

A. I. Nº - 269141.0022/08-2
AUTUADO - BIG FIREWORKS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FOGOS LTDA.
AUTUANTE - MARCO ANTÔNIO MACHADO DE ABREU
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 29/04/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0066-03/11

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração comprovada. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, sendo o valor das saídas omitidas superior ao das entradas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, a das saídas. Refeitos os cálculos o imposto apurado ficou reduzido, somente em relação ao exercício de 2006. Mantidos os valores originalmente apurados quanto aos demais exercícios fiscalizados. 3. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. FALTA DE LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Infração não contestada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA. Autuado não contestou. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de oitiva de testemunhas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/06/2008, refere-se à exigência de R\$13.889,59 de ICMS, acrescido das multas de 50% e 70%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, referente às aquisições interestaduais de mercadorias, nos meses de fevereiro, março e junho de 2006. Valor do débito: R\$1.392,31.

Infração 02: Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, levando-se em conta para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, nos exercícios de 2006 e 2007. Valor do débito: R\$8.806,94.

Infração 03: Falta de recolhimento do 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 saídas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício aberto, 2008. Valor do débito: R\$3.122,74.

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Microempresa não optante pelo Simples Nacional com apuração do ICMS pelo regime de crédito/débito, meses de agosto e outubro de 2007. Valor do débito: R\$567,60.

Infração 05: Extravio das Notas Fiscais modelo 1, do número 001 ao 050, sendo aplicada multa no valor de R\$250,00.

Consta às fls. 86/87 do presente processo, requerimento do autuado informando que o autuante entregou somente os levantamentos fiscais sem as cópias dos documentos fiscais que consubstanciam o lançamento, a exemplo de notas fiscais relatadas que o contribuinte não tem conhecimento. Salienta que não ocorrendo a entrega de cópia dos documentos constantes nos autos, o autuado não tem conhecimento em tempo hábil para a sua defesa, o que enseja nulidade da autuação, por violação ao princípio do contraditório. Requer a imediata entrega de cópia completa do PAF e reabertura do prazo de defesa.

O autuante informa à fl. 90, que de acordo com o recibo à fl. 83, foram entregues ao defendente todos os levantamentos e demonstrativos que embasaram a lavratura do Auto de Infração, e considera os mencionados elementos suficientes para o contribuinte exercer seu direito de defesa. Que o autuado teve acesso ao processo na repartição fiscal, desde a fluência do prazo de defesa, podendo inclusive ter extraído cópia de qualquer de suas peças, conforme art. 11 do RPAF/BA. Opina pelo fornecimento integral de cópia do processo, mas discorda quanto à reabertura do prazo de defesa.

O autuado apresenta novo requerimento datado de 17/07/2008, fls. 92/93, aduzindo que ainda não dispõe do despacho de concessão dos documentos e reabertura do prazo de defesa e sem a obtenção dos documentos ou seu recebimento posterior sem a reabertura do mencionado prazo, além de infringir a legislação, impede o autuado de exercer seu direito de defesa, de reconhecer e até quitar parcela do débito, caso verifique a veracidade nos levantamentos efetuados e documentos apresentados. Diz que em caso semelhante, Auto de Infração 12872620059 recebeu cópia da documentação, e após provocação específica, teve reaberto o prazo de defesa.

Conforme Parecer nº 12942/2008 (fls. 94/96), foi cientificado o defendente de que o seu prazo de defesa começou a fluir, e que foram fornecidas todas as cópias dos documentos que formam o Auto de Infração, solicitadas pelo defendente, sendo deferido o pedido do autuado concernente à devolução do prazo de defesa.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 88, apresentou impugnação (fls. 101 a 118), alegando que em relação à primeira infração, o demonstrativo à fl. 09, comprova que foi calculado o imposto exigido, em alguns itens, utilizando a alíquota de 27%, demonstrando a fragilidade dos cálculos e da autuação. Diz que as vias das notas fiscais de fls. 11/21 são destinadas ao fisco de origem, por isso, não servem para a imputação, e apesar de constarem nas notas fiscais objeto da autuação o nome do autuado como destinatário das mercadorias ali descritas, não se consegue vislumbrar nos mencionados documentos a prova do recebimento dos produtos, inexistindo prova de que as ditas mercadorias teriam ingressado no estabelecimento autuado. Como as vias das notas fiscais em comento correspondem às vias do fisco de origem, entende que não há como se chegar à conclusão de que as mercadorias efetivamente teriam ingressado no Estado da Bahia. O autuado alega que não pode sofrer penalidade pela ausência de registro das notas fiscais, por falta de comprovação do fato, tendo em vista que os ingressos jamais existiram, sob pena de tributar-se mera ficção. Assegura que está impossibilitado de registrar essas notas fiscais, porque as mercadorias jamais ingressaram em seu estabelecimento, e a jurisprudência do CONSEF é bastante clara quanto à exigência de comprovação cabal da realização da operação. Cita diversos julgados, transcrevendo as respectivas ementas.

Infração 02: O defendente alega que inexiste omissão de entradas ou de saídas de mercadorias sem comprovação do ingresso no estabelecimento autuado, se aplicando a esta infração o quanto disposto no item anterior, para todos os efeitos legais. Diz que os valores apurados pelo autuante não encontram qualquer relação com os levantamentos apresentados pelo mesmo, já que os valores da base de cálculo não são passíveis de serem identificados em seus levantamentos. Cita exemplo e diz que, igualmente ao ocorrido na infração anterior, o autuante traz nos cálculos apresentados à fl. 23 do presente processo, em alguns itens, a utilização da alíquota de 27%, o que

demonstra a fragilidade dos cálculos e da autuação. Assegura que o autuante cometeu outros erros na auditoria de estoques, inclusive, na apuração do preço médio de alguns itens, conforme exemplos que o defendente indicou na fl. 109. Diz que os erros constatados, tanto em relação à diferença na alíquota utilizada quanto no valor de preço médio unitário, implicam uma redução do imposto de R\$8.490,76 para R\$2.099,71, o que permite afirmar que foi exigido imposto em 304,38% acima do que seria supostamente devido. Assim, o defendente afirma que ficou evidenciada a real necessidade de revisão do presente Auto de Infração por preposto diverso do autuante.

Infração 03: O defendente também alega que os valores apresentados pelo autuante não encontram qualquer relação com os levantamentos realizados, citando exemplo. Assegura que tal incongruência impossibilita o exercício do direito de defesa, e que há necessidade de revisão por estranho ao feito. Diz que apesar de a autuação não permitir a certificação do real valor que está sendo imputado ao autuado, é possível identificar irregularidades no levantamento fiscal, conforme indicou nas fls. 111/112 dos autos. Assegura que os erros apurados tanto em relação à utilização equivocada da alíquota quanto na auditoria de estoque implicam uma redução no imposto exigido de R\$3.394,28 para R\$1.376,20, ou seja, a imputação tributária foi 146,64% acima do que seria supostamente devido.

Prosseguindo o defendente fala sobre o “efeito confiscatório da multa de dos juros de mora”, citando o art. 150, inciso IV da Constituição Federal, e decisões do Supremo Tribunal Federal, além de ensinamentos de Paulo César Bária de Cartilho em sua obra Confisco Tributário. O autuado discorre sobre a inaplicabilidade da multa moratória, citando a doutrina e a jurisprudência sobre o assunto. Informa que oportunamente serão carreadas aos autos as provas documentais de suas alegações, pedindo que seja julgado improcedente o presente Auto de Infração. Reitera o pedido de diligência fiscal nos termos do art. 145 do RPAF/BA. Pede que o presente lançamento seja julgado nulo, e se ultrapassadas as preliminares suscitadas, que no mérito seja julgado improcedente, pelas razões elencadas em sua defesa. Protesta, ainda, pela oitiva de testemunhas, posterior juntada de documentos, inclusive contra-prova.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 121/122 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que em relação à primeira infração, o autuado comercializa mercadorias à alíquota de 17% e também 27%, sendo 2% correspondente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, estando tal acréscimo previsto no art. 51-A, inciso II do RICMS/BA. Diz que houve equívoco na alegação do autuado de que comercializa mercadorias à alíquota de 17%, tendo em vista que nas fls. 11 a 21 dos autos constam notas fiscais de aquisição de diversos tipos de foguete, cuja alíquota é 27%, e à fl. 09 estão detalhados os cálculos. Esclarece que no mesmo período há mercadorias com as alíquotas de 17% e 27%, por isso, foram englobados no Auto de Infração todos os produtos com a alíquota interna de 17%, porém, mantendo o débito originalmente calculado para cada período. Quanto ao argumento do autuado de que não recebeu as mercadorias constantes nessas notas fiscais, diz que os citados documentos foram capturados em postos fiscais em todo o Estado da Bahia, que serve de lastro para o sistema CFAMT. Pede a manutenção dos valores originalmente exigidos.

Quanto à infração 02, o autuante informa que o contribuinte, na condição de optante pelo SIMBAHIA, faz jus ao crédito presumido de 8%, prevista no art. 408-S, § 1º do RICMS/97. Assegura que o contribuinte foi “agraciado” com uma redução indevida do débito relativo a 31/12/2007, porque nesta data o SIMBAHIA já havia sido extinto. Diz que à fl. 22 do PAF encontra-se a tabela com aplicação do mencionado crédito presumido, onde foram apurados os valores constantes do Auto de Infração. Comenta sobre a alíquota de 27% para foguetes e diz como foram apurados os preços médios em relação aos itens Foguete 12 x1 (2006, NF 52 à fl. 31; 2007, NF 90 à fl. 48) e Girândola 468 tiros (2006 não houve autuação e 2007, NF 90 à fl. 48).

Em relação à infração 03, o autuante informa que o contribuinte também foi “agraciado” com uma redução indevida no débito desta infração, considerando que em 15/05/2008 o SIMBAHIA já havia sido extinto e não caberia mais utilizar o crédito presumido previsto no art. 408-S, § 1º do

RICMS/BA. Reproduz a explicação quanto à alíquota de 27% para foguetes, e diz que em relação às alegações do defendente quanto aos erros nas quantidades do estoque final das mercadorias objeto da autuação, essas quantidades foram obtidas na Declaração de Estoque devidamente assinada pelo contribuinte, que o autuante está acostando aos autos juntamente com a informação fiscal. Opina pela manutenção das infrações 02 e 03.

Quanto às infrações 04 e 05, o autuante salienta que o defendente não apresentou qualquer contestação, por isso, entende que foi admitido tacitamente o cometimento das irregularidades apontadas. Finaliza pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

Considerando que foi constatado equívoco no cálculo do imposto exigido nas infrações 01 a 03, esta JJF converteu o presente processo em diligência (fl. 134 e 138) para o autuante:

- 1) Quanto à primeira infração, refazer o demonstrativo de cálculo do imposto exigido, concedendo a redução de 50% do valor do imposto a recolher, de acordo com o previsto no § 4º do art. 352-A do RICMS/BA, por ser tratar de aquisição realizada por microempresa a estabelecimento industrial, conforme CFOP 6.101, constante nos documentos fiscais.
- 2) Em relação ao levantamento quantitativo (infrações 02 e 03), o defendente apresenta dados divergentes do autuante, indicando as quantidades das mercadorias objeto da autuação em unidades e o levantamento fiscal foi efetuado em caixas ou dúzias. Se manifestar quanto à divergência apontada pelo contribuinte, fazendo as necessárias correções.
- 3) Informar se o contribuinte fez opção pelo Simples Nacional. Em caso positivo, juntar a comprovação.
- 4) Após as providências acima mencionadas, a repartição fiscal intimar o autuado, fornecendo-lhe no ato da intimação cópia da nova informação fiscal e dos demonstrativos do autuante, com a indicação do prazo de dez dias para o defendente se manifestar, querendo.

Em atendimento ao solicitado, o autuante prestou nova informação fiscal às fls. 141/142, dizendo que a redução de 50% já foi concedida no demonstrativo de fl. 09, na coluna G = $(E - F) \times 50\%$. Quanto à controvérsia em relação às unidades de medida adotadas, afirma que o defendente não apontou nenhuma divergência. Em seguida, o autuante faz uma análise de cada item, acatando a alegação defensiva quanto aos itens Foquete 1 Tiro de Canhão, Foquete 3 Tiros, Foguete Rabo de Pavão. Informa que as correções efetuadas provocaram alterações nas quantidades, resultando aumento do débito da infração 03, que passou de R\$3.122,74 para R\$4.744,17. Esclarece que houve o surgimento de mais uma infração – omissão de entradas de mercadorias tributadas existente em estoque, tendo sido apurado o débito de R\$179,92, conforme novos demonstrativos elaborados, detalhando as alterações realizadas. Por fim, diz que o autuado não fez opção pelo Simples Nacional, conforme ficha cadastral do Sistema INC, que acostou aos autos.

Considerando que na intimação à fl. 155 dos autos, assinado por representante do autuado, não constou expressamente que o contribuinte recebeu as fotocópias da informação fiscal e dos demonstrativos elaborados pelo autuante, esta JJF converteu o presente processo em nova diligência à Infaz de origem para ser expedida nova intimação ao autuado com a entrega de cópias das fls. 141 a 152 dos autos, mediante recibo assinado pelo contribuinte ou seu representante legal devidamente identificado, sendo indispensável a indicação do prazo de dez dias para o sujeito passivo se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos.

Sendo apresentada nova manifestação pelo autuado, o PAF fosse remetido ao autuante para tomar conhecimento, e prestar nova informação fiscal acerca das alegações do contribuinte.

Em atendimento ao solicitado, o autuante prestou informação fiscal às fls. 167/168, apresentando os seguintes esclarecimentos:

- 1) Quanto à primeira infração, diz que a redução de 50% do valor do imposto a recolher já havia sido concedida a todas as aquisições referentes a esta infração, conforme a coluna G do demonstrativo à fl. 09 do PAF.

2) Em relação às divergências das unidades de medida adotadas (infração 02), diz que o contribuinte não apontou nenhuma divergência específica.

3) Quanto à infração 03, apresenta uma análise individual das divergências apontadas pelo defendente:

- CO – Color Thunder (fl.111). A entrada de 800 cxs está indicada na nota fiscal 1851 (fl. 68) e o estoque final com 05 cxs está indicado na declaração de estoque (fl. 124). Item inalterado.

- FOG1 – Foguete 1 Tiro de Canhão (fl. 111). O contribuinte tem razão, o estoque final não é zero e sim 09.

- FOG12 – Foguete 12 x 1 (fl. 111). A entrada de 3.000 cxs está indicada na nota fiscal 523 (fl. 70) e o estoque final com 75 cxs está indicado na declaração de estoque (fl. 124). Item inalterado.

- FOG3 – Foguete 3 Tiros (fl. 111). O contribuinte tem razão, a unidade adotada foi a dz o estoque final é de 925 dz (37 x 25. fl. 124).

- FOGTAB – Foguete Rabo de Pavão (fl. 112). O contribuinte tem razão, o estoque final é de 100 dz (4 x 25. fl. 123), mas a entrada constante na nota fiscal 1851 (fl. 68) também deve ser alterada: $100 \times 25 = 2.500$ dz.

- LI – Little Swallow (fl. 112). As entradas de 3.840 cxs estão indicadas na nota fiscal 1852 (fl. 69) e o estoque final de 06 cxs está indicado na declaração de estoque (fl. 123). Item inalterado.

- MINI – Minicicciolo (fl. 112). A entrada de 1.200 cxs está indicada na nota fiscal 1852 (fl. 69) e o estoque final de 05 cxs está indicado na declaração de estoque (fl. 123). Item inalterado.

- PI – Picet (fl. 112). A entrada de 5.760 cxs está indicada na nota fiscal 1852 (fl. 69) e o estoque final de 04 cxs está indicado na declaração de estoque (fl. 123). Item inalterado.

- V – Vulcan (fl. 112). A entrada de 120 cxs está indicada na nota fiscal 1852 (fl. 69) e o estoque final de 04 cxs está indicado na declaração de estoque (fl. 123). Item inalterado.

Em seguida, o autuante informa que as alterações nas quantidades provocaram o aumento no débito da infração 03, que passou de R\$ 3.122,74 para R\$ 4.744,17, conforme planilhas às fls. 169/170 e, como o autuado alertou na fl. 111, houve o surgimento de mais uma infração: omissão de entradas de mercadorias tributadas existentes no estoque, com um débito de R\$ 179,92. Anexa aos autos demonstrativos detalhando essas alterações. Finaliza, informando que o contribuinte não fez opção pelo Simples Nacional conforme ficha cadastral do sistema INC anexada às fls. 177/178 dos autos.

Intimado da informação fiscal, o defendente se manifestou às fls. 181 a 185 dos autos, aduzindo que o presente PAF foi prudentemente convertido em diligência, que foi executada pelo mesmo fiscal autuante. Com isso, entende que o procedimento em tela não atendeu ao fim almejado, tendo em vista que desde o início da autuação o autuante afastou-se dos princípios tributários com a única finalidade de tentar manter uma autuação completamente insubsistente. Alega que a diligência fiscal deveria ter sido efetuada por fiscal diverso do autuante, consoante pleiteado na peça de defesa e reiterado nas manifestações posteriores. Diz que o autuante, ao invés de fazer prova do ingresso da mercadoria elencada na infração 01 no estabelecimento da autuada, bem como manifestar-se precisamente sobre a cobrança da alíquota de 27%, preferiu omitir informações e manter a autuação nitidamente descabida.

Com relação à infração 02 aduz que a matéria foi impugnada especificamente, não comprovando o autuante o ingresso da mercadoria no estabelecimento autuado. As discrepâncias nos valores das bases de cálculos impedem o autuado de defender-se precisamente das alegações, aplicação ilegal da alíquota de 27% contra o autuado, aplicação de preços equivocados para diversos itens identificados da defesa, em especial na fl. 10, com apuração de expressiva divergência de dados e valores.

Tratando da infração 03, o defendente diz que todos os elementos comungam precisamente pela total improcedência do auto de infração, mas o autuante chega à temerária conclusão de majoração no auto de infração e criação de uma nova infração tributária. Assegura que os levantamentos trazidos pela defesa são claros e não deixam margem para dúvida, no sentido do

excesso de exação. Assim, o defendente apresenta o entendimento de que as informações prestadas pelo autuante, além de não esclarecerem os pontos controvertidos do auto de infração, culminam por criar supostas novas infrações e/ou majorações de lançamentos, o que fere de morte os princípios tributários aplicáveis à matéria. Comenta sobre os direitos e obrigações processuais; o exercício dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, e reproduz o art. 28 do RPAF/BA, salientando que todo levantamento referente ao auto de infração deveria ter sido apresentado no momento de sua lavratura, acompanhado das provas respectivas, dando-se ciência ao contribuinte de todos os seus elementos, o que não foi realizado a contento no presente PAF, onde a cada manifestação do auditor autuante surgem novas dúvidas sobre a autuação. Afirma que os documentos juntados pelo autuante fazem prova tão somente de que não há elementos suficientes a comprovar as infrações apresentadas. O defendente diz que reitera todos os termos de sua peça de defesa, requerendo sejam desentranhados todos os documentos juntados pelo autuante em sua manifestação fiscal por serem totalmente inoportunos. Reitera o pedido de realização de diligência por fiscal diverso do autuante e que, após, seja o presente auto de infração julgado totalmente improcedente/nulo. Requer, ainda, sejam todas as intimações dirigidas ao advogado signatário, no endereço constante do rodapé da manifestação, tendo em vista que é o mesmo responsável pela prática de qualquer ato no presente processo administrativo fiscal.

Considerando que na informação fiscal o autuante refez o levantamento, alterando os valores originalmente apurados, inclusive, majorando o imposto exigido na infração 3, que passou de R\$ 3.122,74 para R\$ 4.744,17, não acatado pelo autuado, esta JJF converteu o presente processo em diligência à ASTEC (fl. 192) para o diligente adotar as seguintes providências:

1. Intimar o autuado para informar por escrito todos os equívocos materiais constatados no levantamento fiscal, apresentando os documentos fiscais originais, relativos a todas as inconsistências verificadas;
2. Com base nos documentos fiscais do autuado, verificar se o autuante, na revisão efetuada anteriormente, não fez os necessários ajustes, conforme alegado pelo defendente.
3. Verificar se os estoques inicial e final dos exercícios fiscalizados, considerados no levantamento fiscal, estão de acordo com a escrituração constante do livro Registro de Inventário, fazendo as correções.
4. Apurar se existem notas fiscais de aquisição não consideradas no levantamento fiscal, fazendo as necessárias inclusões, elaborando novos demonstrativos, inclusive o de débito.
5. Confrontar os dados apresentados pelo defendente com os demonstrativos do autuante, de acordo com os documentos originais do autuado, retificando as quantidades consignadas incorretamente no levantamento fiscal, elaborando novo demonstrativo de débito.

De acordo com o PARECER ASTEC Nº 198/2010 (fls. 193 a 199 do PAF), o autuado foi intimado para o cumprimento da diligência solicitada, tendo informado que os equívocos materiais relativos às infrações 02 e 03 encontram-se devidamente delineados nas fls. 08/14 de sua impugnação, acompanhada da respectiva comprovação, e que a comprovação restante, seja o livro Registro de Inventário ou qualquer outra, se encontra na empresa à disposição do Fisco. Quanto à infração 02, o diligente diz que os equívocos apontados pelo defendente foram tratados pelo autuante na informação fiscal às fls. 121/122. Analisando o demonstrativo elaborado pelo autuante, o diligente informa que em relação ao crédito presumido, o autuado apenas tem direito no exercício de 2006, tendo em vista que em 31/12/2007 estava cadastrado no regime de apuração de conta corrente fiscal e, estando extinto o SIMBAHIA, o contribuinte não mais teria direito ao mencionado crédito presumido. Informa que na tabela de fl. 22, equivocadamente, foi concedido o crédito presumido de 8% sobre o valor da base de cálculo omitida. Assim, aplicando o crédito presumido no exercício de 2006, o imposto devido fica reduzido para R\$754,14. Para o exercício de 2007, como não há crédito presumido, o imposto devido é de R\$8.490,76, apurado na fl. 41 do PAF. Diz que a alegada incompatibilidade da base de cálculo com os levantamentos fiscais (fls. 23 e 41) decorre

da não separação das diferentes alíquotas (17% e 27%) a que se sujeitam os produtos objeto da autuação fiscal, mas não houve implicação no imposto apurado como devido. Em relação à infração 03 o diligente analisa os itens do levantamento quantitativo, impugnados pelo defendente, confirmando o acerto do autuante quanto a este item da autuação. Concluindo, o diligente confirma os valores apurados na infração 02: R\$754,14 (exercício de 2006) e R\$8.490,76 (exercício de 2007). Quanto à infração 03, informa que em razão dos ajustes realizados, conforme demonstrativo de fl. 170, o imposto apurado ficou reduzido para R\$4.744,17.

Foi expedida intimação ao autuado (fl. 206 e Aviso de Recebimento à fl. 221), acompanhada de cópia do PARECER ASTEC Nº 198/2010, mas não foi apresentada qualquer manifestação pelo defendente. O autuante também tomou conhecimento (fl. 203), e não se pronunciou quanto ao mencionado parecer.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

Quanto ao argumento defensivo de que não foram fornecidas ao defendente as cópias dos documentos fiscais que deram origem à cobrança do imposto, observo que conforme Parecer nº 12942/2008 (fls. 94/96), foi cientificado o autuado quanto à reabertura do prazo de defesa, e que foram fornecidas todas as cópias dos documentos que formam o Auto de Infração, solicitadas pelo defendente, sendo apresentada impugnação ao lançamento às fls. 100/118 dos autos.

Em relação ao pedido formulado pelo defendente de que seja efetuada oitiva de testemunhas, indefiro a solicitação, tendo em vista que não existe previsão regulamentar para tal providência.

No mérito, a primeira infração trata da falta de recolhimento do imposto relativo à antecipação parcial referente às aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, conforme Notas Fiscais acostadas ao presente processo e demonstrativos à fl. 09 dos autos.

Observo que as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 12-A da Lei 7.014/96:

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição”.

Vale salientar, que o autuado contestou o levantamento fiscal, alegando que não recebeu as cópias das notas fiscais que embasaram a exigência do imposto. Entretanto, ficou comprovado nos autos que foram fornecidas ao defendente as cópias dos documentos fiscais, tendo sido reaberto o prazo de defesa, conforme fls. 94/96 do PAF. Foi cientificado o autuado de que houve reabertura do referido prazo de defesa, e que foram fornecidas todas as cópias dos documentos que formam o Auto de Infração.

O defendente também alegou que as vias das notas fiscais objeto da autuação foram destinadas ao fisco de origem, por isso, não servem para a imputação. Entende que apesar de constarem nas mencionadas notas fiscais, o nome do autuado como destinatário das mercadorias ali descritas, não se consegue vislumbrar nos referidos documentos a prova do recebimento dos produtos, inexistindo prova de que as ditas mercadorias teriam ingressado no estabelecimento autuado.

Quanto a estas alegações, observo que as notas fiscais do CFAMT provam que as mercadorias nelas especificadas circularam no território baiano com destino ao estabelecimento destinatário,

estando comprovado que as mercadorias passaram fisicamente pelo posto fiscal onde foram arrecadados os documentos fiscais. Portanto, as notas fiscais referentes a mercadorias destinadas a um contribuinte, constando o seu nome, endereço, inscrição estadual e CNPJ e os dados do transportador, constituem prova da realização de operações de aquisição pelo destinatário, inexistindo necessidade de a fiscalização acostar aos autos outras provas, cabendo ao autuado demonstrar, de forma inequívoca, que não realizou tais aquisições.

No caso em exame, o autuado deveria efetuar o recolhimento da antecipação tributária na entrada da mercadoria no território deste Estado. Portanto, concluo que foi exigido, de forma correta, o imposto relativo à antecipação parcial prevista no art. 12-A da Lei 7.014/96 e art. 352-A do RICMS/97.

Quanto ao exercício de 2008, foi elaborado o demonstrativo à fl. 10, mas não foi lançado o imposto apurado no demonstrativo de débito do Auto de Infração, o que poderá ser efetuado mediante novo procedimento fiscal. Mantida a exigência fiscal.

Infração 02: Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, levando-se em conta para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, nos exercícios de 2006 e 2007.

Infração 03: Falta de recolhimento do 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 saídas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício aberto, 2008.

Estas infrações foram objeto de diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC, tendo sido informado no PARECER ASTEC Nº 198/2010 (fls. 193 a 199 do PAF), que em relação à infração 02, o diligente analisou os equívocos apontados pelo defendente, que foram tratados pelo autuante na informação fiscal às fls. 121/122. Quanto ao crédito presumido, diz que o autuado apenas tem direito no exercício de 2006, tendo em vista que em 31/12/2007 estava cadastrado no regime de apuração de conta corrente fiscal e, estando extinto o SIMBAHIA o contribuinte não mais teria direito ao mencionado crédito presumido. Informa que na tabela de fl. 22, equivocadamente, foi concedido o crédito presumido de 8% sobre o valor da base de cálculo omitida. Assim, aplicando o crédito presumido no exercício de 2006, o imposto devido fica reduzido para R\$754,14. Para o exercício de 2007, como não há crédito presumido, o imposto devido é de R\$8.490,76, apurado na fl. 41 do PAF. Em relação à infração 03 o diligente analisou os itens do levantamento quantitativo, impugnados pelo defendente, e disse que houve acerto do autuante quanto a este item da autuação. Concluindo, o diligente confirma os valores apurados na infração 02: R\$754,14 (exercício de 2006) e R\$8.490,76 (exercício de 2007). Quanto à infração 03, informa que em razão dos ajustes realizados, conforme demonstrativo de fl. 170, o imposto apurado ficou alterado para R\$4.744,17.

Vale ressaltar, que foi expedida intimação ao autuado (fl. 206 e Aviso de Recebimento à fl. 221), acompanhada de cópia do PARECER ASTEC Nº 198/2010, mas não foi apresentada qualquer manifestação pelo defendente. O autuante também tomou conhecimento (fl. 203), e não se pronunciou quanto ao mencionado parecer.

Acato as conclusões do diligente quanto ao resultado da diligência fiscal realizada, tendo sido informado no PARECER ASTEC Nº 198/2010 que os equívocos apontados pelo defendente foram tratados pelo autuante na informação fiscal às fls. 121/122. Portanto, houve redução do débito relativo ao exercício de 2006 para o valor de R\$754,14. No exercício de 2007, bem como em relação ao exercício de 2008 (infração 03) houve agravamento da infração em virtude do aumento do valor do débito apurado. Neste caso, mantenho os valores originais e, com base no art. 156 do RPAF/99, represento à repartição fiscal de origem para instaurar novo procedimento fiscal,

podendo preliminarmente, intimar o contribuinte a recolher espontaneamente o débito correspondente à diferença encontrada.

Quanto ao fato de ter sido apurado pelo autuante diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias tributáveis, através de levantamento quantitativo, observo que neste caso, sendo o valor das saídas omitidas superior ao das entradas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, a das saídas, com multa de 70%, que absorvo a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas, conforme estabelece o art. 13, inciso I da Portaria 445/98.

Concluo pela procedência parcial da infração 02 e procedência total da terceira infração, conforme quadro abaixo:

INFRAÇÃO 2	IMPOSTO
exercício de 2006	754,14
exercício de 2007	7.811,50
TOTAL DA INFRAÇÃO 02	8.565,64
INFRAÇÃO 3	3.122,74

De acordo com as alegações defensivas, autuado impugnou somente as infrações 01 a 03, e não apresentou qualquer contestação quanto às infrações 04 e 05. Assim, considero procedentes os itens não contestados, haja vista que não existe controvérsia.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo de débito abaixo:

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE	1.392,31	-
02	PROCEDENTE EM PARTE	8.565,64	-
03	PROCEDENTE	3.122,74	-
04	PROCEDENTE	567,60	-
05	PROCEDENTE	-	250,00
TOTAL	-	13.648,29	250,00

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 **269141.0022/08-2**, lavrado contra - **BIG FIREWORKS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FOGOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$13.648,29**, acrescido das multas de 50% sobre R\$1.392,31 e 70% sobre R\$12.255,98, previstas no art. 42, I, “b”, item 1 e inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$250,00**, prevista no art. 42, inciso XIX, da mencionada Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA