores devidos.

Por fim, quanto ao mérito da infração 4, reitero o posicionamento do a quo no sentido de que *“caberia ao contribuinte ingressar com um pedido perante a repartição fazendária de sua circunscrição, pleiteando que lhe fosse autorizada a utilização dos créditos fiscais correspondentes, os quais poderiam ser utilizados inclusive para quitar os débitos concernentes ao presente lançamento tributário”*.

O processo, também quanto a este aspecto, foi convertido em diligência à ASTEC, que manteve na autuação os valores efetivamente devidos.

No que tange ao Recurso de Ofício apresentado, entendo que reparo algum merece a Decisão proferida em primeira instância.

Isso porque todas as reduções dos valores apontados naquele *decisum* quanto às infrações 2, 3 e 4, foram calcadas na prova técnica produzida pelo revisor fiscal da ASTEC, em consonância com a legislação tributária estadual.

Destarte, com espeque no Parecer emitido pela Douta PGE-PROFIS, voto no sentido de PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário, apenas para reduzir o valor do débito referente ao exercício de 2005 da infração 2 para R\$348.320,34, ao tempo em que NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279459.0004/07-0, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.477.818,70**, acrescido das multas de 70% sobre R\$2.038.090,35 e 60% sobre R\$439.728,35, previstas respectivamente nos incisos III e II, alíneas “d” e “a”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de maio de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS