

**A. I. N°** - 115484.0002/09-3  
**AUTUADO** - MARISA LOJAS VAREJISTAS LTDA.  
**AUTUANTE** - GISÉLIA RIBEIRO GUIMARÃES  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 08/08/2011

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACORDÃO JJF N° 0171-03/11**

**EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de materiais para consumo próprio pelo estabelecimento. Infração caracterizada e não impugnada no mérito. Contribuinte procede ao pagamento do débito lançado para esta imputação no Auto de Infração. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. A Lei Complementar n° 87/96, bem como o RICMS/BA, em seu artigo 93, não autorizam o creditamento do ICMS nesta situação. b) AQUISIÇÃO DE BENS PARA O ATIVO PERMANENTE. APROPRIAÇÃO MENSAL A MAIS. c) UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. d) AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infrações caracterizadas e não impugnadas no mérito. Contribuinte procede ao pagamento do débito lançado para estas imputações no Auto de Infração. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Procedimento fiscal de acordo com o disposto na Portaria Estadual n° 445/98. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao ICMS não antecipado em multa. Todavia, considerando o entendimento majoritário deste CONSEF no sentido de inexistência de multa específica para a imputação à época dos fatos geradores da obrigação tributária, resta a ser aplicada, sem modificação do montante financeiro resultante para o erário e nem para o contribuinte, a penalidade descrita**

na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 (60%), prevista para todo e qualquer caso em que se configure infração diversa das expressamente previstas nos demais tópicos do mencionado artigo 42, e que importe em descumprimento de obrigação tributária principal, não havendo dolo. Infração caracterizada e não impugnada no mérito. Contribuinte procede ao pagamento do débito lançado para esta imputação no Auto de Infração. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2009, exige ICMS não recolhido no valor total de R\$359.538,95 e aplica penalidade no valor de R\$2.612,69, em razão de sete imputações.

Infração 01. Falta de recolhimento de imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. Consta, na descrição dos fatos, que houve Notas Fiscais escrituradas com Código Fiscal de Operações e Prestações/CFOP 2929 - outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificado, quando se trata de aquisição de bens de uso e consumo, tendo sido invocado, pelo contribuinte, o artigo 7º, incisos XIV e XV, do RICMS/BA, para justificar a falta de pagamento da diferença de alíquota. Consta também a transcrição dos mencionados dispositivos normativos, citada também a Lei Complementar nº 87/96. Demonstrativos - Anexo III ao Auto de Infração. Exercício de 2005: meses de abril, outubro e novembro; exercício de 2006: meses de janeiro, março, abril, junho a setembro, novembro e dezembro. ICMS no valor de R\$21.642,11, acrescido da multa de 60%.

Infração 02. Utilização indevida de crédito fiscal do imposto referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Consta, na descrição dos fatos, que a apuração deu-se conforme demonstrativos - Anexo IV ao Auto de Infração e conforme comprovado nos livros fiscais próprios. Exercício de 2005 – meses de setembro e dezembro; exercício de 2006: meses de janeiro, fevereiro, junho, julho, e de setembro a dezembro. ICMS no valor de R\$3.449,51, acrescido da multa de 60%.

Infração 03. Utilização indevida de crédito fiscal do imposto referente a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se valor superior ao permitido pela legislação. Consta, na descrição dos fatos, que a apuração deu-se conforme demonstrativos, planilhas e cópias dos livros fiscais, fazendo referências a notas fiscais que não foram localizadas pelo Fisco. Consta, também, que o Livro de Controle de crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP do exercício anterior, 2005, não demonstrou tais saldos, tudo conforme apurado nos documentos e demonstrativos do Anexo V ao Auto de Infração. Exercício de 2006: meses de janeiro a dezembro. ICMS no valor de R\$4.928,22, acrescido da multa de 60%.

Infração 04. Utilização indevida de crédito fiscal do imposto em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. Consta, na descrição dos fatos, que trata-se de erro no cálculo do ICMS a ser creditado, tanto no que se refere à alíquota de origem, quanto no que se refere ao próprio cálculo do valor a ser creditado, e também a créditos utilizados em duplicidade, conforme demonstrativos - Anexo VI ao Auto de Infração, inclusive com a indicação do número do livro Registro de Entradas de Mercadorias e o número da página escriturada, com cópia grifada, visada e autenticada pelo autuante. Exercício de 2005 – mês de novembro; exercício de 2006: meses de agosto e outubro. ICMS no valor de R\$2.765,51, acrescido da multa de 60%.

Infração 05. Utilização indevida de crédito fiscal do imposto referente a mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, adquirida com pagamento do imposto por antecipação, conforme demonstrativos - Anexo VII ao Auto de Infração. Exercício de 2005 – meses de janeiro a

dezembro; exercício de 2006: meses de janeiro a dezembro. ICMS no valor de R\$7.229,06, acrescido da multa de 60%.

Infração 06. Falta de recolhimento do imposto relativo a 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. Exercícios de 2005 e 2006. Consta, na descrição dos fatos, que o débito foi apurado conforme demonstrativos em papel anexados - Anexo VII ao Auto de Infração, e mídia CD-R entregue ao autuado contra recibo, contendo a totalidade dos demonstrativos, registros da mídia devidamente autenticados. ICMS no valor de R\$319.524,54, acrescido da multa de 70%.

Infração 07. Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, conforme demonstrativos - Anexo VIII ao Auto de Infração. Exercício de 2005 – meses de janeiro e de março a dezembro; exercício de 2006: meses de janeiro e de março a dezembro. Multa no valor de R\$2.612,69.

A autuante acosta, às fls. 16 a 65, documentos entre os quais consta pedido deferido de Prorrogação de prazo para a realização da ação fiscal, cópia de correspondência eletrônica mantida com o sujeito passivo no sentido de requisição de arquivos magnéticos e dados de documentação fiscal (fls. 18 a 21, com datas de 10,12 e 17/02/2009); cópias de intimações para apresentação de livros, documentos fiscais, e para o envio de arquivos magnéticos (fl. 22, Intimação assinada em 17/02/2009); à fl. 60, cópia de Ata de Reunião mantida pela administração fazendária com o sujeito passivo, acerca da ação fiscal realizada. Às fls.73 a 563 (volumes I e II), cópias de demonstrativos fiscais, documentos fiscais e livros fiscais.

O autuado, por intermédio de advogado com procuração à fl. 586, impugna o lançamento de ofício às fls. 568 a 585 (volume II) inicialmente solicitando que as intimações e demais atos administrativos lhe sejam encaminhados ao endereço que indica à fl. 568. Em seguida, descreve as imputações, defende a tempestividade da impugnação, e aduz que sempre adimpliu com suas obrigações frente ao Estado.

Em seguida relata que não conseguiu identificar os comprovantes de pagamento referentes aos montantes objeto das Infrações 01, 02, 03, 04, 05 e 07 e que por este motivo pagou os débitos lançados, com a redução de multa concernente, mas que se reserva o direito de, tão logo localize seus comprovantes de pagamento, os apresente. Aduziu que teria pago tais débitos lançados para que “não seja impedido o integral provimento da defesa ora apresentada.”

O contribuinte, às fls. 571 a 574 dos autos, cita Infração como sendo a de número 01 e copia o texto e os dispositivos normativos discriminados no Auto de Infração para a Infração 06, referente a levantamento quantitativo de estoque. Pede que o Auto de Infração seja declarado nulo porque esta Infração, impugnada, seria por ele, contribuinte, descaracterizada. Diz que a infração não condiziria com a realidade fática da empresa. Que todas as notas fiscais de entradas e de saídas levantadas pelo Fisco, relativas a 2005 e a 2006, foram localizadas, e os anexos ao Auto de Infração demonstram exaustivamente estes documentos e suas respectivas informações. Que não houve omissão de notas fiscais, o que descaracterizaria de plano, segundo afirmou, a infração imputada.

Diz que o Fisco levou em consideração apenas as informações contidas em seus arquivos magnéticos, e que isto teria acarretado presunção equivocada quanto à posição dos estoques iniciais e finais dos períodos fiscalizados, por não ter havido análise dos efetivos documentos, decorrentes das aquisições e saídas dos exercícios anteriores.

Pede que o processo seja baixado em diligência, diante do que expôs. Diz que quase todas as mercadorias objeto da autuação estavam com poucas unidades nos arquivos magnéticos da empresa no início de cada exercício, e que assim ter-se-ia analisado apenas as entradas de mercadorias ocorridas em cada ano, mas não o estoque formado pelas sobras dos anos anteriores. Diz que um estabelecimento varejista do seu porte não poderia possuir qualquer mercadoria, ou possuí-las em quantidade ínfima no estoque no início de 2005. Cita produtos às fls. 577 a 581 e diz que houve as inconsistências que aponta.

Aduz que, por conta da diversidade dos produtos vendidos, por despreparo, ou por ausência de etiqueta em todos os produtos da loja, quando da ocorrência das vendas, para evitar fraudes os funcionários acabam por utilizar/passar código de outros produtos para mercadorias diversas de mesmo preço e que, assim, tal prática pode ocasionar problemas de parametrização de registro de Inventário/estoque, sem omissão pagamento de imposto. Que estes equívocos de parametrização não foram mencionados pelo Fisco. Que não teria havido a infração imputada.

Passa a insurgir-se contra a aplicação da Taxa SELIC. Discorre sobre a mesma. Cita jurista. Pede que caso o Auto de Infração venha a ser julgado procedente, o que alega apenas para fins de argumentação, deve-se expurgar do valor exigido a taxa SELIC.

Fala que a aplicação da multa no percentual de 70% sobre o valor do ICMS seria abusivo e caracterizaria violação ao princípio da capacidade contributiva. Diz que seria indevida porque teria havido erro do Fisco no cálculo do imposto lançado de ofício. Transcreve o teor do artigo 42, caput e inciso II, da Lei nº 7.014/96 em redação vigente até 30/03/2010.

Diz não ter havido ato fraudulento. Que, por ineficiência e ausência de diligência fiscal, não teriam sido observados quantitativamente e fisicamente os estoques iniciais e finais de operações ocorridas em exercícios anteriores que pudessem impactar os exercícios auditados.

Afirma que a infração e a penalidade decorrente foram calculadas com base em presunções.

Conclui pedindo o recebimento da impugnação, o reconhecimento da nulidade quanto à Infração impugnada e o julgamento pela procedência da impugnação; e, na remotíssima hipótese de ser mantido o Auto de Infração, que sejam os autos baixados em diligência para que sejam refeitos os cálculos do imposto exigido, juros e multa. Pede que todas e quaisquer intimações sejam expressamente encaminhadas para o patrono signatário da impugnação, sob pena de nulidade, no endereço que indica às fls. 584 e 585.

O contribuinte acosta documentos às fls. 587 a 664 (volumes II e III).

A autuante presta informação fiscal às fls. 666 a 669, rebatendo os termos da impugnação e mantendo integralmente a autuação, inclusive afirmando ter intimado o contribuinte a retificar os seus arquivos magnéticos durante a ação fiscal (Intimações Fiscais relativas a arquivos magnéticos às fls. 23, 25, 26, e registros de troca de e-mails às fls. 18 a 65).

A representante do Fisco aduz que o Auto de Infração foi lavrado a partir dos documentos, livros e arquivos magnéticos fornecidos pelo autuado, e que as infrações cometidas estão descritas com os elementos e fundamentação legal pertinente, e que está sendo atendida a determinação contida no RPAF/99. Que todos os seus anexos e demonstrativos foram entregues ao autuado contra recibo e copiados em mídia CD-R devidamente autenticada e também entregue, com bastante antecedência; que o presente PAF trata de sete infrações ao RICMS/BA e que apenas um item, referente ao levantamento quantitativo de estoque, foi contestado.

Relata que ao apresentar sua defesa, diz o autuado às fl. 574, item 16, que “Verifica-se que todas as notas fiscais de entradas e saídas levantadas pela fiscalização, nos exercícios de 2005 e 2006, foram devidamente localizadas. Tanto é que os anexos ao auto de infração em epígrafe demonstram exaustivamente estes documentos e suas respectivas informações.” Que, diante de tal afirmação feita pelo próprio autuado, já estaria clara a procedência da imputação, vez que “os anexos ao auto de infração em epígrafe demonstram exaustivamente estes documentos e suas

respectivas informações”, representam o resultado da fiscalização e foram juntados para servir de prova da ação fiscal, na confecção do PAF.

Quanto à afirmação defensiva de “Que, ademais, em que pese o louvável trabalho realizado pela d. Autoridade fiscal, pode-se depreender que esta levou em consideração, tão somente, as informações constantes nos arquivos magnéticos dos exercícios de 2005 e 2006.”, aduz que a peça que compõe o Auto de Infração, por si só, descaracteriza totalmente essa argumentação, vez que está composto por 564 páginas, sendo que da página 194 em diante, portanto, 370 páginas, são compostas por cópias de documentos fiscais, Notas e Livros, como o próprio autuado confirma, documentos fornecidos pela empresa no decorrer dos trabalhos de fiscalização. Que, assim, dizer que “Autoridade fiscal, levou em consideração, tão somente, as informações constantes nos arquivos magnéticos dos exercícios de 2005 e 2006”, é, no mínimo, descabido, indicando que o autuado sequer teria tomado conhecimento do PAF.

Que no item 20 da impugnação diz o autuado: “Vale dizer, ainda, que quase todas as mercadorias objeto da presente autuação foram consideradas, com informações tomadas nos sistemas magnéticos da empresa, com nenhuma unidade ou pouquíssimas unidades no início de cada exercício fiscalizado. Ou seja, analisou-se apenas as entradas de mercadorias ocorridas em cada ano, mas não o estoque formado pelas sobras dos anos anteriores.” Que assim, mais uma vez, as alegações defensivas não condizem com a formação e estrutura do PAF. Que todas as mercadorias constantes dos Estoques Inicial e Final foram integralmente considerados, comparados os registros 74 dos arquivos magnéticos com o livro Registro de Inventário, com cópias por amostragem, conforme demonstrativo de fls. 181-183, 189-191 e cópias do livro Registro de Inventário às fls. 547 a 563, referente aos exercícios de 2004, 2005 e 2006.

A autuante afirma que jamais ousaria “induzir” (item 21 da alegação defensiva) alguém a qualquer coisa, pois realiza o seu trabalho de forma acurada e criteriosa como é do seu dever e obrigação. Que o contribuinte adiante, em seus itens 23 e 24 da impugnação, traz um recorte de uma planilha resultante do relatório final para apuração do débito e, a seguir diz: item 26: “Depreende-se que sequer foi considerado o estoque inicial (item b) para fins de análise... Trata-se de presunção construída pela mera análise de arquivos magnéticos...”. Mas que tal afirmação defensiva é outra alegação infundada e sem propósito, porque conforme cópia do livro Registro de Inventário: Estoque Inicial = 14 unidades, anexo fl. 553; Entradas = 40 unidades, isto somado com Estoque inicial de 14 unidades é igual a 54 unidades. Que o Total é igual a 54 unidades, menos 9 unidades de saídas, do que restam 45 unidades. Que considerando 45 unidades, menos o Estoque final existente de 23 unidades, restam 22 unidades omitidas das saídas. A autuante aduz indagar, diante exposto, onde estariam as incorreções, e afirma que nada “foi solenemente ignorado pela autoridade fiscal”

A autuante assevera que outro fato repetidamente mencionado pelo autuado é que “a autoridade fiscal baseou-se apenas nas informações contidas nos arquivos magnéticos..”, mas que além dessas alegações não traduzirem a verdade, conforme já provado na informação fiscal, os arquivos magnéticos são informações prestadas pelo próprio autuado, o qual foi intimado reiteradas vezes para corrigir seus arquivos, conforme intimações em anexo às fls. 18 a 60, de forma que estes arquivos magnéticos expressassem fielmente suas informações apresentadas nos livros, documentos Fiscais e DMA, diferentemente do que diz o autuado no item 29 de sua impugnação.

A representante do Fisco prossegue expondo que o autuado, nos itens 30, 31, 32, 33 e 34 de sua impugnação, tentando dar outro “exemplo” de “incorreção”, cita o Produto Camisa ML/Sort/GG – código 583485, trazendo um quadro com resultado que ela, autuante, não entendeu, e no item 33 da impugnação o contribuinte diz “... referente aos cupons fiscais de venda, depreende-se que em 29/11/2005, ocorreu devolução de 01 (um) item (NF nº 2155), como também demonstrou o anexo da d. fiscalização.” A autuante aduz que o autuado apenas ratifica o procedimento adotado. Que a devolução feita em 2005 está lá em 2005, como deve ser, e como afirma o autuado: “referente aos

cupons fiscais de venda, depreende-se que em 29/11/2005, ocorreu devolução de 01 (um) item (NF nº 2155), como também demonstrou o anexo da d. fiscalização”.

Relata que outro exemplo que traz o autuado é: Produto: Bolsa CS/Sort/único – Código Produto 605365. Que, neste exemplo, mais uma vez o autuado ratifica a correção dos trabalhos de fiscalização, quando apresenta um quadro resumo do Registro Sintegra 60R, cujo resultado correto é igual a 15 e não a 13, como colocou o autuado, ou seja: 16 saídas com cupons fiscais, menos 01 devolução, é igual a 15 saídas; e, outra vez, o autuado repete em seu item 37 “em 29/11/2005, ocorreu devolução de 01 (um) item (NF nº 2242), como também demonstrou o anexo da D. fiscalização”.

Prossegue relatando que o último “exemplo” do contribuinte é: Produto: Camiseta/Sort/G – Cód. 568102. Que o contribuinte, nos itens 39 e 40 da impugnação, traz uma relação de cupons fiscais extraídas da memória fiscal, dando conta de saídas de 04 unidades por cupom fiscal enquanto, no transcorrer da ação fiscal, ela, autuante, detectou saídas de 06 unidades, considerando aquelas saídas com Notas Fiscais. Que, portanto, o procedimento está correto e, caso o Fisco encontrasse as saídas apresentadas pelo autuado num total de 04 unidades, então se teria uma omissão de Saídas não apenas de 02 e sim de 04 unidades; Que, por conseguinte, o autuado nem se apercebeu de que sua “conta” só lhe traria prejuízo caso estivesse correta.

A autuante aduz chama a atenção para o fato de que em nenhum momento o autuado fez referências, trouxe exemplos, ou contestou os dados referentes ao levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias referente ao exercício de 2005.

Relata que no item 41 da impugnação diz o autuado: “Ocorre que, por conta da diversidade de produtos vendidos pela impugnante, por despreparo ou ausência de etiqueta em todos os produtos da loja, quando na ocorrência de vendas, para evitar fraudes, os funcionários acabam por utilizar/”passar” códigos de outros produtos para mercadorias diversas do mesmo preço”.

Que assim, neste item 41, o autuado atesta, confirma e reconhece as distorções existentes nas quantidades dos seus produtos, o que resulta indubitavelmente em omissões. E que ainda, conforme poderá ser fartamente comprovado no PAF, através de cópias de Notas Fiscais, Conhecimento de transportes e, até mesmo por constatações de seus funcionários, os erros na emissão dos documentos fiscais, segundo seus funcionários – grifos deles nas Notas – indicativos de: “Faltam “x” peças de tais produtos, ou, recebemos “x” quantidades de produtos que não constavam da Nota Fiscal”, ou mais “x” e menos “x”, assim sucessivamente – Ver fls. 350 a 482.

A Auditora Fiscal relata que prossegue o autuado, nos itens 47 e seguintes, da impugnação: Item 48. “Contudo, a multa aplicada de 70%, não encontra amparo na própria Lei Estadual nº 7.014/96, de 04 de dezembro de 1996, tendo em vista ausência de qualquer ato infracional. Confira-se abaixo.”; 51. “Ademais, a aplicação de multa punitiva de 70%, sobre o valor do ICMS indevidamente apurado corresponde à penalidade abusiva equivalente a mais que o dobro do imposto se devido fosse, fato que de per si já configura violação ao princípio da capacidade contributiva.” E que o contribuinte continua falando da Taxa SELIC que não pode ser aplicada; traz recortes, discursando e transcrevendo, literalmente, trechos de alguns dos nossos grandes tributaristas.

A autuante expõe que não lhe cabe discutir leis e sim cumpri-las na sua íntegra, com lisura e competência, de forma que de sua aplicação resulte uma ação fiscal acurada e criteriosa e que isso foi feito e está comprovado no presente PAF. Que se a multa é “abusiva” não lhe cabe sequer se pronunciar, apenas tem convicção de que a lei é para todos, não cabendo nenhuma deferência a esse ou aquele contribuinte do ICMS, e que as obrigações com o recolhimento do referido imposto são de caráter principal, portanto qualquer contribuinte legalmente estabelecido e inscrito no CADICMS há que se submeter ao RICMS/BA e cumprir o que este rege, sabendo que do seu descumprimento resulta uma sanção.

A autuante expõe que o valor apontado no presente PAF é de fato devido, pois foi apurado com lisura, cuidado e responsabilidade, como não poderia deixar de ser, e todos os demonstrativos foram confrontados com os livros e documentos fiscais próprios conforme cópias anexas. Conclui aduzindo esperar o julgamento pela procedência total do presente Auto de Infração,

Às fls. 681 e 682, considerando as alegações defensivas, a informação fiscal e a documentação constante dos autos esta 3ª JJF deliberou, em pauta suplementar, por converter o processo em diligência à INFAZ de origem para que a autuante, em relação à Infração 06, intimasse o contribuinte para que este indicasse todas as incorreções que alegava existirem no levantamento fiscal realizado, e não apenas de modo exemplificativo, nos termos do artigo 123 do RPAF/99; e para que o mesmo procedesse a todas as retificações que se fizessem necessárias em seus arquivos SINTEGRA relativos aos exercícios fiscalizados, concedendo-lhe o prazo de 30 dias previsto na legislação para estas correções. Que, caso o contribuinte procedesse às retificações, refizesse o levantamento considerando, em ambos os exercícios, as quantidades de estoque inicial e final existentes no livro Registro de Inventário do sujeito passivo, acostando aos autos todos os demonstrativos do novo levantamento realizado.

Na diligência também foi solicitado que a INFAZ de origem fornecesse ao autuado cópia da informação fiscal de fls. 666 a 669, daquela Diligência e dos documentos acostados ao processo pela autuante em seu atendimento, contra recibo a ser juntado ao PAF. Foi determinada, também, a reabertura do prazo de defesa do contribuinte.

Às fls. 688 a 690, e 693 cópia de intimações escrita (fl. 690, ciência do autuado em 05/04/2010) e eletrônica (fl. 693, enviada em 10/04/2010) dirigidas pelo Fisco ao contribuinte.

À fl. 691, recibo do contribuinte atestando o recebimento de mídia contendo relação de notas fiscais.

À fl. 694 a autuante aduz que em virtude de o contribuinte não ter cumprido a determinação desta 3ª Junta no prazo regulamentar, estava devolvendo o processo para deliberação.

Às fls. 695 e 696 a INFAZ de origem cumpre o quanto solicitado na Diligência, inclusive reabrindo o prazo de defesa do autuado.

O contribuinte volta a manifestar-se às fls. 698 e 699 solicitando a este Conselho a dilação de prazo para mais 60 dias, para que apresentasse o quanto solicitado por esta 3ª Junta.

O processo foi encaminhado a este Conselho, conforme fl. 701.

O sujeito passivo voltou a pronunciar-se às fls. 703 a 719 aduzindo que a empresa foi autuada, nos termos observados no Auto de Infração em epígrafe, por supostamente deixar de pagar ICMS no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2006, em virtude de terem sido apuradas as irregularidades que lista. Que porém seria demonstrado, naquela defesa, ao contrário do que afirmou a Agente Fiscal, que a empresa sempre adimpliu com suas obrigações tributárias, sem qualquer atitude que implicasse em lesão ao Erário.

O contribuinte repete, de forma literal, as suas argumentações anteriores referentes ao pagamento parcial do Auto de Infração, referente às imputações 01 a 05, e 07, do Auto de Infração.

Aduz que a defesa versará apenas sobre a infração descrita no item 06 do Auto.

Repete parte das argumentações defensivas em relação à Infração 06. Diz que o trabalho fiscal teria sido maculado por equívoco metodológico que o condenaria à inconsistência, e o lançamento à iliquidez e inexigibilidade.

Diz que seria preciso razoável esforço para interpretar as premissas do Fisco. Que o lançamento tributário, peça essencial para a constituição do crédito, conforme artigo 142 do Código Tributário Nacional - CTN, foi fundamentado apenas nos movimentos do ano fiscalizado, desconsiderando por completo os estoques dos exercícios anteriores, o que levou a Agente Fiscal a presumir a ocorrência de omissões. Que para que o lançamento seja válido, mister se faz que

seja baseado em provas concretas e irrefutáveis da ocorrência do fato gerador, o que diz que não se verificaria no caso. Que o lapso do Fisco em não examinar os livros fiscais dos exercícios anteriores aos fiscalizados, no máximo poderia conduzir a indícios de possíveis equívocos quanto à parametrização do sistema dele, impugnante, no que tange às informações já enviadas à Secretaria da Fazenda Estadual, mas jamais imputar-lhe a acusação de omissão no que tange à omissão saídas tributadas, como decorrência de suposta omissão do registro de entradas. Que quase todas as mercadorias objeto da presente autuação foram consideradas, com informações tomadas nos sistemas magnéticos da empresa, com nenhuma unidade ou pouquíssimas unidades no início de cada exercício fiscalizado. Que analisou-se apenas as entradas de mercadoria ocorridas em cada ano, mas não o estoque formado pelas sobras dos anos anteriores. Que aceitar tal inconsistência implicaria ignorar todas as operações realizadas e ocorridas em exercícios anteriores, as quais foram devidamente evidenciadas ao Fisco Estadual através da emissão de notas fiscais, além do preenchimento dos livros e declarações legalmente exigíveis e das quais, por evidente, resultou como sobra, estoque transferido para o exercício seguinte.

O contribuinte afirma assumir que há uma inconsistência sistêmica nos dados constantes do SINTEGRA, as mercadorias existentes em seus estoques dos anos anteriores não foram devidamente lançadas, porém, foram devidamente escrituradas nos livros fiscais, que sempre estiveram à disposição do Fisco. Que é sabido que os livros fiscais dos contribuintes têm fé pública, sendo estes sim, válidos para a constatação de qualquer irregularidade fiscal/contábil por parte dos agentes do Fisco. Que o Fisco sequer chegou a analisar os referidos Livros Fiscais, lavrando o presente Auto de Infração apenas com base nas informações constantes do SINTEGRA, que não refletem a realidade dos fatos, embora tal se dê de forma involuntária.

Afirma que outro ponto importante a ressaltar é o fato de o estabelecimento autuado não realizar compra de mercadorias, e que todas as mercadorias existentes são recebidas a título de transferência, tendo como remetentes apenas Centros de Distribuição de titularidade dele, defendente, em outras Unidades da Federação. Que, dessa forma, toda nota fiscal de entrada recebida pelo estabelecimento autuado é a nota de saída emitida pelos Centros de Distribuição, conforme aduz que comprovam as cópias dos livros Registro de Entrada do estabelecimento autuado em confronto com as saídas do Centro de Distribuição. Afirma que junta: relação das notas fiscais de saídas do Centro de Distribuição (doc. 01); livro Registro de Entradas nº 16 do estabelecimento autuado (doc. 02); livro Registro de Entradas nº 17 do estabelecimento autuado (doc. 03); Planilha de Estoque do estabelecimento autuado (doc. 04).

Que, assim, não haveria que se falar em qualquer omissão de saídas, haja vista que as saídas ocorridas são quantitativamente, cobertas pelas mercadorias existentes no estoque final do exercício anterior, que equivale ao estoque inicial do período fiscalizado somadas as transferências, que não foram considerados pelo Fisco, haja vista que este não examinou os livros fiscais. Que, para esclarecer, se o Fisco tivesse observado o  $Ei + \text{transferências} - \text{vendas} = \text{estoque final}$ , nenhuma diferença seria apurada. Que, em outras palavras, levou-se em conta apenas a movimentação do exercício fiscalizado e foram ignorados pela autoridade fiscal os estoques de abertura em razão de ele, defendente, não os ter registrado adequadamente no SINTEGRA. Que, diante disso, resta claro e estreme de dúvidas que não teria havido omissão de entradas e/ou de saídas que implicasse em ausência de recolhimento de ICMS, ou em seu recolhimento a menos. Que não restariam dúvidas quanto a lisura das práticas realizadas por ele, recorrente, motivo pelo qual mister se faria fosse julgado improcedente o Auto de Infração. Que, a fim de corroborar todas as suas alegações, junta ainda Parecer Contábil assinado pelo Sr. Contador Marcos Antonio Bottaro, concluindo que todas as notas fiscais de transferência emitidas pelos Centro de Distribuição foram registradas no Livro de Saídas e as mesmas notas fiscais deram entrada no Livro Registro de Entradas da loja autuada (doc. 05).

O contribuinte aduz que o levantamento efetuado pelo agente fiscal foi embasado apenas em presunção. Cita jurista. Diz que a infração descrita na infração 06 poderia, quando muito, ser considerada meramente formal ante a falta de registro adequado no SINTEGRA das mercadorias



constantes do estoque dos exercícios anteriores, que não teria produzido qualquer lesão ao erário, sendo certo que dela não teria decorrido falta de pagamento do imposto. Afirma que como as operações de transferência partem de outros Estados, não seria crível que se processassem sem as notas fiscais e sem a incidência do imposto.

Repete as alegações defensivas anteriores acerca do caráter confiscatório e desproporcional da multa de 70% aplicada. Cita decisões de Tribunais. Repete que por completa ausência de diligência fiscal sequer teriam sido analisados os seus livros fiscais, que conteriam os estoques iniciais e finais das operações ocorridas nos exercícios anteriores, os quais, de plano validariam as operações de saída realizadas.

Repete as assertivas anteriores sobre a não aplicabilidade da taxa SELIC ao caso concreto.

O contribuinte conclui repetindo os seus pedidos anteriores, e pede que toda e qualquer intimação ou notificação seja encaminhada ao endereço da empresa descrito inicialmente, bem como ao respectivo patrono signatário da presente no seguinte endereço: Rua Monte Alegre, nº 61, 10º andar, conj. 105, CEP: 05014-000, São Paulo, SP, sob pena de nulidade.

O contribuinte acosta documentos às fls. 720 a 1215 (volumes III a V), discriminados como anexo intitulado “Relação de Notas Fiscais de Saídas do Centro de Distribuição” às fls. 720 a 959; às fls. 960 a 1111, cópias de livros fiscais; às fls. 1112 a 1210, planilhas que denomina de “Planilhas de Estoque do Estabelecimento Autuado”; à fl. 1211, parecer de perícia Técnico-contábil no qual o Perito Assistente, signatário, conclui informando que todas as vendas teriam sido realizadas amparadas pelo cupom fiscal (fl. 1215).

A autuante presta nova informação fiscal às fls. 1220 a 1224 (volume V) inicialmente expondo acreditar que a Coordenação de Administração deste CONSEF, ao enviar o PAF para atender diligência fiscal, “Para que a autuante atenda a solicitação do Relator, fl. 681”, não teria observado que tudo fora integral e rigorosamente atendido, com assinatura no rodapé às fls. 681, 682 e 683, cópias de documentos às fls. 688, 689, 690, 691, 692, 693, e “finalizado” à fl. 694.

Que, em relação ao quanto apresentado pelo autuado às fls. 703 a 1.216, ratificava todo o procedimento fiscal adotado, vez que o Auto de Infração foi lavrado a partir dos documentos, livros e arquivos magnéticos fornecidos pelo sujeito passivo; que as infrações cometidas estão descritas com os elementos e fundamentação legal pertinente e que ela, preposta fiscal, estava atendendo a determinação contida no RPAF/99, tanto assim que o autuado reconheceu 06 das 07 infrações apontadas e recolheu o ICMS devido apurado. Que, ao apresentar sua nova defesa, o autuado praticamente repetiu os argumentos da primeira; que porém ela, autuante, pede que os “documentos” anexados pelo autuado sejam totalmente desconsiderados porque não são os mesmos impressos, encadernados, apresentados quando intimados e autenticados por ela, autuante, e juntados às fls. 483 a 563 (volumes II a V) dos autos, cujas cópias, por ela autuante assinadas, foram re-copiadas e juntadas pelo autuado em sua primeira defesa, às fls. 643, 646, 651, 654, 659, 662 (volumes III a V).

A autuante passa a analisar comparativamente alguns exemplos, descrevendo-os como:

1º exemplo:

Fl. 484 (volumes II / IV) - abertura do Livro Registro de Entradas - Modelo P1-A No. de Ordem 16.

Termo de Abertura do livro fiscal: “Contém este livro 124 (Cento e Vinte e Quatro) folhas numeradas por Processamento Eletrônico de Dados do No. 0001 ao No. 124 e servirá para o Lançamento das operações ou prestações próprias do contribuinte abaixo identificado.

Razão Social: Marisa Lojas Varejistas LTDA. (Loja 78) / Endereço: Avenida Sete de Setembro, 238 / Cidade: Salvador / Estado: BA / Inscrição na Junta Comercial do Estado: 00000929047 em 26/08/1983 / C.N.P.J / MF nº 61.189.288/0077-87 / Inscrição Estadual nº 23.176.371 – NO / NIRE: 299001955-71 / Salvador, 01 de Janeiro de 2005. Assinam: Marines Alves Correia Guimarães,

Antônio Carlos Santarosa Júnior / Contador Responsável / Procurador CRC 1SP198442/O-8. CPF 055.695.378-99”.

A autuante informa que neste primeiro exemplo, nesta cópia citada, assim como em todas por ela juntadas ao PAF como prova irrefutável da procedência das infrações, há o carimbo da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia DAT/METRO, com visto do funcionário – nesse caso, a assinatura dela, autuante.

Que, contudo, quando o contribuinte apresentou a nova defesa, a empresa refez, sem autorização expressa e sem comprovação com documentos fiscais, um “novo” livro Registro de Entradas de Mercadorias, com as seguintes características:

Fl. 961 (volumes IV / V) - Livro Registro de Entradas - Modelo 1-A No. de Ordem 16.

Termo de Abertura do livro fiscal: “Contém este livro 76 (setenta e seis) folhas numeradas por Processamento Eletrônico de Dados do No. 0001 ao No. 76 e servirá para o Lançamento das operações ou prestações próprias do contribuinte abaixo identificado.

Razão Social: Marisa Lojas S/A / Endereço: Avenida Sete de Setembro, 238 / Cidade: Salvador Estado: BA / Inscrição na Junta Comercial do Estado: 00000929047 em 26/08/1983 / C.N.P.J / MF N.º 61.189.288/0077-87 / Inscrição Estadual n.º 23.176.371 / NIRE: 0 / Salvador, 01 de Janeiro de 2006. Assinam: Elizabeth da Silva Franca / Marines Alves Correia Guimarães / Contador Responsável / Procurador CRC 1SP225542/O-7 / CPF 258.228.998-11 / CPF 074.435.588-56”

A autuante ressalta que a nova cópia anexada pelo contribuinte, embora datado de 2006, refere-se ao livro de 2005.

Aduz que o autuado procede dessa mesma forma em todos os anexos. Cita a data de fiscalização constante à fl. 485, com os documentos dos volumes II a V, e diz que devem ser comparados estes documentos com aqueles anexados pelo autuado em sua segunda defesa à fl. 1039, documentos dos volumes IV e V.

A Auditora Fiscal afirma que “Todos os documentos juntados ao PAF, foram refeitos ou, “ajustados” como a própria autuada confessa e faz a juntada, a exemplo de Vol. IV / V Fl. 1118 “ Formalização: 1. Verificar possibilidade de entrada de 72 unidades 2. Alterar registro 54 + P7 final de 1 para 9 unidades; fl. 1132 “Formalização: 1. Ajustar Reg 74 + P7 Saldo Inicial de 07 para 14 e final de ZERO para 13, sempre “ajustado” ver fl. 1116, 1119, 1121, 1122, 1125, 1128, 1129, 1131, 1132, 1135 “ 1. Verificar Nota Fiscal de Entrada de 01 unidade. 2. Ajustei 5 unidades redução de vendas 4. Não consigo explicação pode ser troca de código”, 1137 1. Verificar Nota de Entrada de 03 Unidades 2. Alterar registro 54+ P7 final de 5 para 10 unidades 3. Ajuste de Inventário, 1142, 1146, 1149, 1153, 1154, 1161, 1162, 1166, 1167, 1169, e assim sucessivamente. Portanto, e S.M.J., não há que prosperar nenhum argumento, pois não estão embasados cópias de Notas Fiscais e/ou qualquer documento fiscal idôneo. Refazer planilhas “ajustando” resultados é, no mínimo, INACEITÁVEL.”

A autuante relata que o contribuinte alegou que teria sido cometido equívoco metodológico e que o lançamento tributário teria sido fundamentado apenas nos movimentos do ano fiscalizado, desconsiderando por completo os estoques dos exercícios anteriores, o que teria o Fisco levado a presumir a ocorrência de omissões. Mas que as alegações defensivas não condizem com a formação e estrutura do PAF. Que todas as mercadorias constantes dos Estoques Inicial e Final foram integralmente considerados, comparados os registros 74 com o Livro Registro de Inventário - LRI, com vistos apostos por ela, autuante, em sinal indicativo que os valores foram comparados e confirmados, com cópias anexadas por amostragem – demonstrativo às fls. 181 a 183, 189 a 191 e cópias do LRI às fls. 547 a 563, referente aos exercícios de 2004, 2005 e 2006.

A agente fiscal aduz que os documentos que compõem o Auto de Infração, documentação composta por 564 páginas, e considerando que da página 194 em diante, portanto 370 páginas, compostas por cópias de documentos fiscais – Notas e Livros, como o próprio autuado confirma,

fornecidos pelo sujeito passivo no decorrer dos trabalhos de fiscalização, comprovam que improcede a alegação defensiva que o Fisco teria levado em consideração, tão somente, as informações constantes nos arquivos magnéticos dos exercícios de 2005 e 2006. A autuante aduz que os anexos ao auto de infração demonstram exaustivamente estes documentos e suas respectivas informações, que representam o resultado da fiscalização e foram juntados para servir de prova do quanto apurado na ação fiscal, na confecção do PAF, sendo todos os livros com indicativos das Notas Fiscais, natureza da operação, etc., carimbados e assinados por ela, autuante, às fls. 483 a 563.

A autuante repete que sua atividade profissional é vinculada e lhe cabe aplicar a lei, pelo que não se pronuncia acerca das alegações defensivas sobre a multa aplicada, legalmente prevista.

Afirma que o autuado não atendeu absolutamente nada do que foi solicitado por esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal às fls. 681 e 682, por intermédio dela, autuante, conforme documentos de fls. 688 a 694. Que o contribuinte nada apresentou de novo. Reitera o teor da primeira informação fiscal às fls. 666 a 671. Pede o julgamento pela procedência total do Auto de Infração.

O contribuinte pronuncia-se novamente no processo às fls. 1225 e 1226 (volume VI) expondo que todas as entradas da empresa ocorriam em razão de transferência dos seus centros de distribuição, conforme aduz que comprovariam as notas fiscais acostadas à nova impugnação. Diz que não tem interesse em deixar e escritura as notas fiscais, porque elas geram crédito de imposto. Que as cópias do livros fiscais comprovariam isto. Que só realiza operações interestaduais e se não emitisse as notas fiscais não poderia cruzar fronteiras interestaduais. Reitera os termos das demais impugnações. Conclui requerendo a improcedência da autuação.

O contribuinte acosta cópias de notas fiscais às fls. 1228 a 2446 (volumes VI a X).

Às fls. 2451 a 2453, considerando que, conforme recibo do Sistema Informatizado de Protocolo – SIPRO/SEFAZ, à fl. 697, em 03/05/2010 o contribuinte ingressara com pedido (fls. 698 e 699), junto a este CONSEF, para dilação de prazo de 30 para 60 dias, aduzindo que tal prazo seria necessário para o atendimento do quanto solicitado por esta 3ª Junta, às fls. 681 e 682; considerando que em seguida, na data de 12/07/2010 (recibo SIPRO à fl. 702), o contribuinte apresentara nova impugnação às fls. 703 a 719, acostando documentação às fls. 720 a 1.216 (volumes III a V); considerando que a autuante prestara nova informação fiscal às fls. 1.220 a 1.224 (volume V), ratificando a autuação e expondo, dentre outros pontos, que o contribuinte modificara, na nova impugnação, os livros que originalmente foram entregues ao Fisco; considerando que o contribuinte manifestara-se novamente no processo, às fls. 1.225 e 1.226 (volume VI), aduzindo, dentre outros pontos, que todas as entradas de mercadorias em seu estabelecimento teriam sido realizadas a título de transferências, juntando documentos às fls. 1.227 a 2.448 (volumes X); considerando os dados deste processo, e em especial o pedido de dilação de prazo que foi formulado às fls. 698 e 699, junto a este CONSEF, e que ainda não fora encaminhado para apreciação por esta 3ª JF; considerando a busca da verdade material, e o quanto afirmado pelo contribuinte e pela representante do Fisco, esta 3ª Junta deliberou, em nova pauta suplementar, por converter o processo em nova diligência para que fossem tomadas as seguintes providências: (1) a INFAZ de origem fornecesse ao autuado cópia da informação fiscal de fls. 1.220 a 1.224 (volume V) e daquela Diligência de fls. 2451 a 2453, para que o contribuinte, caso assim decida, se pronunciasse a respeito, no prazo de dez dias; (2) Findo o prazo de dez dias assim concedidos, deveria o processo ser encaminhado à Auditora Fiscal autuante, ou a preposto fiscal designado pela autoridade fazendária competente, para que este intimar o contribuinte e cientificá-lo - com comprovação da relação jurídica do signatário do recibo da Intimação com o autuado - da concessão da dilação do prazo solicitada, estava concedido o prazo de sessenta dias para que o contribuinte atendesse, de forma objetiva, ao quanto solicitado na Diligência de fls. 681 e 682. No texto da Diligência constava que em relação à Infração 06 o contribuinte deveria indicar todas as incorreções que alegava existirem no levantamento fiscal realizado, e não apenas de modo exemplificativo, nos termos do artigo 123 do RPAF/99; o contribuinte também deveria proceder a

todas as retificações que se fizessem necessárias em seus arquivos SINTEGRA relativos aos exercícios fiscalizados, concedendo-lhe agora o prazo de 60 dias para estas providências. Na Diligência também ficou determinado que, findo o novo prazo de sessenta dias concedido, se o contribuinte efetuasse a retificação dos seus arquivos magnéticos, o representante do Fisco refizesse o levantamento considerando, em ambos os exercícios, as quantidades de estoque inicial e final existentes no livro Registro de Inventário do sujeito passivo, acostando aos autos todos os demonstrativos do novo levantamento realizado. E, se o contribuinte não atendesse à intimação, o Fisco verificasse a possibilidade de revisão do levantamento quantitativo a partir do exame das irregularidades objetivamente apontadas pelo contribuinte, a partir do confronto com os documentos fiscais originais especificamente citados pelo sujeito passivo; (3) atendido o quanto solicitado ao preposto fiscal, a INFAZ de origem fornecesse ao autuado cópia dos documentos acostados ao processo pelo Fisco em atendimento àquela diligência, reabrindo o prazo de defesa do contribuinte.

A INFAZ entregou cópia da informação fiscal e da Diligência ao contribuinte, conforme documento de fls. 2454, concedendo-lhe dez dias para pronunciar-se.

O autuado se pronunciou às fls. 2456 e 2457 aduzindo que se dava por ciente da dilação de prazo por 60 dias; que refutava os termos da informação fiscal prestada, porque as correções realizadas já teriam atendido o quanto determinado por esta 3ª Junta. Aduziu que os documentos acostados ao processo deveriam ser não só mantidos nos autos, mas também serem considerados para fins decisórios. Concluiu reiterando os termos de sua defesa. Assinou a petição em 29/12/2010, a protocolou em 04/01/2011 (fl. 2455).

A autuante acostou, às fls. 2464 e 2469, Intimações com data de ciência pelo contribuinte em 07/02/2011, referentes ao cumprimento do quanto determinado por esta 3ª Junta, inclusive quanto à dilação de prazo solicitada pelo sujeito passivo.

Às fls. 2465 a 2486, cópias de correspondências eletrônicas mantidas no período de 24/01/2011 a 05/04/2011, entre o Fisco e o contribuinte, no sentido de que o sujeito passivo cumprisse o prazo para a apresentação de toda a documentação solicitada pela Fiscalização, em atendimento ao determinado por esta 3ª Junta.

À fl. 2487 a autuante prestou nova informação fiscal expondo que em virtude de, mais uma vez, o contribuinte não ter cumprido os prazos determinados em Lei, e nem aqueles excepcionalmente concedidos por esta 3ª Junta, conforme Termos de Intimação assinados pelo contribuinte, conforme documentos de fls. 2464 a 2470, e de fls. 2472 a 2487, relata que todo o esforço foi realizado na busca da verdade material, decorrido o prazo de sessenta dias concedido, estava devolvendo o processo para apreciação por este Conselho.

O contribuinte voltou a pronunciar-se às fls. 2490 e 2491 afirmando que pediu, e foi deferido pela autuante, prazo de 15 dias para apresentar seus livros de Inventário 2004 a 2006, bem como seu livro Registro de Ocorrências, porque tais livros serão obtidos no arquivo contábil da empresa, mas que mesmo tendo em vista da quantidade de documentos e complexidade para sua obtenção por ele, autuado, mesmo diante de tal prazo não conseguirá enviar os documentos solicitados. Que, em razão disto, requer que seja dado regular andamento ao processo administrativo, “sem a juntada destes documentos.”

Às fls. 672 a 679, documentos emitidos pelo sistema informatizado SIGAT/SEFAZ discriminando o pagamento de débito no valor principal de R\$42.627,21, referente às Infrações 01, 02, 03, 04, 05 e 07, débitos discriminados na situação “baixado”.

## **VOTO**

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não

estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se por diversas vezes neste processo, inclusive quando da reabertura de seu prazo impugnação ao lançamento de ofício, por determinação desta 3ª Junta. Arguição de nulidade rejeitada.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de legalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB. Assim, no que pertine às alegações de desproporcionalidade e inconstitucionalidade da multa aplicada, que teria efeito confiscatório, e da Taxa SELIC, não cabe na seara administrativa a discussão ou decisão sobre o tema, nos termos do artigo 167 do RPAF, além do que a multa aplicada, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mas especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, em redação vigente à época dos fatos geradores da obrigação tributária, e no artigo 102, § 2º, II da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Quanto à taxa SELIC, ao contrário do quanto alega o impugnante, já é entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que essa pode ser utilizada como índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários apontados a partir de 1º de janeiro de 1996, a exemplo da Decisão do STF no AgRgno Resp. nº 722595/PR, além do que a norma do artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional - CTN, tem natureza supletiva, aplicando-se apenas quando não haja lei dispondo de modo diverso, não sendo esta a hipótese dos autos, já que a legislação estadual prevê a aplicação da taxa SELIC no cálculo dos acréscimos moratórios, como citado acima, e sobre tal ato normativo não há qualquer pecha de inconstitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário.

No mérito, o Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2009 para exigir ICMS não recolhido no valor total de R\$359.538,95 e aplicar penalidade no valor de R\$2.612,69, em razão de sete imputações.

Quanto à alegação defensiva no sentido de o contribuinte ter pago o débito lançado nas infrações 01 a 05, e 07, para que pudesse ser aceita a sua argumentação defensiva de forma integral, assinalo que a impugnação pode ser parcial, sem que isto crie qualquer obstáculo à análise da lide neste contencioso administrativo. Contudo, o contribuinte não apresentou qualquer argumento, indício, nem prova, de possível ocorrência de qualquer equívoco no levantamento fiscal relativo a estas infrações, nem apontou qualquer dado numérico relativamente às mesmas. Na realidade, o contribuinte aduziu que apenas não conseguira localizar os comprovantes de pagamento dos débitos lançados nessas Infrações.

Tendo o contribuinte quitado os débitos lançados para estas imputações, e não tendo sido apresentada, pelo autuado, qualquer alegação objetiva, dado, nem documento acerca da matéria de fato, resultam procedentes as imputações 01, 02, 03, 04, 05 e 07 do presente Auto de Infração.

Contudo assinalo por oportuno, no que tange à infração 07, que trata de multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos exercícios de 2005 e de 2006, que embora não tenha sido questionado pelo contribuinte, em relação à multa aplicada nesta infração, observo que o artigo 12-A foi acrescentado à Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 8.967/03, com efeitos a partir de 01/03/2004. Tal dispositivo trata de ICMS devido por antecipação parcial.

Os fatos geradores da obrigação de recolhimento antecipado do ICMS, objeto da imputação 07 do Auto de Infração em lide, ocorreram nos exercícios de 2005 e de 2006. Naquela ocasião, o

parágrafo primeiro do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 trazia redação que contemplava a previsão de aplicação de penalidade pela falta de recolhimento tempestivo do ICMS devido por antecipação, quando o imposto fosse recolhido em operações de saídas posteriores, sem especificar se tratava-se de antecipação relativa ao elemento temporal do fato gerador do ICMS em razão de substituição tributária, ou em decorrência de outra forma de exigência deste tributo, em que não houvesse a substituição tributária:

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

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

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

*art. 42.*

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

Diante deste fato, este Órgão colegiado vem adotando a partir do segundo semestre de 2009, de forma majoritária, o entendimento de que, antes de 28/11/2007, não existia multa específica para esta infração, conforme Acórdão nº CJF nº 0060-11/09, pelo que, ocorrido este cometimento, cabe a aplicação da multa de 60% prevista na alínea “f” do mesmo inciso II, que assim dispõe:

*art. 42.*

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

*f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal;”*

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

Quanto à Infração 06, esta trata de falta de recolhimento do imposto relativo a 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 nos exercícios fechados de 2005 e de 2006 levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Consta, na descrição dos fatos, que o débito foi apurado conforme demonstrativos em papel anexados - Anexo VII ao Auto de Infração, e mídia CD-R entregue ao autuado contra recibo, contendo a totalidade dos demonstrativos,

registros da mídia devidamente autenticados. ICMS no valor de R\$319.524,54, acrescido da multa de 70%.

Observo que a autuante, para realizar o levantamento quantitativo objeto desta imputação, teve o cuidado de intimar o contribuinte para que este apresentasse os arquivos magnéticos e os demais dados documentais de forma clara e correta, além de ter realizado reunião entre o representante da empresa e representantes da Administração Tributária Estadual, conforme documentos de fls. 16 a 65, entre os quais consta pedido deferido de Prorrogação de prazo para a realização da ação fiscal, cópia de correspondência eletrônica mantida com o sujeito passivo no sentido de requisição de arquivos magnéticos e dados de documentação fiscal (fls. 18 a 21, com datas de 10,12 e 17/02/2009); cópias de intimações para apresentação de livros, documentos fiscais, e para o envio de arquivos magnéticos (fl. 22, Intimação assinada em 17/02/2009); à fl. 60, cópia de Ata de Reunião mantida pela administração fazendária com o sujeito passivo, acerca da ação fiscal realizada. E, às fls.73 a 563 (volumes I e II), cópias de demonstrativos fiscais, documentos fiscais e livros fiscais.

Por outro lado esta 3ª Junta, em duas Diligências (fls. 681 e 682, e fls. 2451 a 2453), analisando as alegações defensivas determinou não apenas a reabertura do prazo de defesa do contribuinte, mas atendeu ao seu pedido da prorrogação de prazo em mais sessenta dias, para que o peticionante, autuado, procedesse à apresentação de livros e documentos que o contribuinte afirmava possuir e que, segundo dizia, elidiriam a imputação.

Porém, mesmo tendo sido concedido ao contribuinte todos os prazos que o mesmo solicitou, o sujeito passivo não apresentou qualquer documento que elidisse a imputação.

Diante disto, e observado que a autuante realizou o Procedimento fiscal de acordo com o disposto na Portaria Estadual nº 445/98, resta procedente a Infração 06.

Quanto ao pedido do contribuinte no sentido de que seja intimado nos endereços que indica às fls. 568, 584, 585 e 719 destes autos, nada obsta ao seu atendimento pela repartição fazendária competente, respeitado o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **115484.0002/09-3**, lavrado contra **MARISA LOJAS VAREJISTAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$359.538,95**, acrescido das multas de 60% sobre R\$40.014,41 e de 70% sobre R\$319.524,54, previstas no artigo 42, incisos II, alíneas “a” e “f”, III, e VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, em redação vigente à época dos fatos geradores da obrigação tributária, e dos acréscimos legais, além da penalidade por descumprimento de obrigação tributária principal no valor de **R\$2.612,69** prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da mencionada Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR