

A. I. Nº - 295898.0056/10-1
AUTUADO - PL MENDONÇA COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - PAULIDES FERNANDES OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 16. 12. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0308-01/11

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. DECRETO Nº 7.799/00. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Autuado elide a acusação fiscal ao apresentar elementos de provas hábeis que confirmam a inexistência da irregularidade. A própria autuante acata a alegação defensiva, após examinar os elementos apresentados pelo sujeito passivo. Infração insubsistente. **2. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA.** A descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação diz respeito à falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, enquanto as matérias fáticas dizem respeito a recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial e aplicação de multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades de Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registrada na escrita fiscal. A autuação foi feita de modo equivocado. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Infração nula. **3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO.** Detectando-se omissão tanto de entradas como de saídas, deve ser exigido o ICMS correspondente à diferença de maior expressão monetária, no presente caso, a omissão de entradas. Autuado comprova a improcedência parcial da presunção ao apresentar elementos de prova que confirmam suas alegações. A própria autuante acata os argumentos defensivos. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. **b) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. c) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO.** Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em

situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Autuado elide parcialmente a acusação fiscal ao apresentar elementos de prova que confirmam suas alegações. A própria autuante acata os argumentos defensivos. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infrações parcialmente subsistentes. Não acolhida a nulidade arguida concernente às infrações 3, 4 e 5. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/12/2010, exige ICMS no valor de R\$ 75.464,52, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 77.202,73, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de abril a junho e agosto de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 8.860,34, acrescido da multa de 60%. Consta se referir à utilização de redução de base de cálculo indevida nas sucessivas saídas de mercadorias tributadas em 2006, conforme Demonstrativo de Utilização de Redução de Base de Cálculo, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao contribuinte;
2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização, nos meses de julho e dezembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 15.828,27, acrescido da multa de 60%;
3. 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 entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no exercício de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 41.225,76, acrescido da multa de 70%;
4. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 6.841,26, acrescido da multa de 70%;
5. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, no exercício de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.708,88, acrescido da multa de 60%;
6. Deixou de escriturar o Livro Registro de Inventário do exercício de 2005, mesmo quando regularmente intimado, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 77.202,72, correspondente ao percentual de 5% sobre o valor das entradas. Consta se referir à falta de apresentação do Livro de Registro de Inventário, para conferência com o registro 74 do arquivo SINTEGRA, mesmo regularmente intimado.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 499 a 533), registrando, inicialmente, que acompanham a impugnação os seguintes anexos:

Anexo 01 - referente à cópia das Notas Fiscais de Saídas nºs 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 45, 46, 47, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 60, 61, 62, 66, 67, 68, 69, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 84, 85, 87, 88, 89, 90, 92, 93, 94, 95, 96, 98, 99, 100, 101, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 130, 132, 133, 134, 135 e 272, emitidas nos meses de abril, maio, junho e agosto de 2006;

Anexo 02 - referente à cópia das fls. do livro Registro de Saídas de Mercadorias nº 11, contendo os lançamentos efetuados do exercício de 2006;

Anexo 03 – contendo a cópia da Nota Fiscal de saída nº 1709, emitida em 17/10/2007, referente à venda de bem do ativo imobilizado - Caminhonete Fiat Fiorino Modelo 2004;

Anexo 04 – contendo cópia do livro Registro de Inventário escriturado, referente aos exercícios de 2006 e 2007.

Salienta que antes de adentrar na lide, em si, irá discorrer a respeito de alguns princípios da maior importância para o processo administrativo fiscal, assim fazendo, para que os julgadores tenham em mente ao analisar os fatos relacionados a estes autos, o conteúdo destes princípios devidamente aplicáveis a este PAF.

Reporta-se sobre o princípio da legalidade objetiva, que deve observado pela autoridade fiscal, salientando que a Constituição Federal do Brasil e as Leis infraconstitucionais que lhe seguem, atribuem encargos, deveres e funções para os órgãos da Administração Pública, e estes devem se atentar para tal aspecto, com a maior presteza possível. Diz que o administrador fiscal, como todos os administradores públicos, tem o seu campo de ação perfeitamente delimitado pela lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, porquanto sua função própria é a de aplicador das leis. Acrescenta que, se as pessoas são inteiramente livres para agir, desde que não exista uma lei determinando um comportamento diferente, o administrador público, por outro lado, não pode agir ao seu livre arbítrio, somente podendo se comportar conforme o ordenamento pré-determinado pelo legislador.

Afirma que a autoridade fiscal não tem qualquer faculdade ou direito subjetivo de agir, nem tem qualquer interesse próprio ou particular no exercício de sua função legal.

Frisa que a atuação do órgão fiscal na cobrança dos tributos a seu encargo, portanto, não se envolve com qualquer interesse próprio das autoridades fiscais, nem é o exercício de um direito subjetivo do órgão fiscal.

Diz que a ação da autoridade fiscal, impulsionada pelo dever de ofício, tem de apurar o valor do tributo de acordo com os verdadeiros atos praticados pelo contribuinte, investigando-os sem qualquer interesse no resultado final, já que o princípio da legalidade objetiva exige do Fisco uma atuação oficial e imparcial, para obtenção da verdade dos fatos, verdade material.

Assevera que a função administrativa tributária, que deve ser exercida pela autoridade fiscal, exige a obediência ao princípio da legalidade objetiva, em que o tributo será tornado líquido e certo, e será exigido dentro da mais estrita legalidade, agindo o Fisco com integral imparcialidade.

Destaca que a função fiscal, que é um exercício do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar, o seu, correto pagamento, está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal.

Quanto ao princípio da verdade material, diz que encontra o devido albergue nas redações do art. 2º, *in fine*, do Regimento Interno deste CONSEF, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99, bem como no art. 2º do RPAF, aprovado pelo Decreto de nº 7.629/99 e alterações posteriores, sendo que, por este princípio a autoridade julgadora tem a liberdade, assim como a autoridade lançadora tem a obrigação, de

colher as provas que entenderem necessárias à demonstração da ocorrência, ou não, do fato jurídico tributário.

Frisa que a prova da ocorrência do fato gerador, bem como a averiguação da verdade material, para a administração fiscal, muito mais do que um ônus, constituem-se em um dever jurídico.

Destaca que a síntese da verdade material manifesta-se, portanto, em que não deve a Administração se satisfazer, dentro do processo tributário, apenas com as provas e versões fornecidas pelas partes, tendo o dever de trazer para os autos, todos e quaisquer elementos, dados, documentos ou informações, desde que obtidos por meios lícitos (consoante art. 5º, LVI, da Constituição Federal/88), a fim de obter a verdade real da ocorrência, ou não, da obrigação tributária, seja pró ou contra o Fisco, seja pró ou contra o Contribuinte.

No que tange ao princípio da inquisitorialidade, diz que este princípio, devidamente aplicável ao ramo do Direito Tributário, o fato gerador deve ser apurado *ex officio*, devendo a autoridade julgadora administrativa presidir a determinação do modo e da extensão dessa apuração, não estando adstrita, apenas, às alegações e provas produzidas pelas partes. Invoca lição de José Luis Saldanha Sanches, no sentido de que a adoção de tal princípio dentro do processo fiscal se justifica, tendo em vista que “existe um interesse público na obtenção de uma sentença que seja materialmente correta, repondo a legalidade violada pela atividade da Administração”. Diz que tal assertiva é aplicável tanto na fase preparatória do lançamento, em que as provas são pré-constituídas pelo Fisco, como na fase de controle e instrução do processo, por meio da autoridade julgadora. Cita, também, ensinamento de Ruy Barbosa Nogueira, no sentido de que deverá se pautar por uma investigação revestida de cautela, prudência, profundidade e objetividade.

Salienta que se reconhecendo a inquisitorialidade como ínsita à atividade administrativo-tributária, as autoridades devem, sempre, atentar-se para as normas que regulamentam o processo administrativo fiscal, no tocante a ir a busca de novas provas, determinando, a pedido do sujeito passivo, ou de ofício, a realização de perícias ou diligências necessárias ao esclarecimento dos fatos, nos termos do RPAF/99.

No tocante ao princípio da tipicidade cerrada, diz que há subsunção do fato concreto ao tipo, isto é o fato concreto deve apresentar as notas características do tipo; deve “cair” dentro do tipo legal, para que este lhe possa ser aplicado.

Registra que o tipo tributário do Brasil é o cerrado e que não se trata de defesa de postura positivista, mas sim da visão do Direito Tributário, como área muito sensível do Direito, pois os tributos afetam a atuação do Estado e, direta ou indiretamente, todos os cidadãos.

Observa que o tipo tributário cerrado quando devidamente levado a efeito, oferece certeza e segurança para o contribuinte, evitando, inclusive, lides que se arrastam indefinidamente no tempo, para, ao final, serem julgadas desfavoravelmente ao Estado, face à exigência tributária em desconformidade com a lei.

Ressalta que espera que os fatos e argumentos externados a seguir, sejam apreciados pelos julgadores desta JJF, tendo-se em vista, sempre, os princípios acima aduzidos, além de outros também aplicáveis ao caso.

Consigna que antes de adentrar no mérito da lide, irá demonstrar a existência de diversos vícios insanáveis neste processo, provocado pela autuante, vícios estes que implicam na nulidade do processo administrativo fiscal, nos termos do art. 18 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, conforme os julgadores poderão constatar.

Discorre sobre o enunciado do referido art. 18 do RPAF/99, para afirmar que não sendo apenas eventuais as omissões ou incorreções, e não sendo as exigências não observadas de caráter meramente formal, descabe qualquer tipo de revisão fiscal, ou seja, é caso de nulidade do Auto de Infração, sendo este o espírito do dispositivo ora em análise.

Aduz que após a leitura completa da impugnação, ficará claro para os membros desta JJF, que o Auto de Infração possui omissões e incorreções de natureza grave e não apenas “eventuais”, e as

exigências não observadas pelo autuante no seu trabalho não são meramente formais, aproximando-se sim, sem qualquer dúvida, de exigências de natureza substancial.

Consigna que diante do exposto, e após os Julgadores analisarem o teor dos autos, pede que seja declarada a nulidade do Auto de Infração. Acrescenta que, somente na remota hipótese de esta Junta de Julgamento não acolher a nulidade arguida, é que devem ser apreciados e deferidos, se assim entender-se por bem, os pedidos de diligência, feitos ao longo da peça impugnatória.

Continuando, diz que ao encerrar o trabalho fiscal, a autuante lhe forneceu, além do Auto de Infração, uma cópia do demonstrativo de débito, discriminando-o, mês a mês as parcelas de ICMS que o mesmo achava que a empresa era devedora, contudo, com base nestes elementos materiais, não é possível se elaborar uma defesa, ideal, onde se pudesse apresentar todos os argumentos defensivos aplicáveis à questão. Afirma que os demonstrativos fiscais fornecidos pelo autuante não são, em si próprios, auto-explicativos, nem são claros.

Observa que além das regras de Direito estipuladas, existem rotinas administrativas a serem observadas como as previstas na Portaria nº 445/98 e nas rotinas relativas no uso do sistema SAFA para apuração de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, que os senhores julgadores, no presente caso, concluirão que está patente a inobservância, por parte do autuante, dos dispositivos dos atos normativos acima citados.

Salienta que quando da conclusão dos trabalhos de fiscalização e do procedimento para fazer o levantamento quantitativo do estoque, de que tratam as infrações 3, 4 e 5, a autuante não forneceu cópia do Demonstrativo do Levantamento Quantitativo das Saídas em formato de Papel no total de 276 folhas, se limitando a lhe entregar, apenas cópia das fls. de nº 1 e de nº 276 e apresentou os dados em CD em formato de leitura divergente dos constantes no sistema utilizado pela autuante na fiscalização.

Assevera que com este procedimento a autuante cerceou o seu direito de defesa, razão pela qual solicita a esta JJF que lhe seja encaminhado a cópia em formato de papel do Demonstrativo do Levantamento Quantitativo das Saídas no total de 276 fls. e seja reaberto o prazo de defesa de 30 (trinta) dias, o que não acontecendo solicita que seja declarado nulo o Auto de Infração por cerceamento de defesa.

Ressalta que o seu direito de ampla defesa foi cerceado, por não lhe ter sido permitido de forma clara e suficiente, o perfeito entendimento do teor da autuação impossibilitando, assim, o exercício do contraditório.

Frisa que ao agredir a garantia do contraditório pleno, a autuante impossibilitou o exercício do direito de defesa, violentando a possibilidade de questionamento aprimorado quanto ao mérito da infração, o que, por consequência, implica na caracterização da nulidade da autuação. Invoca, nesse sentido, o Ac. 303-25.277, Rel. Hélio Loyolla de Alencastro, publicado no DOU de 10/03/89, p. 3754, cujo trecho reproduz, bem como o Ac. 104-6.427, publicado no DOU de 31/08/89, pág. 1524/1, que também transcreve parcialmente. Evoca, ainda, decisões deste CONSEF, através de suas Juntas e Câmaras, favoráveis ao contribuinte quando é cerceado o seu direito de defesa, citando e reproduzindo parcialmente o Acórdão CJF nº 0033-12/05, Acórdão JJF nº 0159-04/05, Acórdão CJF nº 0270-11/05, Acórdão CJF nº 0034-12/05, Acórdão JJF nº 0505-04/04.

Alega que para o Auto de Infração ser aceito como documento regular de cobrança de obrigação tributária, precisa obedecer a diversos requisitos previstos na legislação, destacando-se dentre estes, pela sua essencialidade, o previsto no art. 39, III do RPAF/99, cujo teor transcreve.

Afirma que não há dúvida de que um dos requisitos essenciais do Auto de Infração é a descrição do que a autoridade fiscal entende como fato gerador do tributo, devendo estar indicado na peça de acusação, o fato gerador visualizado pelo agente fiscal, o que lhe daria respaldo para levar a efeito exigência tributária, por meio da autuação.

Salienta que, no presente caso, à vista da redação constante nas Infrações 3, 4 e 5, verifica-se que a autuante afirma ter apurado falta de recolhimento do imposto, apurado mediante levantamento

quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, fato que teria lhe dado motivação para a exigência tributária ora em discussão, contudo, tal acontecimento, não é verdadeiro.

Afirma que a autuante não lhe forneceu planilha detalhada com os artigos separados, tanto daqueles que não encontrou diferença como daqueles que diz ter encontrado diferença, não cumprindo o que determina a Portaria nº 445 de 10 de agosto de 1998 (DOE 11/08/1998) da Secretaria da Fazenda que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias.

Sustenta que a infração não está caracterizada e não existe nos autos qualquer elemento que possa determiná-la com segurança. Diz que a infração deve estar bem descrita pelo autuante no Auto de Infração, a fim de possibilitar ao contribuinte, que se defenda amplamente, devendo ser objetiva, clara e tão completa quanto necessária a que o autuado possa saber de que realmente está sendo acusado, pois, a não ser assim, não terá condições para o exercício da plena defesa que lhe assegura a Constituição Federal. Invoca e transcreve o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, para afirma afirmar que há razão suficiente para se decretar a nulidade do Auto de Infração. Cita e transcreve parcialmente o Acórdão nº 0045/99; Acórdão nº 1079/99; Acórdão JF nº 0062-05/05, Acórdão JF nº 0094-01/05, Acórdão CJF nº 0071-11/05, proferidos pelo CONSEF.

Prosseguindo, diz que por certo, os julgadores já têm motivos suficientes para decretar a nulidade do Auto de Infração, por ser de Direito, todavia, apenas “*ad argumentandum tantum*”, no mérito, a ação fiscal também é improcedente, conforme diz restará comprovado doravante.

Aduz a existência da disposição contida no art. 155, parágrafo único, do RPAF/99, cuja redação transcreve, a qual determina o julgamento pela improcedência do Auto de Infração, mesmo merecendo o ato de lançamento ser objeto de nulidade.

Rechaça a infração 1, afirmando que a autuante está completamente equivocada e não houve o cometimento da infração.

Afirma que as notas fiscais relacionadas nos demonstrativos elaborados pela autuante foram emitidas com o valor contábil e a base de cálculo em idênticos valores, tendo sido calculado e destacado o ICMS devido com a alíquota cheia de 17% sobre o valor total das notas, não tendo sido reduzida a base de cálculo nos respectivos cálculos, e os seus valores e dos ICMS devidos foram escriturados no Livro de Saídas de Mercadorias nº 11 às fls. 17 a 28 e de 33 a 40, conforme anexos 1 e 2.

Salienta que a autuante no seu demonstrativo lançou as mercadorias destas respectivas notas em duplicidade, às vezes até por três ou quatro vezes, o mesmo valor e a mesma nota fiscal.

Diz que inexistindo a infração apontada pela autuante, solicita o julgamento pela sua improcedência.

Insurge-se contra a infração 2, sustentando que a autuante constituiu crédito tributário de maneira que não tem respaldo legal na legislação vigente à época.

Registra que a autuante citou como enquadramento no RICMS/BA o artigo 61, IX, cujo teor reproduz. Acrescenta que este artigo do RICMS apenas define base de cálculo do ICMS, logo não pode infringir este artigo, pois, na sua essência não tem determinação de cumprimento de ordem.

Aduz, ainda, que a autuante citou como enquadramento na legislação do ICMS o artigo 125, Inciso II, letra f e § 7º e 8º, cuja redação também transcreve.

Frisa que o prazo para recolhimento do imposto por antecipação parcial era o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento e a autuante constituiu o crédito tributário com a data de vencimento do dia 09 do mês subsequente, o que está totalmente contrário ao que determina a legislação fiscal.

Salienta que também tem a contestar a ação fiscal, em razão de a constituição do crédito tributário pela autuante nesta infração, referente ao mês do fato gerador em 31/07/2007 no valor de R\$ 2.883,15 e

ao mês do fato gerador em 31/12/2007 no valor de R\$ 12.945,12, não ter respaldo legal, sendo nula de pleno direito, visto que a exigência só seria possível a partir da publicação do Decreto nº 10.840 de 18/01/2008 que alterou o RICMS regulamentando o que determinava a Lei nº 10.847/07.

Afirma que uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa.

Solicita o julgamento pela improcedência da Infração 2.

No que tange à infração 3, alega que na conclusão dos trabalhos de fiscalização e do procedimento para fazer o levantamento quantitativo do estoque, a autuante não forneceu cópia do Demonstrativo do Levantamento Quantitativo das Saídas em formato de Papel no total de 276 paginas, se limitando a entregar apenas cópia das fls. de nº 1 e de nº 276 e apresentou os dados em CD que na linguagem vulgar é chamado de “corrompido” e em formato de leitura divergente dos constantes no sistema utilizado pela autuante na fiscalização.

Diz que com este procedimento a autuante cerceou o seu direito de defesa, por isso, solicita a esta JJF que lhe seja encaminhada cópia em formato de papel do Demonstrativo do Levantamento Quantitativo das Saídas no total de 276 páginas e seja reaberto o prazo de defesa por 30 (trinta) dias, o que não acontecendo solicita que seja declarado nulo o Auto de Infração por motivo de cerceamento de defesa.

Ressalta que mesmo sem a cópia do Demonstrativo Quantitativo das Saídas já citado anteriormente, verificou que no tocante ao levantamento fiscal realizado pelo autuante, esta cometeu inúmeros erros, enganos, equívocos e falhas que deram lugar a dúvidas e causaram incorreção nos demonstrativos e conseqüentemente comprometeu o quantum apurado em sua plenitude, dos quais destaca os seguintes:

- lançou no seu Demonstrativo de Cálculo de Omissões como mercadoria um bem do ativo Imobilizado acusando a diferença de omissão de entradas de uma Caminhonete Fiat Modelo Fiorino modelo 2004. Diz que este bem do imobilizado foi vendido após 3 (três) anos de uso, conforme Nota Fiscal nº 1709, conforme anexo anexo 03 desta defesa, emitida em 17/10/2007, não cabe tributação conforme Art. 6º Inciso VIII do RICMS;
- lançou no estoque final em 31/12/2007 a mercadoria 1189 Balde B 10 C Tampa com a quantidade de 919 unidades, quando no livro Registro de Inventário não consta qualquer unidade em estoque;
- lançou no estoque final em 31/12/2007 a mercadoria 1351 Uva Passas Preta com a quantidade de 3054 unidades, quando no livro Registro de Inventário não consta nenhuma unidade. Observa que com o procedimento da autuante foi apurada omissão de entradas, quando na verdade, pelos dados constantes no levantamento, sem conferir as saídas por não ter sido entregue pela autuante o Demonstrativo Quantitativo de Saídas em formato de papel, o que existiria seria omissão de saídas;
- lançou no estoque final em 31/12/2007 a mercadoria 1354 Uva Passas Iraniana com a quantidade de 1381 unidades, quando no livro de Inventário não consta nenhuma unidade. Diz que com o procedimento da autuante foi apurada omissão de entradas de 1380 unidades, quando na verdade, pelos dados constantes no levantamento, sem conferir as saídas por não ter sido entregue pela autuante o Demonstrativo Quantitativo de Saídas em formato de papel, o que existiria seria omissão de saídas de apenas 1 (uma) unidade;
- lançou no estoque final em 31/12/2007 a mercadoria 1565 Uva Passas Preta com a quantidade de 2566 unidades, quando no livro de Inventário não consta nenhuma unidade. Com o procedimento da autuante foi apurada omissão de entradas de 1659 unidades, quando na verdade, pelos dados constantes no levantamento, sem conferir as saídas por não ter sido entregue pela autuante o Demonstrativo Quantitativo de Saídas em formato de papel, o que existiria seria omissão de saídas de 907 unidades;
- lançou no estoque inicial em 01/01/2007 a mercadoria 1736 Castanha de Cajú F2C com a quantidade de 500 K, quando no livro de Inventário não consta nenhuma unidade. Com o procedimento da

autuante foi apurada omissão de entradas de 500 K, quando na verdade, pelos dados constantes no levantamento, sem conferir as saídas por não ter sido entregue pela autuante o Demonstrativo Quantitativo de Saídas em formato de papel, não existe diferença;

- lançou no estoque final em 31/12/2007 a mercadoria 2218 Porta Torta Coração Pequeno com a quantidade de 150 unidades, quando no livro Registro de Inventário não consta nenhuma unidade. Com o procedimento da autuante foi apurada omissão de entradas de 150 unidades, quando na verdade, pelos dados constantes no levantamento, sem conferir as saídas por não ter sido entregue pela autuante o Demonstrativo Quantitativo de Saídas em formato de papel, não existe diferença.

Solicita que diante destas incorreções o processo seja convertido em diligência por esta JJF, a fim de que seja designado a autuante ou Auditor Fiscal estranho ao feito, para realizar revisão de todos os lançamentos efetuados nos demonstrativos elaborados pela Fiscalização, através de exame detalhado de cada nota fiscal de entrada e de saída e lançados produto por produto com posterior entrega de cópia, em formato de papel, dos novos demonstrativos, no caso, Relatório das Mercadorias Seleccionadas, Levantamento Quantitativo das Entradas; Demonstrativo do Cálculo do Preço Médio – Entradas; Levantamento Quantitativo das Saídas, Demonstrativo do Cálculo do Preço Médio – Saídas; Demonstrativo de Cálculo do Preço Médio a Partir de Valores do Inventário; Demonstrativo do Cálculo das Omissões e Demonstrativo da Infração 04.05.05 - Levantamento Quantitativo de Estoques – Omissão – Exercício Fechado; elaborados após a revisão com a reabertura do prazo de defesa de 30(trinta) dias, sob pena de alegação de cerceamento do direito de defesa e de nulidade do Auto de Infração.

Quanto à infração 4, alega que na conclusão dos trabalhos de fiscalização e do procedimento para fazer o levantamento quantitativo do estoque, a autuante não forneceu cópia do Demonstrativo do Levantamento Quantitativo das Saídas em formato de Papel no total de 276 paginas, se limitando a entregar apenas cópia das fls. de nº 1 e de nº 276 e apresentou os dados em CD que na linguagem vulgar chamamos de “corrompido” e em formato de leitura divergente dos constantes no sistema utilizado pela autuante na fiscalização.

Aduz que com este procedimento a autuante cerceou o seu direito de defesa, motivo pelo qual solicita a esta JJF que lhe seja encaminhada cópia em formato de papel do Demonstrativo do Levantamento Quantitativo das Saídas no total de 276 páginas e seja reaberto o prazo de defesa por 30 (trinta) dias, o que não acontecendo solicitamos que seja NULO o Auto de Infração por motivo de cerceamento de Defesa.

Salienta que mesmo sem a cópia do Demonstrativo Quantitativo das Saídas já citado anteriormente, verificou que no tocante ao levantamento fiscal realizado pela autuante, esta cometeu inúmeros erros, enganos, equívocos e falhas que deram lugar a dúvidas e causaram incorreção nos demonstrativos e conseqüentemente comprometeu o quantum apurado em sua plenitude, dos quais destaca os seguintes:

- lançou no estoque inicial em 01/01/2007 a mercadoria 607 Cob P Taça 1KG Sachê com a quantidade de 404K, quando no livro de Inventário a quantidade constante é de 435K. Com o procedimento da autuante foi apurada omissão de entradas de 771K, quando na verdade, pelos dados constantes no levantamento, a diferença seria de 740K, sem conferir as saídas por não ter sido entregue pela autuante o Demonstrativo Quantitativo de Saídas em formato de papel;
- lançou no estoque final em 31/12/2007 a mercadoria 237 Crist Maça Verde 1 K com a quantidade de 597 L, quando no livro Registro de Inventário não consta nenhuma unidade. Com o procedimento da autuante foi apurada omissão de entradas de 357 L, quando na verdade, pelos dados constantes no levantamento, sem conferir as saídas por não ter sido entregue pela autuante o Demonstrativo Quantitativo de Saídas em formato de papel, não existe omissão de entradas e sim omissão de saídas de 240 L.

Reitera o mesmo pedido de realização de revisão fiscal formulado na infração anterior, inclusive a reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias e entrega e entrega dos novos demonstrativos em formato de papel.

No que concerne à infração 5, apresenta a mesma alegação de que na conclusão dos trabalhos fiscais e do procedimento para fazer o levantamento quantitativo do estoque, a autuante não forneceu cópia dos demonstrativos e elementos da mesma forma aduzida na infração anterior, procedimento da autuante que cerceou o seu direito de defesa, razão pela qual solicita a esta JJF que lhe seja encaminhada cópia em formato de papel do Demonstrativo do Levantamento Quantitativo das Saídas no total de 276 páginas e seja reaberto o prazo de defesa de 30 (trinta) dias o que não acontecendo requer que seja declarado nulo o Auto de Infração por cerceamento do direito de defesa.

Salienta que, mesmo sem a cópia do Demonstrativo Quantitativo das Saídas já citado anteriormente, verificou que no tocante ao levantamento fiscal realizado pelo autuante, esta cometeu inúmeros erros, enganos, equívocos e falhas que deram lugar a dúvidas e causaram incorreção nos demonstrativos e, conseqüentemente, comprometeu o *quantum* apurado em sua plenitude, dos quais destaca os seguintes:

- lançou no estoque inicial em 01/01/2007 a mercadoria 607 Cob P Taça 1KG Sachê com a quantidade de 404K, quando no livro de Inventário a quantidade constante é de 435K. Com o procedimento da autuante foi apurada omissão de entradas de 771K, quando na verdade, pelos dados constantes no levantamento, a diferença seria de 740K, sem conferir as saídas por não ter sido entregue pela autuante o Demonstrativo Quantitativo de Saídas em formato de papel;
- lançou no estoque final em 31/12/2007 a mercadoria 237 Crist Maça Verde 1 K com a quantidade de 597 L, quando no livro de Inventário não consta nenhuma unidade. Com o procedimento da autuante foi apurada omissão de entradas de 357 L, quando na verdade, pelos dados constantes no levantamento, sem conferir as saídas por não ter sido entregue pela autuante o Demonstrativo Quantitativo de Saídas em formato de papel, não existe omissão de entradas e sim omissão de saídas de 240 L.

Reitera a mesma solicitação apresentada na infração anterior, no sentido de que esta JJF converta o processo em diligência, para que a autuante ou Auditor Fiscal estranho ao feito realize revisão fiscal de todos os lançamentos efetuados nos demonstrativos elaborados pela autuante, inclusive com a reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias e entrega de cópia, em formato de papel, dos novos demonstrativos elaborados pelo diligente.

Observa que esta infração tem relação direta com a infração anterior, logo, os enganos cometidos nos lançamentos efetuados na constituição do crédito tributário na infração 4 refletem na infração 5.

Sustenta que, em consequência de enganos diversos citados anteriormente, fica comprometido totalmente o levantamento efetuado pela autuante, com o agravante, de que, deixando de lançar ou lançando notas com quantidade de produtos incorretos, apurou uma omissão de entradas e/ou saídas inexistentes e ainda lançou um valor apurado na base de cálculo totalmente irreal, pois notas fiscais não lançadas e ou lançadas com quantidades irreais, referente ao mês de dezembro de 2007, servem de base para calcular o preço médio a ser calculado sobre as entradas ou saídas, omitidas no exercício, se por acaso houver. Diz que todas as notas fiscais de entradas e de saídas estão devidamente lançadas nos livros Registro de Entradas e Registro de Saídas e estão à disposição da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

No respeitante à infração 06, diz que a autuante está completamente equivocada e não existiu o fato citado durante a fiscalização efetuada conforme aduz adiante:

- foi intimado a apresentar os livros e documentos fiscais referente ao período de 2006 e 2007 conforme consta da 1ª Intimação apresentada pela autuante;
- nesta 1ª intimação consta a solicitação de apresentação do Livro de Inventário;
- apresentou o livro Registro de Inventário devidamente escriturado referente ao exercício de 2006 e 2007, atendendo a intimação fiscal;

- a autuante de posse do livro de Inventário de 2006 e 2007, rubricou e após o seu visto em todas as fls. de nº 02 a 36 do respectivo livro aonde constou o seu Cadastro Funcional da Secretaria da Fazenda de nº 13.295.898-9 ;
- durante o período em que se deu a ação fiscal, a autuante conferiu e utilizou os dados constantes no livro Registro de Inventário referente ao estoque na data de 31/12/2006 (fls. 02 a 23) para lançar no seu Levantamento Quantitativo de Estoques de Mercadorias, as quantidades das mercadorias constantes do estoque final de 2006 que corresponde ao estoque inicial de 2007;
- a autuante também conferiu e utilizou os dados constantes no livro Registro de Inventário referente ao estoque na data de 31/12/2007 (fls. 24 a 36), para lançar no seu Levantamento Quantitativo de Estoques de Mercadorias, as quantidades das mercadorias constantes do estoque final de 2007;
- a autuante também utilizou os valores constantes do livro Registro de Inventário para lançar no Demonstrativo de Cálculo Médio, a partir de valores do livro Registro de Inventário constantes deste Auto de Infração.

Frisa que os julgadores poderão verificar, também, que a autuante na “2ª Intimação para Apresentação de Livros Fiscais e Documentos” não solicitou a apresentação do livro Registro de Inventário, o que comprova a entrega do livro Registro de Inventário entre o decurso de tempo após a 1ª Intimação Fiscal e a 2ª Intimação. Observa que caso não tivesse apresentado o livro Registro de Inventário após a 1ª Intimação, a autuante teria constado na 2ª Intimação a solicitação de apresentação do livro Registro de Inventário. Acrescenta que, se a autuante não solicitou é porque já estava de posse do referido livro.

Afirma que, além de estar equivocada quanto à falta de apresentação do livro Registro de Inventário, há a considerar ainda dois grandes enganos cometidos pela autuante, conforme abaixo:

- a data da ocorrência pela falta de apresentação de livros fiscais é a data do prazo final prevista na intimação fiscal lavrada pelo preposto, ou seja, 48(quarenta e oito) horas após a ciência do contribuinte na Intimação ou outro prazo que venha a constar na respectiva Intimação. Observa que, no em tela, não existiu a infração, mas se caso houvesse, esta teria a data de ocorrência em 24/10/2010 ou na data de encerramento da fiscalização que seria 29/12/2010 e nunca a data de 31/12/2006 aposta pela autuante no Auto de Infração.

Salienta, ainda, que no caso em discussão, se houvesse a infração, que no caso não existiu, a penalidade pela falta de apresentação de livros fiscais é a prevista no art. 915, XV do RICMSBA, ou seja, R\$ 460,00.

Diz que ainda que houvesse a infração apontada pela autuante não caberia a penalidade indicada, pois o art. 915, XII do RICMS/BA, estabelece que para esta infração será aplicada a multa de 5% do valor comercial das mercadorias sujeitas à tributação entradas no estabelecimento durante o exercício, quando não tiver sido regularmente escriturado o Registro de Inventário, se esse fato constituir impedimento definitivo da apuração do imposto no período, não havendo outro meio de apurá-lo.

Reitera que não houve a infração apontada pela autuante, pois o livro Registro de Inventário foi devidamente escriturado e apresentado à Fiscalização no prazo legal e a autuante utilizou os dados constantes do mesmo para efetuar levantamentos fiscais e contábeis, não havendo impedimento para realização dos trabalhos fiscais.

Diante dos fatos narrados, requer que a infração 06 seja julgada improcedente.

Diz que por conta dos procedimentos adotados pelo representante do Fisco, portanto, é de se concluir que o levantamento fiscal não foi feito de acordo com as regras básicas de Contabilidade, fato que faz com que o mesmo não sirva ao fim pretendido pela autoridade fiscal. Afirma que a autuação deve ser julgada improcedente, posto que fruto de procedimento equivocado.

Diz que fica demonstrada a falta de comprovação cabal da base de cálculo utilizada para fins de exigência do tributo.

Consigna que desta forma, o resultado apurado pela Fiscalização, simplesmente, não retrata a realidade dos fatos, pelo que não é capaz de sustentar o lançamento do crédito tributário da impugnada.

Assevera que com os enganos cometidos pelo autuante, nos levantamentos quantitativos por espécie de mercadorias, fica prejudicado o seu direito de defesa, o qual só terá condições de realizá-la após a autuante ou outro preposto fiscal através de diligência que requer, seja realizada, a fim de que seja feito de modo correto o levantamento da Auditoria de Estoques, nota fiscal por nota fiscal de entradas e de saídas, com as devidas correlações e associações das mercadorias, efetuado o lançamento de todas as notas que não foram lançadas e seja retificado o lançamento das notas fiscais que por engano foram registrados com quantidades erradas e com espécie de mercadorias trocadas.

Diz que diante de todo o exposto, fica comprovado que quanto às infrações 1, 2, 3, 4, 5 e 6, a autuante cometeu erros, enganos, falhas e equívocos, como caracterizar a infração de forma imprecisa e por presunção, presunção esta sem procedência e que a descrição em consequência destes enganos cometidos ficou confusa, desordenada, genérica e que os demonstrativos não apontam a verdade dos fatos, por isso requer que esta JJF julgue improcedente as infrações 1, 2, 3, 4, 5 e 6.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração.

A autuante prestou informação fiscal (fls.1256 a 1261), na qual contesta a preliminar de cerceamento do direito de defesa em função do Demonstrativo fiscal –Auditoria de Estoque – Levantamento Quantitativo de Saída, dizendo que basta que se verifique o conteúdo da mídia, anexada às fls. 496, cuja cópia foi entregue ao preposto do autuado (fl. 493), e logo se comprova que ali todos os demonstrativos estão em formato excel (.xls), passíveis de impressão em qualquer equipamento usual de informática na plataforma windows.

Salienta que, entretanto, imprimiu o referido relatório que ora apensa aos autos às fls. 978 a 1.254. Diz que, é totalmente descabida e meramente de caráter protelatório a alegação de cerceamento de defesa por conta de tal demonstrativo apresentado em mídia CD quanto é desconexa a alegação de insegurança na determinação das infrações, posto que todos os demonstrativos para a apuração do ICMS devido foram apensados na peça inicial.

No que diz respeito à alegação defensiva referente à infração 1, consigna que o autuado afirma que não houve cometimento da infração e anexa algumas cópias de notas fiscais cuja emissão ocorreu entre os meses de abril e agosto/2006, também devidamente registradas no livro Registro de Saídas 2006 pelo autuado (fls. 535 a 732).

Contesta o argumento defensivo, afirmando que a empresa atacadista PL Mendonça Comercial de Alimentos pleiteou, através do processo tributário 03099920064 de 06/03/2006 (fls. 308), assinatura de Termo de Acordo e Compromisso Atacadista para usufruir dos benefícios previstos no Decreto nº 7.799, de 09/05/00, dentre os quais a redução da base de cálculo, contudo, o pedido foi indeferido pela SEFAZ em 18/07/2006.

Salienta que, entretanto, o autuado lançou mão durante os meses de abril a agosto/2006 do uso do benefício, embora indevido, e fez a redução a que faria jus acaso tivesse obtido o deferimento, aplicando com isto a redução da base cálculo em 41,176% e fez o recolhimento do ICMS a menos em R\$ 8.880,34.

No que tange à infração 2, acata o argumento defensivo quanto a inexistência de previsão de penalidade pela falta de recolhimento do ICMS antecipado cujo fato gerador ocorreu em 31/07/2007 no valor de R\$ 3.883,15.

Diz que, entretanto, considerando que a Lei 7.014/96, no art. 42, inciso II, alínea “d” prevê a multa de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, quando o imposto não

for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares; e, considerando que a redação atual da alínea “d”, do inciso II do caput do art. 42, foi dada pela Lei 10.847 de 27/11/07, DOE de 28/11/07, efeitos a partir de 28/11/07, então o valor do ICMS antecipado, cujo fato gerador ocorreu em 31/12/2007, no valor de 12.945,12 encontra o amparo e respaldo legal para a cobrança.

Frisa que, efetivamente, o autuado é credenciado para o recolhimento do ICMS Antecipação Parcial, previsto para o dia 25 do mês subsequente à ocorrência do fato gerador. Neste caso, os acréscimos moratórios calculados antes com base no vencimento do dia 09 devem ser determinados por este CONSEF ao setor competente, para alteração, e, se for o caso, o recálculo dos acréscimos tributários devidos.

Diz que, desta forma, fica modificada a infração 2, para o valor de R\$ 12.945,12, conforme demonstrativos que apresenta.

No que tange à infração 3, afirma que o autuado, inconformado, apela para o discurso protelatório de cerceamento da defesa pelo fato do demonstrativo fiscal – Auditoria de Estoque – Levantamento Quantitativo de Saída, ter sido entregue em mídia de CD, em vez de impresso, por economia processual (fls. 511), cuja cópia foi entregue ao preposto do contribuinte (fls. 493), estando ali todos os demonstrativos em formato de simples excel (.xls), passíveis de impressão em qualquer equipamento usual de informática na plataforma windows.

Assevera que tal argumento, frágil, não tem nenhuma correlação com a infração 3, que fica mantida, apenas modificada no seu valor, depois de acatada as alegações defensivas.

Salienta que o novo levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias (fls. 815 a 828), apurado nas entradas de mercadorias tributadas, maior que a saída no exercício de 2007, conforme apresenta, passando o ICMS devido para R\$ 33.387,43.

No respeitante à infração 4, diz que o autuado, inconformado, apela para o discurso protelatório de cerceamento da defesa pelo fato do demonstrativo fiscal – Auditoria de Estoque – Levantamento Quantitativo de Saída, ter sido entregue em mídia de CD, em vez de impresso por economia processual (fls. 511), cuja cópia foi entregue ao preposto da Autuada (fls. 493), estando ali todos os demonstrativos em formato de simples excel (.xls), passíveis de impressão em qualquer equipamento usual de informática na plataforma windows.

Afirma que tal argumento frágil, não tem nenhuma correlação com infração 04, que neste caso, também fica mantida, apenas modificada no seu valor, depois de acatada as alegações do autuado.

Salienta que fica demonstrado abaixo, o novo levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias (fls.829 a 833) apurado no exercício fechado de 2007, passando o ICMS devido para o valor de R\$ 6.259,22.

No tocante à infração 05, diz que o autuado, inconformado, apela para o discurso protelatório de cerceamento da defesa pelo fato do demonstrativo fiscal – Auditoria de Estoque – Levantamento Quantitativo de Saída, ter sido entregue em mídia de CD, em vez de impresso por economia processual (fls. 511), cuja cópia foi entregue ao preposto da Autuada (fls. 493), estando ali todos os demonstrativos em formato de simples excel (.xls), passíveis de impressão em qualquer equipamento usual de informática na plataforma windows.

Afirma que tal argumento, frágil, não tem nenhuma correlação com infração 05, ficando então mantida a infração, apenas modificada o seu valor apurado, depois de acatada as alegações do autuado.

Salienta que o novo levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias (fls.834 a 838), decorrente da omissão de entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, em exercício fechado de 2007, fica conforme demonstra, passando o ICMS devido para o valor de R\$ 2.476,06.

Relativamente à infração 6, consigna que o autuado alega que lhe entregou os livros Registro de Inventários solicitados através das Intimações com o fim de verificações para homologar os períodos de 2006 e 2007.

Frisa que somente para argumentar, o livro Registro de Inventário é necessário para quantificar concretamente o Estoque Inicial e o Estoque Final do levantamento quantitativo por espécie de mercadorias no período.

Diz que o levantamento quantitativo dos períodos de 2006 e 2007, em homologação, requer a informação do Estoque Inicial e Estoque Final de cada exercício. Assim, o Estoque Inicial de 2006 consta no livro de Livro Registro de Inventário de 2005; O Estoque Inicial de 2007, consta no Livro Registro de Inventário de 2006...e assim por diante.

Sustenta que uma vez feita as Intimações (fls. 09/10), para apresentação dos arquivos SINTEGRA com falta dos registros 74 – Estoque Inicial e Final de 2006 e 2007, bem como para apresentação do livro Registro de Inventário do período, a empresa não entregou os arquivos magnéticos com os registros 74 – especialmente o Estoque Inicial de 2006, e tão somente entregou os Livros de Inventário de 2006 e 2007. Acrescenta que na época, declarou (fls. 12) estar impossibilitado de entregar o livro Registro de Inventário do exercício de 2005 nos prazos das intimações, nem o apresentou em sua defesa.

Afirma que a falta de informação do Estoque Inicial referente ao exercício 2006 pertinente ao livro Registro de Inventário de 2005, constituiu impedimento definitivo para a verificação dos estoques e apuração do ICMS no exercício no período de 2006 (fl.309).

Ressalta que os novos levantamentos quantitativos por espécies de mercadorias ficam mantidos o valor da infração 1 e 6 e reduzidos os valores das infrações: 2, 3, 4 e 5.

Finaliza mantendo parcialmente a autuação no valor de R\$ 141.150,90, mais acréscimos tributários.

Intimado para conhecimento da informação fiscal o autuado se manifestou (fls.1265 a 1287), reiterando as razões apresentadas na defesa inicial e argumentando que somente após a conclusão da informação fiscal a autuante anexou aos autos o Demonstrativo de estoques, conforme fls.978 a 1254, contudo, na intimação enviada pela repartição fazendária foi dado o prazo de 10 dias para manifestação, caracterizando cerceamento do direito de defesa.

A autuante se pronunciou sobre a manifestação do autuado (fl.1.335), consignando que a documentação anexada pelo impugnante na peça defensiva e constante às fls. 499 a 771, foi devidamente acatada.

Diz que tendo em vista que o autuado, na oportunidade da manifestação, continua a apelar para o discurso meramente protelatório, encaminha o PAF para julgamento.

A 1ª JF considerando as alegações defensivas, converteu o processo em diligência à INFAZ/ATACADO, a fim de que fossem adotadas as seguintes providências: a) Autuante. Infração 02. Da mesma forma como efetuara a retificação da exigência referente à data de ocorrência de 31/12/2007, retificasse a exigência referente à data de ocorrência de 31/07/2007, consignando a data de vencimento para 25/08/2007, para posterior ciência ao autuado; b) Repartição Fazendária. Infrações 2, 3, 4 e 5. Após a retificação da infração 2 efetuada pela autuante na forma acima indicada, intimasse o autuado, entregando-lhe no ato da intimação, mediante recibo específico, cópia do pronunciamento retificador da autuante, bem como de todos os elementos referentes às infrações 3, 4 e 5, que porventura não tivesse sido entregues, informando-o, na oportunidade, da reabertura do prazo de defesa 30 (trinta) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação. Foi solicitado, ainda, que havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência a autuante, para que prestasse nova informação fiscal.

A autuante cumprindo a diligência se pronunciou (fls.1.344 a 1.353), esclarecendo que a ação fiscal foi baseada na auditoria dos registros fiscais de entradas e saídas regularmente disponibilizados para os bancos de dados da Sefaz por meio de arquivos magnéticos do autuado. Acrescenta que estes

arquivos espelham as Notas Fiscais de Entradas e de Saídas, além do livro Registro de Inventário, o que resultou no levantamento quantitativo por espécie de mercadoria culminando com a infração 1.

Sustenta que o procedimento está de acordo com a legislação do ICMS, a qual recepcionou o disposto no Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, é obrigado a apresentar, quando solicitado, a documentação minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição, gabarito de registro (*layout*) dos arquivos, listagens dos programas e alterações ocorridas no exercício de apuração, relativamente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias ou das prestações realizadas, inclusive o Inventário das mercadorias, produtos, matérias primas e embalagens (art. 685, combinado com os Arts. 708-A e 708-B, do RICMS/97).

Diz que inconformado com as penalidades impostas no Auto de Infração o autuado apresenta manifestação, basicamente, alegando cerceamento de defesa, tendo como parâmetro o relatório Demonstrativo Fiscal – Auditoria de Estoque – Levantamento Quantitativo de Saída, que lhe foi entregue, fls. 511, em mídia CD, juntamente com os demais demonstrativos que compõe o Auto de Infração.

Afirma que o argumento de cerceamento de defesa foi trazido à tona por conta de o autuado ter recebido quase todos os demonstrativos constantes do Auto de Infração impressos e todos os relatórios e demonstrativos do Auto de Infração em mídia CD, na linguagem de simples Excel (.xls) de uso e domínio geral em qualquer plataforma Windows.

Salienta que, inegavelmente, apelou para o discurso protelatório, e, alegou que em função apenas da não impressão do Demonstrativo Fiscal – Auditoria de Estoque – Levantamento Quantitativo de Saída, por economia processual, impossibilitou a ampla defesa das infrações.

Observa que, por essa razão, pede a reabertura de novo prazo para defesa em mais 30 dias, e, a 1ª JJF, por meio da Diligência, recomenda a revisão das infrações e a concessão do prazo de 30 (trinta) dias para a nova manifestação do autuado, mediante ciência em intimação específica.

No que concerne ao mérito da infração 01, diz que o autuado alega que não houve cometimento da infração e apresenta cópias do livro Registro de Saídas e do livro de Apuração do ICMS, meses de abril a agosto de 2006, como forma de demonstrar que não houve redução indevida da base de cálculo em 41,176%, (benefício previsto no Decreto dos Atacadistas) nas operações de saída, como supostamente apresentou os arquivos magnéticos entregues pela Autuada e com isso teria recolhido a menos o montante de R\$ 8.880,34.

Assevera que, diversamente das informações dos arquivos magnéticos confrontados com os livros fiscais apresentados, reconhece não haver recolhimento a menos do ICMS nos meses de abril a agosto/2006, portanto, assistindo razão ao impugnante, sendo insubsistente esta infração.

No que concerne à infração 2, diz que considerando que ocorreram infrações para o recolhimento a menos e para a falta do pagamento do ICMS referente à Antecipação parcial nos valores de R\$ 2.888,15 e de R\$ 12.945,12, respectivamente, nos meses de julho e dezembro de 2007 e constantes no Demonstrativo de Apuração do ICMS Antecipação Parcial Recolhido, fls. 51 a 61, reconhece de livre e espontânea autonomia que houve equívoco na tipificação e no enquadramento para a Infração 2, no momento original da lavratura do Auto de Infração.

Diz que aproveita a oportunidade da diligência para solicitar aos membros da 1ª JJF, bem como ao autuado, a compreensão e consideração da iniciativa pessoal para tratar o equívoco promovido.

Dirige-se ao autuado solicitando que este desconsidere o reconhecimento dado em primeiro plano ao alegado na defesa quanto à falta de previsão de exigência do ICMS devido por antecipação parcial no valor de R\$ 2.888,15, por ocasião da Informação Fiscal.

Reporta-se a 1ª JJF, solicitando autorização para considerar em dois momentos a Infração 2, conforme os textos que apresenta.

Frisa que, efetivamente, o autuado está credenciado para o recolhimento do ICMS por antecipação parcial previsto para o dia 25 do mês subsequente à ocorrência do fato gerador, contudo, ao destacar na inicial a data de vencimento no dia 09 do mês subsequente, este fato não altera o valor devido dos acréscimos moratórios que recaem sobre o valor exigido na infração.

No que tange à infração 3, afirma que o autuado por conta de ter recebido quase todos os demonstrativos constantes do Auto de Infração impressos e todos os relatórios e demonstrativos do Auto de Infração em mídia CD, na linguagem de simples Excel (.xls) de uso e domínio geral em qualquer plataforma Windows, apelou para o discurso protelatório de cerceamento da defesa, e, alegou que em função apenas da falta da impressão do Demonstrativo Fiscal – Auditoria de Estoque – Levantamento Quantitativo de Saída, por economia processual, (fls. 511), o impossibilitou da ampla defesa da infração, razão pela qual pede a reabertura de prazo para defesa por mais 30 dias.

Observa que mesmo alegando cerceamento de defesa e sem a impressão do Demonstrativo Fiscal – Auditoria de Estoque – Levantamento Quantitativo de Saída – o autuado pode verificar no Demonstrativo de Cálculo das Omissões – Exercício de 2007 - os quantitativos do Estoque Inicial e Final, e, conferir com os dados registrados no livro Registro de Inventário de 2006 e de 2007, respectivamente.

Frisa que o argumento de cerceamento de defesa, neste caso, demonstra que não existe correlação com a Infração 3, sendo, portanto, a infração mantida, apenas modificada no seu valor, depois de acatada as alegações do impugnante às fls. 26 a 31 dos autos.

Salienta que no novo levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias foi apurada entradas de mercadorias tributadas maior que a saída, (fls. 815 a 828) para o exercício de 2007, passando o ICMS devido para R\$ 33.387,43, conforme demonstrativo que apresenta.

Quanto à infração 4, consigna que o autuado alegou que em função apenas da falta da impressão do Demonstrativo Fiscal – Auditoria de Estoque – Levantamento Quantitativo de Saída, por economia processual, (fls. 511) o impossibilitou da ampla defesa da infração, razão pela qual pede a reabertura de prazo para defesa por mais 30 dias.

Diz que mesmo alegando cerceamento de defesa e sem a impressão do Demonstrativo Fiscal – Auditoria de Estoque – Levantamento Quantitativo de Saída – o autuado pode verificar no Demonstrativo de Cálculo das Omissões – Exercício de 2007 - os quantitativos do Estoque Inicial e Final, e, conferir com os dados que estão no livro Registro de Inventário de 2006 e de 2007.

Frisa que o argumento de cerceamento de defesa, neste caso, demonstra que não existe correlação com a Infração 04, portanto, a infração foi mantida, apenas modificada no seu valor, depois de acatada as alegações do impugnante às fls. 26 a 31 dos autos.

Registra que está apresentando a demonstração do novo levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, (fls.829 a 833), apurado no exercício de 2007, passando o ICMS devido para o valor de R\$ 6.259,22.

Relativamente à infração 5, observa que o autuado também alegou que em função apenas da falta de impressão do Demonstrativo Fiscal – Auditoria de Estoque – Levantamento Quantitativo de Saída, por economia processual (fls. 511), o impossibilitou de exercer o direito de ampla defesa da infração, razão pela qual pede a reabertura de prazo de defesa por mais 30 dias.

Diz que mesmo alegando cerceamento de defesa e sem a impressão do Demonstrativo Fiscal – Auditoria de Estoque – Levantamento Quantitativo de Saída – o autuado pode verificar no Demonstrativo de Cálculo das Omissões – Exercício de 2007 - os quantitativos do Estoque Inicial e Final, e, conferir com os dados que estão no livro Registro de Inventário de 2006 e de 2007.

Salienta que o argumento de cerceamento de defesa, neste caso, demonstra que não existe correlação com a Infração 05, portanto, a infração foi mantida, apenas modificada no seu valor, depois de acatada as alegações do impugnante às fls. 26 e 31 dos autos.

Registra que um novo levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias foi elaborado (fls. 834 a 838) para o exercício de 2007, passando o ICMS devido para o valor de R\$ 2.476,06, conforme demonstrativo que apresenta.

No que diz respeito à infração 06, diz que o autuado baseou sua defesa dizendo que não está clara a descrição dos fatos considerados para a cobrança de obrigações tributárias, principal e/ou acessórias.

Afirma que o livro Registro de Inventário é obrigatório e necessário para quantificar concretamente o Estoque Inicial e o Estoque Final do levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, a fim de homologar, neste caso, o período de 2006 e 2007.

Consigna que os livros Registro de Inventário do período de 2006 e 2007, bem como o registro 74 do Sintegra, (Estoque Inicial e Final referente ao ano de 2006 e de 2007), foram solicitados através das Intimações, fls. 09 e 10, datadas de 14/10/2010. Acrescenta que no Termo de Arrecadação de Livros e Documentos, fls. 09, data de 22/10/2010, consta o recebimento do livro Registro de Inventário do ano 2006 e do ano 2007, inclusive, no item referente ao “Livro de Inventário – período...” foi grafada de seu próprio punho, a palavra **apenas!** Isto porque faltou a entrega do livro Registro de Inventário de 2005, isto é, não abrangeu totalmente o período de 2006 e 2007.

Salienta que o período de 2006 e 2007, em verificação para posterior homologação, requer a informação do Estoque Inicial e Estoque Final de cada ano para a realização do levantamento quantitativo dos estoques, previsto no roteiro de Auditoria. Acrescenta que, assim sendo, o Estoque Inicial do ano 2006 consta no livro de livro Registro de Inventário de 2005; O Estoque Inicial do ano de 2007, consta no livro Registro de Inventário de 2006.

Destaca que a ausência da escrituração do livro Registro de Inventário de 2005 também foi comprovada por meio magnético, quando verificou a falta do registro 74, que é extraído do Livro de Inventário, e, que o autuado deveria ter encaminhado tempestivamente para os bancos de dados da SEFAZ/BA. Registra que ao ser regularmente intimado para “Apresentação de Informações em Meio Magnético”, fls 10, data de 14/10/2010 – haja vista a previsão do Convênio ICMS 57/95, SINTEGRA - também o autuado não atendeu a Intimação. Afirmo que a solicitação foi clara: “*apresentação dos referidos arquivo com falta dos registros 74 – Estoque Inicial e Final de 2006 e de 2007.*”

Diz que o autuado como réu confesso assinou declaração em 14/12/2010 - dois meses depois de regularmente intimado - (fl. 12), afirmando estar impossibilitado de entregar o livro Registro de Inventário do Exercício de 2005, nos prazos das Intimações, nem o apresentou tempestivamente na sua defesa.

Afirma que a falta de escrituração e, conseqüentemente, falta do fornecimento da informação do Estoque Inicial referente ao exercício 2006, pertinente ao livro Registro de Inventário de 2005, constituiu impedimento definitivo para a verificação dos estoques e apuração do ICMS no exercício no ano de 2006 (fl.309).

Observa que a multa para esta infração, segundo o RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97 e Lei 7.014/96 está descrita às fls. 309 e 310 e o percentual de 5% incide sobre o valor das entradas tributadas, conforme livro Registro de Entradas de 2006, fl. 413 a 492.

Salienta que diante dos novos valores apurados ficam mantidas as infrações 2 e 6 e reduzidos os valores das infrações 2, 3, 4 e 5.

Esclarece que em face dos novos demonstrativos apresentados e à recomendação da 1ª JF em conceder 30 dias de prazo para nova manifestação do autuado, mediante intimação e recibo específico, procedeu conforme orientação.

Finaliza mantendo parcialmente o Auto de Infração no valor de R\$ 129.975,66, mais os acréscimos legais.

Intimado para conhecimento do resultado da diligência o autuado se manifestou (fls.1.359 a 1.383), consignando que a autuante na sua 2ª Informação Fiscal, como já tinha declarado na 1ª Informação Fiscal, admite que não entregou o Demonstrativo Fiscal – Auditoria de Estoque – Levantamento Quantitativo de Saída, em formato de papel, quando da conclusão dos trabalhos de fiscalização.

Afirma que a autuante, somente após a conclusão da 1ª Informação Fiscal anexou à mesma o referido Demonstrativo, conforme fls. 978 a 1.254.

Diz que a Secretaria da Fazenda, através da Coordenação de Cobrança da Diretoria Metropolitana do Salvador, lhe enviou Intimação para que tomasse conhecimento através de cópias das fls. 775 a 1254 e 1256 a 1261 do referido PAF.

Frisa que conforme pode ser comprovado, o Demonstrativo que alega não teria sido entregue pela autuante na conclusão dos trabalhos fiscais é o Demonstrativo Fiscal – Auditoria de Estoque – Levantamento Quantitativo de Saída.

Salienta que a autuante ao prestar a 1ª Informação Fiscal fez alterações em todos os demonstrativos anteriormente elaborados, alterando quantidades e/ou excluindo produtos, modificando valores, o que causou mudança na base de cálculo e no valor do ICMS apurado nos antigos demonstrativos.

Assevera que com tal procedimento, ficou comprovada a falta de entrega de Demonstrativos quando da conclusão dos trabalhos fiscais e que foram anexados novos documentos ao processo fiscal, o que ocasiona, caso o Auto de Infração tivesse sido julgado sem a reabertura do prazo de defesa, à falta de atendimento ao princípio da garantia de ampla defesa prevista no art. 2º do RPAF.

Observa que a autuante na 2ª Informação Fiscal concedeu o prazo de 30 (trinta) dias para que efetuasse nova defesa, sanando o cerceamento do direito de defesa.

No mérito, diz relativamente à infração 01, que a autuante na sua informação fiscal anterior retirou da acusação fiscal o valor do ICMS reclamado referente ao fato gerador ocorrido no mês de julho de 2007, contudo, na 2ª informação fiscal volta atrás na sua posição declarada na 1ª Informação Fiscal e novamente está equivocada na sua decisão.

Reafirma quanto ao fato gerador ocorrido em 31/12/2007, o texto da defesa inicial e manifestação anterior, cujo teor reproduz, por entender que em matéria tributária a exigência de impostos e aplicação de multas instituída por Lei tem que ser regulamentada, e o texto contido no inciso II do caput do art. 42 do Código Tributário Estadual somente fora regulamentado através da publicação do Decreto n. 10.840 de 18/01/2008, que procedeu a alteração de nº 99 do RICMS que modificou a redação do Inciso I do § 1º do art. 915, incluindo a expressão “inclusive por antecipação parcial” no texto legal.

Afirma quanto a esta infração que a autuante aplicou multa que não tem respaldo legal na legislação vigente à época, por não haver na legislação estadual, previsão de penalidade pela falta de recolhimento de ICMS de Antecipação Parcial neste período.

Requer a improcedência total da Infração 2.

No que tange à infração 3, consigna que a autuante acatou o pedido formulado na defesa já tendo reduzido o valor do ICMS exigido de R\$ 41.225,76 para R\$ 33.387,43.

Diz que reconhece o débito no valor de R\$ 33.387,43 e requer a esta JJF que julgue procedente em parte esta infração.

No que concerne à infração 4, consigna que reconhece o débito no valor de R\$ 6.259,22 e requer a esta JJF que julgue procedente em parte esta infração.

No tocante à infração 5, registra que reconhece o débito no valor de R\$ 2.476,06 e requer a esta JJF que julgue procedente em parte esta infração.

Quanto à infração 6, afirma que o Auto de Infração para ser aceito como documento regular de cobrança de obrigação tributária, precisa obedecer a diversos requisitos previstos na legislação,

destacando-se dentre estes, pela sua essencialidade, o previsto no art. 39, III do RPAF/99, cuja redação transcreve.

Afirma que não há dúvida de que um dos requisitos essenciais do Auto de Infração é a descrição do que a autoridade fiscal entender como fato gerador do tributo, portanto, deve estar indicado na peça acusatória, o fato gerador visualizado pelo agente fiscal, o que lhe daria respaldo, para levar a efeito exigência tributária, por meio da autuação.

Observa que, no presente caso, à vista da redação constante na infração 6, o autuante afirma que *“deixou de escriturar o Livro de Inventário”* e no mesmo texto afirma *“Referente à falta de apresentação do Livro de Registro de Inventário, para conferência com o registro 74 do arquivo SINTEGRA, mesmo regularmente intimado”*, fato que teria lhe dado motivação para aplicação da multa indicada no Auto de Infração. Sustenta que tal fato não é verdadeiro.

Diz que, pelo que tudo indica, a autuante entendeu que redação dada no Auto de Infração, era suficiente para possibilitar uma descrição clara e precisa do fato gerador, contudo, a infração não está caracterizada e não existe nos autos qualquer elemento que possa determiná-la com segurança.

Frisa que a infração deve estar bem descrita pelo autuante no Auto de Infração, a fim de possibilitar ao contribuinte, que se defenda amplamente. Acrescenta que essa descrição há de ser objetiva, clara e tão completa quanto necessária para que o autuado possa saber de que realmente está sendo acusado, pois, a não ser assim, não terá condições para o exercício da plena defesa que lhe assegura a Constituição Federal. Invoca, nesse sentido, o art. 18 do RPAF/BA, cujo teor transcreve, afirmando que, sem dúvida, há razão suficiente para se decretar a nulidade do Auto de Infração.

Consigna que este CONSEF, nas suas decisões, tem deixado claro que não é aceitável que uma acusação, contida no Auto de Infração, seja obscura e, conseqüentemente, não retrate com clareza qual o seu verdadeiro teor. Cita e transcreve parcialmente o Acórdão nº 0045/99; Acórdão nº 1079/99; Acórdão JJF Nº. 0062-05/05; Acórdão JJF Nº 0094-01/05.

Assevera que a autuante está completamente equivocada quanto a esta infração, haja vista que não existiu o fato citado durante a fiscalização que efetuou, conforme discorre abaixo:

- diz que foi intimado a apresentar os livros e documentos fiscais referente ao período de 2006 e 2007, conforme consta da 1ª Intimação apresentada pela autuante;
- na 1ª intimação consta a solicitação de apresentação do livro Registro de Inventário;
- afirma que apresentou o livro Registro de Inventário devidamente escriturado, referente ao exercício de 2006 e 2007, atendendo a intimação fiscal;
- salienta que a autuante de posse do livro Registro de Inventário de 2006 e 2007 rubricou e após o seu visto em todas as fls. de nº 02 a 36 do respectivo livro onde constou o seu Cadastro Funcional da Secretaria da Fazenda de nº 13.295.898-9, conforme o anexo 04 da defesa inicial;
- registra que durante o período em que se deu a ação fiscal, a autuante conferiu e utilizou os dados constantes no livro Registro de Inventário referente ao estoque da data de 31/12/2006 (fls. 02 a 23) para lançar no seu Levantamento Quantitativo de Estoques de Mercadorias, as quantidades das mercadorias constantes do estoque final de 2006 que corresponde ao estoque inicial de 2007;
- observa que a autuante também conferiu e utilizou os dados constantes no livro Registro de Inventário referente ao estoque da data de 31/12/2007 (fls. 24 a 36) para lançar no seu Levantamento Quantitativo de Estoques de Mercadorias, as quantidades das mercadorias constantes do estoque final de 2007;
- diz que a autuante também utilizou os valores constantes do livro Registro de Inventário para lançar no Demonstrativo de Cálculo Médio, a partir de valores do livro Registro de Inventário constante nos autos.

Assevera que os julgadores poderão verificar, também, que a autuante na 2ª Intimação para Apresentação de Livros Fiscais e Documentos não solicitou a apresentação do livro Registro de Inventário, o que comprova a entrega do livro Registro de Inventário entre o decurso de tempo após a 1ª Intimação Fiscal e a 2ª Intimação. Acrescenta que, caso não tivesse entregado o livro Registro de Inventário após a 1ª Intimação, a autuante teria constado na 2ª Intimação a solicitação de apresentação do livro Registro de Inventário. Ressalta que, se a autuante não solicitou é porque já estava de posse do mencionado livro.

Destaca que além de estar equivocada quanto à falta de apresentação do livro Registro de Inventário, há a considerar ainda dois relevantes enganos incorridos pela autuante, conforme identifica abaixo:

- a data da ocorrência pela falta de apresentação de livros fiscais é a data do prazo final prevista na intimação fiscal lavrada pelo preposto, ou seja, 48(quarenta e oito) horas após a ciência do contribuinte na Intimação ou outro prazo que venha a constar na respectiva Intimação. Observa que no caso em tela, não existiu a infração, mas se caso houvesse, a mesma teria a data de ocorrência em 24/10/2010 ou na data de encerramento da fiscalização que seria 29/12/2010 e nunca a data de 31/12/2006 indicada pela autuante no Auto de Infração;
- diz que, além disso, se houvesse a infração, que no caso não existiu, a penalidade pela falta de apresentação de livros fiscais é a prevista no art. 915, inciso XV, alínea “d” do RICMS/BA, ou seja, R\$ 460,00, e não a prevista no art. 915, XII, cujo teor reproduz.

Reitera que não houve a infração, sendo que, o § 10 do mesmo art. 915, acima citado estabelece relativamente à falta de escrituração do Registro de Inventário que quando não couber a aplicação da multa de que cuida o Inciso XII, por não serem preenchidos os requisitos legais ali estipulados, a multa aplicável é a prevista na alínea “d” do inciso XV, portanto, caso houvesse o cometimento da infração a multa seria de R\$ 460,00.

Prosseguindo, diz que a autuante também esta confusa quanto à possível irregularidade cometida, pois existem as seguintes suposições, conforme o texto contido no Auto de Infração:

1. Falta de Apresentação do Livro de Inventário.

Afirma que a autuante não constou no Auto de Infração qual foi o exercício do livro Registro de Inventário que deixou de apresentar.

Salienta que pela descrição aposta no Auto de Infração, quando coloca como data do fato gerador o dia 31/12/2006, dá a entender que a penalidade aplicada refere-se à falta de apresentação do livro Registro de Inventário com o estoque de 31/12/2006. Acrescenta que tanto é assim que, ao calcular o valor da multa apontada utiliza como base de cálculo o valor das entradas do exercício de 2006.

Reafirma que a infração não existe, pois apresentou à fiscalização o livro Registro de Inventário de 2006, conforme consta deste processo e a autuante após visto em todas as páginas.

Frisa que a autuante também descreveu “*Falta de Informação dos dados constantes no Livro de Inventário nos Arquivos Magnéticos entregues à Secretaria da Fazenda*”, porém, não descreve no Auto de Infração qual foi o período em que não informou os dados nos Arquivos Magnéticos, caracterizando este fato cerceamento de defesa.

Diz que pela descrição aposta no Auto de Infração, quando coloca como data do fato gerador o dia 31/12/2006, poderia dar a entender que a penalidade aplicada refere-se à falta de informação dos dados do Inventário de 31/12/2006 no Arquivo Magnético referente ao mês de dezembro de 2006 que enviou à Secretaria da Fazenda.

Assevera que tal infração não existe, pois apresentou os dados constantes no livro Registro de Inventário de 31/12/2006 no Arquivo Magnético referente ao período de 01/12/2006 a 31/12/2006 e repetiu esta apresentação no Arquivo Magnético referente ao período de 01/01/2007 a 31/01/2007.

Cita e transcreve o art. 686, inciso V, § 6º do RICMS/BA, com a redação vigente no período de 15/02/2005 a 18/12/2007, para afirmar que apresentou os arquivos magnéticos referente ao mês de dezembro de 2006 com os dados referentes ao registro 74 (estoque final) e repetiu esta informação no arquivo referente ao mês de janeiro de 2007(estoque inicial), portanto, não havendo infração referente a estes períodos.

Destaca que na informação fiscal a autuante surge com fato novo, alegando que não apresentou o livro Registro de Inventário de 2005, contudo, no Auto de Infração a autuante não cita que a multa imposta é pela falta de apresentação do livro Registro de Inventário de 2005.

Ressalta que em nenhum momento houve intimação específica para apresentação do livro Registro de Inventário de 2005, e mesmo que fosse, ainda assim, se a infração cometida fosse referente ao exercício de 2005, e a autuante quisesse a seu bel prazer aplicar a multa de que se refere o art. 915, XII, a base de cálculo seria o valor das entradas do exercício de 2005 e não o valor das entradas de 2006, como consta do Auto de Infração. Frisa que a fiscalização se restringia aos exercícios de 2006 e 2007.

Sustenta que não houve por parte da autuante, intimação específica conforme determina o § 3º do Art. 708-B e, conseqüentemente, não foi concedido o prazo determinado pelo § 5º do art. 708-B para apresentação de Arquivos Magnéticos com as devidas correções referentes ao mês de dezembro de 2005 com os dados constantes do livro Registro de Inventário de 2005, a título de estoque final (Registro 74).

Alega, também, que não houve intimação específica por parte do Fisco, conforme determina o § 3º art. 708-B e, conseqüentemente, não foi concedido o prazo determinado pelo § 5º do art. 708-B para apresentação de Arquivos Magnéticos com as devidas correções referente ao mês de janeiro de 2006 com os dados constantes do livro Registro de Inventário de 2005, a título de estoque inicial (Registro 74).

Salienta que a falta de apresentação dos dados do inventário de 31/12/2005 nos arquivos magnéticos do mês de dezembro de 2005 e de janeiro de 2006, estaria sujeita a aplicação de multa prevista no art. 915, ou seja, 1% (um por cento) sobre o valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e saída e das prestações de serviços tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação ou em condições que impossibilitem a sua leitura.

Diz que como as saídas efetuadas no mês de dezembro de 2005 foram no valor de R\$250.155,46, a multa a ser aplicada seria de R\$ 2.501,55 e como as saídas efetuadas no mês de janeiro de 2006 foram no valor de R\$ 119.784,08 a multa a ser aplicada seria de R\$1.197,84.

Observa que não pode a autuante na sua 2ª Informação fiscal modificar o teor do Auto de infração com nova infração, pelo motivo de fatos geradores ocorridos em dezembro de 2005, a esta altura estar sob o instituto da decadência, por já ter ocorrido o prazo de mais de 5 anos, conforme determina a legislação vigente.

Afirma que a única multa a ser aplicada seria a de 1% sobre as saídas do mês de janeiro de 2006, caso a autuante tivesse emitido intimação fiscal específica para correção de inconsistências verificadas em arquivos magnéticos e esta intimação deveria ser acompanhada da Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, conforme prevê o § 3º do art.708-B do RICMS/BA.

Aduz que a autuante não se refere a este fato no Auto de Infração, razão pela qual manifesta o entendimento de que deve esta JJF julgar nulo o procedimento fiscal e não deve ser aplicada à multa citada acima por não ter esta Junta de Julgamento poderes para mudar o fulcro da infração.

Diz que fica demonstrada a falta de comprovação cabal da base de cálculo utilizada para fins de aplicação da multa constituída pela autuante.

Conclui requerendo que as infrações 1 e 2 sejam julgadas improcedentes, as infrações 3, 4 e 5 procedentes em parte e a infração 06 nula.

A autuante se pronunciou (fl. 1.387), salientando que as alegações defensivas foram tratadas na informação fiscal de fls.1.344 a 1.353, em cumprimento à diligência solicitada por esta 1ª JF.

VOTO

Inicialmente, cabe-me apreciar o presente lançamento de ofício sob o aspecto formal, no intuito de verificar se assiste razão ou não ao impugnante sobre as preliminares de nulidade suscitadas.

Na verdade, no que tange aos princípios que norteiam o processo administrativo fiscal, especialmente os invocados pelo autuado, no caso, da legalidade; da verdade material; da inquisitorialidade; da tipicidade cerrada; constato que assiste-lhe razão no que tange às infrações 2 e 6, haja vista que estão inquinadas de nulidade, conforme previsto no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Isto porque, no que tange à infração 2 - *Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização* – verifico que a própria autuante diz que *ocorreram infrações para o recolhimento a menos e para a falta do pagamento do ICMS referente à Antecipação parcial nos valores de R\$ 2.888,15 e de R\$ 12.945,12, respectivamente, nos meses de julho e dezembro de 2007 e constantes no Demonstrativo de Apuração do ICMS Antecipação Parcial Recolhido, fls. 51 a 61.*

Noto, ainda, que a autuante ao prestar a informação fiscal consignou que *“reconhece de livre e espontânea autonomia que houve equívoco na tipificação e no enquadramento para a Infração 02 – 07.15.01 no momento original da lavratura do Auto de Infração”*.

Disse ainda que estava aproveitando a oportunidade da diligência para solicitar aos membros da 1ª JF, bem como ao autuado, a compreensão e consideração da iniciativa pessoal para tratar o equívoco promovido.

Dirigiu-se ao autuado solicitando que este desconsiderasse o reconhecimento dado em primeiro plano ao alegado na defesa quanto a não previsão de exigência do ICMS devido por Antecipação parcial no valor de R\$ 2.888,15, por ocasião da Informação Fiscal.

Reportou-se à 1ª JF, pedindo autorização para considerar em dois momentos a Infração 02, com os seguintes textos:

“Infração 02.a - 07.15.02 - Recolheu a menor a Antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização, no valor de R\$ 2.883,15:

Art. 42 do RICMS: Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

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.”

Enquadramento: Artigo 61, inciso IX; artigo 125, inciso II, parágrafos 7º e 8º e artigo 352-A do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97.

Multa aplicada: Art. 42, inciso II, alínea “f” da lei 7.014,96.

“Infração 02.b - 07.15.05 - Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por Antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades de Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registra na escrita fiscal, no valor de R\$ 12.945,12.

Art. 42 do RICMS. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

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

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

Enquadramento: Art. 61, inciso IX, art. 125, inciso II, parágrafos 7º e 8º e Artigo 352-A do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97.

Multa aplicada: Artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96.

Apesar de compreender o esforço da autuante no intuito de corrigir os equívocos existentes neste item da autuação, inclusive se dirigindo ao autuado e a esta Junta de Julgamento, é certo que no lançamento tributário a descrição do fato e sua capitulação legal têm que estar em conformidade com o fato real e com o direito aplicável, para sua validação.

No caso desta infração a acusação fiscal descrita no Auto de Infração, diz respeito à *falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial*, enquanto verdadeiramente são duas as matérias fáticas. A primeira, referente a *recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial*. A segunda, referente à *aplicação de multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades de Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registrada na escrita fiscal*, conforme a pretendida correção apresentada pela autuante.

Indubitavelmente, a autuação foi feita de modo equivocado, não sendo possível dar continuidade à lide, conforme pretendido pela autuante, por implicar mudança do fulcro da imputação e, consequentemente, ferir os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Diante disto, a infração 2 é nula.

Recomendo a autoridade competente analisar a possibilidade de renovação dos atos, a salvo de falhas, conforme o art. 21 do RPAF/99.

No respeitante à infração 6, observo que a acusação fiscal diz respeito ao exercício de 2005, contudo, constato que o contribuinte não fora intimado regularmente para apresentação do livro Registro de Inventário de 2005.

Noto que assiste razão ao impugnante quando sustenta que *“em nenhum momento houve intimação específica para apresentação do livro Registro de Inventário de 2005”*.

Ora, não tendo sido o contribuinte regularmente intimado para apresentação do livro Registro de Inventário de 2005, resta evidente que não estava obrigado a cumprir tal obrigação e, consequente, não poderia ter incorrido na infração apontada neste item da autuação, razão pela qual é nulo o procedimento, por inobservância do devido processo legal.

Desta forma, a infração 6 é nula.

Quanto às demais arguições de nulidade suscitadas pelo autuado, verifico que foram observadas as disposições do RPAF/99 na lavratura do Auto de Infração, especialmente o seu artigo 39, sendo a descrição dos fatos no Auto de Infração apresentadas com clareza e precisão, inexistindo qualquer dúvida quanto as irregularidades apontadas. Não houve qualquer prejuízo ao direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte que, inclusive, rechaçou a autuação em todos os seus itens.

Ademais, a diligência solicitada por esta 1ª JJF, no intuito de que fosse entregue ao autuado os demonstrativos e demais elementos elaborados pela autuante, inclusive com a reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, afastou qualquer possibilidade de cerceamento do direito de ampla defesa, portanto, incorrendo quaisquer das hipóteses de nulidade do lançamento previstas no art. 18 do RPAF/99.

No mérito, com relação à infração 1, verifico que a acusação fiscal de recolhimento a menos do imposto em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, diz respeito à aplicação do benefício previsto pelo Decreto nº 7.799/00.

Ocorre que, conforme comprovado pelo autuado com apresentação de elementos hábeis de prova inexistiu a irregularidade apontada neste item da autuação. Relevante consignar que a própria

autuante após confrontar os dados fornecidos pelo autuado nos arquivos magnéticos com os registros nos livros fiscais, reconheceu não ter havido recolhimento a menos do ICMS.

Assim sendo, esta infração é integralmente insubsistente.

No que tange à infração 3, verifico que foi apurada mediante levantamento quantitativo de estoques de mercadorias, tendo sido detectada omissão tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, conforme previsto no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

Constato que o autuado comprova parcialmente a improcedência da presunção, ao apresentar elementos que comprovam a existência de equívocos no levantamento levado a efeito pela autuante.

Noto, também, que a autuante acatou corretamente os argumentos defensivos, realizando correções e ajustes no levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, apurando omissão de entradas de mercadorias tributáveis maior que a omissão de saídas, conforme demonstrativo de fls. 815 a 828, passando o ICMS devido para o valor de R\$ 33.387,43.

Vale observar que o autuado ao se manifestar sobre o resultado apresentado pela autuante na forma aduzida, reconheceu o valor do débito apontado.

Desta forma, considerando que as correções e ajustes do levantamento realizado pela própria autuante, apontaram o valor efetivamente devido pelo autuado de R\$ 33.387,43, conforme demonstrativo de fls. 829 a 833, esta infração é parcialmente subsistente.

No que concerne à infração 4, observo que diz respeito à falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária.

Verifico que a exemplo do que fizera na infração anterior, a autuante corretamente acatou as alegações defensivas, efetuando as correções e ajustes do levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, conforme demonstrativo de fls. 829 a 833, passando o ICMS devido para o valor de R\$ 6.259,22, valor este reconhecido como devido pelo autuado.

Diante disto, a infração 4 é parcialmente subsistente.

Quanto à infração 5, observo que está atrelada à infração 04, haja vista que constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, além de exigir-se o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, na condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, deve-se exigir também o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo.

Desta forma, com as correções e ajustes realizados acertadamente pela autuante, o valor do ICMS devido passa para R\$ 2.476,06, conforme demonstrativos de fls. 834 a 838.

Assim sendo, a infração 5 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 2.476,06.

Diante do exposto, a infração 1 é insubsistente, as infrações 2 e 6 são nulas e as infrações 3, 4 e 5, parcialmente subsistentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 295898.0056/10-1, lavrado contra

PL MENDONÇA COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$42.122,71**, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.476,06 e de 70% sobre R\$ 39.646,65, previstas no artigo 42, II, “d”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de novembro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - JULGADOR