

A. I. Nº - 207093.0003/08-1
AUTUADO - FRIPAMPA FRIGORÍFICO PAMPA LTDA.
AUTUANTE - JUVÊNCIO RUY CARDOSOS NEVES
ORIGEM - IFMT ATACADO
INTERNET - 26.05.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0080-02/11

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. O levantamento da conta correte fiscal foi efetuado com base nos arquivos magnéticos apresentados pelo autuado, cabendo ao a este ônus da prova, o que não ocorreu. **Infração procedente. 2. LIVROS FISCAIS. a) REGISTRO DE APURAÇÃO. DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS.** Foi demonstrada a prova das divergências apontadas. **Infração procedente. b) LIVRO DE ENTRADA. DIVERGÊNCIAS ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADA E NO LIVRO DE REGISTRO DE APURAÇÃO.** As divergências confirmadas originam do fato de que o autuado não recolheu o ICMS da antecipação parcial relativa aos meses de novembro/05 e janeiro/06. **Infração mantida. c) LIVRO DE SAÍDA. DIVERGENCIAS ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO LIVRO DE SAÍDA E NO LIVRO DE REGISTRO DE APURAÇÃO.** Ficou descaracterizada a exigência fiscal, pois o lançamento que serviu para apurar o imposto foi maior do que os constantes nos documentos fiscais, restando à improcedência da infração. **3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO.** O autuado não traz contestação quanto ao mérito da questão. As argüições de nulidade não foram acolhidas. **Infração mantida. b) ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS.** O autuado não traz contestação quanto ao mérito da questão. As argüições de nulidade não foram acolhidas. **Infração mantida. c) SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM EMISSÃO DO DOCUMENTO FISCAL. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** O autuado não traz contestação quanto ao mérito da questão. As argüições de nulidade não foram acolhidas. **Infração mantida. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO.** Ficou demonstrado que as mercadorias se encontravam enquadradas no regime de substituição tributária. **Infração mantida. 5.**

DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração mantida. Não acolhido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, ora impugnado, para reclamar o descumprimento de obrigações principais e acessórias, relativas ao ICMS, totalizando o valor total de R\$ 1.868.530,97, imputando-se ao contribuinte as seguintes infrações:

Infração 01- deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no valor do ICMS de R\$ 141.681,29, multa de 50%;

Infração 02- recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS, no valor de R\$30.358,94, multa de 60%;

Infração 03 – recolheu a menos o ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no livro de Registro de Apuração do ICMS. ICMS no valor de R\$ 1.705,00, multa de 60%;

Infração 04 – recolheu a menos o ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no Livro de Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no Livro de Registro de Apuração do ICMS. ICMS no valor de R\$ 130,18, multa de 60%;

Infração 05- falta de recolhimento do 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. ICMS no valor de R\$ 208.669,96, multa de 70%;

Infração 06 – falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS no valor de R\$ 967.008,85. Multa de 70%;

Infração 07 – 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 entradas – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. ICMS no valor de R\$ 60.044,90, multa de 70%;

Infração 08 – falta de retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e conseqüentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS no valor de R\$197.211,37. Multa de 60%;

Infração 09 – deixou de efetuar o recolhimento do 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 nos anexos 88 e 89. ICMS no valor de R\$150.078,16. Multa de 60%;

Infração 10 – deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Consta a existência de demonstrativo das notas fiscais informadas pelo fornecedor Kaiapós Fabril e exportadora Ltda., como venda de mercadorias destinadas ao contribuinte, não registradas na escrita fiscal, parte integrante do Auto de Infração, apurado mediante levantamento fiscal nos livros de Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS. Multa de R\$ 111.642,32.

O autuado, às fls. 287 a 290, apresenta defesa preliminar, alegando que 98 caixas de documentos, contendo livros fiscais e notas fiscais de entradas e saídas do período de 2006 e 2007, não lhe foram devolvidos, conforme protocolos datados de 26 e 27 de setembro de 2007, entregues ao coordenador de Trânsito Sr. Washington Wilson Bahia, bem como os documentos arrecadados pelo autuante Sr. Juvêncio Ruy. Assim, solicita reabertura do prazo de defesa, após a entrega dos aludidos livros e documentos fiscais em posse das autoridades fiscalizadoras.

Continua sua defesa o autuado, às fls. 307 a 327 dos autos arguindo nulidade, por não ter recebido os aludidos documentos, requerendo a devolução do prazo de defesa, tendo em vista que os documentos arrecadados pelo Ilustre Auditor não foram devolvidos à Autuada em sua totalidade, cerceando totalmente o seu direito de defesa e, conseqüentemente, tornando nula a citada autuação.

Destaca que anteriormente para apresentação de livros e documentos por Auditor Coordenador da IFMT METRO, Sr. Washington Wilson Bahia, tendo sido entregue à dita “Fiscalização do Trânsito” 98 (noventa e oito) caixas de documentos, referentes às Notas Fiscais de Mercadorias (Entrada/Saída) do período de 2006 e 2007, e respectivo livro de apuração, conforme protocolos datados de 26 e 27 de setembro de 2007. No decorrer da fiscalização afirma ter recebido outra intimação fiscal, da Inspetoria Fazendária INFAZ Atacado, por intermédio do Auditor Fiscal Juvêncio Ruy Cardoso Neves. Nesse passo, afirma que, também entregou-lhe todos os documentos solicitados e disponíveis, advertindo-o de que os demais se encontravam em posse dos agentes fiscalizadores do “TRÂNSITO”.

Destaca que o autuante Juvêncio Cardoso, da INFAZ Atacado, no corpo da sua 3ª (terceira) intimação fiscal, em que solicita as Notas Fiscais de Entrada relativas ao período de 12/03/2005 à 31/12/2007, certifica expressamente que apenas as Notas de Entrada do ano de 2006 e setembro/2007 estavam pendentes. Logo as demais já havia sido recebidas por ele, inclusive do solicitado período de 2005.

Argumenta que, considerando todas as notas e documentos entregues anteriormente à Fiscalização do “TRÂNSITO” (Sr. Washington Bahia), bem como o protocolo firmado pelo Sr. Juvêncio Cardoso (Auditor Autuador), acima relatado, é inconteste que a intimação fiscal para entrega dos documentos do período fiscalizado (2005 à 2007) foram disponibilizados pela Autuada.

Alinha que inúmeras Notas Fiscais de Entrada de mercadorias ainda se encontram em posse da Repartição Fiscal, impossibilitando o exercício do direito de defesa da Autuada, tendo em vista que a grande maioria das infrações albergadas fundamenta-se em questões que envolvem o “quantitativo” (estoque) da empresa, bem como os cálculos relativos à antecipação tributária total.

Argui nulidade da infração 01, com base, inclusive, na vasta documentação (dentre eles: novo demonstrativo do Conta-Corrente Fiscal, em conformidade com os livros de Registros de

Entradas, Saídas e Apuração dos períodos suscitados na infração, e respectivos comprovantes de pagamento - DAE's). Afirma que a empresa Autuada não possui os débitos de ICMS discriminados pelo autuante.

Afirma, quanto ao período de 30/04/2006, que houve equívoco do autuante, em relação ao real valor do imposto, tendo em vista que apenas é devido o valor de R\$1.620,17 conforme planilha em anexo correspondente ao correto Demonstrativo do Conta-Corrente Fiscal da empresa Autuada.

A Autuada reconhece parcialmente essa infração correspondente ao período de 30/04/2006, entretanto em valor bem inferior àquele cobrado no auto de infração. Assim, deve a referida infração ser retificada de acordo com o demonstrativo de conta-corrente do ICMS ora acostado, sob pena de nulidade.

Entende que, em relação às demais infrações ventiladas nesse tópico, o auditor fiscal não considerou os saldos credores da autuada corretamente, equivocando-se plenamente na lavratura das mesmas referentes tanto aos períodos do exercício de 2006 (30/06/2006, 30/09/2006 à 30/11/2006) quanto aqueles relativos ao exercício de 2007 (30/04/2007 à 31/05/2007, 30/09/2007, 30/11/2007 à 31/12/2007).

Afirma que, em relação ao exercício de 2006, o saldo credor do período anterior (ano de 2005) sequer foi transportado pelo auditor para o exercício seguinte. Além disso, continua o autuado, foi constatado pela Autuada o pagamento de ICMS a maior no período de 11/2005, no valor de R\$1.315,84, o qual foi lançado a crédito em janeiro de 2006. Esses fatos demonstram, conforme planilha já mencionada (Demonstrativo do Conta-Corrente Fiscal do ICMS) que o valor do imposto ainda devido em 30/04/2006 é de apenas R\$1.620,17.

Em relação às ocorrências - exercício de 2006 (30/06/2006, 30/09/2006 à 30/11/2006, afirma que pelos mesmos argumentos de que autuante havia deixado de considerar corretamente os créditos da Autuada, em seu demonstrativo do Conta-Corrente Fiscal, tem-se que tais infrações também são totalmente indevidas.

Aponta os suscitados créditos da autuada, abaixo especificados, que endente corroborar com a sua tese de que a mesma não é devedora dos débitos lançados pelo auditor em seu auto de infração:

- “1. observa-se crédito em 05/2006, no valor de R\$3.277,50, referente à antecipação parcial das mercadorias tributadas adquiridas fora do Estado;*
- 2. além de créditos de impostos pagos à maior, conforme planilha anexa, e respectivos comprovantes de pagamento, nos meses de maio e julho de 2006 ;*
- 3 .por fim, não foram considerados também os estorno de Débitos relativos às vendas interestaduais das mercadorias enquadradas na substituição tributária (Anexo 88 do RICMS BA), nos meses de maio à julho de 2006, setembro/2006, outubro/2006 e dezembro/2006;”*

Ressalta sobre o item “3” que, conforme alínea “a”, inciso I, do §3º, do ARTIGO 359 do RICMS, a empresa tem o direito a estornar o referido débito fiscal equivalente ao ICMS destacado na Nota de Saída, o que conseqüentemente gera um crédito para o Contribuinte, sendo que, no particular, tais estornos/créditos não foram observados pelo ilustre auditor apesar de devidamente escriturados no livro de Apuração do ICMS.

Destaca o princípio da legalidade reafirmado o direito aos créditos provenientes dos estornos pelas vendas interestaduais praticadas pelo Contribuinte de mercadorias enquadradas na substituição tributária, a própria lei disciplina o aproveitamento desses créditos pela Autuada, conforme redação do art. 359 §3º, I, “a” do RICMS/BA.

Reafirmando o equívoco do ilustre auditor, por não ter considerado os citados créditos da Autuada, com base no artigo 359 do RICMS, conforme discriminados no próprio Registro de Apuração do Contribuinte.

Para a ocorrência - exercício de 2007 (30/04/2007 à 31/05/2007, 30/09/2007, 30/11/2007 à 31/12/2007) considera a exigência indevida, pelos mesmos argumentos acima, conforme novo Demonstrativo do Conta-Corrente Fiscal de ICMS da Autuada, em anexo (ano de 2007):

“1. Vale destacar que o auditor mais uma vez não considerou os saldos credores da autuada corretamente. O saldo credor do período anterior (ano de 2006) sequer foi transportado pelo auditor para o exercício seguinte (2007);

2. além disso, observa-se também um crédito em 06/2007, considerado “a menor” o valor de R\$1.350,00, referente à antecipação parcial das mercadorias tributadas adquiridas fora do Estado.

3. por fim, também não foram considerados os estorno de débitos relativos às vendas interestaduais das mercadorias enquadradas na substituição tributária (Anexo 88 do RICMS BA), nos meses de fevereiro, abril e agosto de 2007, conforme permissão legal já ventilada da alínea “a”, inciso I, do §3º do ARTIGO 359 do RICMS.”

Argui a nulidade da infração 01, consoante a defesa apresentada.

Afirma ser nula a infração 02, pois em relação aos períodos de 31/08/2005 e 30/09/2005, não foi encontrada nenhuma divergência de imposto a pagar, conforme demonstrativo da conta-corrente fiscal de ICMS, em anexo (ano de 2005), elaborada de acordo com os livros fiscais da Autuada (Entrada, Saída e Apuração, também anexados à presente defesa).

Já em relação às ocorrências de 31/05/2006 e 31/07/2006, afirma que, também suscitadas no item da presente infração, não têm procedência pelos mesmos motivos ventilados na defesa da infração 01, referente aos meses de 06/2006 à 11/2006, ou seja, não foi considerado corretamente os créditos da Autuada relativos a tal período, conforme demonstrativo do Conta-Corrente Fiscal acostado pela empresa Autuada, o qual demonstra que essas infrações também são totalmente indevidas.

Entende não haver dúvidas também quanto à improcedência da infração de nº. 02, devendo ser decretada também a sua nulidade, ante a total adimplência da Autuada no que concerne aos supostos débitos perseguidos pelo auditor fiscal.

Considera nula a infração 03, pois quanto à ocorrência de 30/11/2005 não há o equívoco perpetrado pelo Auditor, visto que não existe no Registro de Apuração (nov/2005) o valor de R\$1.640,09 como valor de imposto devido de ICMS (conforme alegado pelo Autuante). Afirmo que esse valor discriminado pelo auditor, no Demonstrativo do Conta-Corrente Fiscal por ele elaborado, inclusive foi lançado como crédito fiscal. Consigna não existir, no particular, qualquer diferença de ICMS a recolher. Observe-se que o auditor pegou o crédito fiscal do período (R\$25,09) e abateu do valor de outro crédito fiscal (R\$1.640,09), equivocadamente lançado pelo próprio fiscal.

Aduz que é o que se observa dos documentos ora carreados, tais como Livro Registro de Apuração de nov/2005, cópia do demonstrativo do Conta-Corrente feito pelo fiscal e novo demonstrativo do Conta-Corrente elaborado pela empresa (ano de 2005).

Complementa que equivocou-se o auditor no cálculo matemático feito para se chegar à diferença supostamente existente (R\$1.615,00). Primeiro porque o valor considerado como “lançado” no RAICMS não existe, segundo porque o próprio valor foi lançado pelo auditor como crédito fiscal da empresa. Questiona: “como abater crédito de crédito??”.

Ressalta, conforme seu demonstrativo, que no mês de 11/2005 houve um pagamento equivocado de imposto, tendo em vista que havia saldo credor para empresa no valor de R\$978,16, mesmo assim a empresa recolheu um DAE no valor de R\$1.315,84 conforme cópia em anexo.

Em relação à ocorrência de 31/12/2006, da mesma forma que o item anterior, houve também um equívoco por parte do autuante. Os valores lançados nos livros Registro de Entradas e de Apuração são idênticos, logo não há divergência alguma.

Afirma a improcedência da infração capitulada no item 03.

Aduz a Nulidade da Infração nº 04, relativo ao período de 30/10/2005, no próprio demonstrativo do Conta-Corrente Fiscal elaborado pelo auditor foi apurado por ele próprio saldo credor de ICMS no valor de R\$130,18. Entretanto, continua o autuado, o auditor considerou tal valor como imposto devido supostamente não recolhido, enquadrando a Autuada na infração ora questionada. Destaca que o valor a recolher, no período ora mencionado 31/10/2005, é menor do que o valor recolhido a título de ICMS, corroborando que o valor lançado na infração se refere a saldo credor.

Argumenta que a natureza das penalidades aplicadas nas supostas infrações 01 a 04 têm efeito penal, afirmando que quando a penalidade tributária tem efeito penal, deve o aplicador do direito considerar todo o rigor aplicável à exegese penal, como, por exemplo, o basilar princípio do *in dubio pro reo*.

Complementa que, em caso de dúvida, portanto, em matéria de infrações e penalidades, a regra é a interpretação benigna. Prevalece o princípio originário do Direito Penal de que na dúvida se deve interpretar a favor do réu.”, ensina brilhantemente o Propedeuta Cearense Hugo de Brito Machado.

No particular entende que, se a verdade material está em jogo e as alegações da Autuada são extremamente pertinentes, e devidamente comprovadas, como de fato “são” e “estão”, respectivamente, não há razão para se imputar as inquinadas infrações, nem as respectivas multas descritas na autuação, porque plenamente duvidosas a configuração das mesmas no caso concreto.

Argui que a alegação fiscal de que a autuada tenha recolhido a menor, ou deixado de recolher, o ICMS dos períodos descritos nas infrações de nºs. 01 e 04, não procedem.

No que concerne às infrações 05 a 08, afirma, também, haver nulidade, em razão do cerceamento do direito de defesa acima alegado, tendo em vista a comprovada não devolução das notas fiscais utilizadas pelo ilustre auditor fiscal para a concretização da lavratura das respectivas autuações.

Alude que as supostas infrações fundamentam-se em questões que envolvem o “quantitativo” (estoque) da empresa, bem como os cálculos relativos à antecipação tributária total.

Nesse passo, sendo certo que inúmeras Notas Fiscais de Entrada de mercadorias ainda se encontram em posse da SEFAZ, restou inviável a defesa das suscitadas infrações.

Reitera o pedido de devolução do prazo de defesa já cogitado anteriormente, para que a Autuada possa ter-lhe garantido seu direito constitucional ao devido processo legal e à ampla defesa.

No que concerne à Infração de nº 09, também alega o cerceamento de defesa da Autuada, tendo em vista que não foi possível fazer a conferência dos cálculos elaborados pelo ilustre auditor, ante a devolução parcial das notas fiscais entregues para a fiscalização.

Alude que, através de mera conferência de algumas notas que a empresa teve devolvidas, a exemplo das Notas Fiscais em anexo, observa-se que o auditor fiscal considerou equivocadamente inúmeras mercadorias no cálculo da antecipação tributária total, quando na verdade as mercadorias ali discriminadas são isentas do ICMS (no particular, não enquadradas na hipótese de substituição tributária), conforme planilha que apresenta em sua defesa, referente a notas fiscais de frango, peito com osso, moela, cavina, filé de cabrinha, charque.

Aduz que o autuante equivocou-se quanto às descrições dos produtos: note-se que na NF 504 não foi observado que “corvina” é peixe e, portanto, tem 100% de redução da base de cálculo do ICMS (isento). Outro caso, apenas para exemplificar, observa-se da Nota Fiscal nº 477, não qual o

“charque” foi equivocadamente descaracterizado pelo ilustre auditor fiscal. É sabido que o “charque” adquirido na região Sudeste (RJ), a exemplo do caso concreto, tem ICMS destacado de 7% na operação interestadual. Logo, não é devida a antecipação parcial, haja vista que charque para o estado da Bahia tem carga tributária de 7%, não havendo, portanto, nenhum complemento de imposto a ser pago. Entretanto, o “charque” foi erroneamente considerado pelo auditor como peito c/ osso (para supostamente enquadrá-lo na hipótese de mercadoria sujeita à substituição tributária).

Argumenta que, diante da impossibilidade de se conferir todas as notas fiscais nas quais o auditor havia se equivocado quanto à descrição e enquadramento das mercadorias comercializadas pela Autuada, ante a não devolução dos documentos (Notas Fiscais) à empresa após da fiscalização, não resta outra alternativa senão a anulação também da presente infração.

Afirma, quanto à infração de nº 10, não haver provado o fato de que a Autuada havia dado entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

Entende que o auditor suscitou eventuais operações realizadas pelo Contribuinte Autuado como hipoteticamente não escrituradas nos livros fiscais próprios, sugerindo, de forma infrutífera, o suposto não recolhimento do imposto de ICMS respectivo.

Consigna que, apesar de não ter tido acesso aos documentos de Notas Fiscais suscitadas pelo auditor, tentou junto ao Fornecedor (Kaiapós Fabril Exportadora Ltda.) a localização das referidas notas, que, diga-se de passagem, são estranhas ao conhecimento da autuada. Em contato telefônico com o referido Fornecedor, afirma o autuado, recebeu a informação de que a empresa Kaiapós não teria localizado as mencionadas notas fiscais discriminadas pelo auditor como destinadas ao Contribuinte FRIPAMPA.

Argumenta que, ou foi um equívoco já retificado pelo fornecedor, ou o ilustre auditor mais uma vez equivocou-se nas suas alegações, lavrando erroneamente a presente autuação, sem juntar aos autos, ou muito menos apresentar ao Contribuinte as supostas notas fiscais de compras não escrituradas nos livros próprios.

Complementa que não reconhece as Notas Fiscais de entradas de mercadorias pelo autuante. Mesmo porque todos os fornecimentos adquiridos pela Autuada são devidamente escriturados nos livros fiscais próprios.

Nesse passo, entende que resta inquinada a infração de nº 10, em razão da total falta de comprovação das alegações ali presentes.

Aduz que inexistente nos autos da autuação qualquer comprovação real da existência das notas fiscais suscitadas pelo agente fiscal. Ademais, tais documentos sequer foram apresentados à Autuada, cerceando plenamente o direito de defesa da mesma.

Destaca o que dispõe o Art. 127-A do Código Tributário do Estado da Bahia: “Na conclusão do procedimento fiscal no estabelecimento, a autoridade fiscalizadora lavrará termo de encerramento de fiscalização, em que serão registrados de forma circunstanciada os fatos relacionados com a ação fiscal, os resultados da fiscalização e outros elementos especificados em regulamento.”

Reitera, caso decretada a nulidade, a DEVOLUÇÃO DO PRAZO DE DEFESA acima formulado, por ser imperativo de direito, determinando como termo inicial para contagem do prazo o primeiro dia útil subsequente à comprovada devolução dos documentos fiscais ainda em posse das autoridades fiscalizadoras, mormente no que concerne às infrações de números 05 a 08.

Requer a improcedência das infrações apontadas e requer ainda a produção de todos os meios de provas admitidos, especialmente a documental ora acostadas, bem como protesta pela juntada

posterior de eventuais documentos julgados necessários, bem como a realização de perícia quanto ao Demonstrativo do Conta-Corrente Fiscal, o qual, segundo planilha respectiva da Autuada, liquida a grande maioria das supostas infrações suscitadas pelo Autuante.

O autuante, às fls. 443 a 445 dos autos, apresenta a informação fiscal alegando, preliminarmente, que toda a documentação foi entregue ao preposto da autuada o Escritório de Contabilidade NORTEC, no momento da assinatura do Auto de Infração.

Alinha que os demonstrativos constantes dos arquivos magnéticos, entre as fls. 281 a 282, cópia entregue à autuada às fls. 281, apontam o desencontro entre os documentos fiscais e os registros no livro de saída e transferido para o livro de RAICMS, fls. 33 a 35 dos autos.

Consigna que o autuado nega a infração 01 sem apresentar provas ou mesmo sem contestar os valores apresentados nos demonstrativos. Exemplifica a infração, ao apontar o saldo apurado de R\$ 6.628,10, no mês de abril de 2006, decorrente dos erros acumulados desde o mês de janeiro de 2006, que culminou com uma diferença de R\$ 6.083,24 do saldo credor, mais a glosa do crédito do ICMS antecipação parcial de R\$ 3.277,50, fls. 122 dos autos, não recolhido.

Esclarece que a alegação de não terem sido considerados os créditos da antecipação parcial, não prosperam, na medida em que o autuado não recolheu o correspondente imposto, apesar de lançadas no livro RICMS.

Em relação à infração 02, afirma que nos demonstrativos, à fl. 25 e 26, estão as provas das divergências, suportadas pelas notas fiscais apresentadas em meio magnético, cujo arquivo é parte integrante do auto de infração às fls. 281 e 282, cópias entregues ao autuado, às fl. 281, cabendo ao autuado apenas a negativa da ocorrência da infração.

Quanto à infração 03, aduz que não foram identificados os levantamentos fiscais apontados pelo autuado, bem como o mesmo não recolheu o ICMS da antecipação parcial relativa aos meses de novembro/05 e janeiro/06, nos valores de R\$ 2.294,00 fls. 105 e R\$ 4.339,45. O lançamento, portanto, decorre da não comprovação do recolhimento pelo autuado.

Argumenta que, em relação à infração 04, através da análise das notas fiscais de saídas, cópias entregues à fl. 281, verificou que o valor a débito registrado é de R\$ 11.292,22, fls. 31, e não de R\$11.424,40, conforme registrado à fl. 69 a 101 dos autos. Afirma que o autuado não apresentou provas para elidir a acusação.

Afirma que o autuado não apresentou contestação quanto às infrações 05 a 08, sob alegação de falta de devolução das notas fiscais, utilizadas no levantamento quantitativo de estoque, contudo, afirma o autuante, o levantamento foi realizado com base nos arquivos magnéticos apresentados pelo autuado, que geraram demonstrativos, entregues à fl. 81.

Alinha que toda a documentação arrecadada foi entregue ao Escritório de Contabilidade Nortec e sua posse ocorreu desde a data da assinatura do auto de infração.

No que se refere à infração 09, afirma que o autuado não apresenta os DAEs comprovando o recolhimento do imposto exigido, fazendo prova os documentos às fls. 258 a 262 dos autos.

Argumenta em relação à infração 10 que o autuado apenas nega a ocorrência da infração, contudo as referidas notas fiscais que respaldam a acusação constam do demonstrativo às fls. 263, informados pelos fornecedores.

Alude que a defesa tem o cunho apenas protelatório do pagamento do crédito tributário.

A 2º JJF considerando que o Processo Administrativo Fiscal é regido pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, entre outros, não podendo haver óbice que possa configurar cerceamento a esses direitos, sob pena de nulidade do ato administrativo que é o lançamento de ofício; considerando que as infrações 5, 6, 7 e 08, foram apuradas com base no levantamento quantitativo por espécie de mercadorias entre os períodos de 2005 e 2007; considerando as

alegações do autuado, à fl. 310 dos autos, de que as notas fiscais de entradas/saídas do período de 2006 e 2007, bem como o respectivo livro de apuração, estão sob os cuidados do Coordenador da IFMT METRO, Sr. Washington Wilson Vieira Bahia, conforme protocolos datados de 26 e 27 de setembro de 2007, constantes no verso das intimações, às fls.340 e 341, impedindo a formulação de sua defesa; considerando as alegações do autuado, em relação à infração 10, de que não teve acesso as notas fiscais constantes do demonstrativo à fl. 263 (SINTEGRA): esta 1ª JJF, em pauta suplementar, deliberou que o processo fosse encaminhado:

“1 - à IFMT METRO para serem adotadas as providências a seguir alinhadas:

a) manifestação do Coordenador desse órgão, Sr. Washington Wilson Vieira Bahia, em relação às alegações do impugnante de que as notas fiscais do período de 2006 e 2007, bem como o respectivo livro de apuração, estão sob sua guarda, conforme protocolos datados de 26 e 27 de setembro de 2007, constantes no verso das intimações, às fls.340 e 341;

b) anexar aos autos o comprovante da devolução ao autuado do livro e documentos fiscais, acima referidos, ou, se for o caso, devolve-los, mediante recibo específico, caso ainda estejam sob os cuidados do Coordenador.

2 - à INFAZ DE ORIGEM, para adotar as seguintes providências:

a) fornecer ao autuado cópia das notas fiscais constantes do demonstrativo, à fl. 263 dos autos, que amparam a exigência consubstanciada na infração 10 (SINTEGRA);

b) fornecer ao autuado cópia da diligência, bem como outros elementos trazidos pelo diligente, devendo, no ato da intimação, ser informado ao autuado quanto à concessão prazo de 30 dias para reabertura da defesa.

Havendo manifestação do autuado deve ser dada ciência ao autuante para que elabore nova informação fiscal, com base nos novos resultados e abrangendo todos os aspectos da manifestação defensiva, com fundamentação, considerando o disposto no art. 127, § 6º do RPAF/99”.

Atendendo a diligência o Coordenador II da IFMT/METRO informa que os livros e documentos que o autuado alega se encontravam em suas mãos foram entregues ao autuante, conforme ele mesmo afirma em sua informação fiscal à fls. 443 dos autos.

O autuante, à fl. 456, se manifesta afirmando que o autuado já declarou que recebeu toda a documentação arrecadada durante a ação fiscal, conforme consta às fls. 04 e 05 dos autos e que todos os supervisores acompanharam a entrega da aludida documentação.

Adiante, às fls. 471 a 472 dos autos, responde a diligência afirmando que, tendo em vista a entrega ao autuante das requeridas notas fiscais elencadas no demonstrativo de fls. 263 do PAF, encaminhadas pelo Inspetor da Infaz Atacado, em 11/06/2010, dá por cumprida a diligência ao tempo que anexo todos os documentos comprobatórios.

Consta, às fls. 691 a 701, o encaminhamento das notas fiscais, em questão, com a reabertura do prazo de defesa, em 16/09/2010, não recebido por erro de número e em 29/09/2010, também não recebido. Assim, foi publicado o Edital de número 32/2010, para cientificar o autuado da conclusão da diligência e, por conseguinte, receber as aludidas notas fiscais. O autuado, contudo, não mais se manifestou nos autos.

VOTO

O presente lançamento imputa ao sujeito passivo 10 infrações, por descumprimento de obrigação principal e acessória do ICMS, já devidamente relatadas.

Não cabem as alegações do impugnante de cerceamento do seu direito de defesa sob as alegações, à fl. 310 dos autos, de que as notas fiscais de entradas/saídas do período de 2006 e 2007,

bem como o respectivo livro de apuração, estão sob os cuidados do Coordenador da IFMT METRO, Sr. Washington Wilson Vieira Bahia, conforme protocolos datados de 26 e 27 de setembro de 2007, constantes no verso das intimações, às fls.340 e 341, pois, para esclarecer tal questão, foi encaminhada diligência a Infaz de origem. Atendendo a diligência o Coordenador II da IFMT/METRO informa que os livros e documentos que o autuado alega se encontravam em suas mãos foram entregues ao autuante, conforme ele mesmo afirma em sua informação fiscal à fls. 443 dos autos.

O autuante demonstra que o autuado já declarou que recebeu toda a documentação arrecadada durante a ação fiscal, conforme consta às fls. 04 e 05 dos autos, cabendo lembrança de que o Auto de Infração já contempla o termo de encerramento da ação fiscal.

Quanto às notas fiscais do SINTEGRA, consta, às fls. 691 a 701, o encaminhamento das notas fiscais, em questão, com a reabertura do prazo de defesa, em 16/09/2010, não recebido por erro de número e em 29/09/2010, também não recebido quando intimado o sócio da empresa por não achar o número, à fl. 691 a 694. Assim, foi publicado o Edital de número 32/2010 para cientificar o autuado da conclusão da diligência e, por conseguinte, receber as aludidas notas fiscais. O autuado, contudo, não mais se manifestou nos autos. Verídico que no sistema, inclusive, o autuado se encontra inapto.

Considero, por conseguinte, que foram atendidos os pressupostos formais para a lavratura do Auto de Infração. As demais questões, apesar tratadas no campo da nulidade, serão apreciadas na análise do mérito, tendo em vista se essa a sua natureza jurídica.

Não tem pertinência a solicitação de perícia quanto ao Demonstrativo do Conta-Corrente Fiscal, pois as provas que deveriam acompanhar os dados apresentados pelo autuado são do conhecimento e posse do mesmo, cabendo a sua apresentação para amparar as informações alinhadas nos autos. Assim, não acolho o pedido de perícia, em conformidade com o art. 142, inclusive não atendo o autuado o que dispõe o art. 145 do RPAF/BA. Quanto à diligência foi solicitada no que cabiam esclarecimentos.

Cabe razão ao autuante quando afirma que o autuado nega a infração 01 sem apresentar provas concretas ou mesmo sem contestar os valores apresentados nos demonstrativos, tendo em vista, inclusive não haver mais contestação do autuado. Fica aclarada a questão com o exemplo apresentado pelo autuante ao apontar o saldo apurado de R\$ 6.628,10, no mês de abril de 2006, decorrente dos erros acumulados desde o mês de janeiro de 2006, que culminou com uma diferença de R\$6.083,24 do saldo credor, mais a glosa do crédito do ICMS antecipação parcial de R\$ 3.277,50, à fl. 122 dos autos, não recolhido. Os créditos da antecipação parcial, nas próprias palavras do autuante, não foram concedidos visto que o autuado não recolheu o correspondente imposto, apesar de lançadas no livro RICMS, não cabendo, inclusive, as arguições de erro nos saldos credores por falta de comprovação do alegado, pois as planilhas apresentadas pelo autuado não esclarecem a questão em lume. Quanto aos estornos de débitos relativos às saídas interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária o autuado não apresenta as notas alvo dos estornos, bem como as aquisições correspondentes com o imposto pago através do aludido regime.

O certo é que o levantamento da conta corrente fiscal foi efetuado com base nos arquivos magnéticos apresentados pelo autuado, cabendo o não acolhimento dos créditos apontados pelo autuante serem elididos pelo autuado o que efetivamente não ocorreu.

A análise dos questionamentos, concernentes à infração 02, leva a conclusão que nos demonstrativos, à fl. 25 e 26, diferente da contestação apresentada pelo autuado, estão às provas das divergências apontadas pelo autuante, consubstanciadas pelas notas fiscais apresentadas em meio magnético, cujos arquivos constantes, às fls. 281 e 282, e cópias entregues ao autuado, à fl.

281, cabendo ao autuado apenas a negativa da ocorrência da infração, sem apresentar elementos que materializem a sua arguição. Mais uma vez, o levantamento foi efetuado com base nos dados fornecidos pelo autuado, cabendo ao mesmo elidir a correções efetuadas pelo autuante o que efetivamente não ocorreu. Infração procedente.

Quanto à infração 03, não se trata de existir o lançamento do valor R\$ 1.640,09 no Livro Registro de Apuração. As divergências se originam do fato de que o autuado não recolheu o ICMS da antecipação parcial relativa aos meses de novembro/05 e janeiro/06, nos valores de R\$2.294,00 fls. 105 e R\$4.339,45. O lançamento, portanto, decorre da não comprovação do recolhimento pelo autuado, cabendo a sua procedência.

A infração 04 foi imputada com base nas notas fiscais de saídas, cópias entregues à fl. 281. Verificou o autuante que o valor a débito registrado é de R\$11.292,22, fls. 31, e não de R\$11.424,40, conforme registrado nos livros à fl. 69 a 101 dos autos. Diante do exposto pelo autuante e da verificação dos registros fiscais, fica descaracterizada a exigência de obrigação principal, pois o lançamento que serviu para apurar o imposto foi maior do que os constantes nos documentos fiscais, restando à improcedência da infração 04.

As contestações, concernentes às infrações 05 a 08, têm como lastro a falta de devolução das notas fiscais, utilizadas no levantamento quantitativo de estoque, contudo, o levantamento foi realizado com base nos arquivos magnéticos apresentados pelo autuado, que geraram demonstrativos entregues, à fl. 81, bem como as notas fiscais forem entregues conforme consta da análise das arguições de nulidade. Ficam, assim, mantidas as infrações de 05 a 08.

Verifico que, em relação à infração 09, quanto à nota fiscal 477, não se trata de “charque” e sim “peito com osso” conforme demonstrativo às fls. 261 dos autos, que consta do item 32 do anexo 88 do RICMS/BA. Quanto aos itens que alega ser pescado cavina, se trata de frango, conforme consta do demonstrativo à fl. 260 e este sim, constante do anexo 88, ou seja, enquadrada no regime de substituição tributária interna, no já mencionado item 32, cabendo a presente exigência tributária. As alegações de erro cometidas na identificação dos produtos, alinhadas pelo impugnante, não foram acompanhadas das devidas comprovações.

Cabe destacar que em relação, especificamente, ao item “cavina” (que se trata de frango) o autuado entende caber a redução de base de cálculo, tal benefício consta do art. 87, inciso XXXVI do RICMS/BA, que foi introduzido no RICMS/BA pela Alteração nº 100 (Decreto nº 10984, de 26/03/08, DOE de 27/03/08), efeitos a partir de 27/03/08 e os fatos geradores, alvo da presente infração, são dos exercícios 2005 a 2007, não cabendo, ainda que se tratasse do aludido pescado, tal benefício.

Cabe a procedência da infração 09.

No que se refere à infração 10 o autuado apenas nega a ocorrência da infração, contudo as referidas notas fiscais que respaldam a acusação constam do demonstrativo às fls. 263, informados pelos fornecedores, devidamente recebidos pelo autuado, conforme já mencionado na análise das nulidades. O autuado alega que fez contato com o fornecedor e o mesmo desconhece as notas fiscais a ele destinadas, contudo não apresenta qualquer elemento material produzido por ele ou pelo aludido fornecedor que demonstre não ter sido o impugnante o destinatário das mercadorias, razão pela qual considero mantida a infração 10.

Verifico que, após a informação fiscal, mesmo após o encaminhamento das notas fiscais para o autuado, com a reabertura do prazo de defesa, em 16/09/2010, através do Edital de número 32/2010, fl.702, o autuado não mais se manifestou nos autos, estando o autuado atualmente, conforme verificação no sistema da SEFAZ, na condição cadastral de inapto.

Assim, voto para PROCEDÊNCIA PARCIAL, tendo em vista a improcedência da infração 04.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207093.0003/08-1**, lavrado contra **FRIPAMPA FRIGORÍFICO PAMPA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.756.758,47**, acrescido das multas de 50% sobre R\$141.681,29, multa de 60% sobre R\$379.353,47 e de 70% sobre R\$1.235.723,71, previstas no art. 42, I, “a”, II, “a”, “b”, “e” e “d” “d”, inciso III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$111.642,32, prevista no art. 42, IX da mesma lei, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.835/05.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de abril de 2011

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR