

PROCESSO - A. I. N° 108880.0005/05-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e VINÍCOLA SANTA ROSA LTDA.
RECORRIDOS - VINÍCOLA SANTA ROSA LTDA e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0409-01/05
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET - 18/06/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0108-12/12

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS. RECONSTITUIÇÃO DA CONTA CORRENTE FISCAL. Exigências 1 e 5 parcialmente subsistentes, após considerações das provas trazidas pelo defendant. Modificada a Decisão recorrida. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Acusação parcialmente elidida. Modificada a Decisão recorrida. 3. ALÍQUOTA. FUNDO ESTADUAL DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. ACRÉSCIMO DE DOIS PONTOS PERCENTUAIS. FALTA DE INCLUSÃO E PAGAMENTO A MENOS. Mantida parcialmente as exigências relacionadas às infrações 3, 4 e 6. 4. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTINS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Reduzido o valor do débito, após considerações das provas trazidas aos autos. Mantida a Decisão recorrida. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Empréstimo com garantia de alienação fiduciária não é fato motivador da não exigência do imposto por diferença de alíquota nas aquisições interestaduais. Reformada a Decisão de 1º Grau para manter o valor original do ICMS. Infração caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. 6. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS. O autuado elide parte da acusação fiscal. Modificada a Decisão recorrida. b) IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Infração parcialmente mantida. Rejeitadas as preliminares de nulidade arguidas. Indeferidos os pedidos de diligência e de perícia. Recursos PARCIALMENTE PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0409-01/05, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito lhe imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte que inconformado com a referida Decisão apresenta peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 22/06/2005, exige ICMS no valor de R\$798.246,23, além da multa no valor de R\$140,00. As infrações motivadoras do Recurso Voluntário e de Ofício são as seguintes:

1. Falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, apurado através da reconstituição da Conta Corrente (excluindo-se deste levantamento os créditos indevidos decorrentes de uso a maior; de uso sem a

apresentação de documentos fiscais e as saídas tributadas a menos, objeto da infração 5 onde se constatou a falta de recolhimento do imposto, nos meses de agosto a dezembro de 2002, abril, junho a agosto de 2003, agosto a dezembro de 2004, no montante de R\$62.113,06;

2. Falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, no valor de R\$53.205,35, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, haja vista que a empresa não apresentou os livros fiscais escriturados nos meses de janeiro a março de 2005, sob a alegação de que os documentos encontravam-se na fiscalização, sendo verificado que as DMAs referentes aos meses encontravam-se zeradas;
3. Falta de recolhimento do imposto, nos prazos regulamentares, no valor de R\$31.558,39, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, inerente ao ICMS Adicional de Combate à Pobreza, nos meses de junho a dezembro de 2003, janeiro, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2004;
4. Falta de recolhimento do imposto, nos prazos regulamentares, no valor de R\$18.926,58, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, inerente ao ICMS Adicional de Combate à Pobreza, nos meses de janeiro a março de 2005;
5. Recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$5.880,70, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, pois foi detectado através da reconstituição da conta corrente fiscal o uso de créditos indevidos, decorrentes de uso a maior ou sem a apresentação dos documentos fiscais comprobatórios, como também saídas tributadas a menos, nos meses de setembro a dezembro de 2003, abril e maio de 2004;
6. Recolhimento a menos do imposto, no valor de R\$576,32, em decorrência de erro na apuração dos valores do ICMS Adicional Fundo de Combate à Pobreza, nos meses de março, maio a julho, setembro, outubro e dezembro de 2002 e outubro de 2004;
7. Falta de recolhimento do ICMS, no montante de R\$322.776,36, decorrente de omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através da reconstituição do caixa, resultando na existência de saldo credor, conforme demonstrativos de entradas e saídas constando as datas de recebimentos e pagamentos; resumo de caixa diário; mensal e cópias de livros e documentos fiscais, inerentes aos meses de janeiro a dezembro de 2002; janeiro a julho de 2003 e abril a setembro de 2004;
8. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$9.056,26, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme notas fiscais de n.º: 25440, 15603, 2899 e 8181, nos meses de junho de 2002 e maio de 2004;
9. Falta de recolhimento do ICMS retido, no valor de R\$89.926,30, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de produtos enquadrados no regime de substituição tributária (vinho) realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de agosto, setembro, novembro e dezembro de 2004 e janeiro a março de 2005;
10. Reteve e recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$10.561,12, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de vinhos realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a março, maio a julho, setembro e outubro de 2002, dezembro de 2003 e fevereiro, abril a julho e outubro de 2004;
11. Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, no valor de R\$193.665,79, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de vinho realizadas para contribuintes localizados neste Estado, conforme apurado através da reconstituição do caixa, nos meses de janeiro a dezembro de 2002, janeiro a julho de 2003 e abril a setembro de 2004;

As infrações 12 e 13, referentes à exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória, não são motivadoras nem do Recurso Voluntário nem do Recurso de Ofício.

A JJF decidiu pela Procedência em Parte do Auto de Infração sob as seguintes razões, após rejeitar os argumentos de nulidade suscitados pelo autuado, bem como não conhecer a arguição de constitucionalidade da multa, por não ser da competência dos órgãos julgadores apreciá-la:

1. Em relação à primeira infração, foi ressaltado de que não há o que se falar em não inclusão de valores relativos a parcelamentos, pois na reconstituição da conta corrente fiscal a autuante levou em conta, a título de pagamentos, além do imposto recolhido nos prazos regulamentares, aqueles decorrentes do parcelamento nº 6000001094044, como se verifica dos demonstrativos apresentados e parte integrante do PAF. Quanto ao argumento de que não houve a redução da base de cálculo em 30%, foi observado de que a autuante, levando em conta os elementos de provas trazidos aos autos, acatou e retificou o levantamento, já que só havia considerado a redução da base de cálculo a partir de 23/11/04, quando o correto é a partir da vigência do Decreto nº 9209/04 de 04/11/04, que se deu em 05/11/04 (alteração 59). O autuado foi cientificado desta modificação do débito, porém não se manifestou no prazo legal a ele concedido (dez dias). Diante da situação posta, a Decisão foi pela procedência em parte desta infração no valor de R\$53.492,90.
2. Quanto à segunda infração, relativa ao não recolhimento do tributo nos prazos regulamentares, foi decidido que não tem respaldo legal a argumentação defensiva de que decorreu do fato dos documentos se encontrarem em poder do fisco, trazendo como prova do alegado uma cópia de Termo de Arrecadação de Livros e Documentos Fiscais datado de 30/03/2005, pois referente aos meses de janeiro e fevereiro de 2005, já que havia sido esgotado o prazo para o recolhimento dos impostos devidos nesses meses e, em relação ao mês de março de 2005, a presente ação fiscal teve início em 06/04/05 e o Auto de Infração lavrado em 22/06/05. A infração foi mantida.
3. Inerente às infrações 3 e 4, as quais dizem respeito ao ICMS Adicional Fundo de Combate a Pobreza não recolhido, aduz a JJF que tais valores têm relação com o cálculo do imposto apurado nas infrações 1 e 2, ou seja, corresponde ao percentual de 2% previsto para o Fundo de Combate à Pobreza, que deve ser lançado em separado (art. 51-A, II, § 2º, do RICMS/97). As infrações foram mantidas.
4. Relativa à infração 5, foi ressaltado que se exige o imposto em relação às diferenças apontadas por utilização a mais de créditos fiscais e em decorrência de saídas com tributação a menos. Aduz que a autuante, em sua informação fiscal, refaz os cálculos considerando os documentos apresentados na impugnação, não tendo o autuado se manifestado a respeito do novo demonstrativo de débito apresentado. Assim, mantém parcialmente a infração no valor de R\$4.262,50.
5. No tocante à infração 6, a qual diz respeito ao ICMS Adicional Fundo de Combate a Pobreza recolhido a menos, ressalta a JJF que tal valor tem relação com o cálculo do imposto apurado na infração 05, ou seja, corresponde ao percentual de 2% previsto para o Fundo de Combate à Pobreza, que deve ser lançado em separado (art. 51-A, II, § 2º, do RICMS/97). Assim, mantém parcialmente a infração no valor de R\$ 448,32.
6. Quanto à infração 7, relativa à Auditoria da conta “Caixa”, aduz a JJF que a exigência do imposto decorre da presunção legal prevista no § 4º do art. 4º da Lei nº. 7.014/96, cuja apuração se deu através da reconstituição do caixa, na qual foram levadas em conta as notas fiscais de entradas com os devidos vencimentos constantes dos documentos, bem como, de cópias de cheques onde constam datas de pagamentos; as despesas gerais (pagamentos de impostos, federal e estadual, salários, FGTS, telefone, energia), como também, as saídas de mercadorias identificadas através das notas fiscais de vendas listadas diariamente e comparadas como recebimento à vista. Registra que o saldo inicial foi considerado como sendo “zero”, tendo em vista que o extrato bancário apresentava saldo devedor. Por fim, ressalta que na revisão do roteiro de Auditoria da conta “Caixa”, a autuante exclui do levantamento o valor referente à nota fiscal nº 15603, por constar do documento que se trata de aquisição de bens do ativo fixo que foi adquirido, mediante financiamento, não havendo, portanto, o desembolso imediato,

bem outros elementos de prova trazidos pelo autuado que, o final, reduz o valor do débito inicialmente apontado. Foram elaborados novos demonstrativos de entradas, resumo diário de caixa e resumo mensal, com as devidas retificações, tendo o autuado recebido cópia da informação fiscal e dos novos levantamentos e sido cientificado do prazo de 10 (dez) dias para se manifestar em relação aos novos demonstrativos, o que não ocorreu. Assim, mantém parcialmente a exigência, no valor de R\$307.155,26, com base nos novos demonstrativos apresentados pela autuante.

7. Relativo à infração 8, a qual se refere à cobrança de diferença de alíquota na aquisição de bens destinados ao ativo fixo, foi ressaltado pela JJF que, acertadamente, a autuante reconhece descaber a exigência do tributo em relação a Nota Fiscal nº 15603, já que se trata de aquisição de bem com alienação fiduciária em garantia. Mantém parcialmente a exigência no valor de R\$1.485,00.
8. Quanto à infração 9, ficou identificado que o autuado reteve o ICMS-ST e não recolheu, já a infração 10 diz respeito à retenção e recolhimento a menos do ICMS-ST. Aduz a JJF que a autuante listou todas as notas fiscais de saídas com os impostos devidos: normal, substituído e Adicional da Pobreza, confrontando-os com os valores pagos e/ou parcelados. Conclui que não houve a comprovação do descabimento da autuação em relação à infração 09. Mantém a exigência do crédito tributário.
9. Já em relação à 10, aduz que o autuado apresenta elementos que comprovam parcialmente a infração, conforme novo demonstrativo elaborado pela autuante indicando o valor remanescente de R\$9.241,12. Por fim, conclui a JJF que a multa aplicada para esta infração deve ser de 150% e não 60%, nos termos do art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, por se tratar de cobrança de ICMS-ST decorrente de retenção e recolhimento a menos.
10. Referente à infração 11 - exigência do ICMS devido por Substituição Tributária, decorrente das omissões de receitas apuradas através da adoção do roteiro de Auditoria de Caixa, uma vez que o autuado produz a mercadoria que comercializa, no caso, vinho e, como tal produto se encontra arrolado dentre os enquadrados no regime de Substituição Tributária, cabe ao autuado a responsabilidade pelo pagamento do imposto que seria devido pelo contribuinte adquirente, como determina o art. 352, I, § 1º, do RICMS/97. A constatação de vendas de mercadorias sem a emissão do competente documento fiscal, como ficou evidenciada na infração 7, em que foi exigido o imposto devido de responsabilidade do próprio sujeito passivo, na condição de regime normal de tributação, também deve ser exigido o imposto calculado com base na MVA prevista para a operação. Porém, como houve redução do débito em relação à infração 7, também tal redução repercute no resultado apontado na presente acusação. Foi elaborado novo demonstrativo, reduzindo o valor do débito de R\$193.665,79 para R\$184.293,14.

A JJF recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

A empresa tomou ciência da Decisão de 1º Grau em 18/11/2005 pela pessoa da Sra. Maria Neves G. Martinez Franco, com cargo de Diretoria da empresa (fl. 2633).

Irresignado com a Decisão, o recorrente apresenta Recurso Voluntário (fls. 2627/2644), quando reitera literalmente todas as suas alegações de defesa, conforme a seguir:

Preliminamente, argui reforma da Decisão recorrida e, consequentemente, a nulidade do Auto de Infração por violação dos princípios da segurança jurídica, da ampla defesa, da moralidade administrativa e da legalidade, já que uma série de ilegalidades teria sido cometida pela autuante, violando seu direito de defesa, como a seguir listadas:

- a) inúmeros lançamentos foram realizados com a inserção duplicada de notas fiscais e bases de cálculo.

- b) Diversas bases de cálculo foram apuradas de forma distorcidas e majoradas. Consta lançamento com base de cálculo majorada em mais de 1.000%, assim como a utilização da numeração da nota fiscal como se fosse base de cálculo.
- c) Incontáveis documentos apresentados deixaram de ser apreciados na ação fiscal, sendo os mesmos lançados enquanto crédito indevido.
- d) Na reconstituição do Caixa, a despeito do destaque presente nas notas fiscais, lançou os valores do financiamento na sua totalidade enquanto gastos imediatos, o que gerou uma distorção de larga monta.
- e) Não foi considerado o direito que possui no que diz respeito à redução em 30% da base de cálculo, conforme estabelece o art. 87 do RICMS/97.
- f) Foram lançados supostos débitos já englobados por parcelamento - período homologado.
- g) Considerou como fato gerador operações de alienação fiduciária em garantia, o que é vedado pelo art. 6º, XII, do RICMS/97.

Somando-se o acima exposto, além de ter sido dificultada a análise da autuação, foi lavrado Auto de Infração absurdamente “inchado” e totalmente apartado da realidade dos fatos, não tendo o contribuinte se furtado, em nenhum momento, da apresentação dos documentos solicitados.

Em assim sendo, o Auto de Infração encontra-se eivado de nulidade absoluta, por afronta aos princípios constitucionais acima citados.

Insurge-se contra o prazo de dez dias para se manifestar acerca das alterações procedidas na informação fiscal, entendendo ter havido afronta ao princípio da ampla defesa, mesmo porque “não se dá vida ao que já nasceu morto”. Entende que a JJF supriu 20 dias do seu prazo sob “*a singela e esdrúxula alegação que o recorrente estaria apenas se manifestando acerca das alterações.*”

Registra que indicou algumas irregularidades “grosseiras” que viciavam o Auto de Infração, acatadas pela autuante, porém não se encontra obrigado a realizar o serviço administrativo da fiscal autuante. Observa que a autuante nem sequer foi ao seu estabelecimento para realizar as modificações efetuadas, mesmo não mais possuindo os documentos fiscais já que eles, há de muito tempo, já haviam sido entregues à empresa. Afirmando de que uma diligência deve ser realizada independentemente do seu pedido, diz ser evidente que deveria ter o julgador convertido o Auto de Infração em diligência, o que não ocorreu, em flagrante ofensa ao devido processo legal. Requer que a mesma seja realizada.

No mérito, quanto às infrações 1 e 5, alega que a fiscalização deixou de levar em conta mais de duas dezenas de notas fiscais, apresentadas, quando da apuração realizada, gerando uma distorção no lançamento fiscal.

Também informa que a recomposição de caixa realizada pela fiscalização encontra-se eivada de nulidade, não servindo como mera indicação para respaldar o lançamento realizado, requerendo perícia contábil por profissional competente e habilitado. Afora tais considerações, na recomposição do caixa detectou os erros indicados nos itens “a” a “f” quando do pedido de nulidade do Auto de Infração. Insiste que a recomposição do Caixa encontra-se com lançamentos contábeis equivocados e com “sinais trocados”, indicando saldo credor inexistente.

Diz, ainda, que a nulidade do Auto de Infração se evidencia pela utilização da recomposição do Caixa (Anexo 01 do PAF) como fonte de subsídios e presunções para os diversos lançamentos realizados, entre os quais as infrações 3, 4, 5 e 6. Entende que no caso deve ser aplicado o princípio da “contagiosidade” dos atos e, neste raciocínio requer a nulidade do PAF em relação a todas as infrações baseadas no Anexo 01, nos termos dos arts. 20 e 21 do RPAF/BA, dizendo está anexando notas fiscais para corroborar suas alegações.

Referente à infração 2, aduz que os livros se encontravam em poder da fiscalização, não tendo como proceder à escrituração de determinados períodos (exercício de 2005). No entanto, com a

devolução dos livros e documentos, o autuado deu início à escrituração, não tendo havido tempo hábil para a finalização das mesmas.

Relativo à infração 4, cita o princípio da “contagiosidade”, para requerer a nulidade absoluta da infração diante da obtenção da base de cálculo inadequada e irreal (Anexo 01). Diz estar demonstrando, através de planilha elaborada e apensada aos autos (com base na documentação apensada e referente às infrações 1 e 5), que a base de cálculo encontrada pelo fisco encontra-se distorcida. Neste sentido tece algumas considerações acerca da legalidade tributária.

No que se refere à infração 7, alegou que a reconstituição do caixa foi realizada de forma equivocada, haja vista a contabilização errada de valores e lançamentos contábeis a mais, quando não em duplicidade e sem a apuração e contabilização de documentos fiscais devidamente apresentados à fiscalização. Diz ter anexado à sua defesa notas fiscais que comprovam a ocorrência de lançamento em duplicidade (Nota Fiscal nº 000175 – fls. 14/15); lançamento com base de cálculo distorcida em até 1000% (nota fiscal da Telemar – fl. 04); lançamentos de máquinas e equipamentos financiados; lançamento de nota fiscal de devolução como receita (Nota Fiscal nº 1071 – fl. 10 de 18)). Ressalta que a reconstituição de caixa procedeu de forma arbitrária, cujo resultado não reflete a realidade dos fatos contábeis. Requer a nulidade da infração. Neste raciocínio discorre sobre as presunções legais.

Quanto à infração 8, alegou que as Notas Fiscais nºs 25440, 15603, 2899 e 8181, em que foi exigida a diferença de alíquota se referem às operações realizadas sob a forma de alienação fiduciária em garantia, realizada junto ao Banco do Nordeste do Brasil, inclusive, no corpo das notas fiscais glosadas, encontra-se aposto carimbo bastante legível da operação realizada “alienação fiduciária em garantia”, não havendo imposto a recolher (art. 6º, XII, do RICMS/97). Assim defende que, no caso concreto, não há que se aventar a tributação intentada pelo fisco, já que as operações encontram-se albergadas pela norma de não-incidência tributária.

No tocante às infrações 9, 10 e 11, aduz que o fisco deixou de aplicar a redução de base de cálculo elencada no art. 87, XXVI, do RICMS/97, à qual faz jus, fato que gerou a distorção na base de cálculo utilizada pela fiscalização gerando uma quantificação tributária excessiva e fora da legalidade. Requer que seja aplicada a referida redução de base de cálculo em todas as demais infrações quando cabíveis, haja vista que as apurações das bases de cálculo naquelas também se encontravam sem as devidas reduções autorizadas no RICMS/97. Em seguida, registra que na infração 11 ocorreram lançamentos já englobados por parcelamento (já homologado), cuja documentação juntada comprova (período de novembro e dezembro de 2002, janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2003 e janeiro de 2004). Entende que deve ser expurgado o valor de R\$151.083,93, sem prejuízo da imperiosa redução da base de cálculo já exposta.

Finalmente, pugna pela conversão do julgamento em diligência e realização de perícia contábil para que se possa constatar efetivamente a realidade material dos fatos envolvidos, sob pena de cerceamento de defesa e afronta ao devido processo legal, a nulidade ou improcedência da autuação.

A PGE/PROFIS (fls. 2651/2655 dos autos) observa que o procedimento administrativo fiscal seguiu todos os trâmites previstos na legislação, destacando que as incorreções inicialmente cometidas pela autuante, apontadas pelo contribuinte, foram corrigidas na informação fiscal, na qual foi elaborado novo demonstrativo de débito, considerando-se, inclusive, a apontada redução de 30% da base de cálculo relativa à infração 1. Destaca que sobre estas retificações foi concedido ao contribuinte o prazo de dez dias para se manifestar, nos termos do art. 127, § 7º, do RPAF, mantendo-se, contudo, silente. Assim, defende que não há que se falar em violação à ampla defesa.

Quanto ao mérito, o opinativo é de que o contribuinte reproduz em seu Recurso as alegações já expostas na defesa, inerente às infrações 1 e 5, sem, contudo, apresentar novas provas capazes de elidir estas imputações. Ressalta que o recorrente restringe-se a apontar, de forma genérica, incorreções, não indicando precisamente quais as notas fiscais estariam sendo consideradas

erroneamente, quais os débitos já seriam objeto de parcelamento, enfim, quais os equívocos existentes, embora assim devesse proceder, nos termos do art. 8º, III, do RPAF. Ressalta de que simples alegações de ilegalidade, sem a apresentação das provas correlatas, não afastam a presunção de legalidade do lançamento. Salienta que os erros cometidos no procedimento fiscal em apreço, constatados a partir das provas carreadas aos autos, foram devidamente retificados no novo demonstrativo de débito apresentado pela autuante na informação fiscal, excluindo as notas consideradas em duplicidade, os valores indevidos da base de cálculo, bem como, os débitos já objeto de lançamento, inserindo ainda a redução de 30% da base de cálculo a que faz jus o contribuinte.

No tocante às infrações 2, 4, 7, 8, 9, 10 e 11, entende ser o Recurso Voluntário meramente protelatório ao reproduzir literalmente as alegações da defesa, sem trazer aos autos novas provas capazes de elidir as infrações. Assim, ratifica a Decisão proferida pela JJF, tendo em vista que em relação à infração 2, de fato, a apresentação dos livros fiscais ao agente fazendário não obstacularizou o contribuinte de recolher o imposto devido. Da mesma forma, as bases de cálculo consideradas equivocadamente foram corrigidas na apontada Decisão (infrações 4 e 7), bem como, excluídos do lançamento as operações comprovadamente com caráter de alienação fiduciária em garantia (infração 8). Já em relação à infração 9, se confirmou a autuação, e quanto às infrações 10 e 11, as incorreções existentes foram devidamente retificadas. Por fim, quanto à alegação da existência de documentos fiscais falsos emitidos por terceiros em seu nome, concorda com a autuante de que tais notas fiscais foram entregues ao Fisco pelo próprio contribuinte. Portanto, diante das provas carreadas aos autos, as correções já foram promovidas pela auditora fiscal e acolhidas pela Primeira Instância de julgamento.

Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto, para que seja confirmada a Decisão recorrida.

Às fls. 2657/2659 dos autos, o patrono do recorrente apresenta manifestação visando reiterar o pedido de retirada dos autos da repartição fazendária, citando o art. 133 da Constituição Federal e o art. 7º, XV da Lei Federal nº 8.906/94. Ressalta que negar a carga dos autos sem qualquer fundamentação jurídica é cercear o exercício da ampla defesa do contribuinte, pois não existe forma nem meio para que o advogado do autuado tome conhecimento adequado dos fatos envolvidos no processo administrativo se não por meio de análise profunda dos atos praticados no mesmo, diante da sua complexidade e volume.

Em Parecer às fls. 2662/2664 dos autos, foi ressaltada que a questão envolve uma relação de direito processual tributário, portanto, regida pelas normas deste ramo jurídico, cuja matéria, de acordo com a Carta Magna (art. 24, I) atribui a competência para legislar a todas as entidades que compõem a Federação, no caso, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal. Em decorrência dessa competência nasce o dever de assegurar a existência do processo administrativo fiscal, dando cumprimento ao que prescreve o art. 5º, inciso LV, da Lei Maior, ou seja, o direito de defesa. Afirma que cabe à unidade federativa que detém a atribuição constitucional de instituir o tributo a competência correlata de legislar acerca do processo e dos procedimentos relacionados aos litígios que venham a se estabelecer na relação fisco-contribuinte.

Em seguida, invoca o art. 123-A da Lei nº 7.438/99, a qual promoveu alteração ao texto do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), que dispõe: “*O órgão preparador dará vista do processo aos interessados e seus representantes legais, no recinto da repartição fazendária, durante a fluência dos prazos de impugnação ou Recurso, mediante pedido escrito, podendo os solicitantes interessados extrair cópia de qualquer de suas peças*”. Destaca que da mesma forma, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, determina em seu art. 11 e correspondente parágrafo único, o mesmo comando.

Ressalta que as prescrições transcritas são auto-explicativas e estão inseridas no conjunto de normas processuais administrativas que regulam a relação jurídica entre o estado e o contribuinte, não havendo afronta ao direito de ampla defesa e do contraditório, pois assegura

vistas do processo na repartição onde se encontrar o processo, como também, garante a possibilidade de reprodução das peças processuais, sem ônus para a parte interessada, relativamente aos documentos que não tenham sido produzidos pelo contribuinte, de forma que o estudo e a análise dos autos possa ser feita fora do âmbito do preparo do processo.

Opina no sentido de indeferir o pedido de retirada dos autos da repartição, em virtude da expressa vedação da legislação processual, o que foi acatado pelo Sr. Presidente do CONSEF.

A 1^a CJF, através do Acórdão CJF nº 0081-11/06 de 14/03/2006 decide pelo Não Provimento dos Recursos Voluntário e de Ofício interpostos.

A PGE/PROFIS autoriza a inscrição do PAF em Dívida Ativa e promove a sua execução fiscal (fls. 2717/2727).

A empresa impõe Mandado de Segurança nº 10.464.1600/06-E contra o Presidente do CONSEF visando obter a declaração de nulidade do julgamento do Acórdão CJF nº 0081-11/06, sob a alegação de cerceamento de defesa, por lhe ter sido negado a retirada dos autos da repartição, bem como, por falta de intimação da pauta de julgamento, para que pudesse fazer sustentação oral, se desejasse. Em Decisão definitiva, o Exmo. Sr. Juiz da 3^a Vara de Fazenda Pública julgou procedente o pedido formulado pelo impetrante e considerou que a empresa tem direito de ter vista dos autos fora das dependências do CONSEF e, ato contínuo, por força de tal direito, declarou nula a Decisão proferida no Acórdão CJF nº 0081-11/06 (fls. 2733/2774).

Este CONSEF envia notificação informando ao contribuinte da Decisão prolatada pela 3^a VFP. Nesta notificação consta que o contribuinte tem direito de “*ter vistas dos autos fora das dependências do CONSEF pelo prazo de dez dias a contar da data de ciência dessa notificação, podendo se manifestar, querendo, no referido prazo, dando o qual, deverá, obrigatoriamente, devolver os autos á repartição, a fim de que se dê prosseguimento aos trâmites processuais até Decisão definitiva do PAF*” (fl.2780).

Esta notificação foi encaminhada para o advogado do recorrente (Ruy João Ribeiro, conforme substabelecimento contido à fl. 2646 do PAF) em 08/02/2010 e recebida no mesmo dia (fl. 2781). De igual forma, foi ela enviada a Maria Nieves G. Martinez Franco e Maria Rosa de Andrade Andrade (sócia da empresa), porém as correspondências foram devolvidas pelos correios com a notícia que a primeira tinha endereço “desconhecido” (fl. 2784) e a segunda havia mudado de endereço (fls. 2787). A empresa foi notificada, mas os correios a devolveu consignando que a mesma havia se mudado (fl. 2790). Os advogados Daniel Moreno Carvalho e Vokton Jorge Ribeiro Almeida (advogado que substabeleceu os poderes outorgados pela empresa ao advogado Ruy João Ribeiro), igualmente foram notificados (fls. 2792/2795). Ainda foi feito edital de notificação - DOE de 01/04/2010 (fl. 2797).

Mesmo com todas essas notificações, o contribuinte restou silente, não exercendo seu direito conforme determinado pelo Exmo. Sr. Juiz da 3^a VFP.

Em fase de instrução processual, esta 2^a CJF decidiu converter os autos em diligência (fl. 2801) para que a fiscal autuante elaborasse demonstrativo de débito em relação à infração 9, demonstrando como foram realizadas as reduções da base de cálculo do imposto em relação ao período fiscalizado (novembro de 2004 a março de 2005) já que o recorrente questionava, novamente, não ter sido concedida à redução da base de cálculo, além do fato de que, ao ser analisado o demonstrativo de débito de fl. 2.503, se observava que, embora a autuante tenha indicado que o modificou para aplicar a norma legal entre os dias 05 a 22/11/2004, denotava-se que os valores permaneceram os mesmos, apenas com um incremento de valor no mês de fevereiro de 2005 que passou de R\$7.810,58 para R\$7.823,34 (fl. 20 e 2.503).

Na sua informação (fl. 2805) a fiscal autuante mantém os valores anteriormente consignados e esclarece:

1. Os valores constantes no Demonstrativo da Conta Corrente Fiscal foram extraídos do Demonstrativo das Notas Fiscais de Saídas.

2. Que estava anexando novo Demonstrativo da Conta Corrente Fiscal e do Demonstrativo das Notas Fiscais de Saídas, onde constava detalhadamente na coluna “f” o percentual da redução da base de cálculo e na coluna “j” o valor referente a redução da base de cálculo.

A empresa foi notificada dessa informação, mas os correios devolveram a correspondência, consignando que a mesma havia se mudado (fl. 2843). Esta notificação foi enviada a Maria Nieves G. Martinez Franco e Maria Rosa de Andrade Andrade (sócia da empresa), porém as correspondências foram devolvidas pelos correios com a notícia que a primeira tinha endereço “desconhecido” (fl. 2845) e a segunda havia mudado de endereço (fls. 2848). De igual forma, foi ela enviada ao Sr. Antônio Edvan Andrade da Silva, sócio administrador da empresa, que a recebeu em 09/06/2011 (fl. 2851). Também foram notificados os advogados Daniel Moreno Castillo e Vokton Jorge Ribeiro Almeida, conforme fls. 2852/2853.

VOTO

Preliminarmente, ressalto que o presente julgamento decorre de Decisão judicial prolatada pelo Exmo. Sr. Juiz da 3^a Vara de Fazenda Pública que, em sentença definitiva, anulou a Decisão da 1^a CJF (Acórdão CJF nº 0081-11/06) datada de 14/03/2006.

O Recurso Voluntário interposto apresenta diversas arguições de nulidade ao lançamento fiscal. Analisando a peça recursal, denota-se que os procuradores do recorrente advogam razões de defesa onde existe confusão entre as infrações à empresa imputadas. Em assim sendo, para que a condução do processo siga corretamente, inicio apreciando tal pedido de nulidades o adequando, quando necessário, às mesmas.

Advoga, preliminarmente, de que a Decisão recorrida deveria ser reformada, vez que o Auto de Infração encontra-se eivado de nulidade absoluta, com violação aos princípios da segurança jurídica, da ampla defesa, da moralidade administrativa e da legalidade, já que uma série de ilegalidades teria sido cometida pela autuante. Para embasar tal afirmativa, diz que inúmeros lançamentos foram realizados com a inserção duplicada de notas fiscais e bases de cálculo, que diversas bases de cálculo apuradas foram distorcidas e majoradas, inclusive em 1.000%, ou mesmo ter havido a utilização da numeração da nota fiscal como se fosse base de cálculo, incontáveis documentos apresentados deixaram de ser apreciados na ação fiscal, sendo os mesmos lançados enquanto crédito indevido, na reconstituição do caixa foram lançados valores de financiamento na sua totalidade como gastos imediatos, não foi considerado o direito que possui no que diz respeito à redução em 30% da base de cálculo, foram lançados supostos débitos já englobados por parcelamento e foram consideradas operações de alienação fiduciária em garantia, o que é vedado.

O art. 123 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento na esfera administrativa, que será por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de trinta dias, contado da intimação. Indo adiante, no seu § 5º determina, que a prova documental seja apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que determinadas circunstâncias, indicadas, se apresente ao longo da lide.

Por outro lado, o § 1º do art. 18 do referido Regulamento determina que eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário. Estes erros devem ser corrigidos, sendo o sujeito passivo tributário comunicado, sendo-lhe fornecido, no ato da intimação, cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de dez dias para sobre eles se manifestar, querendo. Afora que o § 2º do referido artigo prevê que *não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade.*

Na presente lide, todos os documentos apresentados pelo então impugnante (fls. 2130/2487) foram analisados pela fiscal autuante. As razões pertinentes foram acatadas conforme informação prestada pela autuante (fls. 2497/2498), que para maior compreensão as transcrevo:

- d) os diversos lançamentos em duplicidade alegados pela empresa foram verificados nos registros de entradas, e procedi à exclusão dos valores duplicados do levantamento do caixa, conforme novos demonstrativos de Entradas, Resumo de Caixa Diário e Resumo de Caixa Mensal anexo ao presente PAF.*
- e) Quanto à alegação de que diversas bases de cálculo foram apuradas de forma distorcida e majoradas, foi procedida à verificação dos valores reclamados e retificada nos demonstrativos acima citados, anexos ao presente PAF.*
- f) As notas fiscais de entradas não consideradas na ação fiscal, e lançadas pela empresa a crédito na conta corrente não foram consideradas por não terem sido apresentadas. Tal fato pode ser constatado pelo fato de não aparecerem os referidos documentos no demonstrativo de Entradas para reconstituição do caixa. Após verificação no livro fiscal, os referidos documentos foram lançados para a composição da Conta Corrente, porém, não foram incluídos no levantamento do caixa, fato este que geraria um estouro maior. Anexo um novo Demonstrativo da Conta Corrente incluindo os valores referentes aos créditos lançados pela empresa.*
- g) Quanto à alegação de que foram lançados valores de financiamento na sua totalidade na reconstituição do caixa, o que gerou uma distorção de grande monta, venho informar que o valor de R\$98.610,00 referente à aquisição de ativo fixo, junto a empresa ARBRÁS, através da NF nº 15603 de 04/06/02, não foi considerado em nenhum momento no demonstrativo por não ser conhecido o valor pago, podendo ser comprovado através do Resumo Diário de Caixa que não consta este valor no dia 04/06/2002, como alega o autuado.*
- h) O direito à redução da base de cálculo do imposto em 30% conforme estabelecido no artigo 87 – inciso XXVI do RICMS/BA foi acrescentado pela Alteração nº 59, através do Decreto 9209 de 04/11/2004, e publicado no Diário Oficial do Estado de 05/11/2004.*
- i) No levantamento do ICMS Substituição Tributária a partir de 23 de novembro de 2004 foi utilizado o direito acima citado. Após consulta ao Plantão Fiscal da SEFAZ obtive a informação de que estes valores deveriam ter a redução a partir do dia 05/11/2004, data da publicação do Decreto. Diante do exposto, efetuei a retificação dos valores entre os dias 05 e 22/11/2004, conforme demonstrativo da Conta Corrente anexo.*
- j) Quanto à alegação de que foram lançados os débitos já englobados por parcelamento, realizado pelo autuado referente ao período homologado foram lançados, venho a informar que estes valores constam no Demonstrativo da Conta Corrente, na coluna ICMS-ST, portanto estes valores não estão incluídos como débito como afirma o autuado na sua defesa, podendo ser constatado no demonstrativo original às fl. 20 do presente PAF e no novo demonstrativo da Conta Corrente, destacado em azul.*
- k) Quanto à alegação de que diversos lançamentos foram realizados considerando-se como fato gerador operações de alienação fiduciária em garantia informo que apenas o bem constante na NF nº 15603 de 04/06/2002 consta carimbo de alienação junto ao BNB. Foi excluído o valor referente à NF acima citada.*

Estas modificações estão acompanhadas dos devidos demonstrativos (fls. 2502/2568 do PAF) que foram entregues ao autuado, sendo-lhe concedido prazo de dez dias para que, querendo, se manifestasse o que não ocorreu.

No seu Recurso Voluntário o recorrente apenas transcreve suas alegações iniciais, analisadas conforme acima explicitado e não apresenta qualquer outro documento para demonstrar qualquer incorreção porventura existente. Apenas, afirma que havia indicado algumas irregularidades “grosseiras” que viciavam o Auto de Infração, porém não está obrigado a realizar o trabalho do fiscal. Ressalta de que, para efetuar as modificações, a autuante nem sequer foi ao seu estabelecimento, mesmo não mais possuindo os documentos fiscais, há muito tempo entregues a empresa.

Em qualquer momento, o trabalho da fiscalização deve ser exercido pela contribuinte. Porém, conforme determinações do art. 123, do RPAF/BA, já transcrito, deve ele indicar, comprovando, todos os erros e omissões existentes nos autos. Se, porventura outros existiram, deveriam ser indicados. E, como as alegações decorrem da apresentação de provas materiais, é do recorrente esta comprovação. Ressalto que o art.142, do RPAF/BA dispõe que a *recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária*. Por outra banda, o RPAF/BA vai adiante quando dispõe que a *simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal* (art. 143).

E, finalmente, quando a não ida da autuante ao seu estabelecimento para proceder às correções realizadas, não existe qualquer necessidade para este fato. Todas as infrações consignadas no Auto de Infração foram devidamente demonstradas e documentadas consoante fls. 16 a 2108 dos autos, ou seja, a documentação utilizada pela autuante para apurar o ilícito fiscal se encontra nos autos, bem como, todos os demonstrativos de débito.

Nas suas argumentações de nulidade, insurge-se o recorrente contra o prazo de dez dias para se manifestar acerca das alterações procedidas na informação fiscal, entendendo ter havido afronta ao princípio da ampla defesa. Afirma ter a JJF suprimido 20 dias do seu prazo. Não assiste qualquer razão ao impugnante diante das determinações contidas no § 7º, do art. 127 do citado Regulamento, ou seja, *se na informação fiscal forem aduzidos fatos novos ou se forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, o órgão preparador deverá dar ciência ao sujeito passivo, observado o disposto no § 1º do art. 18*. E este prazo é de dez dias conforme acima referido.

Em assim sendo, o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação aos princípios da segurança jurídica, da ampla defesa, e da moralidade administrativa.

Afirma ainda o recorrente de que a JJF desobedeceu ao devido processo legal ao não encaminhar os autos em diligência, independentemente do seu pedido, pois a mesma, obrigatoriamente deve ser realizada.

Mais uma vez é equivocado o entendimento do recorrente. Não existe obrigatoriedade legal da realização de diligência, mesmo que tal pedido seja externado pelo contribuinte. Pode o julgador administrativo, quando necessário, requerer diligência, mesmo que não seja provocado pelo contribuinte, visando à busca da verdade material e à certeza jurídica, pois finalidade de qualquer procedimento administrativo tributário. No entanto, pode negá-la, ou mesmo não requerê-la, quando, por exemplo, as provas contrárias à autuação, se existentes, estão em mãos do próprio recorrente, ou o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, tudo conforme determinações do art. 147, I, itens “a” e “b”, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99). Em suma, a condução do processo é do julgador. Em vista do ora exposto, não vejo causa para se alegar violação ao devido processo legal.

Embora sendo trazido aos autos como questões de mérito, mais uma vez o recorrente alega nulidade do lançamento em relação às infrações 1 e 5 afirmando de que a fiscalização deixou de levar em conta mais de duas dezenas de notas fiscais, apresentadas quando da fiscalização e que na recomposição do caixa detectou os erros indicados nos itens “a” a “f” quando do pedido de nulidade do Auto de Infração. Insiste que a recomposição do Caixa encontra-se com lançamentos contábeis equivocados e com “sinais trocados”. E, nesta linha de raciocínio afirma que, como a recomposição do Caixa (Anexo 01 do PAF) foi a fonte de subsídios para as infrações 3, 4, 5 e 6, deve ser aplicado às mesmas o princípio da “contagiosidade” dos atos.

Em primeiro, se a autuante, quando da fiscalização desconsiderou mais de duas dezenas de notas fiscais, elas deveriam ser apensadas aos autos. Aquelas que o impugnante apensou foram analisadas e correções foram feitas. Em segundo, se na recomposição da Conta Caixa existem lançamentos contáveis equivocados e mesmo com sinais trocados, deve o recorrente explicitamente indicar. Ressalto de que houve uma reanálise, por parte da autuante, da apuração do saldo credor da Conta Caixa do recorrente. Em terceiro, as infrações 1 e 5 não estão baseadas na escrituração contábil da empresa, e sim toda baseada nos seus livros fiscais (Anexo 01 do PAF Recomposição da Conta Corrente Fiscal – fls. 20/61), não havendo qualquer apuração através das disponibilidades da empresa. Em quarto, os erros indicados nos itens “a” a “f” do seu pedido de nulidade desde o primeiro julgamento foram eles analisados e corrigidos quando devido e, observo, não tratam eles somente das infrações 1 e 5 como adiante se aborda. Por fim, estando o Anexo 01 – DEMONSTRATIVO DA CONTA CORRENTE do Auto de Infração elaborado corretamente, e que não se confunde com a recomposição do caixa da empresa, não se pode

argui a aplicação do princípio da “contagiosidade” para se anular os lançamentos relativos às infrações 3, 4, 5 e 6.

A empresa pugna pela conversão do PAF em diligência para a realização de perícia contábil, a qual indefiro com base nas determinações contidas no art. 147, I, do RPAF/BA já explicitados e inciso II, do mesmo artigo da norma regulamentar, pois as provas dos fatos independe de conhecimento especial de técnicos, afora ser ela desnecessária em vista das provas produzidas e apresentadas pela fiscal autuante, sem que elas fossem desconstituídas pela empresa, ou seja, a questão para elucidação dos fatos é de ordem fática, cujas provas em contrário devem ser apresentadas pelo recorrente.

Passo a apreciação de mérito das infrações apuradas no presente lançamento fiscal, observando que para melhor condução da Decisão, o Recurso Voluntário e o de Ofício serão abordados conjuntamente já que estão eles intrinsecamente ligados.

As infrações 1, 2, 3, 4, 5 e 6 tiveram por base a reconstituição do conta corrente fiscal da empresa.

Na infração 1 é exigido ICMS pela falta de seu recolhimento, nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, apurado através da reconstituição da Conta Corrente Fiscal (Anexo I do Auto de Infração) e não da recomposição da Conta Caixa da empresa, quando foram excluídos deste levantamento os créditos indevidos decorrentes de uso a maior, créditos sem a apresentação de documentos fiscais e as saídas tributadas a menos, objeto da infração 5, onde se constatou a falta de recolhimento do imposto, nos meses de agosto a dezembro de 2002, abril, junho a agosto de 2003, agosto a dezembro de 2004. No levantamento fiscal foram consideradas as parcelas pertinentes ao Programa DESENVOLVE, a que estava inserida a empresa. Todos os argumentos trazidos pelo impugnante foram considerados e analisados pela autuante, sendo refeito a conta corrente fiscal da empresa com base na sua argumentação. O autuado, cientificado das modificações realizadas, não se manifestou. A JJJF acatou as correções realizadas pela fiscal autuante passando o valor do imposto de R\$62.113,06 para R\$53.492,90, conforme demonstrativo de débito às fls. 868/869 dos autos. No seu Recurso Voluntário, traz o recorrente os mesmos argumentos de sua inicial, os quais se encontram desprovidos de qualquer nova prova, o que os tornam sem qualquer pertinência, não podendo ser levados, novamente, a apreciação, o que deságua na manutenção da Decisão proferida pela 1ª Instância deste Colegiado.

No que se refere à infração 2 - falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, no valor de R\$53.205,35, tendo em vista operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a março de 2005 e sendo apresentadas ao fisco as DMA's sem qualquer valor, aduz o recorrente que não pode escriturar tais lançamentos, pois os seus livros fiscais se encontravam em mãos da fiscalização, fato que somente começou a ocorrer após devolução, não tendo tempo hábil para finalizar. Acosta aos autos cópia do Termo de Arrecadação de Livros e Documentos Fiscais datado de 30/03/2005. Ao analisar tal Termo (fl. 2104 e 2365) não assiste qualquer razão ao recorrente em relação aos meses de janeiro e fevereiro de 2005, pois os mesmos no dia 30/03/2005 já deveriam estar, por dever legal, escriturados e esgotado o prazo para o recolhimento do imposto. Inclusive as DMA's destes dois meses foram transmitidas em 17/02/2005 e 15/03/2005, respectivamente (fls. 719 e 724). No entanto, discordo do entendimento da JJJF em relação ao mês de março de 2005. Se diversas notas fiscais de entradas foram apreendidas em 30/03/2005 (não se sabe de que período) o fisco deveria apresentar cópias das mesmas ao contribuinte para que ele procedesse a sua escrituração regular e conforme determina a norma tributária. Se em 06/04/2005, início da ação fiscal, a autuante tivesse demonstrado que elas já haviam sido entregues em tempo hábil ao contribuinte, concordaria que ele extrapolou seu prazo e restaria configurada a infração.

E todo este entendimento tem por base as determinações do art. 319, do RICMS/97 que assim dispõe:

Art. 319. A escrituração dos livros fiscais será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, sob sua exclusiva responsabilidade e na forma estabelecida pela legislação tributária.

§ 1º Os lançamentos nos livros fiscais serão feitos a tinta, com clareza, não podendo a escrituração atrasar-se por mais de 5 dias, ressalvados os livros a que forem atribuídos prazos especiais.

§ 2º Os livros fiscais não poderão conter emendas ou rasuras.

§ 3º Os lançamentos, nos livros fiscais, serão somados no **último dia de cada mês** (grifo), quando não houver outro prazo expressamente previsto.

Diante da norma acima exposta, a recomposição da conta corrente conforme realizado pela autuante e sem que reste provado estar a empresa de posse dos documentos arrecadados (mesmo que fossem cópias) e mesmo que sua escrituração seja realizada por processamento de dados, ela não poderia, na ocasião, ser acusada de não ter escrito os seus livros fiscais naquele mês de março de 2005 e até o dia 21. E, neste momento, observo que a DMA deste mês foi transmitida em 15/04/2005 (fl. 729).

Em assim sendo, acato em parte o argumento do recorrente para excluir da autuação o valor de R\$35.238,10 referente ao mês de março de 2005 e passando o débito da infração 2 para R\$17.967,25 (R\$53.205,35 – R\$35.238,10).

As infrações 3 e 4 tratam da falta de recolhimento do imposto, nos prazos regulamentares, nos valores de R\$31.558,39 (infração 3) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, em relação ao ICMS Adicional de Combate à Pobreza, nos meses de junho a dezembro de 2003, janeiro, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2004 e de R\$18.926,58 (infração 4) nos meses de janeiro a março de 2005.

A respeito destas infrações, o recorrente somente requer a sua nulidade pelos motivos acima já declinados e de igual forma, também rechaçados. No entanto, em relação à infração 4, aponta demonstrativos que anteriormente havia trazido aos autos e relativo às infrações 1 e 5 (fls. 2302/2303) para novamente afirmar que a base de cálculo encontrada pelo fisco encontrava-se distorcida. Ao analisar tais demonstrativos, eles apenas indicam, sem qualquer documento de prova e aleatoriamente para os meses de agosto a dezembro de 2002, abril/03, junho a agosto de 2003 e agosto a dezembro de 2004, valores do ICMS normal e o devido através do DESENVOLVE. Tais demonstrativos não possuem o condão de desconstituir todo o conta corrente reconstituído pela fiscalização, que foi feito de forma minuciosa, abordando todos os créditos e débitos, inclusive o benefício fiscal do DESENVOLVE, além do ICMS que a empresa havia recolhido, quer seja por parcelamento, quer seja aquele mensalmente recolhido.

No entanto, em relação à infração 3, a autuante, quando de sua informação fiscal e, ao sanear todas as inconsistências que a empresa provou, ao refazer a conta corrente fiscal do recorrente, que o débito referente ao mês de novembro de 2004 passou de R\$2.445,77 para R\$2.179,03, conforme fl. 2.558 dos autos. Porém, ao invés de levar tal valor para o demonstrativo de débito (fl. 2.570) lançou aquele do Auto de Infração originalmente exigido. Assim e neste momento, retifico o equívoco deste valor do mês de novembro de 2004 e a infração 3 é mantida em parte no valor de R\$31.291,65.

Quanto à infração 4, diante da Decisão da infração 2, o imposto exigido no mês de março de 2005 é excluído, sendo mantida parcialmente esta infração no valor de R\$7.146,94.

Na infração 5 é exigido ICMS recolhido a menos em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto nos meses de setembro a dezembro de 2003, abril e maio de 2004, tendo por base a reconstituição da conta corrente fiscal e já anteriormente comentado. O recorrente apresenta os mesmos argumentos de sua inicial, e requer a sua nulidade. Mais uma vez é informada a empresa de que todos os argumentos apresentados na sua inicial foram considerados pela fiscal autuante que, e inclusive, diminuiu o valor originalmente exigido, sendo tal diminuição acatada pela JF. Observo, ainda, que os demonstrativos apresentados pelo impugnante e indicados quando do Recurso Voluntário já foram comentados neste voto quando da infração 4, não tendo, assim,

qualquer motivação para serem considerados. Portanto, fica mantida essa infração no valor decidido pela JJF, ou seja, R\$4.262,50 e não provido o Recurso Voluntário interposto.

A respeito da infração 6, o recorrente somente requer a sua nulidade pelos motivos já declinados e de igual forma, também rechaçados. Esta irregularidade se refere a recolhimento a menos do imposto, em decorrência de erro na apuração dos valores do ICMS Adicional Fundo de Combate à Pobreza, nos meses de março, maio a julho, setembro, outubro e dezembro de 2002 e outubro de 2004, tendo por base, mais uma vez, a reconstituição da conta corrente da empresa, que ao ser refeita pela fiscal autuante, provou ser ela procedente em parte, motivo de acatamento pela 1^a Instância deste Colegiado que decidiu por sua procedência em parte no valor de R\$448,32, que é ratificado por esta 2^a Instância em grau de Recurso Voluntário. Porém, aqui faço uma ressalva: esta infração não decorre da infração 5 como entendeu a JJF, e sim do refazimento da conta corrente fiscal elaborado pela autuante. E esta afirmativa pode ser corroborada pela divergência dos meses da data de ocorrência dos fatos geradores entre as duas infrações.

A infração 7 trata da falta de recolhimento do ICMS, por omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através da reconstituição do Caixa da empresa, resultando na existência de saldo credor, nos meses de janeiro a dezembro de 2002, janeiro a julho de 2003 e abril a setembro de 2004. Traz o recorrente os mesmos argumentos expostos em sua inicial, os quais foram minuciosamente analisados pela autuante e feitas as correções necessárias (ocorrência de lançamento em duplicidade (Nota Fiscal nº 000175 – fls. 14/15); lançamento com base de cálculo distorcida em até 1000% (nota fiscal da Telemar – fl. 04); lançamentos de máquinas e equipamentos financiados; lançamento de nota fiscal de devolução como receita (Nota Fiscal nº 1071 – fl. 10 de 18), conforme já exposto. Nenhum fato novo trouxe com o seu Recurso. Em assim sendo, a presunção legal prevista no § 4º, do art. 4º, da lei nº 7.014/96 resta caracterizada.

Ressalto, neste momento e para que não haja discussão a respeito da matéria, que embora a atividade do recorrente seja a fabricação de vinho e sangria (transforma o vinho com adição de açúcar, álcool e água em sangria) e estando a mercadoria, à época, enquadrada no regime da substituição tributária (art. 353, II, 2., 2.1, do RICMS/97), este fato não impede a realização da auditoria, pois o recorrente, como fabricante, é o responsável por reter e recolher o imposto por substituição tributária quando de suas vendas, ou seja, o prazo do recolhimento da antecipação/substituição tributária se dava nas saídas dos produtos e não nas entradas.

Pelo exposto, somente posso me alinhar com a Decisão da JJF, que decidiu pela procedência parcial da autuação no valor de R\$307.155,26, e não acatar os argumentos apresentados quando do Recurso interposto, pois todos já anteriormente analisados.

Quanto à infração 8 (diferença de alíquota sobre aquisições de bens destinados ao ativo fixo), o recorrente traz os mesmos argumentos de sua inicial, ou seja, de que as Notas Fiscais nºs 25440, 15603, 2899 e 8181 se referem às operações realizadas sob a forma de alienação fiduciária em garantia, realizada junto ao Banco do Nordeste do Brasil, não havendo imposto a recolher, conforme dicção do art. 6º, XII, do RICMS/97.

A autuante, diante de tais alegações, ao revisar o trabalho de fiscalização excluiu do levantamento fiscal a Nota Fiscal nº 15603, pois provada a alienação fiduciária. Não excluiu o CTRC nº 25578 (e não 25440, como digitado) correspondente ao transporte do bem objeto da referida nota fiscal e a Nota Fiscal nº 2899 com o seu CTRC nº 8181, já que não restou comprovada a alienação fiduciária em relação à aquisição de tal bem (fl. 2568 do PAF). Os documentos que comprovam a infração se encontram às fls. 136/140 do processo. Diminuiu o valor do imposto desta infração para R\$1.485,00. A Decisão da JJF correu no sentido de acompanhar a posição da autuante, o que a levou a votar pela procedência parcial deste item da autuação no valor acima referido.

No caso presente, entendo equivocado não somente o argumento apresentado pelo recorrente, como, de igual maneira, a Decisão da JJF.

Pela regra inserta no RICMS/97, art. 1º, I e § 2º, IV, as entradas, em decorrência de operação interestadual de bens destinados ao ativo permanente do estabelecimento adquirente, contribuinte do imposto, estão sujeitas à incidência do diferencial de alíquotas. E, indo adiante, estabelece no seu § 3º, I, ser irrelevante *para a caracterização do fato gerador a natureza jurídica da operação mercantil ou da prestação de serviço de que resultem quaisquer das hipóteses previstas no parágrafo anterior*.

As regras para efeito de pagamento da diferença de alíquota estão disciplinadas no art. 5º da norma regulamentar citada, como transcrevo:

"Art. 5º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

I – da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento;"

E, como a diferença de alíquotas encontra-se, como não poderia deixar de ser, disciplinada pelas regras estabelecidas pelo Estado da Bahia, o art. 7º do RICMS/97 elenca todas as situações de quando não é devido o pagamento da diferença de alíquotas. Nestas hipóteses não se encontra contemplada a aquisição de bem com alienação fiduciária.

Por outra banda, as determinações do art. 6º, XII, do RICMS/97 se reporta a "*operação decorrente de alienação fiduciária em garantia*" e não sobre a aquisição de bem para compor o ativo permanente do contribuinte. Esta é uma operação, inclusive, posterior à aquisição, sendo relativa à forma de pagamento de como se dará tal aquisição. Ressalto, inclusive, que o bem, embora com alienação fiduciária, deve estar incluído no patrimônio do recorrente.

Por tudo acima exposto, na operação de aquisição de um bem destinado ao ativo permanente da empresa é devido o pagamento do diferencial de alíquotas, sendo irrelevante, para fins da incidência do imposto na referida operação, o contrato de alienação fiduciária realizado entre ela e o Banco do Nordeste do Brasil.

Assim, por ser irrelevante na situação em análise o contrato de garantia fiduciária, bem como não estarem todas as aquisições nesta modalidade de contrato enquadrada, as razões recursais não podem ser aceitas para desconstituição da infração. Ao contrário, a desoneração decidida pela JJF não pode ser acolhida por esta 2ª CJF, pois contrária à legislação tributária deste Estado.

Em assim sendo, o valor de R\$9.056,26, originalmente exigido da presente infração, deve ser restabelecido, o que ora se faz.

As infrações 9, 10 e 11 dizem respeito a imposto exigido por substituição tributária.

Na infração 9 é exigido o ICMS retido pela falta de seu recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de produtos enquadrados no regime de substituição tributária (vinho) realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de agosto, setembro, novembro e dezembro de 2004 e janeiro a março de 2005.

Na infração 10 o contribuinte é acusado de reter e recolher a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de vinhos realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a março, maio a julho, setembro e outubro de 2002, dezembro de 2003 e fevereiro, abril a julho e outubro de 2004.

A infração 11 cuida da falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de vinho realizadas para contribuintes localizados neste Estado, conforme apurado através da reconstituição do caixa, nos meses de janeiro a dezembro de 2002, janeiro a julho de 2003 e abril a setembro de 2004.

O recorrente, as impugnando conjuntamente, traz no seu Recurso Voluntário as mesmas razões apresentadas quando de sua defesa inicial, ou seja, que o fisco deixou de aplicar a redução de

base de cálculo elencada no art. 87, XXVI, do RICMS/97, a qual faz jus, fato que gerou a distorção na base de cálculo utilizada pela fiscalização. Requer que seja aplicada a referida redução de base de cálculo em todas as demais infrações quando cabíveis, e registra que na infração 11 ocorreram lançamentos já englobados por parcelamento (já homologado), cuja documentação juntada comprovava. Assim, entende que deve ser expurgado o valor de R\$151.083,93.

Através da Alteração nº 59 (Decreto nº 9.209 de 04/11/04, DOE de 05/11/04) foi acrescentado ao art. 87 do RICMS/BA o seguinte inciso:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

"XXVI - em 30% (trinta por cento), nas operações internas com bebidas alcoólicas, exceto cervejas e chopes, especificadas no item 2 do inciso II do art. 353, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada das referidas mercadorias no estabelecimento,

Através da Alteração nº 60 do RICMS/97 (Decreto nº 9.281, de 21/12/04, DOE de 22/12/04), efeitos de 22/12/04 a 30/09/05, este inciso passou a ter a seguinte redação:

"XXVI - em 30% (trinta por cento), nas operações internas e nas operações de importação do exterior com bebidas alcoólicas, exceto cervejas e chopes, especificadas no item 2 do inciso II do art. 353, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada das referidas mercadorias no estabelecimento, observado o disposto no § 12;"

Mais uma vez foi ele alterado (Alteração nº 66 do RICMS/97 (Decreto nº 9.547, de 20/09/05, DOE de 21/09/05), efeitos de 01/10/05 a 29/11/05) ficando convalidadas as operações ocorridas entre o período de 01/10/05 até 17/10/05. Pela Alteração nº 70 (Decreto nº 9.681, de 29/11/05, DOE de 30/11/05, efeitos de 30/11/05 a 31/03/09), mais uma vez sofreu modificações o referido inciso até que foi ele revogado pela Alteração nº 116 (Decreto nº 11.462, de 10/03/09, DOE de 11/03/09), efeitos a partir de 01/04/09.

Por seu turno, o § 12 do art. 87 também foi acrescentado pela Alteração nº 59 (Decreto nº 9.209, de 04/11/04, DOE de 05/11/04), tendo a seguinte redação com efeitos de 05/11/04 a 29/12/04:

§ 12 A redução prevista no inciso XXVI deste artigo aplica-se, exclusivamente, nas hipóteses em que os remetentes das mercadorias forem os próprios contribuintes fabricantes ou suas filiais atacadistas.

Tal parágrafo, através da Alteração nº 61 (Decreto nº 9292, de 29/12/04, DOE de 30/12/04, efeitos de 30/12/04 a 16/11/05), sofreu nova redação (*A redução prevista no inciso XXVI deste artigo aplica-se, exclusivamente, nas hipóteses em que as aquisições forem efetuadas diretamente do estabelecimento industrial ou de suas filiais atacadistas ou adquiridas diretamente do exterior*) e, através da Alteração nº 69 (Decreto nº 9.651, de 16/11/05, DOE de 17/11/05), com efeitos a partir de 17/11/05, foi ele revogado.

Diante da norma regulamentar acima exposta, a argumentação do recorrente a respeito da redução de base de cálculo até 05/11/2004 não tem qualquer valia, pois até tal data não existia o benefício da redução de base de cálculo para o produto de sua fabricação. Em assim sendo, as infrações 10 e 11 encontram-se totalmente fora de tal argumentação, restando tão-somente neste contexto parte da infração 9, correspondente ao período de novembro de 2004 a março de 2005.

Quando da informação fiscal, e conforme inclusive transrito no presente voto, a autuante informa que obedeceu, para o cálculo do imposto, às determinações do art. 87, XXVI, do RICMS/97 a partir de 23/11/2004. Porém, ao consultar o Plantão Fiscal da SEFAZ, foi informada que deveria retroagir tal benefício a partir de 5/11/2004. Em assim sendo, naquele momento estava retificando os valores entre os dias 05 a 22/11/2004, conforme demonstrativo da Conta Corrente que apensou aos autos (fl. 2.558).

Entretanto, quando elaborou o novo demonstrativo de débito da infração 9 (fl. 2573), não somente manteve o mesmo valor do mês de novembro de 2004 (R\$10.700,33) como majorou o imposto referente ao mês de fevereiro de 2005 de R\$7.810,58 para R\$7.823,34, mantendo inalterados os demais. Apresentou o valor de R\$89.939,06 da infração em vez de R\$89.926,30, como originalmente exigido. A empresa não se manifestou sobre tais modificações. A JJF com base no Demonstrativo de Débito de fl. 2573 manteve a autuação. Porém, estes fatos motivaram a diligência requerida

por esta 2º CJF. A autuante em resposta, informa que os valores apresentados no levantamento da conta corrente fiscal elaborado encontravam-se corretos, apresentando cópia da fl. 2558 (fl. 2.806) e o levantamento realizado das notas fiscais de saídas com a devida demonstração do cálculo das reduções de base de cálculo levadas a efeito (fls. 2807/2837).

Com tais levantamentos é que se percebe que o demonstrativo de débito de fl. 2573 encontra-se com erros de lançamento, como se segue:

1. No mês de novembro de 2004, de fato, a autuante modificou a exigência do imposto do mês de novembro de 2004, passando de R\$10.700,33 para R\$7.366,08.
2. No mês de março de 2005 diminuiu o imposto de R\$27.971,98 para R\$27.731,48.

O recorrente tomou conhecimento desta informação fiscal, bem como dos levantamentos acima nominados, mas não se manifestou.

Diante destes fatos, não somente o argumento do recorrente tem parcial procedência, mas também se denota que a JJF foi induzida a erro quando do pronunciamento do seu voto.

Assim, observando que imposto relativo ao mês de fevereiro de 2005, na presente ação fiscal não pode ser majorado, esta infração fica mantida no valor de R\$86.351,55, o que me leva a acatar parcialmente as razões recursais e a prover parcialmente o Recurso Voluntário interposto em relação à mesma.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO INFRAÇÃO 9

D. OCORRÊNCIA	ICMS AI	ICMS RETIFICADO
31/08/2004	5.466,30	5.466,30
30/09/2004	14.995,07	14.995,07
30/11/2004	10.700,33	7.366,08
30/12/2004	13.977,35	13.977,35
31/01/2005	9.004,69	9.004,69
28/02/2005	7.810,58	7.810,58
21/03/2005	27.971,98	27.731,48
TOTAL	89.926,30	86.351,55

Na infração 10, o contribuinte reteve, porém não recolheu o imposto devido. As razões recursais são as mesmas apresentadas na sua inicial, analisadas pela autuante, que procedeu às devidas modificações baseada nos argumentos de defesa. Nenhum fato novo foi apresentado. A JJF, com base na análise procedida pela fiscal autuante, corretamente, julgou procedente em parte esta infração no valor de R\$9.241,12, o que ora se ratifica.

Apreciando as razões recursais em relação à infração 11, iguais à defesa apresentada, como já exposto, não cabe qualquer redução de base de cálculo, pois o período autuado é anterior à alteração procedida no RICMS/97 (novembro de 2004).

Quanto ao pedido de que seja excluído da infração o imposto recolhido através de parcelamento (nº 6000001094044), este, desde a fiscalização, já havia sido considerado. A autuante, quando refez os levantamentos, destacou em azul (fl. 2558) todos estes valores para demonstrar que os mesmos foram abatidos para cálculo do imposto exigido e como consta no levantamento inicial á fl. 20 dos autos. Inclusive no seu rodapé fez tal observação. Assim, não tem pertinência o pleito recursal de que seja abatido o valor de R\$151.083,93 referente ao citado parcelamento (fl. 2483).

Entretanto, como houve redução do débito em relação à infração 7, tal redução repercutiu no resultado deste item, conforme indicou a autuante que elaborou novo demonstrativo, reduzindo o valor do débito de R\$193.665,79 para R\$184.293,14.

A JJF acatou, de maneira correta, tal redução, o que ora ratifico.

O recorrente ainda informa de que empresas utilizaram dos seus registros e dados cadastrais de forma desautorizada e ilícita, sendo emitidas diversas notas por terceiros como se fossem realizadas pela empresa. Afirma, ainda, ser evidente de que os lançamentos foram realizados através do cruzamento de informações entre fornecedores, acabando por gerar, ainda, maiores

distorções na composição do caixa da empresa. Apresenta, neste sentido, uma Declaração realizada à Inspetoria de Simões Filho e datada de 08/03/2004, e uma publicação em jornal de circulação que, acrediito deste Estado (fl. 2485) e uma relação de notas fiscais de entradas com datas entre dezembro de 2002 a novembro de 2003 (fl. 2486).

Tais documentos não são provas para elidir a ação fiscal. Além do mais, a autuante informou (fl. 2501) de que todas as notas fiscais de entradas lançadas no demonstrativo de Caixa foram entregues pela própria empresa. Afora que aquelas listadas pelo contribuinte como sendo para acobertar mercadorias adquiridas por terceiros não constam do levantamento fiscal. A empresa tomou conhecimento destas informações e permaneceu silente, o que, inclusive lança por terra o seu argumento de que a fiscalização utilizou-se de cruzamento de informações.

Do exposto, meu voto é pelo PROVIMENTO PARCIAL dos Recursos de Ofício e Voluntário, conforme demonstrativo a seguir:

INFRAÇÕES	AI	JJF	CJF	MULTA	OBSERVAÇÕES
1	62.113,06	53.492,90	53.492,90	50%	RV não provido - RO não provido
2	53.205,35	53.205,35	17.967,25	70%	RV provido em parte
3	31.558,39	31.558,39	31.291,65	50%	RV provido em parte
4	18.926,58	18.926,58	7.146,94	70%	RV provido em parte
5	5.880,70	4.262,50	4.262,50	60%	RV não provido - RO não provido
6	576,32	448,32	448,32	60%	RV não provido - RO não provido
7	322.776,36	307.155,26	307.155,26	70%	RV não provido - RO não provido
8	9.056,26	1.485,00	9.056,26	60%	RV não provido - RO provido
9	89.926,30	89.926,30	86.351,55	150%	RV provido em parte
10	10.561,12	9.241,12	9.241,12	60%	RV não provido - RO não provido
11	193.665,79	184.293,14	184.293,14	60%	RV não provido - RO não provido
12	90,00	90,00	90,00	----	Não faz parte do R. Voluntário
13	50,00	50,00	50,00	----	Não faz parte do R. Voluntário
TOTAL	798.386,23	754.134,86	710.846,89		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALEMENTE** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108880.0005/05-7**, lavrado contra **VINÍCOLA SANTA ROSA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$710.706,89**, acrescido das multas de 50% sobre R\$84.784,55; 60% sobre R\$207.301,34; 70% sobre R\$332.269,45 e 150% sobre R\$86.351,55, previstas no art. 42, I, “a”; II, “a”, “e” e “f”; III e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$140,00**, previstas no art. 42, XX e XXII, do mesmo diploma legal, com os devidos acréscimos moratórios, previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS