

A. I. N ° - 299430.0001/12-2
AUTUADO - CENTRALTEC CLIMATIZAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 09.10.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0225-02/12

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. O tratamento fiscal previsto no Decreto nº 7.799/00 aplica-se unicamente nos meses em que se atinja o percentual de 65%, no mínimo, do faturamento do valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS. **Infração subsistente. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO MENOS.** Defesa comprovou que parte do valor autuado foi recolhido antes da ação fiscal, tendo o autuante revisado o levantamento fiscal. **Infração parcialmente caracterizada. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. VALOR DAS SAÍDAS SUPERIOR AO DAS ENTRADAS.** Constatando-se num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. **Infração mantida. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.** Correta aplicação da multa no percentual de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. **Infração mantida. 5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DESTINADAS A CONTRIBUINTES EM SITUAÇÃO CADASTRAL IRREGULAR OU BAIXADO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Refeitos os cálculos. **Infração parcialmente mantida. Não acolhidas arguições de nulidade. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/03/2012, exige ICMS no valor histórico de histórico de R\$1.378.881,01, em decorrência de:

INFRAÇÃO 01 – 03.02.06 - Recolheu a menor o ICMS, no valor de R\$1.201.749,50, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Contribuinte possui Termo de Acordo firmado com o Estado da Bahia para utilizar o benefício previsto no Decreto Estadual nº 7.799/2000, porém em nenhum dos meses dos exercícios de 2008 e 2009 atingiu o percentual mínimo de vendas destinadas a contribuintes do ICMS. Com isto, as reduções de base de cálculo realizadas naqueles exercícios são consideradas indevidas.

INFRAÇÃO 02 – 03.01.01 - Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$ 104.381,26, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração

do ICMS. Contribuinte recolheu a menor o saldo devedor do conta corrente nos exercícios de 2008 e 2009, conforme planilha e livros fiscais de apuração do ICMS juntados este processo, cujo conteúdo foi dado conhecimento antecipadamente ao contribuinte antes da emissão deste auto de infração.

INFRAÇÃO 03 – 04.05.02 - Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. O contribuinte possui operações de aquisição de mercadorias armazenadas em depósito fechado fora do estabelecimento do fornecedor (CFOP 6105), registrando a nota fiscal de entrada, enviada pelo depósito fechado, no CFOP 2949. Entretanto, com este mesmo CFOP o contribuinte registra as entradas de mercadorias remetidas por outro fabricante para conserto de produtos em garantia, uma vez que ele também presta serviço de manutenção. Notas fiscais com exemplos destas transações foram juntadas ao processo. Com isto, tivemos que proceder a duas formas de levantamento quantitativo de estoque: uma retirando este CFOP de entrada da apuração, para não duplicar a entrada da mesma mercadoria, e outra, mantendo. No primeiro levantamento, apurou-se omissão de saída de produto “unidade evaporadora para condicionador de ar Split” e de outros produtos que tiveram entrada originada de bonificação a qual não foi considerada como movimentação no estoque pelo contribuinte. No segundo levantamento apurou-se também, omissão de saída, pois os produtos recebidos como “remessa em garantia” não tiveram a saída registrada pelo contribuinte. Tais infrações foram comunicadas tempestivamente ao contribuinte que apresentou seus esclarecimentos, os quais, porém, não justificam os procedimentos. ICMS devido no valor de R\$59.704,37.

INFRAÇÃO 04 – 16.01. 01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Contribuinte deixou de registrar em seus livros fiscais notas fiscais eletrônicas e outras obtidas no CFAMT, conforme demonstrativos anexados ao este auto de infração. Multa no valor de R\$ 6.930,39.

INFRAÇÃO 05 – 07.04.03 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado em situação cadastral irregular ou baixado. ICMS devido no valor de R\$ 6.115,49.

O autuado apresentou defesa, fls. 868 a 909, impugnando o lançamento tributário, inicialmente transcrevendo as infrações. Antes de adentrar a lide, em si, o sujeito passivo discorreu a respeito dos princípios da legalidade objetiva, da verdade material, da inquisitorialidade e da tipicidade cerrada.

Prosseguindo, arguiu nulidade alegando a existência de vícios, omissões e incorreções de natureza grave (e não apenas “eventuais”), e as exigências não observadas pelo autuante no seu trabalho não são meramente formais, aproximando-se sim, sem qualquer dúvida, de exigências de natureza substancial.

Alega cerceamento ao direito de exercício da ampla defesa, uma vez que ao encerrar o trabalho fiscal, o autuante forneceu ao autuado, além do Auto de Infração, uma cópia do demonstrativo de débito, discriminando-o, mês a mês as parcelas de ICMS que o mesmo achava que a empresa era devedora. Entretanto, com base nestes elementos materiais, não é possível se elaborar uma defesa, ideal, onde se pudesse apresentar todos os argumentos defensivos aplicáveis à questão. Os demonstrativos fiscais fornecidos pelo autuante não são, em si próprios, autoexplicativos, nem são claros.

Aduz que o autuante na infração de nº 01, não discriminou as notas fiscais de saídas, não elaborou demonstrativo e não anexou cópia das notas fiscais que ele excluiu para concluir de que

a autuada teria descumprido o limite de que determina o Inciso I do artigo 1º do Decreto nº 7.799 de 09 de maio de 2000.

Quanto a infração nº 04, o autuante não forneceu à autuada, cópia das notas fiscais que o mesmo alega ter verificado no sistema CFAMT/SEFAZ que não estariam registradas na escrita fiscal da empresa.

Quanto a infração nº 05, o autuante não forneceu à autuada, nem anexou ao processo fiscal, as cópias de documentos emitidos pela Secretaria da Fazenda que provassem a situação fiscal dos destinatários das mercadorias com inscrição irregular ou baixada no cadastro Estadual na data da emissão de cada nota fiscal.

Sustenta que na instauração do processo administrativo fiscal atender-se-á entre outros princípios, o princípio da verdade material conforme determina o art. 2º do RPAF. O autuante ao não fornecer cópias das notas fiscais constantes do demonstrativo constante da infração 04 e da infração 05, cerceou o direito de ampla defesa da autuada.

Argumenta que existem inúmeros casos, em que no sistema CFAMT/SEFAZ, constam notas fiscais cujos destinatários são outras empresas, os números das notas estão incorretos, os valores das notas fiscais constantes na relação do CFAMT não coincidem com o valor real constante da via das notas fiscais, a natureza da operação não é compra para revenda, às vezes sendo remessa para conserto, bonificação, etc. Este Conselho tem se pronunciado constantemente em inúmeras decisões proferidas que a via arrecadada nos diversos postos fiscais fixos e volantes ou a cópia fornecida por Fornecedores é prova material imprescindível para comprovação de irregularidade fiscal e que deve ser anexada aos autos e também ser fornecida cópia das mesmas ao contribuinte para que o mesmo tenha o direito de garantia de ampla defesa.

Ressalta que ficou prejudicado no exercício do sagrado direito de defesa, tido, neste momento, como cerceado, por, não lhe ter sido permitido de forma clara e suficiente, o perfeito entendimento do teor da autuação impossibilitando, assim, o exercício do contraditório. Ao agredir a garantia do contraditório pleno, o autuante impossibilitou o exercício do direito de defesa, violentando a possibilidade de questionamento aprimorado quanto ao mérito da infração, o que, por conseqüência, implica na caracterização da nulidade da autuação. Com efeito, sob o aspecto do cerceamento do direito de defesa, existem inúmeras decisões, inclusive a nível federal, que amparam a pretensão de nulidade por parte do autuado, especialmente quando o cerceamento é oriundo de descumprimento de formalidade impeditiva do exercício da ampla defesa, a exemplo do Ac. 303-25.277, Rel. Hélio Loyolla de Alencastro, publicado no DOU de 10/03/89, p. 3754, que diz: *‘Desatendido requisito essencial de forma impeditiva de exercício, amplo e desembaraçado, do direito, configura-se o cerceamento de defesa, cuja conseqüência é a nulidade do processo’*.

Assegura que este Conselho, através de suas Juntas e Câmaras tem se manifestado constantemente a favor do contribuinte quando é cerceado o seu direito de defesa, transcrevendo diversas ementas sobre o tema.

Alegou, ainda, falta de descrição clara e precisa da acusação, ressaltando que o Auto de Infração para ser aceito como documento regular de cobrança de obrigação tributária, precisa obedecer a diversos requisitos previstos na legislação. Dentre estes, destaca-se, pela sua essencialidade, o previsto no art. 39, III do RPAF/99, diz ele, *verbis*:

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

III – a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta:

(...)

Assim, entende que não há duvida de que um dos requisitos essenciais do Auto de Infração é a descrição do que a autoridade fiscal entender como fato gerador do tributo. Portanto, deve estar indicado na peça de acusação, o fato gerador visualizado pelo agente fiscal, o que lhe daria respaldo para levar a efeito exigência tributária, por meio da autuação. No presente caso, à vista da redação constante na infração 1, verifica-se que o autuante não citou quais as notas fiscais que

excluiu no seu levantamento, na infração 03 não procedeu como determina a Portaria 445/98 da Secretaria da Fazenda, na infração 04 não anexou e nem forneceu cópias das notas fiscais que ele diz constar no sistema CFAMT, fatos estes que teria lhe dado motivação para a exigência tributária ora em discussão. Os documentos não anexados seriam de fundamental importância, para permitir que o sujeito passivo conhecesse a real acusação, que estaria dando respaldo à exigência tributária. Ao que tudo indica, o representante do Fisco entendeu que a sua redação, no Auto de Infração, era suficiente para possibilitar uma descrição clara e precisa do fato gerador.

Aduz que as infrações não estão caracterizadas e não existem nos autos quaisquer elementos que possam determiná-las com segurança. A infração deve estar bem descrita pelo autuante no Auto de Infração, a fim de possibilitar ao contribuinte, que se defenda amplamente. Essa descrição há de ser objetiva, clara e tão completa quanto necessária a que o autuado possa saber de que realmente está sendo acusado, pois, a não ser assim, não terá condições para o exercício da plena defesa que lhe assegura a Constituição Federal, transcrevendo a alínea “a” do inciso IV do artigo 18 do RPAF/99.

Sustenta que há razão suficiente para se decretar a nulidade do Auto de Infração. Este próprio CONSEF, nas suas decisões, tem deixado claro que não é aceitável que uma acusação, contida em um Auto de Infração, seja obscura e, conseqüentemente, não retrate com clareza qual o seu verdadeiro teor, transcrevendo ementas sobre o tema.

No mérito, entende que a ação fiscal é improcedente, informando que restará comprovado doravante. Neste sentido, o autuado pede que se atente para a existência da disposição contida no art. 155, parágrafo único, do RPAF/99, a qual determina o julgamento pela improcedência do Auto de Infração, mesmo merecendo o ato de lançamento ser objeto de nulidade.

INFRAÇÃO 01 – Volta a tratar de nulidade. Aduz que a autuada celebrou Termo de Acordo específico para utilização do tratamento tributário previsto no decreto 7.799 de 09 de maio de 2000. Em nenhum momento a autuada foi cientificada que foi desenquadrada, que o Termo de Acordo teria sido cancelado e que não teria direito ao tratamento Tributário previsto no decreto 7.799 de 09 de maio de 2000. Como a autuada não tem conhecimento de nenhum Termo de Denúncia, o Termo de Acordo firmado entre a Secretaria da Fazenda e a autuada conforme processo 18399820079 está vigor e não houve transgressão a nenhuma norma legal.

Quanto ao mérito, diz que em todo o período de 2008 e 2009 as vendas efetuadas a contribuintes do ICMS corresponderam ao percentual acima de 65% da receita bruta conforme prevê o Termo de Acordo firmado com a Secretaria da Fazenda conforme prova os documentos acostados ao anexo 01 desta defesa.

Aduz que as notas fiscais que foram emitidas com destino a outras empresas que tinham a sua inscrição estadual na condição de Especial devem ser consideradas para este cálculo em virtude do que diz RICMS/97 vigente à época da ocorrência dos fatos abaixo:

Art. 36. Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa física ou jurídica que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 2º Incluem-se entre os contribuintes:

(...)

XIV – qualquer pessoa ou entidade mencionada nos incisos anteriores que, na condição de consumidor ou usuário final, adquira bens ou serviços em operação ou prestação interestadual.

O Regulamento do ICMS diz também:

Art. 352-A

(...)

Para os efeitos deste artigo, também serão consideradas para fins de comercialização as aquisições interestaduais de mercadorias, cujo imposto tenha sido calculado com a aplicação de alíquota interestadual, efetuadas por:

I – pessoas jurídicas inscritas no cadastro do ICMS na condição de especial;

Argumenta que o ordenamento jurídico vigente no país, não admite que Termo de Acordo seja superior ao que determina a Lei e o Regulamento. Assim sendo, o Termo de Acordo não pode considerar que o contribuinte inscrito no Cadastro Estadual como Especial não seja considerado contribuinte do ICMS, pois a Lei 7.014/96 e o Regulamento do ICMS vigente à época consideravam estes estabelecimentos como contribuintes do ICMS conforme artigos já citados nesta defesa. Logo a acusação fiscal é improcedente, pois o autuante excluiu dos seus cálculos as notas fiscais que foram emitidas contra contribuintes inscritos na condição de Especial. A Secretaria extinguiu esta modalidade de inscrição a partir de 01/11/2010 considerando que a partir desta data todos os contribuintes que anteriormente tinha sua inscrição como Especial passariam a ter a sua inscrição como Contribuinte NORMAL.

INFRAÇÃO 02 – Frisa que o autuante cometeu alguns enganos conforme relatado abaixo:

Mês de Janeiro de 2008 - A acusação fiscal é improcedente. O saldo devedor na conta corrente escriturado nas fls. 03 do LAICMS é de R\$22.231,50. A atuada deixou de escriturar no quadro Crédito do Imposto – Outros Créditos do livro Registro de Apuração do ICMS, o valor do imposto pago antecipado parcialmente através de diversos DAES no mês de janeiro de R\$18.743,89. A atuada também deixou de escriturar na Coluna Outros Créditos – do livro Registro de Apuração do ICMS, o ICMS recolhido a título de Antecipação Parcial do mês de 12/2007 no dia 03/01/2008 no valor de R\$13,51. A atuada também deixou de escriturar na Coluna Outros Créditos – do Livro de Apuração do ICMS, o ICMS recolhido a título de Antecipação Parcial do mês de 12/2007 no dia 03/01/2008 no valor de R\$429,87.

Aduz que o autuante se enganou quando não verificou que a atuada lançou na Coluna Outros Débitos à título de ICMS – Complementação de alíquota- uso/consumo ativo Fixo o valor de R\$42,90 que foi recolhido em 21/05/2009 através de DAE com o código de receita 0791 com o valor de R\$92,90. Todos os valores de DAES citados nesta defesa constam no Sistema de Arrecadação da Secretaria da Fazenda, podendo ser facilmente consulta pelo autuante e pelos senhores membros desta Junta de Julgamento Fiscal. Logo a diferença existente é de apenas R\$1.093,93. [R\$22.231,50 – (R\$ 18.743,89 + R\$13,51 + R\$429,87 +R\$ 92,90)].

Reconhece o débito de ICMS no valor de R\$1.093,93.

Mês de Fevereiro de 2008 - A acusação fiscal é improcedente. O autuante se enganou quando não verificou que a atuada lançou na Coluna Outros Débitos à título de ICMS – Complementação de alíquota- uso/consumo ativo Fixo o valor de R\$ 15,60 que foi recolhido em 24/03/2009 através de DAE com o código de receita 0791. Todos os valores de DAES citados nesta defesa constam no Sistema de Arrecadação da Secretaria da Fazenda, podendo ser facilmente consulta pelo autuante e pelos senhores membros desta Junta de Julgamento Fiscal.

Mês de Março de 2008 - A acusação fiscal é improcedente. O saldo devedor na conta corrente escriturado nas fls. 07 do LAICMS é de R\$ 117.827,73. O autuante se enganou quando não verificou que a atuada lançou na Coluna Outros Débitos à título de ICMS – Complementação de alíquota- uso/consumo ativo Fixo o valor de R\$ 308,30 que foi recolhido em 22/04/2009 através de DAE com o código de receita 0791.

Mês de Abril de 2008 - A acusação fiscal é improcedente. Não existe saldo devedor de ICMS na conta corrente fiscal no mês de abril como acusa o autuante. O saldo da conta corrente de ICMS neste mês é CREDOR no valor de (38.161,46).

Mês de Junho de 2008 - A acusação fiscal é improcedente. Não existe saldo devedor de ICMS na conta corrente fiscal no mês de junho como acusa o autuante. O saldo da conta corrente de ICMS neste mês é CREDOR no valor de (306,39).

Mês de Julho de 2008 - O autuante se enganou quando não verificou que a atuada lançou na Coluna Outros Débitos à título de ICMS – Complementação de alíquota- uso/consumo ativo Fixo o valor de R\$ 349,85 que foi recolhido em 21/08/2008 através de DAE com o código de receita 0791.

Mês de Setembro de 2008, Mês de Outubro de 2008, Mês de Novembro de 2008 e Mês de Dezembro de 2008 - A acusação fiscal é improcedente. Existem diversos enganos cometidos pelo autuante. A autuada está fazendo um levantamento minucioso em todos os recolhimentos efetuados refazendo sua conta corrente fiscal para provar que não existem as diferenças apontadas nos valores constantes da acusação fiscal.

Mês de Abril de 2009 - A acusação fiscal é improcedente. O saldo devedor na conta corrente escriturado nas fls. 0234 do LAICMS é de R\$ 73.917,58. A autuada recolheu a quantia de R\$73.363,59 em 11/05/2009. A autuada recolheu a quantia de R\$ 203,82 em 21/05/2009. O autuante se enganou quando não verificou que a autuada lançou na Coluna Outros Débitos à título de ICMS – Complementação de alíquota- uso/consumo ativo Fixo o valor de R\$ 203,82 que foi recolhido em 21/05/2009 através de DAE com o código de receita 0791.

Logo a diferença existente é de apenas R\$350,17. $[R\$ 73.917,58 - (R\$73.363,59 + R\$203,82)]$. Reconhece o débito de ICMS no valor de R\$ 350,17.

O autuante se enganou quando não verificou que a autuada lançou na Coluna Outros Débitos à título de ICMS – Complementação de alíquota- uso/consumo ativo Fixo o valor de R\$ 203,82, que foi recolhido em 21/05/2009 através de DAE com o código de receita 0791. Logo a diferença existente é de apenas R\$ 350,17. $[R\$73.917,58 - (R\$ 73.363,59 + R\$ 203,82)]$. Reconhece o débito de ICMS no valor de R\$ 350,17.

Mês de Maio de 2009 - A acusação fiscal é improcedente. O saldo devedor na conta corrente escriturado nas fls. 0239 do LAICMS é de R\$80.416,36. A autuada recolheu a quantia de R\$80.218,60 em 09/06/2009. A autuada recolheu a quantia de R\$19,20 em 22/06/2009. O autuante se enganou quando não verificou que a autuada lançou na Coluna Outros Débitos à título de ICMS – Complementação de alíquota- uso/consumo ativo Fixo, conforme permite a legislação fiscal, o valor de R\$ 19,20 que foi recolhido em 22/06/2009 através de DAE com o código de receita 0791. Logo a diferença existente é de apenas R\$178,56. $[R\$ 80.416,36 - (R\$ 80.218,60 + R\$19,20)]$. Reconhece o débito de ICMS no valor de R\$178,56.

A autuada recolheu a quantia de R\$ 19,20 em 22/06/2009. O autuante se enganou quando não verificou que a autuada lançou na Coluna Outros Débitos à título de ICMS – Complementação de alíquota- uso/consumo ativo Fixo, conforme permite a legislação fiscal, o valor de R\$ 19,20 que foi recolhido em 22/06/2009 através de DAE com o código de receita 0791. Logo a diferença existente é de apenas R\$178,56. $[R\$ 80.416,36 - (R\$ 80.218,60 + R\$19,20)]$. Reconhece o débito de ICMS no valor de R\$178,56.

Mês de Junho de 2009 - A autuada reconhece o débito de ICMS apurado pelo autuante no valor de R\$ 0,26.

Mês de Agosto de 2009 - A acusação fiscal é improcedente. O saldo devedor na conta corrente escriturado nas fls. 0245 do LAICMS é de R\$ 31.014,65. A autuada recolheu a quantia de R\$29.803,79 em 09/09/2009. A autuada recolheu a quantia de R\$ 265,25 em 21/09/2009. O autuante se enganou quando não verificou que a autuada lançou na Coluna Outros Débitos à título de ICMS – Complementação de alíquota- uso/consumo ativo Fixo, conforme permite a legislação fiscal, o valor de R\$ 265,25 que foi recolhido em 21/09/2009 através de DAE com o código de receita 0791. Logo a diferença existente é de apenas R\$ 945,61. $[R\$ 31.014,65 - (R\$ 29.803,79 + R\$265,25)]$. Reconhece o débito de ICMS no valor de R\$ 945,61.

Mês de Setembro de 2009 - A acusação fiscal é improcedente. O saldo devedor na conta corrente escriturado nas fls. 0247 do LAICMS é de R\$93.469,29. A autuada recolheu a quantia de R\$93.128,15 em 09/10/2009. A autuada recolheu a quantia de R\$41,00 em 21/10/2009. O autuante se enganou quando não verificou que a autuada lançou na Coluna Outros Débitos à título de ICMS – Complementação de alíquota- uso/consumo ativo Fixo, conforme permite a legislação fiscal, o valor de R\$ 41,00 que foi recolhido em 21/10/2009, através de DAE com o código de receita 0791. Logo a diferença existente é de apenas R\$300,14. $[R\$ 93.469,29 - (R\$ 93.128,15 + R\$41,00)]$. Reconhece o débito de ICMS no valor de R\$300,14.

Mês de Dezembro de 2009 - A acusação fiscal é improcedente. O saldo devedor na conta corrente escriturado nas fls. 0259 do LAICMS é de R\$ 83.060,56. A autuada recolheu a quantia de R\$82.916,89 em 11/01/2010. A autuada recolheu a quantia de R\$ 26,60 em 21/01/2010. O autuante se enganou quando não verificou que a autuada lançou na Coluna Outros Débitos à título de ICMS – Complementação de alíquota- uso/consumo ativo Fixo, conforme permite a legislação fiscal, o valor de R\$ 26,60 que foi recolhido em 21/01/2010, através de DAE com o código de receita 0791. Logo a diferença existente é de apenas R\$117,07. [R\$ 83.060,56 – (R\$82.916,89 + R\$26,60)]. Reconhece o débito de ICMS no valor de R\$117,07.

Requer a realização de diligência fiscal, com a finalidade de corrigir os demonstrativos apresentados pelo autuante e apurar o ICMS realmente devido pela autuada.

INFRAÇÃO 03 – Reitera que é nula, pois o levantamento quantitativo de estoques foi efetuado em desacordo com o que determina a Portaria nº 445 de 10 de agosto de 1998 que diz no seu Art. 3º:

Art. 3º A apuração de débitos do ICMS mediante esse tipo de auditoria requer os seguintes cuidados:

I – criterioso rigor na quantificação das mercadorias, considerando-se o estoque inicial, as quantidades entradas, as quantidades saídas e o estoque final, relativamente a cada item objeto do levantamento;

Frisa que o autuante diz textualmente no teor do Auto de Infração:

“O contribuinte possui operações de aquisição de mercadorias armazenadas em depósito fechado fora do estabelecimento do fornecedor (CFOP 6105), registrando a nota fiscal de entrada, enviada pelo depósito fechado, no CFOP 2949”. Entretanto, com este mesmo CFOP o contribuinte registra as entradas de mercadorias remetidas por outro fabricante para conserto de produtos em garantia, uma vez que ele também presta serviço de manutenção. Notas fiscais com exemplos destas transações foram juntadas ao processo. Com isto, **tivemos que proceder a duas formas de levantamento quantitativo de estoque**: uma retirando este CFOP de entrada da apuração, para não duplicar a entrada da mesma mercadoria, e outra, mantendo. No primeiro levantamento, apurou-se omissão de saída de produto “unidade evaporadora para condicionador de ar Split” e de outros produtos que tiveram entrada originada de bonificação a qual não foi considerada como movimentação no estoque pelo contribuinte. No segundo levantamento apurou-se também, omissão de saída, pois os produtos recebidos como “remessa em garantia” não tiveram a saída registrada pelo contribuinte. Tais infrações foram comunicadas tempestivamente ao contribuinte que apresentou seus esclarecimentos, os quais, porém, não justificam os procedimentos”.

Assim, com este procedimento está caracterizado que os arquivos magnéticos apresentado pela autuada e usado pelo autuante para efetuar os seus trabalhos de fiscalização estava com inconsistências, não servindo para efetuar este tipo de fiscalização. Caberia ao autuante fazer intimação específica acompanhada de Listagem Diagnóstico das inconsistências como determina a legislação para que a autuada enviasse novos arquivos no prazo de 30(trinta) dias. O autuante efetuou intimação fiscal e concedeu o prazo apenas de 5 (cinco) dias para apresentação de novos arquivos, portanto, contrariando norma legal existente na Legislação do ICMS (RICMS/97). A intimação não tem validade por contrariar a legislação e os dados existentes nos arquivos magnéticos por ter inconsistências não devem servir para a realização de fiscalização de estoques. Solicita pela nulidade da infração de nº 03.

INFRAÇÃO 04 – Quanto a esta infração, o autuante não anexou ao processo fiscal e nem forneceu à autuada, cópias das notas fiscais de nº 711723, 1267, 711507, 224804, 224831, 14541, 734312, sendo que estas duas últimas, não conferem o valor que está no demonstrativo com o valor que está no Auto de Infração e também o autuante não anexou ao processo fiscal o demonstrativo, nem quais as notas que deram origem aos valores constantes dos meses de julho, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2009.

Reitera que o autuante ao não fornecer cópias das notas fiscais constantes do demonstrativo constante da infração 04, cerceou o direito de ampla defesa da autuada. Na instauração do processo administrativo fiscal atender-se-á entre outros princípios, o princípio da verdade material conforme determina o art. 2º do RPAF.

Destaca que existem inúmeros casos, em que no sistema CFAMT/SEFAZ e nos arquivos do Sintegra dos Fornecedores constam notas fiscais cujos destinatários são outras empresas, os números das notas estão incorretos, os valores das notas fiscais constantes na relação do CFAMT

não coincidem com o valor real constante da via das notas fiscais, a natureza da operação não é compra para revenda, às vezes sendo remessa para conserto, bonificação, etc.

Ressalta que este Conselho tem se pronunciado constantemente em inúmeras decisões proferidas que a via arrecadada nos diversos postos fiscais fixos e volantes e a cópia da nota fiscal pelo fornecedor fornecida é prova material imprescindível para comprovação de irregularidade fiscal e que deve ser anexada aos autos e também ser fornecida cópia das mesmas ao contribuinte para que o mesmo tenha o direito de garantia de ampla defesa.

Diante dos fatos relatados anteriormente, solicitamos a esta JJF que julgue NULA a infração por cerceamento do direito de defesa da autuada como prevê o art. 18, Inciso II do RPAF, transcrevendo ementas de decisões do Consef sobre o tema.

INFRAÇÃO 05 – Quanto a esta infração o autuante está completamente equivocado, conforme indicou:

1 - O autuante não apresentou demonstrativos que constassem quais as notas fiscais de saídas que a autuada teria emitido cujos destinatários fossem contribuintes do Estado da Bahia com situação irregular e/ou baixado.

2 – O autuante não anexou ao processo fiscal e nem forneceu cópia de nenhum documento que comprove a situação cadastral de cada contribuinte nas datas das emissões das respectivas notas fiscais.

3 – Com o procedimento adotado pelo autuante, fica caracterizado o cerceamento do direito de defesa da autuada.

4 – Independente do citado no item anterior, o autuante está completamente equivocado na interpretação jurídica da cobrança de ICMS por substituição tributária.

5 – As mercadorias comercializadas pela autuada não estão sujeitas ao pagamento do ICMS por substituição tributária.

6 – Mesmo as saídas das mercadorias com destino a outros contribuintes do estado que tivessem a sua situação irregular, tais vendas não estariam sujeitas ao pagamento do ICMS antecipado por substituição por se tratar de venda cujo destino a ser dado pelo comprador seria incorporação ao ativo fixo e não para revenda.

Entende que, diante dos fatos relatados nos itens de 1 a 6, acusação é NULA por cerceamento do direito de defesa, por falta de provas de que os destinatários das mercadorias seriam contribuintes em situação irregular ou baixados e por motivo das mercadorias comercializadas não serem destinadas para revenda.

Requerer que seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração em consonância com as arguições preliminares, visto que a sua constituição esta alicerçada em desacordo com os princípios constitucionais de ampla defesa e do contraditório, bem como pelo fato de não terem sido observadas diversas formalidades de vital importância para existência regular do processo. Mas do isto, a autuada pede que, não obstante o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração, os nobres julgadores não se esqueçam da determinação do art. 155, parágrafo único, do RPAF.

Destaca que ficou comprovado que quanto a Infração 1, 2, 3, 4 e 5, o autuante cometeu erros, enganos, falhas e equívocos, como caracterizar a infração de forma imprecisa e por presunção, presunção esta sem procedência e que a descrição em consequência destes enganos cometidos ficou confusa, genérica e que os demonstrativos e notas fiscais, não acompanharam o processo fiscal ou não apontaram com clareza as supostas irregularidades acusadas pelo autuante.

Por fim, requer que esta JJF julgue nula a Infração 1, 3 e 4, Procedente em parte a Infração 2 (com as devidas retificações, após diligência que ora solicitamos para retificação do valor do ICMS devido) e Improcedente a infração de nº 5.

Na informação fiscal, fls. 935 e 947, o autuante destaca que em sua defesa às fls. 868 a 933 o contribuinte contesta todas as infrações deste auto de infração, alegando:

1. Nulidade do processo administrativo fiscal, por entender que houve cerceamento do direito de exercício de ampla defesa;
2. Falta de descrição clara e precisa da acusação; e
3. Questões relativas ao mérito da autuação.

No que diz respeito à primeira alegação, informa que sua relação profissional com o autuado foi de forma isenta, transparente e respeitando seus amplos direitos de defesa, portanto que não há nada que possa considerar nulo este processo, passando a relatar os procedimentos que adotou durante a fiscalização.

Aduz que intimou o contribuinte em 28/12/2011 para que apresentasse a documentação fiscal no dia 01/02/2012, para apresentar os arquivos 74 (inventário) dos exercícios de 2008 e 2009 e para regularizar os demais arquivos do Sintegra (fls. 11 a 13). Houve atraso na entrega destes elementos, justificado pelo contribuinte por estar em fase de substituição do escritório de contabilidade que lhe prestava serviços. Os documentos fiscais somente começaram ser apresentados em 13/02/2012 e os arquivos do Sintegra somente foram ajustados totalmente em 29/02/2012, após a segunda intimação (ver fls. 11 a 17).

Quando apurou todas as infrações fez questão de dar conhecimento prévio ao contribuinte antes da lavratura do auto de infração, razão pela qual lhe repassou todos os demonstrativos que se fizeram necessários no dia 12/03/2012, conforme pode ser observado às fls. 86 a 89, 841 a 857, e 948 a 1.065, exceto os demonstrativos e as notas fiscais do CFAMT, os quais foram entregues ao contribuinte em 22/03/2012 (ver fls. 1.066 e 1.067), em reunião que teve com seus representantes na Secretaria da Fazenda para discutir as primeiras infrações. A partir da entrega desses elementos teve, pelo menos, mais três encontros com prepostos da empresa para dirimir dúvidas e sanar incorreções nos levantamentos fiscais. Por conta disto, algumas dessas infrações foram reduzidas e outras, mantidas.

Destaca que no ato da entrega do auto de infração, diversamente do que foi informado pelo autuado, entregou-lhe, além do auto de infração e do demonstrativo de débito, todos os demonstrativos e cópias de documentos que fazem parte deste processo, conforme recibos de arquivos magnéticos às fls. 860 e 861 e recibo das notas fiscais do CFAMT, fls. 677 e 740.

Quanto a infração nº 05, entregou a relação de todos as notas fiscais emitidas para contribuintes desabilitados, mas não poderia entregar os extratos da situação fiscal destes por questões de sigilo fiscal. Além do mais, é responsabilidade dele verificar, antes da venda das mercadorias, a situação cadastral de seus clientes, como explicaremos melhor mais adiante, quando tratarmos especificamente desta infração.

Frisa que, conforme o exposto, não houve nenhum ato praticado por na fiscalização que prejudicasse o direito de ampla defesa do contribuinte.

Na segunda alegação, o contribuinte argui que não está descrito claramente o “fato gerador do tributo”, invocando que (fls. 889):

*à vista da redação constante na **infração 1**, verifica-se que o autuante não citou quais as notas fiscais que excluiu no seu levantamento, na **infração 03** não procedeu como determina a Portaria 445/98 da Secretaria da Fazenda, na **infração 04** não anexou e nem forneceu cópias das notas fiscais que ele diz constar no sistema CFAMT, fatos estes que teria lhe dado motivação para a exigência tributária ora em discussão.*

Aduz que, como informado anteriormente, o contribuinte tomou conhecimento de todas as notas fiscais emitidas para os não-contribuintes e para as pessoas jurídicas inscritas na condição de “especial” antes, até, da emissão do auto de infração (dia 12/03/2012) e, também, na entrega deste auto. As notas fiscais do CFAMT foram-lhe entregue, de igual forma, antes da emissão do auto (22/03/2012) e depois. Para a infração nº 03, alega a defesa que não foi observada a Portaria nº 445/98 da Sefaz, mas não especifica qual artigo, inciso ou parágrafo deixou de ser atendido, para que pudéssemos prestar os devidos esclarecimentos. Logo, não tem sentido nesta acusação do contribuinte.

Quanto ao mérito, há as seguintes discordâncias do autuado:

Infração nº 01 - afirma que em nenhum momento falou-se em desenquadramento ou termo de denúncia do Termo de Acordo firmado com a Sefaz/BA. O Decreto Estadual nº 7799/00 concede benefício fiscal com a redução da base de cálculo para atacadista localizado neste Estado que celebre o termo de acordo e obedeça às condições nele impostas. Uma delas, e talvez a mais importante, é aquela referida no artigo 1º:

*Art. 1º Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo **podrá ser reduzida em 41,176%** (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento:*

I – 65% (sessenta e cinco por cento), tratando-se de estabelecimento cuja receita bruta do exercício seja igual ou inferior a R\$ 45.0000,00 (quarenta e cinco milhões de reais); (grifou)

Salienta que o autuado descumpriu este dispositivo em todos os meses dos exercícios de 2008 e 2009, perdendo, portanto, o direito de reduzir a base de cálculo. Em nenhum momento o autuante determinou o desenquadramento do contribuinte do tratamento tributário previsto no citado Decreto, tanto assim que ele continua usufruindo deste direito, desde que atenda às condições acertadas no Termo de Acordo.

Quanto a alegação defensiva de que em todo o período de 2008 e 2009 as vendas efetuadas a contribuintes do ICMS corresponderam ao percentual acima de 65% da receita bruta, contesta o argumento defensivo destacando que os demonstrativos acostados como anexo 01 (fls. 910 a 931) não têm valor fiscal, pois se tratam de extratos do último mês de cada ano fiscalizado de um sistema de controle interno do contribuinte. Acrescenta que mais grave é que os valores neles constantes são muitíssimos diferentes das saídas registradas na sua escrita fiscal (fls. 90 a 141) e, por conseguinte, de seus arquivos magnéticos e das DMAs apresentadas, como demonstrado a seguir:

Diferença nas saídas entre informação do contribuinte (Anexo nº 1) e Livro de Apuração do ICMS

Mês	Valor Contábil			Base de Cálculo		
	Anexo 01	Livro de Apuração	Diferença	Anexo 01	Livro de Apuração	Diferença
jan/08	3.464.313,33	1.514.471,42	1.949.841,91	3.054.110,53	1.283.882,68	1.770.227,85
fev/08	2.407.307,96	1.380.480,11	1.026.827,85	2.106.329,33	1.188.109,29	918.220,04
mar/08	2.364.107,35	1.442.395,78	921.711,57	2.037.314,97	1.228.852,90	808.462,07
abr/08	2.261.266,31	1.275.514,49	985.751,82	1.961.462,45	1.096.495,52	864.966,93
jun/08	1.970.745,01	1.219.522,49	751.222,52	1.714.464,29	1.017.250,10	697.214,19
jul/08	2.631.231,14	1.330.755,88	1.300.475,26	2.182.914,87	1.062.138,20	1.120.776,67
ago/08	2.492.792,60	1.403.700,70	1.089.091,90	2.193.102,95	1.185.575,54	1.007.527,41
set/08	3.043.905,30	1.402.956,25	1.640.949,05	2.462.176,65	1.157.644,23	1.304.532,42
nov/08	3.152.049,00	1.533.749,79	1.618.299,21	2.774.403,01	1.235.220,47	1.539.182,54
dez/08	2.603.748,25	1.350.171,69	1.253.576,56	2.256.408,14	1.078.433,26	1.177.974,88
jan/09	4.390.836,70	2.069.917,17	2.320.919,53	3.781.604,66	1.690.989,54	2.090.615,12
fev/09	2.886.442,74	1.697.346,96	1.189.095,78	2.382.514,66	1.399.455,17	983.059,49
mar/09	4.205.908,60	2.220.056,79	1.985.851,81	3.184.712,38	1.784.741,77	1.399.970,61
abr/09	2.738.811,49	1.528.908,69	1.209.902,80	2.218.072,89	1.197.800,49	1.020.272,40
mai/09	2.370.724,53	1.371.914,89	998.809,64	1.848.166,15	1.037.225,30	810.940,85
jun/09	2.277.360,85	985.179,07	1.292.181,78	1.663.282,58	744.702,01	918.580,57
ago/09	2.810.900,72	1.490.689,85	1.320.210,87	2.386.010,47	1.183.740,25	1.202.270,22
set/09	3.923.697,10	2.078.334,44	1.845.362,66	3.199.678,48	1.651.113,95	1.548.564,53

Mês	Valor Contábil			Base de Cálculo		
	Anexo 01	Livro de Apuração	Diferença	Anexo 01	Livro de Apuração	Diferença
out/09	4.697.469,25	2.285.271,97	2.412.197,28	4.092.522,88	1.838.412,03	2.254.110,85
dez/09	5.694.992,83	2.700.133,34	2.994.859,49	4.976.416,22	2.230.364,69	2.746.051,53
TOTAL GERAL	62.388.611,06	32.281.471,77	30.107.139,29	52.475.668,56	26.292.147,39	26.183.521,17

Observa que os meses de maio/08, outubro/08, julho/09 e novembro/2009 não foram informados pelo contribuinte.

Informa que para dirimir dúvidas, intimou o contribuinte para apresentar o referido demonstrativo no qual devesse constar todos os dias dos exercícios fiscalizados (fls. 1.087 a 1.110). A partir dos elementos apresentados (fls. 1.111 a 1.131) foi possível verificar que no citado Anexo 01 contém no cálculo do percentual do faturamento não só os valores das saídas, mas também os da entrada, o que torna este Anexo 01 desprovido de provas que conteste a infração 01, já que o artigo nº 1º do Decreto Estadual nº 7799/00 se refere a saídas destinadas a contribuintes inscritos. Segue demonstrativo no qual há provas desta informação, embora em vários meses há diferenças entre os valores:

Mês	Valor Contábil - Anexo 01	Valor Contábil - Livro Apuração			Diferença
		Livro Saída	Livro Entrada	Soma	
jan/08	3.464.313,33	1.514.471,42	1.924.258,42	3.438.729,84	25.583,49
fev/08	2.407.307,96	1.380.480,11	1.125.953,76	2.506.433,87	-99.125,91
mar/08	2.364.107,35	1.442.395,78	886.008,15	2.328.403,93	35.703,42
abr/08	2.261.266,31	1.275.514,49	953.135,21	2.228.649,70	32.616,61
jun/08	1.970.745,01	1.219.522,49	733.340,90	1.952.863,39	17.881,62
jul/08	2.631.231,14	1.330.755,88	1.275.686,91	2.606.442,79	24.788,35
ago/08	2.492.792,60	1.403.700,70	1.068.103,49	2.471.804,19	20.988,41
set/08	3.043.905,30	1.402.956,25	1.616.399,51	3.019.355,76	24.549,54
nov/08	3.152.049,00	1.533.749,79	1.618.299,21	3.152.049,00	0,00
dez/08	2.603.748,25	1.350.171,69	1.252.827,80	2.602.999,49	748,76
jan/09	4.390.836,70	2.069.917,17	2.320.920,03	4.390.837,20	-0,50
fev/09	2.886.442,74	1.697.346,96	1.189.095,78	2.886.442,74	0,00
mar/09	4.205.908,60	2.220.056,79	1.985.851,81	4.205.908,60	0,00
abr/09	2.738.811,49	1.528.908,69	1.209.902,80	2.738.811,49	0,00
mai/09	2.370.724,53	1.371.914,89	998.809,64	2.370.724,53	0,00
jun/09	2.277.360,85	985.179,07	1.292.181,78	2.277.360,85	0,00
ago/09	2.810.900,72	1.490.689,85	1.576.497,87	3.067.187,72	-256.287,00
set/09	3.923.697,10	2.078.334,44	1.845.362,66	3.923.697,10	0,00
out/09	4.697.469,25	2.285.271,97	2.412.197,28	4.697.469,25	0,00
dez/09	5.694.992,83	2.700.133,34	2.994.859,49	5.694.992,83	0,00
TOTAL GERAL	62.388.611,06	32.281.471,77	30.279.692,50	62.561.164,27	-172.553,21

Salienta que o caput do artigo 36 é claro quando diz que o contribuinte do ICMS é qualquer pessoa física ou jurídica que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria. Já o inciso XIV do parágrafo 2º inclui entre os contribuintes aquelas pessoas que, na condição de consumidor ou usuário final, adquira bens ou serviços em operação ou prestação interestadual. Por sua vez, o inciso I do artigo 352-A considera contribuinte aquele inscrito na condição de especial que realize aquisições interestaduais de mercadorias, cujo imposto tenha sido calculado com a aplicação da alíquota interestadual. Resumidamente, estes dispositivos definem contribuinte a pessoa, física ou jurídica, que realiza

operações com mercadorias com habitualidade ou intuito comercial ou que adquira bens ou serviços em operações interestaduais, inclusive as inscritas na condição de especial. Em nenhuma destas situações se encontram suas vendas de mercadorias para contribuintes na condição de “especial”. Aliás, o próprio Decreto Estadual nº 7.799/2000 estabelece as exceções para as vendas a contribuintes na condição de especial, através do seu parágrafo 3º do artigo 1º (vigente, à época), que dispõe:

§ 3º - Estende-se o tratamento tributário previsto neste artigo às operações internas realizadas por estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes dos itens 13, 14-A, 14-B e 14-C do Anexo Único deste decreto destinadas a não contribuintes do ICMS inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia na condição de especial. (grifou)

Ressalta que as atividades econômicas citadas no presente parágrafo 3º são as a seguir reproduzidas do Anexo Único do mencionado Decreto.

ITEM	CÓDIGO	ATIVIDADE ECONÔMICA
13	4647-8/01	Comércio atacadista de artigos de escritório e de papelaria
14	4649-4/04	Comércio atacadista de móveis e artigos de colchoaria
14-A	4672-9/00	Comércio atacadista de ferragens e ferramentas
14-B	4673-7/00	Comércio atacadista de material elétrico
14-C	4679-6/99	Comércio atacadista de materiais de construção em geral

Argumenta que, como em nenhum deles está o da autuada (4649-4/01 – comércio atacadista de equipamentos elétricos de uso pessoal e doméstico – ver fls. 21), não prospera as alegações do contribuinte. Mesmo se considerasse que o valor das vendas para contribuintes inscritos na condição de especial fosse incluído para o cálculo do percentual previsto no Decreto Estadual nº 7.799/2000, o resultado, em todos os meses de 2008 e 2009, continuaria aquém de mínimo necessário (65%) para ele fazer jus ao benefício de redução de base de cálculo, conforme demonstrado a seguir:

Decreto Estadual nº 7.799/2000 - saídas de 2008 e 2009

Mês	Contribuinte Ativo	Especial	Ativo + Especial	Outros (*)	Valor Total	% Vendas (Ativo + Especial)
jan/08	349.041,51	256.329,64	605.371,15	912.762,07	1.514.448,34	39,97
fev/08	340.381,70	164.427,22	504.808,92	873.928,20	1.378.737,12	36,61
mar/08	367.585,91	173.198,57	540.784,48	906.564,60	1.442.769,08	37,48
abr/08	325.142,36	144.098,03	469.240,39	809.979,85	1.274.600,24	36,81
mai/08	399.757,21	107.753,58	507.510,79	792.830,60	1.291.824,39	39,29
jun/08	368.891,45	129.579,21	498.470,66	720.855,01	1.218.525,67	40,91
jul/08	486.702,65	152.928,63	639.631,28	694.408,87	1.328.325,15	48,15
ago/08	387.959,46	180.464,08	568.423,54	834.871,94	1.402.335,48	40,53
set/08	452.224,50	169.297,70	621.522,20	793.787,99	1.400.440,19	44,38
out/08	496.771,25	153.409,80	650.181,05	866.034,93	1.507.169,98	43,14
nov/08	529.355,61	181.462,06	710.817,67	830.796,08	1.529.208,27	46,48
dez/08	458.099,12	202.054,81	660.153,93	695.258,54	1.347.060,73	49,01
jan/09	590.739,19	275.807,47	866.546,66	1.205.005,35	2.071.552,01	41,83
fev/09	508.803,75	307.464,58	816.268,33	874.580,92	1.690.849,25	48,28
mar/09	758.406,73	353.822,97	1.112.229,70	1.078.709,01	2.190.938,71	50,76
abr/09	572.532,75	199.721,72	772.254,47	764.588,44	1.536.842,91	50,25
mai/09	500.474,84	306.081,02	806.555,86	571.036,32	1.377.592,18	58,55
jun/09	424.199,88	169.628,87	593.828,75	386.776,94	980.605,69	60,56
jul/09	486.905,49	164.949,61	651.855,10	711.916,15	1.363.771,25	47,80

ago/09	531.035,84	205.318,60	736.354,44	756.935,38	1.493.289,82	49,31
set/09	900.991,43	167.649,43	1.068.640,86	998.861,69	2.067.502,55	51,69
out/09	845.246,00	279.466,08	1.124.712,08	1.162.556,42	2.287.268,50	49,17
nov/09	1.096.734,21	140.649,98	1.237.384,19	1.280.082,14	2.517.466,33	49,15
dez/09	1.107.576,08	0,00	1.107.576,08	1.584.450,15	2.692.026,23	41,14

(*) Não contribuintes, cupom fiscal e contribuintes inaptos

Esclarece que diferentemente do que informa o contribuinte, a Sefaz/BA extinguiu a inscrição para especial pela desnecessidade, ficando a pessoa, física ou jurídica, sem inscrição estadual.

Infração nº 02 – aduz que foi apontado o recolhimento a menor do ICMS em meses dos exercícios de 2008 e 2009. Conforme demonstram as fls. 11 e 861, o contribuinte somente apresentou à fiscalização os DAES pagos relativos aos meses de janeiro a setembro/2009, o que prejudicou, em parte, o desenvolvimento dos trabalhos, especialmente para o exercício de 2008. Por conta disto, apresentou ao contribuinte o demonstrativo com a apuração do recolhimento a menor do ICMS no dia 12/03/2011 (fls. 85 a 89), 18 dias antes da emissão do auto de infração, para que ele prestasse os esclarecimentos necessários, inclusive alertando-lhe sobre determinados créditos que não haviam sido escriturados em seu livro de apuração. Porém, nada foi esclarecido que justificasse os procedimentos. Seguem seus comentários sobre cada um dos meses questionados pela autuada.

Mês de janeiro de 2008 - reconhece o contribuinte que o saldo devedor na conta corrente escriturado é de R\$22.231,50, mas alega que deixou de se creditar de antecipações parciais nos montantes de R\$18.743,89, de R\$13,51 e de R\$ 429,87, efetuados no mês de janeiro, e que houve o pagamento de diferencial de alíquota de R\$42,90 pelo valor de R\$92,90, não observado pelo autuado. Entretanto, não anexou cópias dos DAES ou de memória de cálculo para que pudesse analisar suas informações. Nos levantamentos que fez no INC do contribuinte identificou os seguintes recolhimentos no mês de janeiro/2008 não incluídos em seu demonstrativo às fls. 86 nem no livro registro de apuração do ICMS:

Nosso Número	Pagamento	Ref.	Receita	Val. Principal
800159941	17/01/2008	1/2008	2.175 - ICMS - ANTECIPACAO PARCIAL	6,46
800159988	17/01/2008	1/2008	2.175 - ICMS - ANTECIPACAO PARCIAL	115,36
800166210	17/01/2008	1/2008	2.175 - ICMS - ANTECIPACAO PARCIAL	52,23
800166247	17/01/2008	1/2008	2.175 - ICMS - ANTECIPACAO PARCIAL	77,61
800191318	21/01/2008	1/2008	2.175 - ICMS - ANTECIPACAO PARCIAL	545,73
800209511	22/01/2008	1/2008	2.175 - ICMS - ANTECIPACAO PARCIAL	27,87
800231813	24/01/2008	1/2008	2.175 - ICMS - ANTECIPACAO PARCIAL	59,01
800231961	24/01/2008	1/2008	2.175 - ICMS - ANTECIPACAO PARCIAL	338,95
800236925	24/01/2008	1/2008	2.175 - ICMS - ANTECIPACAO PARCIAL	65,03
800237068	24/01/2008	1/2008	2.175 - ICMS - ANTECIPACAO PARCIAL	24,54
800242140	25/01/2008	1/2008	2.175 - ICMS - ANTECIPACAO PARCIAL	532,49
800242208	25/01/2008	1/2008	2.175 - ICMS - ANTECIPACAO PARCIAL	58,56
800019264	03/01/2008	1/2008	2.183 - ICMS ANTECIPACAO DE DESCREDENCIADOS	192,15
800035225	07/01/2008	1/2008	2.183 - ICMS ANTECIPACAO DE DESCREDENCIADOS	111,00
800046960	07/01/2008	1/2008	2.183 - ICMS ANTECIPACAO DE DESCREDENCIADOS	3.491,00
800046942	08/01/2008	1/2008	2.183 - ICMS ANTECIPACAO DE DESCREDENCIADOS	24,88
800116375	11/01/2008	1/2008	2.183 - ICMS ANTECIPACAO DE DESCREDENCIADOS	342,59
800136197	15/01/2008	1/2008	2.183 - ICMS ANTECIPACAO DE DESCREDENCIADOS	2.071,28
800139999	15/01/2008	1/2008	2.183 - ICMS ANTECIPACAO DE DESCREDENCIADOS	3.453,53
800141598	15/01/2008	1/2008	2.183 - ICMS ANTECIPACAO DE DESCREDENCIADOS	52,50

Nosso Número	Pagamento	Ref.	Receita	Val. Principal
800226722	24/01/2008	1/2008	2.183 - ICMS ANTECIPACAO DE DESCREDCENCIADOS	13,77
800269347	29/01/2008	1/2008	2.183 - ICMS ANTECIPACAO DE DESCREDCENCIADOS	130,99
800222499	24/01/2008	7/2007	2.175 - ICMS - ANTECIPACAO PARCIAL	5.934,11
Subtotal				17.721,64
800019091	03/01/2008	12/2007	2.183 - ICMS ANTECIPACAO DE DESCREDCENCIADOS	429,87
800019216	03/01/2008	12/2007	2.183 - ICMS ANTECIPACAO DE DESCREDCENCIADOS	13,51
Total				18.165,02

Concluiu que dos R\$ 18.743,89 conseguiu localizar R\$ 17.721,64, mais as outras antecipações parciais de R\$ 429,87 e R\$ 13,51. Quanto ao diferencial de alíquota de R\$ 42,90 pago em 21/05/2009 por R\$ 92,90, nada foi encontrado nesta data. O que localizou foi um pagamento feito em 21/02/2008 no mesmo valor, que, pela semelhança de código da receita e irrelevância, razão pela qual aceitou como prova.

Mês de fevereiro de 2008 - do valor total cobrado de R\$23.180,50, o contribuinte informa que o diferencial de alíquota de R\$15,60 foi recolhido no dia 24/03/2009. Nesta data nada foi encontrado neste valor. Há um pagamento neste valor e com este código de receita em 24/03/2008, que acredita ser o que alega o contribuinte.

Mês de março de 2008 - do valor total cobrado de R\$18.761,76, o contribuinte informa que pagou o diferencial de alíquota de R\$308,30 no dia 22/04/2009. Há um pagamento neste valor e com este código de receita em 22/04/2008, que acredita ser o alegado pelo contribuinte.

Mês de abril de 2008 - de forma destacada, o contribuinte informa que não há débitos neste mês, mas saldo credor de R\$ 38.161,46. À primeira vista, quem lê o “Resumo de Apuração do Imposto” deste mês (fls. 98) pode desavisadamente incorrer neste mesmo erro de encontra saldo credor, entretanto houve incorreção no preenchimento neste Resumo, do qual o contribuinte fora avisado. Pode-se perceber que o valor do débito e do crédito do imposto não é o que constavam nos livros de saídas e entradas do mês de abril/2008. O débito do imposto no Resumo é de R\$183.804,59 e o do crédito, de R\$ 195.747,27, que, contudo, se referem ao mês de maio de 2008, conforme fls. 99 e 702. O valor correto do débito e do crédito para o mês de abril/2008 é, respectivamente, R\$ 182.194,55 e R\$ 74.815,18, conforme fls. 97 e 698. Aliás, estes valores coincidem com suas DMAS encaminhadas à Sefaz/BA (fls. 1.068 e 1.069). E mais: tanto existia saldo devedor que o contribuinte efetuou o pagamento o imposto, no montante de R\$76.500,77, porém em valor menor que o apurado, conforme fls. 86. Seguindo a linha de defesa do contribuinte, identificou, apenas, um pagamento em 21/05/2008 de diferencial de alíquota referente a este mês, no montante de R\$ 310,41.

Mês de junho de 2008 - o contribuinte informou a existência de saldo credor de R\$ 306,39. O erro no preenchimento do “Resumo de Apuração do Imposto” mês de abril/2008 resultou em saldo credor inexistente que repercutiu nos meses de maio de junho/2008. No mês de junho o saldo credor do mês anterior que deveria ser registrado é o de R\$36.154,30 (fls. 86), valor até menor do que consta na DMA do mês (fls. 1.070), ao contrário de R\$ 74.315,76. Prova que este saldo credor está errado, além deste citado, é o fato de o contribuinte ter recolhido o ICMS normal no valor de R\$ 32.874,57, inferior, porém, ao que devia. Adotando o mesmo procedimento do mês da abril/2008, localizou, apenas, um pagamento em 21/07/2008 de diferencial de alíquota referente a este mês, no montante de R\$151,85.

Mês de julho de 2008 - do valor total cobrado (R\$ 4.323,41), o contribuinte informa ter pago R\$349,85, referente a diferencial de alíquota, em 21/08/2008, fato que foi confirmado.

Meses de setembro a dezembro de 2008 - o contribuinte diz que a acusação fiscal é improcedente, porém não especifica quais foram os enganos cometidos pelo autuante, informando estar fazendo “um levantamento minucioso de todos os recolhimentos efetuados” (fls. 899). Mantendo a mesma

linha adotada nos meses anteriores, identificou recolhimentos de diferencial de alíquotas de R\$930,97 (set/2008), R\$ 317,06 (out/2008), R\$378,54 (Nov/2008) e R\$7,14 (dez/2008), os quais serão abatidos no valor cobrado.

Meses de abril, maio, agosto, setembro e dezembro de 2009 - concordou com os esclarecimentos do contribuinte, e reduziu o valor da infração em R\$203,82 (abr/09), R\$ 19,20 (mai/09), R\$265,25 (ago/09), R\$41,00 (set/09), R\$26,60 (dez/09).

Com estas alterações, o valor da infração nº 02 passa de R\$104.381,26 para R\$82.797,75, conforme fls. 1.071 e 1.072.

Infração nº 03 – afirma que conforme pode ser visto nas fls. 150 a 158 (exercício de 2008) e 377 a 385 (exercício de 2009), há indicação de todos os elementos previstos no citado artigo 3º, utilizados no nosso levantamento quantitativo de estoque, a saber: a quantificação das mercadorias, o estoque inicial, as quantidades entradas, as quantidades saídas e o estoque final, relativamente a cada item objeto do levantamento.

Reitera que intimou o contribuinte em 28/12/2011 para apresentação de livros e documentos fiscais, para regularizar arquivos magnéticos e para o envio dos arquivos magnéticos relativos ao registro 74. Para os dois últimos casos, eu o prazo, respectivamente, de 30 (trinta) e 5 (cinco) dias (fls. 12 e 13), conforme prevê o RICMS/BA. Os arquivos magnéticos relativos aos estoques (arquivo 74) foram encaminhados, bem como todos os ajustes nos arquivos do exercício de 2008 foram regularizados até o início do mês de fevereiro/2012. Porém, algumas correções não foram realizadas nos arquivos do ano de 2009 (ver fls. 14), e, diante do prazo inicial ter se esgotado em mais de 30 (trinta) dias, o contribuinte comprometeu-se a realizar estes ajustes até o final daquele mês, como de fato ocorreu. Aduz que a partir destas retificações, seus arquivos foram considerados consistentes e utilizados em sua fiscalização, os quais constam do CD às fls. 858 e estão relacionados nas fls. 1.073. Aliás, o contribuinte não está aqui sendo autuado por não corrigir seus arquivos magnéticos tempestivamente, o que caberia argumentar a concessão de prazo insuficiente para adotar as medidas cabíveis.

Esclarece que em seguida, realizou o levantamento quantitativo de estoque, apurando, inicialmente, um valor expressivo de omissão de saídas em ambos os exercícios fiscalizados, o qual foi apresentado ao contribuinte em 12/03/2012 (fls. 948 a 1.044) para dar-lhe conhecimento, respeitando seus amplos direitos de defesa. Em reuniões que manteve na Secretaria com prepostos do contribuinte, teve conhecimento mais aprofundado da forma como as transações comerciais de entradas eram realizadas pela sociedade, inclusive foram apresentadas pela autuada planilhas do sistema de controle de estoque de mercadorias (ver fls. 159 a 339 e 386 a 514) para elucidar as divergências apuradas. A partir daí, realizou novo levantamento quantitativo de estoque com os parâmetros indicados na descrição da infração neste auto e com a concordância do autuado. As omissões levantadas condizem com os arquivos magnéticos, com os livros fiscais (inclusive o de inventário) e com as citadas planilhas do controle de estoque da autuada. Como exemplos dos casos de omissão de saída cita os seguintes:

- a) A omissão de saída do produto de código 9 (unid cond split wall 12000) no exercício de 2008, de 200 unidades (fls. 157, último item), decorreu da falta de registro no estoque da nota fiscal de entrada de nº 4922 (fls. 233), incorretamente considerada como “CFOP não movimentado estoque”. Estes itens não se encontravam no estoque ao final do exercício;
- b) A omissão de saída do produto de código 1161 (compressor 12.000 GS12-2) no exercício de 2008, de 6 unidades (fls. 150, sexto item), decorreu da falta de registro no estoque das notas fiscais de entrada de nº 83211, 83250, 83820, 83986, 84210 e 84211 (fls. 242), incorretamente consideradas como “CFOP não movimentado estoque”, pois foram mercadorias recebidas em garantia e saíram do contribuinte sem a emissão das notas fiscais de saída;
- c) A omissão de saída do produto de código 2112 (placa eletrônica 20133049) no exercício de 2008, de 1 unidade (fls. 156, décimo segundo item), decorreu da falta de registro no estoque da nota fiscal de entrada de nº 7216 (fls. 184), incorretamente considerada como “CFOP não movimentado estoque”.

movimenta estoque”, pois o artigo 54, inciso I, letra “a”, dispõe que bonificação integra a base de cálculo do ICMS. Tais itens não foram identificados em seu estoque final.

Concluiu que nenhuma inconsistência existia nos arquivos magnéticos, apenas foram detectadas omissões de saídas devidamente comprovadas, que não foram contestadas pelo contribuinte.

Infração nº 04 – assevera que todas as notas fiscais colhidas através do Cfamt foram entregues ao autuado em dois momentos: em 22/03/2012 (fls. 1.066 e 1.067) e em 09/04/2012, quando lhe entregamos o auto de infração (fls 677 e 740). Nas folhas 679 a 681 e 743 a 746 estão as terceiras vias destas notas fiscais colhidas no citado sistema. Ademais, consoante descrição dos fatos do auto, esta infração se refere à falta de registro de notas fiscais eletrônicas (NFe) e de outras obtidas no Cfamt. Logo, o somatório do mês de abril/2004 inclui a multa da NF 14.541 (R\$ 1.120,72) e das NFe 32, 167 e 354 (R\$ 8,43 – fls. 747), que totaliza R\$ 1.129,15; bem como, o somatório do mês de junho/2009 corresponde à multa da NF 734.312 (R\$ 60,69) e das NFe 725, 789, 916, 945 e 4631 (R\$ 224,27 – fls. 747 e 748), que resulta em R\$ 284,96. Os demais meses que ele informa não ter indicado à NFs, tratam-se de notas fiscais eletrônicas relacionadas nas fls. 748 a 763, demonstrativo que lhe foi entregue em 09/04/2012, na assinatura do auto (fls. 859), e, preliminarmente, em 12/03/2012 (fls. 1.045 a 1.065), para que, antecipadamente, tomasse conhecimento da nossa apuração e apresentasse as justificativas pela falta de registro.

Infração nº 05 – não acata a alegação do contribuinte de não apresentou demonstrativos que constassem quais as notas fiscais de saídas que a autuada teria emitido cujos destinatários fossem contribuintes do Estado da Bahia com situação irregular e/ou baixado, uma vez que o demonstrativo que se refere o autuado foi a ele apresentado em 12/03/2012 (fls. 841 a 857), para que ele pudesse verificar a situação do seu cliente junto ao próprio, e, também, na data de entrega do auto de infração, em 09/04/2012 (fls. 860)

Assevera que em hipótese nenhuma poderia entregar estas informações ao autuado, pois se constituiria em quebra de sigilo fiscal. Cabia a ele verificar a situação cadastral de seus clientes antes de efetuar a transação comercial, consoante dispõe o artigo 181 do RICMS/BA: *Art. 181. O contribuinte é responsável pela verificação, via INTERNET ou nos terminais de auto atendimento da Secretaria da Fazenda, da regularidade cadastral do contribuinte que com ele promover transação comercial.* Caso verificasse a irregularidade do contribuinte, deveria atender ao disposto no artigo 353 do mesmo RICMS/BA, descrito a seguir, procedendo a antecipação do ICMS, mesmo para mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária.

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

I - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes, no caso de tê-las recebido sem o recolhimento antecipado do imposto;

Salienta que consideram-se contribuintes não inscritos aqueles também desabilitados, que, conforme o artigo 165 do RICMS, são os baixados, suspensos ou inaptos.

Desta que esta alegação defensiva de que a mercadoria seria incorporação ao ativo fixo e não para revenda não prospera, pois ele não tem como provar que as mercadorias foram adquiridas para incorporar ao ativo fixo de seus clientes.

Entretanto, frisa que revendo a relação de contribuintes desabilitados que efetuaram aquisições do autuado verificou a existência de empresas na condição de especial, motivo pelo qual retirou da infração as notas fiscais correspondentes, resultando em novos demonstrativos (fls. 1.074 a 1.086). Com isto, o valor da infração nº 05 passa de R\$ 6.115,49 para R\$ 4.269,34, conforme resumo a seguir:

MÊS	VALOR ANTERIOR	NOVO VALOR	REDUÇÃO
MAR/08	155,72	155,72	0,00
ABR/08	157,08	157,08	0,00
MAI/08	379,00	289,58	89,42
JUN/08	27,20	27,20	0,00
JUL/08	237,42	21,01	216,41
AGO/08	171,84	32,64	139,20
SET/08	505,58	362,78	142,80
OUT/08	307,56	307,56	0,00
NOV/08	427,40	421,79	5,61
DEZ/08	372,36	283,96	88,40
JAN/09	566,64	233,44	333,20
FEV/09	218,62	117,64	100,98
MAR/09	369,75	258,23	111,52
ABR/09	440,67	320,31	120,36
MAI/09	442,00	442,00	0,00
JUN/09	69,53	17,00	52,53
JUL/09	177,2	39,5	137,7
AGO/09	358,65	171,67	186,98
SET/09	194,96	194,96	0,00
OUT/09	259,52	259,52	0,00
NOV/09	30,46	30,46	0,00
TOTAL	6.115,49	4.269,34	1.846,15

Concluiu que, diante do exposto, mantém integralmente as infrações 01, 03 e 04 e retifica as infrações 02 e 05, conforme novos demonstrativos nas fls. 1.071, 1.072 e 1.074 a 1.086.

Em nova manifestação defensiva, fls. 1.136 a 1.164, em relação a informação fiscal e os novos levantamentos, o autuado reafirma todo o contido na sua defesa inicial apresentada anteriormente, para em seguida tratar de da infração na forma que segue.

INFRAÇÃO 01 – quanto a nulidade reafirma o contido na defesa inicial, requerendo a esta JJF, que julgue esta infração nula, por estar o Termo de Acordo em vigor e não ter previsão legal na legislação de que o não cumprimento do Termo de Acordo ensejaria ação fiscal com imediata apuração de imposto e cobrança de multa, sem que fosse anteriormente lavrado o Termo de Denúncia, não precisando nem adentrar ao mérito. Entende que a Secretaria da Fazenda, caso constatasse que a autuada não vinha cumprindo o Termo de Acordo ou que não fosse do interesse do Estado a continuação do Termo de Acordo firmado entre ambos, deveria comunicar ao contribuinte que estaria cancelando o Termo de Acordo, justificando as razões, com o direito ao contribuinte entrar com recurso, caso discordasse da medida tomada pela Secretaria da Fazenda. Só após esta medida é que a Secretaria poderia exercer a ação fiscal, apurando o descumprimento do contido no referido Termo de Acordo.

Quanto ao mérito, reitera que em todo o período de 2008 e 2009 as vendas efetuadas a contribuintes do ICMS corresponderam ao percentual acima de 65% da receita bruta conforme prevê o Termo de Acordo firmado com a Secretaria da Fazenda conforme prova os documentos acostados ao anexo 01 da defesa inicial. O autuante se engana quando declara que os demonstrativos fiscais não tem valor fiscal. Acontece que os demonstrativos impressos de cada mês correspondem em média de 14 a 20 folhas e a autuada optou por apresentar o resumo final de cada mês que corresponde à soma dos totais das vendas e os seus percentuais.

Frisa que igual procedimento fez o autuante quando não anexou os demonstrativos completos conforme fls. 948 e 949 deste processo. O autuante anexou a folha de nº 01 do demonstrativo do dia 02/01/2008 conforme consta às fls. 948 e a folha de 341 do final de mês de dezembro de 2008 conforme conta às fls. 949 deste processo. O autuante deixou de apresentar as fls. 02 a 340 do respectivo demonstrativo. Com este procedimento houve cerceamento do direito de defesa. Assim procedeu com todos os demonstrativos constantes deste processo, ou seja, sempre apresentando a 1ª e última folha de cada demonstrativo. Com este procedimento, está cerceado o direito de defesa, por isso, requer o julgamento pela nulidade da infração.

No tocante as notas fiscais que foram emitidas com destino a outras empresas que tinham a sua inscrição estadual na condição de Especial, diz que devem ser consideradas para este cálculo em virtude do que diz RICMS/97 vigente à época da ocorrência dos fatos abaixo, reproduzindo, mais uma vez, o Art. 36, § 2º, XIV; Art. 352-A, I.

Argumenta que o ordenamento jurídico vigente no país, não admite que Termo de Acordo seja superior ao que determina a Lei e o Regulamento. Assim sendo, o Termo de Acordo não pode considerar que o contribuinte inscrito no Cadastro Estadual como Especial não seja considerado contribuinte do ICMS, pois a Lei 7.014/96 e o Regulamento do ICMS vigente à época consideravam estes estabelecimentos como contribuintes do ICMS conforme artigos já citados nesta defesa. Logo a acusação fiscal seria improcedente, pois o autuante excluiu dos seus cálculos as notas fiscais que foram emitidas contra contribuintes inscritos na condição de Especial.

Destaca que a Secretaria extinguiu esta modalidade de inscrição a partir de 01/11/2010 considerando que a partir desta data todos os contribuintes que anteriormente tinha sua inscrição como Especial foram considerados como INAPTOS e caso quisessem ter uma Inscrição na Secretaria da Fazenda se inscreveriam como Contribuintes no Cadastro do Simples Nacional ou como Contribuinte Normal.

INFRAÇÃO 02 – salienta que tal infração diz respeito aos meses de janeiro a abril, junho, julho, setembro a dezembro de 2008; abril, maio, junho, agosto, setembro e dezembro de 2009.

Mês de Janeiro de 2008 – reafirmou o seu pronunciamento da defesa inicial, alegando que:

1. *O saldo devedor na conta corrente escriturado nas fls. 03 do LAICMS é de R\$ 22.231,50.*
2. *A autuada deixou de escriturar no quadro Crédito do Imposto – Outros Créditos do Registro de Apuração do ICMS, o valor do imposto pago antecipado parcialmente através de diversos DAES no mês de janeiro de R\$ 18.743,89.*
3. *A autuada também deixou de escriturar na Coluna Outros Créditos – do Livro de Apuração do ICMS, o ICMS recolhido a título de Antecipação Parcial do mês de 12/2007 no dia 03/01/2008 no valor de R\$ 13,51.*
4. *A autuada também deixou de escriturar na Coluna Outros Créditos – do Livro de Apuração do ICMS, o ICMS recolhido a título de Antecipação Parcial do mês de 12/2007 no dia 03/01/2008 no valor de R\$ 429,87.*
5. *O autuante se enganou quando não verificou que a autuada lançou na Coluna Outros Débitos à título de ICMS – Complementação de alíquota- uso/consumo ativo Fixo o valor de R\$ 42,90 que foi recolhido em 21/05/2009 através de DAE com o código de receita 0791 com o valor de R\$92,90.*
6. *Todos os valores de DAES citados nesta defesa constam no Sistema de Arrecadação da Secretaria da Fazenda, podendo ser facilmente consulta pelo autuante e pelos senhores membros desta Junta de Julgamento Fiscal.*
7. *Logo a diferença existente é de apenas R\$ 1.093,93. [R\$ 22.231,50 – (R\$ 18.743,89 + R\$13,51 + R\$429,87 +R\$ 92,90)].*

A autuada reconhece o débito de ICMS no valor de R\$ 1.093,93.

Mês de Abril de 2008 – frisa que apesar de o autuante ter reconhecido a parcela de R\$ 310,41, não existe saldo devedor de ICMS na conta corrente fiscal no mês de abril como acusa o autuante. O saldo da conta corrente de ICMS neste mês é CREDOR no valor de R\$38.161,46.

Mês de Junho de 2008 – aduz que apesar de o autuante ter reconhecido a parcela de R\$151,85, não existe saldo devedor de ICMS na conta corrente fiscal no mês de junho como acusa o autuante. O saldo da conta corrente de ICMS neste mês é CREDOR no valor de R\$306,39.

Em relação aos demais meses da consignados na infração reconheceu os valores apontas no demonstrativo revisado pelo autuante, quando da informação fiscal.

INFRAÇÃO 03 – reitera que a infração é nula, alegando que o levantamento quantitativo de estoques foi efetuado em desacordo com o que determina a Portaria nº 445 de 10 de agosto de 1998 que diz no seu Art. 3º.

Reitera, ainda, que os arquivos magnéticos apresentado pela autuada e usado pelo autuante para efetuar os seus trabalhos de fiscalização estava com inconsistências, não servindo para efetuar este tipo de fiscalização. Caberia ao autuante fazer intimação específica acompanhada de Listagem Diagnóstico das inconsistências como determina a legislação para que a autuada enviasse novos arquivos no prazo de 30 (trinta) dias. O autuante efetuou intimação fiscal e concedeu o prazo apenas de 5 (cinco) dias para apresentação de novos arquivos, portanto, contrariando norma legal existente na Legislação do ICMS (RICMS/97). A intimação não tem validade por contrariar a legislação e os dados existentes nos arquivos magnéticos por ter inconsistências não devem servir para a realização de fiscalização de estoques.

Salienta que os casos citados pelo autuante não se fizeram acompanhar das cópias das notas citadas de nº 4922, 83211, 83250, 83820, 86986, 84210, 84211 e 7216, nem das fls. 157, 150 e 156 de que trata o autuante nas fls. 944 deste processo. Se os casos citados pelo autuante forem verdadeiros, trata-se, portanto de inconsistências constantes dos arquivos magnéticos que deveria o mesmo ter intimado para a autuada efetuar as devidas correções.

INFRAÇÃO 04 – reitera que o autuante não anexou ao processo fiscal e nem forneceu à autuada, cópias das notas fiscais de nº 711723, 1267, 711507, 224804, 224831, 14541, 734312, sendo que estas duas últimas, não conferem o valor que está no demonstrativo com o valor que está no Auto de Infração e também o autuante não anexou ao processo fiscal o demonstrativo, nem quais as notas que deram origem aos valores constantes dos meses de julho, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2009, cerceando o direito a ampla defesa.

Entende que mesmo se tratando de notas fiscais eletrônicas, as cópias das mesmas devem ser anexadas ao processo fiscal para constituir a prova material.

Reitera que existem inúmeros casos, em que no sistema CFAMT/SEFAZ e nos arquivos do Sintegra dos Fornecedores constam notas fiscais cujos destinatários são outras empresas, os números das notas estão incorretos, os valores das notas fiscais constantes na relação do CFAMT não coincidem com o valor real constante da via das notas fiscais, a natureza da operação não é compra para revenda, às vezes sendo remessa para conserto, bonificação, etc.

Ressalta que este Conselho tem se pronunciado constantemente em inúmeras decisões proferidas que a via arrecadada nos diversos postos fiscais fixos e volantes e a cópia da nota fiscal pelo fornecedor fornecida é prova material imprescindível para comprovação de irregularidade fiscal e que deve ser anexada aos autos e também ser fornecida cópia das mesmas ao contribuinte para que o mesmo tenha o direito de garantia de ampla defesa.

Diante dos fatos relatados anteriormente, solicita que se julgue nula a infração por cerceamento do direito de defesa da autuada como prevê o art. 18, Inciso II do RPAF, transcrevendo ementas de decisões do CONSEF sobre o tema.

INFRAÇÃO 05 - reafirma o contido na defesa inicial, acrescentando que sem a apresentação das cópias das notas fiscais que o autuante considera que os destinatários estão com situação irregular, a autuada não pode fazer a conferência e a checagem da veracidade da acusação fiscal. Frisa que os valores cobrados pelo autuante nesta infração são ínfimos em relação ao movimento da autuada. A mercadoria preponderante nos negócios da autuada são aparelhos de ar condicionado e seus acessórios (placa, suporte, controle remoto, etc.) com valor médio de R\$400,00 que os clientes adquirem para colocar em suas instalações, portanto, destinadas ao ativo fixo.

Ao final, requer que esta JJF julgue nula a Infração 1, 3 e 4, procedente em parte a Infração 2 (com as devidas retificações, após diligência que ora solicitamos para retificação do valor do ICMS devido) e improcedente a infração de nº 5.

Em nova informação fiscal, fls. 1.168 e 1.169, em relação a nulidade, frisa que as novas informações prestadas pelo contribuinte não modificam sua informação fiscal. Acrescenta, que às fls. 1.141 o autuado tenta confundir o julgador do processo quando alega que juntou, nas folhas 948 a 963, apenas parte de páginas de demonstrativos, e, por este motivo, houve cerceamento de defesa. Na verdade, juntou estes demonstrativos apenas para demonstrar que o contribuinte, antes mesmo de ser confeccionado o auto de infração, recebeu todos os elementos completos deste auto, como provam as assinaturas de recebimento de seu procurador no final de cada um deles. Estes mesmos demonstrativos completos lhe foram entregues na ocasião da assinatura do auto de infração (fls. 859, 860, 677 e 740). Portanto, reafirma que não houve cerceamento de defesa.

No tocante ao argumento de falta de descrição clara e precisa da acusação, diz que nada foi acrescentado, neste aspecto, na nova manifestação do contribuinte.

No tocante as questões relativas ao mérito da autuação, em relação a Infração nº 01, aduz que nada de novo foi acrescentado que modificasse nosso entendimento. Logo, mantemos o valor da infração original.

Quanto a Infração nº 02, de igual modo, nada foi mencionado pelo contribuinte nesta última manifestação que venha a modificar suas conclusões, mantendo-se, portanto, o valor da infração em R\$ 82.797,75, conforme demonstrado às fls. 943.

Relativamente a Infração nº 03, frisa que não houve nenhum novo esclarecimento do contribuinte que possa modificar seu entendimento. Aliás, novamente o contribuinte tenta confundir o julgador, quando alega nas fls. 1.155 que não juntou cópias das notas fiscais 4992, 83211, 83250, 83820, 86986, 84210, 84211 e 7216 nem das fls. de nº 157, 150 e 156, elementos que utilizamos para demonstrar a regularidade desta infração. Ora, estas notas fiscais constam do seu arquivo físico, do livro de entrada (fls. 682 a 739 e 764 a 840), dos seus arquivos magnéticos do Sintegra (fls. 858) e dos demonstrativos por ele apresentado à fiscalização que estão nas folhas deste processo que ele alega que não foram juntadas cópia. Sendo assim, fica mantido o valor desta infração.

Em relação a Infração nº 04, salienta que o contribuinte repete as mesmas alegações da defesa inicial, logo improdutivas para alterar as análises que já fizemos, mantendo-se, assim, o valor da infração.

Sobre a Infração nº 05, destaca que mais uma vez, seus argumentos são os mesmos apresentados na defesa inicial, sobre os quais já se manifestou. Diante disto, mantém o valor da infração demonstrado às fls. 947 (R\$ 4.269,34), obtido após a retificação efetuada na nossa informação fiscal.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente de 05 (cinco) infrações.

Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Cabe destacar que o autuado foi intimado em 28/12/2011 para que apresentar a documentação fiscal no dia 01/02/2012, os arquivos 74 (inventário) dos exercícios de 2008 e 2009 e para regularizar os demais arquivos do Sintegra, fls. 11 a 13, entretanto o autuado não entregou a documentação no prazo fixado, pois os documentos fiscais somente começaram ser apresentados em 13/02/2012 e os arquivos do Sintegra somente foram ajustados totalmente em 29/02/2012, após a segunda intimação, fls. 11 a 17.

Por sua vez, mesmo sem ter obrigação legal para entregar os levantamentos fiscais, antes da lavratura do Auto de Infração, o autuante, fez questão de dar conhecimento prévio ao contribuinte antes da lavratura, razão pela qual lhe repassou todos os demonstrativos que se fizeram necessários no dia 12/03/2012, conforme pode ser observado às fls. 86 a 89, 841 a 857, e 948 a 1.065, exceto os demonstrativos e as notas fiscais do CFAMT, os quais foram entregues ao contribuinte em 22/03/2012, fls. 1.066 e 1.067. Além disso, conforme afirmou em sua informação fiscal e não foi negada pela defesa, a fiscalização realizou reunião com os representantes do autuado na Secretaria da Fazenda para discutir os referidos levantamentos fiscais, tendo realizado mais três encontros com prepostos da empresa para dirimir dúvidas e sanar incorreções nos levantamentos fiscais. Por conta disto, algumas dessas infrações foram reduzidas e outras, mantidas.

Ao contrário do que alega a defesa, constatei, com base nos recibos de arquivos magnéticos às fls. 860 e 861 e recibo das notas fiscais do CFAMT, fls. 677 e 740, que o autuado recebeu cópia de todos os demonstrativos, levantamentos (entregou a relação de todas as notas fiscais emitidas para contribuintes desabilitados) e documentos que embasaram as infrações, não tendo pertinência a alegação de cerceamento do direito de defesa.

Quanto a infração nº 03, embora a defesa tem alegado que não foi observada a Portaria nº 445/98 da SEFAZ, entretanto, não especificou qual o dispositivo da norma legal que entende a defesa que não teria sido observado. Por outro lado, não observei nenhum descumprimento da legislação em vigor.

No tocante a infração 05, conforme acima já analisado, o autuante entregou ao autuado a relação de todas as notas fiscais emitidas para contribuintes desabilitados. Em relação a alegação defensiva de que a fiscalização deveria lhe entregar os comprovantes das desabilitações de seus cliente, o mesmo não tem amparo legal, uma vez que é uma obrigação do autuado exigir de seus clientes a comprovação de regularidade fiscal, conforme prevê o disposto no artigo 142, incisos I e II, do RICMS-BA, *in verbis*:

Art. 142. Além das obrigações previstas na legislação, relativas à inscrição, emissão de documentos, escrituração das operações e prestações, fornecimento de informações periódicas e outras, são obrigações do contribuinte:

I - exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE);

II - exibir a outro contribuinte, quando solicitado, o extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE);

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não podem ser acolhidas as preliminares argüidas pela defesa, vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, "a", do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide. Cabe ressaltar que, em relação a infração 02, o autuante revisou os levantamentos fiscais, resultando na redução do valor autuado.

Superadas as questões preliminares, observo que na infração 01 é imputado ao autuado ter recolhido a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, por se tratar de contribuinte com Termo de Acordo firmado com o Estado da Bahia para

utilizar o benefício previsto no Decreto Estadual nº 7.799/2000, porém em nenhum dos meses dos exercícios de 2008 e 2009 atingiu o percentual mínimo de vendas destinadas a contribuintes do ICMS. Com isto, as reduções de base de cálculo realizadas naqueles exercícios foram consideradas indevidas pela fiscalização.

Observo que o Decreto Nº 7.799 de 09 de maio de 2000, em seu artigo 1º, com a redação dada pelo Decreto nº 8.435, de 03/02/03, DOE de 04/02/03, efeitos a partir de 01/01/03, estabelece que nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176%, desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, no caso do contribuinte autuado, conforme inciso I, o artigo acima, ao percentual de faturamento de 65% (sessenta e cinco por cento), tratando-se de estabelecimento cuja receita bruta do exercício anterior seja igual ou inferior a R\$45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais).

Portanto, o benefício fiscal é condicionado que o contribuinte atenda, além da assinatura do Termo de Acordo, algumas exigências, entre elas que as vendas sejam para contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia e que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, no caso do contribuinte autuado, ao percentual de faturamento de 65%. Entendo como contribuinte, logicamente, aquele que efetivamente realiza operações de comercialização de mercadoria, ou seja, compra do atacadista e revende as mercadorias, não pode ser acolhido o argumento defensivo de incluir as pessoas jurídicas inscritas na Condição de Especiais, uma vez que tais empresas não revendem mercadorias, ou seja, não realiza, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria

Saliento que o próprio Decreto Estadual nº 7.799/2000 estabelece as exceções para as vendas a contribuintes na condição de especial, através do seu parágrafo 3º do artigo 1º (vigente, à época), que dispõe:

§ 3º - Estende-se o tratamento tributário previsto neste artigo às operações internas realizadas por estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes dos itens 13, 14-A, 14-B e 14-C do Anexo Único deste decreto destinadas a não contribuintes do ICMS inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia **na condição de especial. (grifou)**

Ressalto que as atividades econômicas citadas no presente parágrafo 3º são as a seguir reproduzidas do Anexo Único do mencionado Decreto.

ITEM	CÓDIGO	ATIVIDADE ECONÔMICA
13	4647-8/01	Comércio atacadista de artigos de escritório e de papelaria
14	4649-4/04	Comércio atacadista de móveis e artigos de colchoaria
14-A	4672-9/00	Comércio atacadista de ferragens e ferramentas
14-B	4673-7/00	Comércio atacadista de material elétrico
14-C	4679-6/99	Comércio atacadista de materiais de construção em geral

Considerando que o autuado não se enquadra em nenhuma das atividades constante do texto legal acima reproduzido, uma vez é cadastrada como; 4649-4/01 – comércio atacadista de equipamentos elétricos de uso pessoal e doméstico, fls. 21 dos autos, não ser acolhido o argumento defensivo.

Assim, no mês em que não se atinja o percentual de 65%, no mínimo, do faturamento do valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS, o benefício fiscal não poderá ser utilizado. Saliento que tal fato, não tem nenhuma relação com a denúncia do Termo de Acordo. No caso em tela, não houve denúncia ao Termo de Acordo, tal matéria não se encontra em lide.

No tocante a alegação defensiva de em todo o período de 2008 e 2009 as vendas efetuadas a contribuintes do ICMS corresponderam ao percentual acima de 65% da receita bruta, conforme bem ressaltou o autuante, o argumento defensivo destacando que os demonstrativos acostados como anexo 01, fls. 910 a 931, não têm valor fiscal, pois se tratam de extratos do último mês de cada ano fiscalizado de um sistema de controle interno do contribuinte. Acrescenta que mais grave é que os valores neles constantes são muito diferentes das saídas registradas na sua escrita fiscal, fls. 90 a 141 e, por conseguinte, de seus arquivos magnéticos e das DMAs apresentadas, como demonstração reproduzida no relatório do presente voto. Para dirimir dúvidas, o autuante intimou o sujeito passivo para apresentar o referido demonstrativo no qual devesse constar todos os dias dos exercícios fiscalizados, fls. 1.087 a 1.110. A partir dos elementos apresentados, fls. 1.111 a 1.131, foi possível verificar que no citado Anexo 01 contém no cálculo do percentual do faturamento não só os valores das saídas, mas também os da entrada, o que torna este Anexo 01 desprovido de provas que conteste a infração 01, já que o artigo 1º do Decreto Estadual nº 7799/00 se refere a saídas destinadas a contribuintes inscritos.

Portanto, restou comprovado que sujeito passivo continuou usufruindo do benefício fiscal nos meses em que atendeu as condições nele previstas, sendo correto o procedimento fiscal, restando caracterizada a infração.

Na infração 02 é imputado ao autuado ter recolhido a menos o ICMS em razão de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS. Contribuinte recolheu a menos o saldo devedor do *Conta Corrente Fiscal*, nos exercícios de 2008 e 2009, conforme planilha e livros fiscais de apuração do ICMS juntados aos autos, cujo conteúdo foi dado conhecimento antecipadamente ao contribuinte antes da emissão deste auto de infração, conforme analisado no início do voto.

Em sua defesa o sujeito passivo apontou alguns enganos cometido pela fiscalização, os quais já foram detalhados no relatório do presente acórdão. Na informação fiscal, o autuante acatou parcialmente os argumentos defensivos, tendo revisado os levantamentos fiscais, resultando na redução da infração de R\$104.381,26 para R\$82.797,75, conforme fls. 1.071 e 1.072 e resumo a seguir:

MÊS	NOVO VALOR
JAN/08	3.973,58
FEV/08	23.164,90
MAR/08	18.453,46
ABR/08	4.349,41
JUN/08	4.828,65
JUL/08	3.973,56
SET/08	4.711,68
OUT/08	6.125,39
NOV/08	6.237,10
DEZ/08	5.088,21
ABR/09	350,17
MAI/09	178,56
JUN/09	0,26
AGO/09	945,61
SET/09	300,14
DEZ/09	117,07
TOTAL	82.797,75

Acolho integralmente o resultado da revisão fiscal, uma vez que foi amparada em documentos fiscais. Cabe destacar que o autuado, após receber os novos levantamentos, apenas voltou a impugnar os valores relativos aos meses de janeiro, abril e junho de 2008, acatando os valores relativos aos demais meses da autuação.

Em relação ao mês de janeiro de 2008, embora o autuado tenha alegado deixou de se creditar de antecipações parciais nos montantes de R\$ 18.743,89, de R\$ 13,51 e de R\$ 429,87, efetuados no mês de janeiro, e que houve o pagamento de diferencial de alíquota de R\$ 42,90 pelo valor de R\$ 92,90, não observado pelo autuado, observo que a defesa não apresentou os comprovantes de recolhimento, mesmos após o autuante ter reproduzido o extrato de recolhimento do autuado, no qual não constam os referidos valores alegada na impugnação. Portanto, fica mantido o valor apontado no demonstrativo acima.

Em relação ao mês de Abril de 2008, não pode ser acolhido o argumento defensivo de que não há débitos neste mês, mas saldo credor de R\$ 38.161,46, uma vez que, ao analisar “Resumo de Apuração do Imposto”, fls. 98, percebe-se que o valor do débito e do crédito do imposto não é o que constavam nos livros de saídas e entradas do mês de abril/2008. O débito do imposto no Resumo é de R\$ 183.804,59 e o do crédito, de R\$ 195.747,27, que, contudo, se referem ao mês de maio de 2008, conforme fls. 99 e 702.

Entretanto, o valor correto do débito e do crédito para o mês de abril/2008 é, respectivamente, R\$182.194,55 e R\$ 74.815,18, conforme fls. 97 e 698, valores que coincidem com suas DMAS encaminhadas pelo autuado, fls. 1.068 e 1.069.

Assim, fica mantido o valor apontado na revisão fiscal.

Relativamente ao mês de Junho de 2008, entendo que o procedimento fiscal foi o correto, pois o erro no preenchimento do “Resumo de Apuração do Imposto” mês de abril/2008 resultou em saldo credor inexistente que repercutiu nos meses de maio de junho/2008. No mês de junho o saldo credor do mês anterior que deveria ser registrado é o de R\$ 36.154,30, fls. 86, valor até menor do que consta na DMA do mês, fls. 1.070, ao contrário de R\$ 74.315,76. Valor mantido na autuação.

Assim, a infração 02 restou parcialmente caracterizada no valor da infração em R\$82.797,75, conforme demonstrado às fls. 943, acima reproduzido.

INFRAÇÃO 03 – 04.05.02 - Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. O contribuinte possui operações de aquisição de mercadorias armazenadas em depósito fechado fora do estabelecimento do fornecedor (CFOP 6105), registrando a nota fiscal de entrada, enviada pelo depósito fechado, no CFOP 2949. Entretanto, com este mesmo CFOP o contribuinte registra as entradas de mercadorias remetidas por outro fabricante para conserto de produtos em garantia, uma vez que ele também presta serviço de manutenção. Notas fiscais com exemplos destas transações foram juntadas ao processo. Com isto, tivemos que proceder a duas formas de levantamento quantitativo de estoque: uma retirando este CFOP de entrada da apuração, para não duplicar a entrada da mesma mercadoria, e outra, mantendo. No primeiro levantamento, apurou-se omissão de saída de produto “unidade evaporadora para condicionador de ar Split” e de outros produtos que tiveram entrada originada de bonificação a qual não foi considerada como movimentação no estoque pelo contribuinte. No segundo levantamento apurou-se também, omissão de saída, pois os produtos recebidos como “remessa em garantia” não tiveram a saída registrada pelo contribuinte. Tais infrações foram comunicadas tempestivamente ao contribuinte que apresentou seus esclarecimentos, os quais, porém, não justificam os procedimentos. ICMS devido no valor de R\$59.704,37.

O argumento defensivo de que o autuante não teria observado a Portaria nº 445/98, não pode ser acolhido, uma vez que observei que às folhas 150 a 158, exercício de 2008, e 377 a 385, exercício de

2009, há indicação de todos os elementos previstos no citado artigo 3º, utilizados no nosso levantamento quantitativo de estoque, a saber: a quantificação das mercadorias, o estoque inicial, as quantidades entradas, as quantidades saídas e o estoque final, relativamente a cada item objeto do levantamento.

Quanto a alegação relativa ao arquivo magnéticos, entendo que o procedimento fiscal não merece reparo. Conforme bem ressaltou na primeira informação fiscal, o contribuinte foi intimado em 28/12/2011 para apresentação de livros e documentos fiscais, para regularizar arquivos magnéticos e para o envio dos arquivos magnéticos relativos ao registro 74. Para os dois últimos casos, com o prazo, respectivamente, de 30 (trinta) e 5 (cinco) dias (fls. 12 e 13), conforme prevê o RICMS/BA. Os arquivos magnéticos relativos aos estoques (arquivo 74) foram encaminhados, bem como todos os ajustes nos arquivos do exercício de 2008 foram regularizados até o início do mês de fevereiro/2012. Porém, algumas correções não foram realizadas nos arquivos do ano de 2009, fls. 14, e, diante do prazo inicial ter se esgotado em mais de 30 (trinta) dias, o contribuinte comprometeu-se a realizar estes ajustes até o final daquele mês, como de fato ocorreu. A partir das retificações, seus arquivos foram considerados consistentes e utilizados pela fiscalização, os quais constam do CD às fls. 858 e estão relacionados nas fls. 1.073.

Com base nos arquivos corrigidos pelo contribuinte autuado, a fiscalização realizou o levantamento quantitativo de estoque.

Ao apurar um valor expressivo de omissão de saídas em ambos os exercícios fiscalizados, o autuante apresentou ao contribuinte em 12/03/2012, fls. 948 a 1.044, possibilitando realizar uma defesa prévia, antes mesmo da lavratura do Auto de Infração.

Exercitando seu direito de defesa, repito, concedido previamente pela fiscalização, foram realizadas reuniões na inspetoria com prepostos do contribuinte, informação prestada pelo autuante e não negado pela defesa, inclusive foram apresentadas pelo autuado planilhas do sistema de controle de estoque de mercadorias, fls. 159 a 339 e 386 a 514, para elucidar as divergências apuradas. A partir daí, o autuado realizou novo levantamento quantitativo de estoque com os parâmetros indicados na descrição da infração. As omissões levantadas condizem com os arquivos magnéticos, com os livros fiscais, inclusive o de inventário, e com as citadas planilhas do controle de estoque da autuada. Ainda, na informação fiscal, o autuante citou como exemplos dos casos de omissão de saída cita os seguintes:

- a) *A omissão de saída do produto de código 9 (unid cond split wall 12000) no exercício de 2008, de 200 unidades (fls. 157, último item), decorreu da falta de registro no estoque da nota fiscal de entrada de nº 4922 (fls. 233), incorretamente considerada como “CFOP não movimenta estoque”. Estes itens não se encontravam no estoque ao final do exercício;*
- b) *A omissão de saída do produto de código 1161 (compressor 12.000 GS12-2) no exercício de 2008, de 6 unidades (fls. 150, sexto item), decorreu da falta de registro no estoque das notas fiscais de entrada de nº 83211, 83250, 83820, 83986, 84210 e 84211 (fls. 242), incorretamente consideradas como “CFOP não movimenta estoque”, pois foram mercadorias recebidas em garantia e saíram do contribuinte sem a emissão das notas fiscais de saída;*
- c) *A omissão de saída do produto de código 2112 (placa eletrônica 20133049) no exercício de 2008, de 1 unidade (fls. 156, décimo segundo item), decorreu da falta de registro no estoque da nota fiscal de entrada de nº 7216 (fls. 184), incorretamente considerada como “CFOP não movimenta estoque”, pois o artigo 54, inciso I, letra “a”, dispõe que bonificação integra a base de cálculo do ICMS. Tais itens não foram identificados em seu estoque final.*

Por vez, o autuado ao se manifestar sobre a informação fiscal, reiterou a arguição de nulidade e a suposta inconsistência dos arquivos magnéticos, já devidamente afastada acima.

Quanto a alegação defensiva de que o autuante não acostou cópias das notas citadas de nº 4922, 83211, 83250, 83820, 86986, 84210, 84211 e 7216, nem das fls. 157, 150 e 156 de que trata o autuante nas fls. 944 deste processo, a mesma não é capaz de elidir a autuação, pois, com bem destacou o autuante, as notas fiscais citadas constam do arquivo físico do autuado, do livro de entrada, fls. 682 a 739 e 764 a 840, dos seus arquivos magnéticos do Sintegra, fls. 858, e dos demonstrativos por

ele apresentado à fiscalização que estão nas folhas deste processo que ele alega que não foram juntadas cópia.

Logo, entendo que a infração restou caracterizada.

Na infração 04 é imputado ao sujeito passivo ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, tendo o contribuinte deixado de registrar em seus livros fiscais notas fiscais eletrônicas e outras obtidas no CFAMT, conforme demonstrativos anexados ao este auto de infração.

A alegação defensiva de que o autuante não teria entregues ao autuado cópias das notas fiscais que embasaram a infração, não são capazes de elidir a imputação, uma vez que já foi analisada e afasta no início do presente voto, quando tratei da nulidade argüida pela defesa.

No mérito, ressalto que as notas fiscais coletadas junto ao CFAMT indicam com precisão os dados cadastrais do autuado e também fazem prova da circularização das mercadorias em território baiano, além do que descrevem mercadorias comercializadas pelo autuado, sendo jurisprudência pacífica, apenas a título de exemplo cito os Acórdãos das Câmaras do CONSEF N^{os}. CJF N^o 0098-11/09 e CJF N^o 0114-12/09, que as notas fiscais capturadas por este sistema fazem prova da circulação da mercadoria no estado baiano, concluindo-se que o destinatário recebeu as mercadorias.

Ao sujeito passivo foram dadas todas as oportunidades para sua livre manifestação, que, ressalte-se, o mesmo não comprovou ter efetuado as respectivas escriturações e nem a existência de erros nos levantamentos fiscais.

Logo, entendo que a infração restou comprovada.

Na infração 05 é imputado ao sujeito passivo ter deixado de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado em situação cadastral irregular ou baixado.

O argumento defensivo de que sem a apresentação das cópias das notas fiscais não poderia fazer a conferência e a checagem da veracidade da acusação fiscal, não pode ser acolhido, uma vez que se trata de notas fiscais emitidas pelo próprio contribuinte autuado, cabendo destacar que no início do presente voto já foi demonstrado que o autuante entregou ao autuado todos os demonstrativos, contando os números das notas fiscais, bem como, todos os demais dados para a perfeita identificação das operações. Como a entrega do demonstrativo fiscal e estando de posse das respectivas notas, repito, emitida pelo autuado, este possuía todos os elementos necessários para a realização dos exames que entendesse pertinentes, apontando, de forma objetiva, caso fosse constatado qualquer erro no levantamento fiscal que embasou a autuação.

Relativamente a questão de não ter recebido os extratos da situação fiscal, repito, com já tratei ao examinar a argüição de nulidade, o autuado está obrigado a exigir de seu cliente a comprovação de regularidade fiscal, antes da emissão dos documentos fiscais, conforme prevê o disposto no artigo 142, incisos I e II, do RICMS-BA, acima já transcrito.

De igual modo, a alegação defensiva de que os valores cobrados nesta infração são ínfimos em relação ao movimento da autuada, não é capaz de elidir a imputação, uma vez que as diferenças existentes restaram comprovadas.

No tocante a alegação de que a mercadoria preponderante nos negócios da autuada são aparelhos de ar condicionado e seus acessórios que os clientes adquirem para colocar em suas instalações, destinadas ao ativo fixo, tal alegação não restou comprovada pela defesa. A norma tributária em questão não faz distinção quanto a finalidade da mercadoria. A legislação específica, que trata do tema, determina que estando o contribuinte adquirente em situação irregular, ao vendedor, que no caso é o contribuinte autuado, é imposta a obrigação de realizar a tributação obedecendo as normas da Substituição Tributária.

Entretanto, cabe destacar que o autuante, quando de sua informação fiscal, revendo seu demonstrativo, em relação aos contribuintes desabilitados que efetuaram aquisições junto ao autuado, verificou a existência de empresas na condição de especial, motivo pelo qual retirou da infração as notas fiscais correspondentes, resultando na redução do para R\$ 4.269,34, tendo acostado novo demonstrativo, fls. 1.074 a 1.086 dos autos, os quais o sujeito passivo tomou ciência, o qual acolho integralmente.

Do acima exposto, entendo que a infração é parcialmente procedente no valor de R\$4.269,34, conforme apurado pela revisão fiscal, abaixo reproduzido:

MÊS	VALOR
JAN/08	125,29
FEV/08	0
MAR/08	155,72
ABR/08	157,08
MAI/08	289,58
JUN/08	27,2
JUL/08	21,01
AGO/08	32,64
SET/08	362,78
OUT/08	307,56
NOV/08	421,79
DEZ/08	283,96
JAN/09	233,44
FEV/09	117,64
MAR/09	258,23
ABR/09	320,31
MAI/09	442
JUN/09	17
JUL/09	39,5
AGO/09	171,67
SET/09	194,96
OUT/09	259,52
NOV/09	30,46
TOTAL	4.269,34

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR H. DEVIDO
1	PROCEDENTE	1.201.749,50
2	PROCEDENTE EM PARTE	82.797,75
3	PROCEDENTE	59.704,37
4	PROCEDENTE	6.930,39
5	PROCEDENTE EM PARTE	4.269,34
TOTAL		1.355.451,35

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299430.0001/12-2, lavrado

contra **CENTRALTEC CLIMATIZAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.348.520,96**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.288.816,59 e de 70% sobre R\$59.704,37, previstas no artigo 42, II, “a”, “b”, “e” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações tributárias acessórias no valor de **R\$6.930,39**, prevista no inciso IX, do citado diploma legal, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05,

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de setembro de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR