

PROCESSO - A. I. Nº 276890.0013/10-3
RECORRENTE - VITÓRIA ALIMENTOS DISTRIBUIDORA LTDA. (LEOPARD DISTRIBUIDORA E SERVIÇO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JF nº 0093-01/11
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 28/03/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0085-11/12

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES INTERNAS. DECRETO Nº 7.799/00. SAÍDAS PARA CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS NO CADASTRO ESTADUAL OU EM SITUAÇÃO IRREGULAR. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infrações nulas. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. VALOR DAS SAÍDAS SUPERIOR AO DAS ENTRADAS. Detectando-se omissão tanto de entradas como de saídas, deve ser exigido o ICMS correspondente à diferença de maior expressão monetária. No caso, deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Acolhidas as preliminares de nulidade quanto às infrações 1, 2 e 3. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão em referência que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 15/09/2010 para exigir ICMS no valor de R\$71.477,25, por imputar o cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – recolheu a menos o ICMS, em decorrência de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de agosto a dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008 e janeiro a dezembro de 2009, exigindo o imposto no valor de R\$42.235,35, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere à venda de mercadorias para não contribuintes, utilizando a redução da base de cálculo do Decreto 7.799/2000;

INFRAÇÃO 2 – recolheu a menos o ICMS, em decorrência de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de agosto a dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008 e janeiro a novembro de 2009, exigindo o imposto no valor de R\$5.609,97, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte reduziu indevidamente a base de cálculo, prevista no Decreto 7.799/2000, nas vendas de mercadorias para contribuintes inaptos;

INFRAÇÃO 3 – deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de agosto a dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008 e janeiro a novembro de 2009, exigindo o imposto no valor de R\$2.998,86, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte deixou de proceder à retenção do ICMS nas vendas de mercadorias para contribuintes inaptos;

INFRAÇÃO 4 – deixou de recolher o ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis –, nos exercícios de 2008 e 2009, exigindo o imposto no valor de R\$20.633,07, acrescido da multa de 70%.

A Primeira Instância deste CONSEF decidiu a lide administrativa assim fundamentando o julgado:

“Saliento que o processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais, estando determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza das infrações apuradas, que se encontram fundamentadas em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam a autuação. Ademais, o Auto de Infração segue estritamente as determinações previstas nos dispositivos constantes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, não ensejando em qualquer violação aos princípios que regem o processo administrativo fiscal.

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, argumentando que tivera o seu direito de defesa cerceado, primeiro porque não lhe teriam sido entregues todas as provas materiais relativas às infrações apuradas pela Fiscalização. Quanto a este ponto, ressalto que em todos os demonstrativos elaborados pela Fiscalização consta a assinatura do preposto do autuado, atestando o seu recebimento, o que ocorreu, de igual modo, com o arquivo gravado em meio magnético (CD), contendo todos os levantamentos fiscais (fls. 81/82). No que concerne às notas fiscais e aos livros fiscais que serviram de base para apuração dos valores exigidos por meio das quatro infrações, saliento que tais elementos de prova pertencem ao próprio sujeito passivo, não fazendo nenhum sentido a sua alegação de que não os recebera. Por outro lado, em todos os demonstrativos se encontram apontados os dados que identificam os documentos fiscais utilizados pelo autuante durante a ação fiscal, o que possibilitou ao contribuinte analisar cada uma das imputações.

No que se refere à afirmação do impugnante de que desconhecia os dados relativos à irregularidade cadastral ou à falta de inscrição estadual dos seus clientes, observo que, conforme bem salientou o autuante, no caso dos contribuintes que se encontram com suas inscrições inaptas no cadastro estadual, a Secretaria da Fazenda divulga, por meio de edital publicado no Diário Oficial do Estado, a inaptidão dos contribuintes, além de disponibilizar tais informações em sua página na Internet. Ademais, em conformidade com o disposto no art. 142, inciso I do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, o autuado está obrigado a exigir dos outros contribuintes, nas operações que com eles realizar, a comprovação de sua regularidade cadastral, por meio da exibição do Documento de Identificação Eletrônico (DIE), estando aí incluídos aqueles não cadastrados.

Quanto à alegação voltada para as infrações 01 e 02, de que o autuante não teria indicado em qual das modificações do Decreto nº. 7.799/2000 a autuação teria se baseado, uma vez que essa norma sofrera algumas alterações ao longo do tempo, friso que a redação atual do art. 1º desse Decreto, que estabelece as condições para fruição do benefício da redução da base de cálculo objeto das duas exigências fiscais, encontra-se em vigor desde 01/01/2003, enquanto que o período compreendido pela autuação se estende de agosto de 2007 a dezembro de 2009, de modo que não tem nenhuma pertinência o quanto dito pela defesa.

Outra sugestão de nulidade que não posso acatar, desta vez quanto à infração 03, se referiu à afirmação de que no demonstrativo de débito não consta a dedução do valor pago pelo autuado, na forma normal. Analisando o respectivo demonstrativo, verifico que o autuante indicou os valores das mercadorias vendidas, sobre os quais aplicou a margem de valor adicionado (MVA) correspondente e calculou o imposto devido por antecipação, após deduzir o valor do imposto normal destacado em cada nota fiscal pelo contribuinte, o que afasta a alegação defensiva.

Não têm sustentação, também, as alegações de nulidade específicas relativas à infração 04. Primeiro, porque, conforme dito acima, como todas as notas fiscais arroladas na autuação foram devidamente informadas ao contribuinte através dos respectivos demonstrativos, não tem pertinência a afirmação de que o autuado não teve condições de verificar se os valores apurados nas três primeiras infrações estariam ou não contidos, também, na infração 04. Em segundo lugar, a sugerida dubiedade na acusação não se sustenta, haja vista que a descrição da infração está perfeita, não dando margens a quaisquer dificuldades no seu entendimento, tendo sido dito que ocorrera a apuração de omissões de saídas e de entradas de mercadorias, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, o das saídas tributáveis. Além disso, essa redação encontra-se na forma prevista no art. 60, inciso II, alínea “a” e em seu § 1º do RICMS/BA.

Quanto ao pedido de realização de diligência, o indefiro, tendo em vista que os elementos constantes dos autos são suficientes para a formação da minha convicção e Decisão da lide, a teor do disposto no art. 147 do RPAF/BA.

Observo que o Auto de Infração é composto por quatro imputações, todas impugnadas pelo contribuinte. No que se refere às infrações 01 e 02, vejo que corresponderam ao recolhimento a menos do ICMS, motivado pelo fato de o contribuinte ter utilizado a redução da base de cálculo prevista no art. 1º do Decreto nº. 7.799/2000 de forma indevida, sendo que no primeiro caso se referiu a saídas para não contribuintes do imposto, enquanto que no segundo tratou de vendas para contribuintes inaptos no cadastro estadual.

Verifico que o autuado pautou a sua impugnação, alegando que recolhera o tributo de forma correta, que não poderia ser responsabilizado pela possível irregularidade cadastral de seus clientes e solicitando a realização de diligência. Após analisar os demonstrativos elaborados pela Fiscalização, constato que os cálculos estão claramente apontados, onde estão indicados os valores corretos que deveriam ter sido destacados nas notas fiscais de saída emitidas pelo autuado, sendo que de tais valores foram deduzidas as importâncias destacadas nos documentos, com uso indevido da redução da base de cálculo. Assim, como restaram devidamente comprovadas, as infrações 01 e 02 ficam mantidas em sua inteireza.

Na infração 03 foi exigido o imposto que deixou de ser retido pelo autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no que se refere às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes que se encontravam em situação irregular no cadastro estadual. Ao se insurgir contra este lançamento, o defendente repetiu que não devia nenhum valor pelas operações realizadas, pois entendia que pelo fato de os adquirentes das mercadorias se encontrarem inaptos não cabia a retenção do imposto por antecipação, além de pleitear a realização de diligência.

Tendo em vista que a infração encontra-se plenamente caracterizada, estando os valores apurados devidamente indicados nos respectivos demonstrativos, nos quais constatei que o autuante apontou, de forma correta, os valores concernentes à antecipação tributária, após deduzir os valores concernentes ao tributo destacado em cada uma das notas fiscais arroladas no levantamento, mantenho a infração 03 na íntegra.

Por último, a infração 04 decorreu do resultado apurado por meio de levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados (2008 e 2009), quando foram verificadas tanto omissões de entradas como de saídas de mercadorias normalmente tributáveis. Em sua impugnação o autuado sustentou que o lançamento era improcedente, afirmando que sempre escriturara seus inventários de forma correta, tendo anexado ao processo os livros Registro de Inventário correspondentes aos exercícios fiscalizados, e afirmou que tendo em vista que recolhia os impostos quando das saídas das mercadorias, não poderia ter sido apurada omissão de entradas. Salientou, ainda, que a autuação indicava que ficara prejudicado, por não ter se creditado do ICMS relativo à compra das mercadorias.

Conforme já salientei ao me pronunciar a respeito das nulidades suscitadas, os resultados apurados por meio desta infração encontram-se indicados de forma totalmente correta na peça inicial, tendo em vista que estando as mercadorias subordinadas ao regime normal de apuração do ICMS e tendo sido apurados os dois tipos de omissão, foi exigido o valor do imposto correspondente ao montante referente à omissão que representou o maior valor monetário, que no presente caso se referiu às omissões de saídas.

Considerando que nos demonstrativos correspondentes foram indicadas todas as variáveis que devem ser consideradas nesse roteiro de auditoria, isto é, estoque inicial, entradas e saídas com notas fiscais, estoque final e as omissões de entradas e de saídas verificadas, além de terem sido devidamente apuradas as bases de cálculo e os valores do imposto, concluo pela manutenção integral da exigência fiscal consubstanciada nessa infração.

Tendo em vista que os originais dos livros Registro de Inventário se encontram anexadas às fls. 98 a 129, após o processo ter tramitado em julgado na esfera administrativa, devem ser desentranhados dos autos e entregues os originais ao autuado, mediante recibo, sendo substituídos no processo por suas cópias reprográficas.

Diante de todo o exposto, voto pela procedência do Auto de Infração.

Insurgindo-se contra os termos do julgado de piso, o sujeito passivo apresenta súplica recursal às fls. 155/164, arguindo, de início, a tempestividade do apelo, para em seguida invocar a nulidade por ausência de documentação indispensável consistente no Termo de Início Fiscalização, por ser requisito inerente à lavratura do Auto de Infração, passando a transcrever o art. 28 do RPAF, para afirmar que o seu § 1º determina de forma inconteste que a fiscalização deve findar dentro do prazo máximo de 90 dias após a lavratura do referido termo, e que, por não ter constado, lhe impossibilitou de exercer a espontaneidade, e que isso também causa incerteza e prejuízo, inclusive ao julgador que fica sem condições de constatar se a ação fiscal foi precedida das formalidades legais, tendo transcrito o § 4º e seu inciso I, concluindo que a presença desse termo não pode ser suprimida.

Passou a transcrever o art. 29 e seu inciso I e II, acrescentando que no caso presente como não se trata de qualquer daquelas hipóteses que é dispensada a lavratura do termo, se conclui que a presença respectiva é fundamental, afirmando se configurar a hipótese do art. 18 do RPAF.

Discorrendo sobre a infração 1, alega que o preposto fiscal se valeu do Decreto nº 6284/97 e 7799/2000, mas que esta norma que trata especificamente do benefício da redução da base de cálculo sob determinadas condições, sofreu diversas alterações desde a sua edição, não tendo o fisco especificado em qual das modalidades posteriores estaria fundamentando a autuação, e que uma dessas alterações estendia a possibilidade do benefício quando contribuintes vendessem seus produtos para contribuintes não inscritos.

Aduz que o Relator afirmou que o art. 1º do referido Decreto nº 7799/2000 não foi alterada, e que não é lícito ao autuante não fundamentar corretamente a base legal ao proceder ao lançamento fiscal, o que disse ser sua obrigação, e que a bem da verdade, o gozo dos benefícios mesmo quando das vendas de mercadorias para não inscritos que é inaplicável a si mesma, mas que fez tal menção com o intuito de demonstrar que desconhecia qual o decreto que teria sido infringido e que essa falta de amparo legal preciso conduz à nulidade do Auto de Infração.

Destaca que o mesmo se pode afirmar quanto à infração 2, e que outro fato provoca a nulidade da autuação, eis que o preposto fiscal afirmou que havia venda para contribuintes inaptos, cuja alegação disse ser desprovida da prova correlata, a repercutir em cerceio de defesa. Aduz que no voto foi afirmado que poderia ele, sujeito passivo, ter exigido dos seus clientes a apresentação do DIE, mas que tal exigência é incompatível com a atual velocidade dos negócios, o que disse ser tarefa das mais difíceis e mesmo que exigida fosse não teria como conceder ao cliente a condição vitalícia de regularidade fiscal, pois o cliente contribuinte pode estar irregular num período e após regularizar sua pendência e assim sendo como garantir que as operações glosadas pelo autuante eram de clientes totalmente inaptos, indagou. E prosseguiu transcrevendo o art. 28 e seu § 4º e seu inciso II, afirmando, seguidamente, que tal disposição é clara no sentido de que o Auto de Infração deve conter as provas necessárias sobre o que está sendo imputado e que no caso em exame prova não há de que houve a venda por si a contribuintes inaptos, a implicar na nulidade da autuação.

Nesse contexto, se refere à infração 3 alegando que o entendimento esposado linhas acima a ela se aplica, posto que não há prova de inaptidão dos contribuintes, e a partir de quando estes teriam se tornado inaptos, a provocar o cerceamento do direito de defesa por não ter como se defender da acusação, na qual não consta demonstrado com objetividade o que está sendo cobrado, e que no demonstrativo de débito não consta o abatimento do valor pago na forma normal, e que por isso, a inconsistência acerca da base de cálculo do imposto presumivelmente devido resulta na nulidade do lançamento de ofício, à luz do que prescreve os incisos II, III e IV do art. 18 do RPAF.

Adentra a exposição sobre a infração 4 para dizer que a acusação é completamente dúbia, de ter sido constatada a falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais, e sem a escrituração decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas, e que como se pode verificar, a acusação é por falta de escrituração de notas fiscais de entradas apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque.

Afirma, em acréscimo, que a acusação está ofuscada, pois os valores cobrados não são passíveis de cobrança por não guardarem qualquer relação com as omissões de entradas, cuja exigência advém de uma presunção, daí que essa a irregularidade apontada não restou devidamente esclarecida, a tornar nulo o Auto de Infração a teor do art. 18, do RPAF.

Enfoca que, a par desses aspectos, outro a de ser arguido, e assim conclui que os períodos fiscalizados abrangem os exercícios de 2007 a 2009, e que a quarta infração, a do levantamento, abrange os anos de 2008 e 2009, alegando que houve falha na elaboração do levantamento quantitativo de estoque, no qual não consta informações imprescindíveis, de que os itens 1, 2 e 3 não fizeram parte do item 4 por terem sido os mesmos os períodos alcançados, o que causou prejuízo à defesa por não lhe ser possível verificar se o quanto contido nos três primeiros itens não estão também contidos no item 4.

E explica: se lhe foi cobrado ICMS por redução indevida quando das saídas, significa dizer que as notas fiscais de saídas foram emitidas e se assim é não teria que se cogitar em cobrança de ICMS por omissão de entrada de mercadoria por falta de registro, por ter esse tributo sido pago quando da saída, sendo, por consequência, nulo o Auto de Infração.

Feita esta exposição em derredor das nulidades, no mérito, alegou quanto à infração 1 que nada deve e que as vendas estão revestidas das formalidades legais incluindo o Decreto nº 7799/2000, afirmando que somente uma diligência por fiscal estranho ao feito, a ser realizada in loco, teria como constatar a improcedência das acusações.

Rebate a infração 2 alegando que recolheu de forma correta o ICMS, não tendo utilizado indevidamente do referido decreto, já que as vendas foram para contribuintes do Estado da Bahia, e que a possível inaptidão não pode lhe ser debitada por não ter se valido indevidamente de benefício algum, requerendo a realização de diligência.

A seguir, passa a rechaçar a infração 2 que disse não poder prosperar por nada dever ao erário estadual, eis que vendeu produtos a contribuintes do ICMS e se não fez a retenção é porque não tinha essa obrigação legal e que por estarem aqueles inaptos não os torna compradores que deveriam receber mercadorias com retenção do imposto, cujo pagamento foi efetivado corretamente, pugnando pelo deferimento de diligência.

Posiciona-se contrariando a infração 4, alegando que o levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado é improcedente visto que sempre escriturou de forma correta seus inventários, remetendo tempestivamente ao fisco sempre que solicitado.

Conclui que é evidente que recolheu o ICMS quando das saídas das mercadorias, pois, caso contrário, não teria sido constatada a omissão de entrada e que se isto ocorreu por lapso do contribuinte, ainda teve de arcar com o prejuízo de não ter se creditado do ICMS quando da compra dos produtos listados.

Por fim, pugna pela decretação de nulidade do Auto de Infração e que se for decidido diversamente, que no mérito seja julgado pela sua improcedência.

A PGE/PROFIS às fls. 170/171 emitiu Parecer pelo Não Provimento do Recurso Voluntário sob o argumento de que a arguição de nulidade deve ser repelida considerando o teor do art. 26 do RPAF que prevê o início do procedimento fiscal também quando da intimação por escrito do contribuinte, seu preposto ou responsável para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização, o que ocorreu em 09/07/2010 (fl. 10).

Pontua que o PAF está revestido das formalidades legais e que a alegação de ter cerceio de defesa porque não constamos motivos para ter sido considerada a irregularidade na redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7799/00, já que a redação deste é a mesma desde 2003 e que como os exercícios fiscalizados são de 2007 a 2009, o autuante não tinha o porque esclarecer qual o decreto que se lastreava, além do que em cada item do lançamento de ofício consta informação da razão de ter sido considerada como incorreta a redução da base de cálculo, idem quanto às planilhas que acompanham cada infração.

Aclara que o levantamento quantitativo foi realizado sob o amparo da legislação regente, tendo sido apuradas as diferenças tanto na saída como na entrada, e que resultou na cobrança pelo valor de maior expressão monetária- saídas, as quais referem-se às entradas não escrituradas anteriormente, e em nada guardando relação com as reduções indevidas da base de cálculo, objeto das infrações anteriores.

Repele a alegação de que o fato de ter ocorrido falha na escrituração fiscal, não equivaleria a falta de recolhimento do imposto, pois a mercadoria que teria sido tributada na saída, haja vista que a diferença encontrada decorre do levantamento quantitativo a indicar omissão na saída, e que houve, portanto, saídas não tributadas, a despeito do RICMS impor aos contribuintes o dever de exigir a prova dos adquirentes da respectiva regularidade fiscal em toda e qualquer operação,

especialmente nas operações abrigadas no Decreto nº 7799/00, cujo art. 1º dispõe que o benefício será aplicado nas saídas internas de estabelecimentos inscritos no CAD-ICMS, transcrevendo o art. 181, obrigação esta que o recorrente desobedeceu.

Finda opinando pelo Improvimento do apelo.

VOTO

Analizados os autos, de início, enfrentando a nulidade arguida pela ausência do Termo de Início de Fiscalização, posiciono-me pela rejeição ante a expressa e inequívoca disposição do art. 26 do RPAF que prevê outras formas para iniciar o procedimento fiscal, entre elas, a intimação por escrito do contribuinte para exibição de documento fiscal, base legal esta que me leva a rechaçar essa preliminar.

Verifico que, além desta, outra hipótese de nulidade foi manifestada pelo sujeito passivo, de ausência no Auto de Infração quanto à descrição dos fatos que culminaram na autuação, e seus fundamentos legais, e de que há falta de segurança jurídica por não ter sido esclarecido pelo autuante qual a modificação do Decreto nº 7799/00 que teria embasado a autuação. Rejeito a preliminar e o faço pelo fundamento de que o dito decreto se manteve inalterado desde 2003, e os períodos autuados serem posteriores, de 2007 a 2009, em cujo lapso temporal não houve qualquer alteração, sendo certo que existe dispositivo expresso no bojo do dito decreto, no seu art. 1º, a atrelar a concessão do benefício da redução da base de cálculo nas operações internas de estabelecimentos inscritos no CAD-ICMS, dispositivo que por si respalda a acusação do ilícito tributário.

Ocorre, entretanto, que, como arguido ainda em preliminar, a empresa foi autuada por vender produtos a contribuintes inaptos e a contribuintes não inscritos, e como asseverado pelo recorrente, a imputação encontra-se desprovida da prova correlata, não bastando a simples afirmativa pela fiscalização, que não pode por si mesma prevalecer. Exige-se a prova !

Compulsados os autos, infiro, pois, que razão tem o recorrente de invocar tal nulidade diante dessa omissão, pelo fisco, da comprovação documental quanto à acusação ali contida. Efetivamente, nos autos consta a auditoria em documentos e lançamentos, com menção das notas fiscais relativas às vendas para contribuintes com inscrição cancelada (fls. 15/19); auditoria da substituição e antecipação tributária com falta de retenção nas operações com contribuintes inaptos (20/24 e 43/49); demonstrativo das vendas efetuadas para não contribuintes utilizando a redução da base de cálculo (fl. 25/37). E só!

Logo, como se depreende com clareza solar, a fiscalização não instruiu a peça de acusação fiscal com documentação completa e eficiente, na qual deveriam constar documentos que comprovassem identificando quais as operações envolvendo não contribuintes do ICMS (infração 1) e quais seriam estes, bem como não identificou quais seriam os inaptos no CAD-ICMS-BA (infrações 2 e 3), e os respectivos atos procedimentais desenvolvidos no âmbito da Inspeção que culminaram na declaração de inaptidão, como intimação do contribuinte e edital correspondente, a fim de comprovar como e quando foi declarada a inaptidão. E no que toca aos contribuintes não inscritos, não foram acostados os documentos fiscais que embasaram a autuação para que se pudesse verificar a existência dos elementos caracterizadores da condição de contribuintes, apesar de não inscritos, quais sejam, volume e habitualidade nas aquisições.

Como visto, o preposto fiscal se limitou a declarar que assim era sem, contudo, instruir o lançamento de ofício com a documentação comprobatória, a tornar insustentável imputação de ilícito tributário sem a prova correlata no Auto de Infração, que deve conter completa instrução, friso, esta que somente se viabiliza com a juntada dos documentos que comprovam a acusação fiscal.

E, como nos autos provas não há, a prejudicar o sujeito passivo também por não lhe prover elementos suficientes para o exercício do contraditório e da ampla defesa, acolho a preliminar de

nulidade, a teor do art. 18 do RPAF-BA, por ausência de provas da inaptidão dos contribuintes e da condição de contribuintes não inscritos, vício que está por contaminar as três primeiras acusações acima relatadas.

No tocante à quarta, que trata de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria nos exercícios de 2008 e 2009, manifestou-se o recorrente de que a autuação estaria dúbia por conter valores não passíveis de cobrança e que por isso é nula, tendo o recorrente juntado ao PAF os Livros de Inventário de Mercadorias visando a comprovar as suas alegações.

Observo, nesse contexto, que o enfrentamento dessa preliminar adentra o próprio mérito da exigência fiscal, esta que constato ser procedente, como está pormenorizadamente computado na auditoria de estoques de fls. 66/80, a confirmar a omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem a emissão da documentação fiscal e sem a escrituração respectiva, sendo certo que foi considerado para esse cômputo, acertadamente, o maior valor monetário que é o das saídas tributáveis.

Logo, não subsiste a alegação de que houve falha na escrituração fiscal sem repercutir na falta de recolhimento do ICMS, e de que, por ter havido o recolhimento do tributo quando da saída das mercadorias, não poderia ter sido apurada omissão de entrada, e assim repilo, uma vez que ficou comprovado mediante minucioso levantamento quantitativo levado a efeito pelo fisco, no qual foi apurado o estoque inicial, entradas e saídas, base de cálculo e valor do ICMS correspondentes, constatando-se que, efetivamente, existem diferenças relativas às omissões de saída, a configurar a pertinência da exigência tributária.

Registro que, quanto às três infrações declaradas nulas, a fiscalização deve renovar a ação fiscal atentando para o prazo decadencial.

Do exposto, voto pela nulidade das infrações 1, 2 e 3 e pela procedência da infração 4, julgando pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **276890.0013/10-3**, lavrado contra **VITÓRIA ALIMENTOS DISTRIBUIDORA LTDA. (LEOPARD DISTRIBUIDORA E SERVIÇO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$20.633,07**, acrescido da multa de 70%, prevista no inciso III, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS