

A. I. Nº - 207494.0003/12-5
AUTUADO - MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
AUTUANTE - REGINALDO CÂNDIDO DE MEDEIROS FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 20.12.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0287-02/13

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. RECOLHIMENTOS A MENOS. Elidida em parte a infração. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração parcialmente elidida. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DO ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. A obrigatoriedade no pagamento da diferença de alíquota nesta hipótese está prevista no artigo 5º do RICMS/97. Fato não contestado. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Item parcialmente procedente por restar comprovado equívoco na apuração do débito. Reconhecido o débito remanescente. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Tendo sido constatado no mesmo exercício, diferenças tanto de entradas omitidas como de saídas através de auditoria de estoques, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, no caso sobre as saídas omitidas, a qual constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Comprovado erro na apuração do débito, resultando na sua diminuição. Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas na defesa e negado o pedido de revisão fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 27/04/2012, para exigência de ICMS no valor de R\$573.805,11, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Recolheu a menor ICMS no valor de R\$12.752,18, em razão de erro na aplicação da alíquota nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no exercício de 2011, conforme demonstrativos às fls. 11 a 15.
2. Recolheu a menor ICMS no valor de R\$20.212,39, em razão de erro na aplicação da alíquota nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no exercício de 2011, conforme demonstrativos às fls. 16 a 24.

3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$12.424,63, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, no período de janeiro de 2007 a junho de 2010, conforme demonstrativos às fls. 25 a 29.
4. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$6.805,96, no mês de junho de 2011, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme demonstrativo à fl. 30.
5. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por substituição no valor de R\$17.996,73, na qualidade sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos Anexos 88 e 89, no período de março a dezembro de 2011, conforme demonstrativo às fls. 31 a 35.
6. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por substituição no valor de R\$71.502,10, na qualidade sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos Anexos 88 e 89, no mês de março de 2011, conforme demonstrativo à fl. 36.
7. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$432.111,12, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado (2011), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas, conforme demonstrativos e documentos às fls. 37 a 73.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, fls.154 a 177, impugnou o lançamento apresentando suas razões de defesa nos seguintes termos.

Destacou a tempestividade de sua defesa, e requereu seja anotado na capa dos autos o nome dos advogados, que constam na procuração, a saber: FERNANDO VAZ COSTA NETO – OAB/BA 25.027 e DIEGO LOMANTO ANDRADE – OAB/BA 27.642, tendo por escopo o recebimento das intimações do feito no endereço indicado no rodapé da petição e, que todas as publicações pela imprensa oficial figurem em nome dos advogados acima indicados, sob pena de nulidade.

Em seguida, argüiu como preliminar de nulidade a alegação de que não foram obedecidos os requisitos essenciais elencados no artigo 39, incisos V e VII, do RPAF/99, bem como não consta no Auto de Infração enumeração das situações de redução da multa, caso escolhesse pelo recolhimento do tributo, antes do prazo para apresentação de defesa.

Por conta disso, aduz que o AI encontra-se eivado de vício insanável, haja vista a violação a norma precisa e articulada no epígrafado decreto, com evidente infração à princípios fundamentais constitucionais, a saber: ampla defesa e contraditório, publicidade, isonomia, dentre outros.

Como segunda preliminar, alega falta de fundamentação da autuação, pois o autuante deixou de cumprir requisitos necessários para atender a formalização do lançamento que é vinculado e regrado, qual seja, deixou de apresentar a qualquer preposto da empresa, os demonstrativos e os levantamentos quantitativos, que são meios de prova essenciais à materialidade da infração suscitada, conforme dispõe o art. 39, VI, além do art. 41, incisos I e II, ambos do RPAF/99.

Assim, assevera que a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro, e que tal fato por si só eiva de nulidade o auto de infração lavrado pois desobedece ao artigo 142 do CTN.

Transcreveu a jurisprudência sobre esta questão, para alegar que as notificações não descrevem qual deveria ser a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para

o cálculo das multas delas advindas, acarretando em novo cerceamento de defesa, pois apenas foram citados artigos do Decreto nº 6.284/97, porém sem qualquer menção de qual inciso supostamente violado, o que dificulta de forma cabal a defesa.

Assim, pede a nulidade do lançamento tributário com fulcro no art. 18 incisos II e III do RPAF/99.

Arguindo que na infração 07 foram utilizados itens que jamais poderiam fazer parte da base de cálculo para cômputo da imposição fiscal, haja vista a não observância da legislação tributária estadual, em especial por incluir na base de cálculo produtos já tributados e isentos, transcreve a jurisprudência administrativa do Estado de Minas Gerais, e requer a conversão do processo em diligência, haja vista o equívoco apontado na auditoria fiscal.

No mérito, destaca que o procedimento fiscal compreende o período de 01/01/2007 a 31/12/2011, sendo que, foram impostas 07 infrações, em razão de supostamente recolhimento a menor de ICMS, por erro na aplicação da alíquota, utilização indevida de crédito fiscal, não recolhimento de ICMS por antecipação tributária e omissão de saídas de mercadorias.

Impugnou parcialmente as infrações 01, 02, 03, 05 e 07, com base nas seguintes razões defensivas.

Infração 01 – erro na aplicação da alíquota

Alega que o autuante atribuiu erro na aplicação da alíquota de ICMS, utilizando alíquota supostamente correta e multa de 60%, assim chegando ao valor de R\$12.752,18, porém, que existem valores referentes a saídas de mercadorias, que as alíquotas foram aplicadas corretamente, pois se trata de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, conforme NCM dos produtos.

Diz que há divergência na apuração fiscal, pois houve transferência de mercadorias para filiais da empresa, citando as notas fiscais nºs 338667, 340239, 345737, 345738, 345740, 345814, 345815, 347128, 349859 para comprovar o equívoco da autuação fiscal.

Além disso, aduz que no levantamento fiscal, o autuante equivocou-se na aplicação da multa para os produtos Armário e Aquecedor, visto que tais produtos têm NCM 8419, 3922, e são tributados por Substituição Tributária, apontando os seguintes equívocos:

- a) Janeiro de 2011: Notas Fiscais nº 294102, 294738 – ARMÁRIO VIQUA – NCM 3922;
- b) Fevereiro de 2011: Notas Fiscais nº 298237, 299251, 299710 - ARMÁRIO VIQUA – NCM 3922; NF 301277 – AQUECEDOR LORENZETTI GAS – NCM 8419.11.00.

Assim, alega que tais erros foram replicados nos meses de abril, maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro novembro e dezembro totalizando o valor de R\$ 5.288,07.

Infração 02 – erro na aplicação da alíquota.

Alega também que existem no levantamento fiscal produtos tributados com Substituição Tributária e com redução na sua base de cálculo, conforme provas anexadas, tendo destacado os produtos com NCM 8302, 8481, 3926, 3922, 8201, os quais, tiveram redução de sua base de cálculo, em razão do Convênio n. 52/91, cujas alíquotas foram reduzidas para 5,6%. Com base nisso, pede a realização de diligência para apuração do quanto alegado.

Infração 03 – utilização indevida de créditos fiscais.

Alega que no:

- a) Mês de janeiro de 2011 houve apuração da base de cálculo no valor de R\$13.323,82, porém os produtos constantes nas notas fiscais nº 24647, 60086, 297610 são tributados que possuem os seguintes NCM 8516.79.90, 721934.00 e 4420.90.00.

- b) Mês de fevereiro/2011 foi encontrada a base de cálculo no valor de R\$ 3.436,64, contudo os produtos constantes nas notas fiscais nº 302328, 5593, 300472, 302516, 298511 são produtos tributadas com NCM 7418.19.00, 7907.00.90, 3925.30.00.
- c) Mês de março/2011 da mesma forma para os produtos das notas fiscais 31160, 309356.
- d) Mês de agosto de 2011, houve recolhimento dos produtos por antecipação tributária pelo fornecedor, conforme GNRE referente as notas fiscais nº 46845 e 47131.
- e) Meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2011, foram inseridas notas fiscais com produtos tributados com NCM 4420.90.00, 9403.70.00 e 8543.70.99. No caso do mês de dezembro de 2011 que na nota fiscal 31958 foi recolhido tributo por antecipação, conforme planilha em anexo.

Infração 05 – falta de recolhimento por antecipação tributária

Foi impugnado o lançamento deste item com base no seguinte.

- a) Mês março/2011 – que há duas notas fiscais (2270 e 18931) e os NCM's dos produtos não fazem parte do Protocolo 104/09.
- b) Mês abril/2011, constam na base de cálculo as notas fiscais 21458, 37601, 66693 e 74826, porém, na nota fiscal 37601 o ICMS foi recolhido pelo fornecedor; na nota fiscal 3924 a destinação do produto NCM 3924 não é de uso na construção civil; na nota fiscal 66693 o produto classificado com NCM 8841, o imposto devido foi recolhido conforme planilha; a nota fiscal 7486 o produto classificado com NCM 3926.90.90 e 8201.90.00 não fazem parte da lista de substituição tributária.
- c) Mês maio/2011 - existe divergência na infração, pois foi colocado na sua base de cálculo indevidamente as notas fiscais 31456, 219886, 76758, 22825, 79082 e 22621, conforme consta em anexo, assim que não há que se falar em falta de recolhimento por diferença de alíquota. Diz que o mesmo ocorreu nos meses de junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro, conforme consta em anexo, pois foram colocados na base de cálculo da guerrada infração, produtos e notas fiscais que jamais poderiam constar por ausência de previsão legal e em virtude de já ter ocorrido o pagamento da antecipação.

Infração 07 – omissão de saídas de mercadorias – levantamento quantitativo.

Alega existência de erro de apuração, pois pelo menos metade da base de cálculo apurada pela fiscalização está equivocada, pois constam nas planilhas e CD apresentados, que há itens que jamais poderiam integrar a base de cálculo da infração.

Observa que existem itens que fazem parte da perda habitual da empresa, produtos de mostruário e de uso, bem como produtos que tem tributação por Substituição Tributária. Além disso, que houve erro na contagem dos produtos e notas de remessa para reparo/bonificações, conforme consta em anexo.

Aduz que no levantamento fiscal foi apurado o valor de R\$1.050.682,21, referente a produtos que nunca poderiam fazer parte da base de cálculo, e por isso, requer a conversão do processo em diligência a fim de ser atendido o princípio da verdade material.

Em seguida, analisando o direito aplicável, sustenta que a simples transferência de produtos da matriz para filial, não é fato gerador do ICMS, por entender que a hipótese de incidência decorre da iniciativa do contribuinte, que implique movimentação física e econômica de mercadorias com transferências de titularidade.

Diz que não obstante o entendimento pacificado, inclusive foi editada pelo Superior Tribunal de Justiça a Súmula 166, de que não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, e que no guerrado auto

de infração há cobrança do ICMS por deslocamento de mercadorias entre matriz e filial, conforme comprova-se nas notas fiscais em anexo.

Além disso, aduz que nas infrações impugnadas, ocorre bis in idem em razão da substituição tributária, pois o mesmo ente tributante editou diversas leis instituindo múltiplas exigências tributárias, decorrentes do mesmo fato gerador.

Dizendo que agiu com boa-fé, eis que não há qualquer fraude, dolo ou simulação, pede a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, e ressalta que o RPAF/99 estabelece a presunção de boa-fé, bem como a possibilidade de redução de multas.

Comenta sobre o princípio da verdade material, dizendo que o processo fiscal tem por finalidade garantir a legalidade da apuração da ocorrência do fato gerador e a constituição do crédito tributário, e por isso, deve o julgador, pesquisar se, de fato, ocorreu à hipótese abstratamente prevista na norma, e em caso de impugnação do contribuinte, verificar aquilo que é realmente verdade, independente do alegado e provado. No caso, frisa que das infrações aplicadas, a presente impugnação se insurgiu contra as de nos. 01, 02, 03, 05 e 07 haja vista os documentos anexados e na forma exposta.

Ao final, com base no princípio da eventualidade, requer que seja utilizada a busca da verdade material, a fim de que, o Auto de Infração seja reformado nas infrações 01,02, 03, 05 e 07, conforme exposto e diante da prova documental juntada, pugnano pela improcedência do Auto de Infração.

Requer, também, a produção de todo meio de prova admitido no RPAF/99, em especial a pericial, testemunhal e interrogatório pessoal, bem como, a juntada dos documentos; a intimação da autoridade autuante para apresentar informações no prazo legal; e observar que já foi requerido e deferido o parcelamento das infrações 04 e 06.

Na informação fiscal às fls. 561 a 572, o autuante esclareceu o objeto de todas as infrações, e rebateu as razões defensivas nos seguintes termos.

Esclarece que todas as infrações constantes do Auto de Infração estão devidamente respaldadas nos dados constantes dos Arquivos Magnéticos enviados pela empresa à SEFAZ que foram confrontados com as Notas Fiscais de Entradas e Saídas de mercadorias e os dados escriturados nos Livros Fiscais da empresa e nas planilhas que serviram de base para o cálculo do Imposto dos produtos enquadrados no Regime da Substituição e da Antecipação Parcial entregues pela empresa através de CD-R, anexo (fl. 144 do PAF), ou seja, todos os elementos constantes do Auto de Infração estão respaldados nos documentos fiscais emitidos pela empresa e registrados na sua escrita fiscal e nas planilhas da Substituição Tributária e Antecipação Parcial que foram arrecadados junto a empresa e devidamente analisados.

Quanto às alegações preliminares do autuado de que o Auto de Infração não apontou os dispositivos da legislação tributária relativamente a cada situação e que apenas de forma genérica indicou o artigo de lei supostamente infringido, para pedir a declaração da nulidade do Auto de Infração, o preposto fiscal argumenta que não procede, uma vez que para cada irregularidade apurada no Auto de Infração consta o enquadramento dos artigos do RICMS/BA., aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97 infringido e o artigo da multa aplicada com seu inciso e alínea como prevê a Lei 7.014/96.

Sobre a outra alegação de que não foram apresentados a qualquer preposto da empresa os demonstrativos e os levantamentos quantitativos, que são meios de prova essenciais à materialidade da infração suscitada, diz também não proceder, porque no dia 11/04/2012, conforme documento devidamente assinado por um de seus prepostos, (anexo ao PAF, fls. 147 a 149), foram assinadas todas as intimações apresentadas, e foram entregues a empresa todos os Demonstrativos das Irregularidades Apuradas, juntamente com CD-R, como também em 27/04/2012 quando da assinatura do Auto de Infração foram entregues os Demonstrativos que

serviram de base para lavratura do auto juntamente com um CD-R com todos os Demonstrativos, conforme documento assinado pelo preposto da empresa folha 145 do PAF.

Contestou as alegações da prejudicial de mérito, referente a Infração 07 de que foram utilizados itens que jamais poderiam fazer parte da base de cálculo, por incluir produtos já tributados e isentos, dizendo que esta será devidamente contestada abaixo na referida infração.

Em relação às infrações impugnadas, argüiu o que segue.

Infração 01 - ICMS recolhido a menor por erro na aplicação da alíquota interna do ICMS nas saídas de mercadorias por Notas Fiscais, no exercício de 2011 no valor de R\$12.752,18.

Destaca as alegações do autuado de que as alíquotas foram aplicadas corretamente por se tratar de mercadorias por Substituição Tributária com NCM 8419, 3922 que estão enquadrados na Substituição Tributária conforme Protocolo 104/09 e de que as Notas Fiscais 338667, 340239, 345737, 345738, 345740, 345814, 345815, 347128, 349859 trata-se de Transferências de Mercadorias entre Matriz e Filial, portanto, a Isenção é inconteste.

Acatou as alegações das mercadorias com NCM 8419, 3922, conforme notas Fiscais nºs. 294102, 294738 – ARMÁRIO VIQUA – NCM 3922, fevereiro 2011 NF 298237, 299251, 299710 - ARMÁRIO VIQUA – NCM 3922, NF 301277 – AQUECEDOR LORENZETTI GAS – NCM 8419.11.00, uma vez que se tratam de mercadorias enquadradas no Regime da Substituição Tributária. Informa que o autuado dificultou sua ação fiscal por não apresentar em suas Notas Fiscais de Saídas e nem nos arquivos magnéticos (Registro 54) enviados a SEFAZ os NCM dos produtos comercializados. Ressalta que foi entregue ao autuado 11/04/2012 um CD-R com todos os demonstrativos das irregularidades apuradas e em nenhum momento foi contestada esta infração.

Quanto às alegações de que nas transferências de mercadorias através das Notas Fiscais 338667, 340239, 345737, 345738, 345740, 345814, 345815, 347128, 349859 entre Matriz e Filial a Isenção é inconteste, não acatou esta informação por entender que não tem base legal esta alegação.

Assim, conclui que a infração 01 é procedente em parte, passando o débito do valor de R\$12.752,18 para R\$9.016,70, conforme Demonstrativo anexado às fls. 573 a 581, nos seguintes valores:

Mês/Ano	Valor	Valor Corrigido
Janeiro/2011	R\$ 196,12	R\$ 167,82
Fevereiro/2011	R\$ 1.110,05	R\$ 815,57
Março/2011	R\$ 71,89	R\$ 71,89
Abril/2011	R\$ 489,10	R\$ 131,67
Mai/2011	R\$ 2.256,99	R\$ 1.046,94
Junho/2011	R\$ 333,59	R\$ 228,82
Julho/2011	R\$ 1.022,90	R\$ 748,73
Agosto/2011	R\$ 2.155,18	R\$ 1.421,53
Setembro/2011	R\$ 1.102,06	R\$ 1.082,82
Outubro/2011	R\$ 1.234,77	R\$ 992,21
Novembro/2011	R\$ 1.632,93	R\$ 1.623,31
Dezembro/2011	R\$ 1.146,60	R\$ 685,40
Total	R\$ 12.752,18	R\$ 9.016,70

Infração 02 - ICMS recolhido a menor por erro na aplicação da alíquota interna do ICMS nas saídas de mercadorias por ECF's, no exercício de 2011 no valor de R\$20.212,39.

Acatou todas as alegações do autuado com referência aos produtos com NCM 8302, 8481, 3926, 3922, 8201 por estarem enquadrados no regime da Substituição Tributária e dos produtos com redução da base de cálculo relacionados na planilha apresentada pelo sujeito passivo, no valor total de R\$988,63 (fls. 211 a 214 do PAF), que possuem redução de base de cálculo conforme Convênio n. 52/91.

Ressalta mais uma vez, que o autuado não informa os NCM nas suas Notas Fiscais de Saídas e nem nos arquivos magnéticos (Registro 54 e 60 R) enviados a SEFAZ, e que foi entregue ao autuado em 11/04/2012 um CD-R com todos os demonstrativos das irregularidades apuradas e em nenhum momento foi contestada esta infração.

Diz que feitas as devidas retificações, passa o débito de **R\$ 20.212,39** para **R\$ 18.103,26**, conforme Demonstrativo anexado ao PAF (fls. 582 a 597) e valores abaixo:

Mês/Ano	Valor	Valor Corrigido
Janeiro/2011	R\$ 2.725,97	R\$ 2.463,23
Fevereiro/2011	R\$ 1.787,56	R\$ 1.628,98
Março/2011	R\$ 1.311,15	R\$ 1.253,05
Abril/2011	R\$ 938,44	R\$ 926,13
Maió/2011	R\$ 1.131,07	R\$ 943,14
Junho/2011	R\$ 969,48	R\$ 832,65
Julho/2011	R\$ 1.759,64	R\$ 1.521,33
Agosto/2011	R\$ 3.540,04	R\$ 3.361,52
Setembro/2011	R\$ 1.497,36	R\$ 1.362,79
Outubro/2011	R\$ 1.903,54	R\$ 1.637,63
Novembro/2011	R\$ 1.199,05	R\$ 1.010,03
Dezembro/2011	R\$ 1.449,09	R\$ 1.162,78
Total	R\$ 20.212,39	R\$ 18.103,26

Infração 03 - Utilizou indevidamente crédito fiscal do ICMS, nas compras de mercadorias enquadradas no Regime de Substituição Tributária no exercício de 2011 no valor de R\$12.424,63.

Acatou as alegações de que os produtos com NCM 8516.79.90, 721934.00 e 4420.90.00, NCM 7418.19.00, 7907.00.90, 3925.30.00, NCM 4420.90.00, 9403.70.00 e 8543.70.99, são tributados. E que foi efetuado o recolhimento nos meses de agosto e dezembro de 2011 do ICMS por Substituição Tributária por GNRE dos produtos constantes nas Notas Fiscais 46845, 47131, 31958.

Repete que não entendeu porque o autuado não apresentou os comprovantes dos pagamentos do ICMS por GNRE quando foi lhe foi entregue em 11/04/2012 um CD-R com todos os demonstrativos das irregularidades apuradas. E porque não apresentou as Notas Fiscais com os NCM relacionados acima e também não informou o NCM nos arquivos magnéticos (Registro 54) enviados a SEFAZ.

Informa que o débito passa de **R\$12.424,63** para **R\$11.102,14**, conforme Demonstrativo anexado ao PAF (fls.598 a 601) e valores abaixo:

Mês/Ano	Valor	Valor Corrigido
Janeiro/2011	R\$ 2.265,05	R\$ 2.085,13
Fevereiro/2011	R\$ 584,23	R\$ 449,99
Março/2011	R\$ 769,65	R\$ 757,55
Abril/2011	R\$ 71,40	R\$ 51,99
Maió/2011	R\$ 4.977,21	R\$ 4.977,21
Junho/2011	R\$ 304,73	R\$ 304,73
Julho/2011	R\$ 621,51	R\$ 620,43
Agosto/2011	R\$ 113,55	R\$ 102,88
Setembro/2011	R\$ 887,62	R\$ 669,05
Outubro/2011	R\$ 759,23	R\$ 544,03
Novembro/2011	R\$ 533,01	R\$ 181,20
Dezembro/2011	R\$ 537,44	R\$ 357,96
Total	R\$ 12.424,63	R\$ 11.102,14

Infração 05 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 89 no valor de R\$17.996,73.

Acatou todas as alegações do autuado em relação a esta infração tanto com referência as notas fiscais 2270, 18931, 7486 cujos NCM's dos produtos que não fazem parte do Protocolo 104/09, quanto as Notas Fiscais 21458, 37601, 66693 e 74826, 66693, 31456, 219886, 76758, 22825, 79082, 22621 e

demais notas relacionadas nos meses de julho a dezembro de 2011, no sentido de que foi recolhido o ICMS por Substituição Tributária comprovado agora na peça defensiva.

Concorda que esta infração no valor de R\$17.996,73 foi totalmente comprovada.

Infração 07 - Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas tributáveis sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado no exercício de 2011 no valor de R\$432.111,12.

Quanto às alegações defensivas de que existem itens que fazem parte da perda habitual da empresa, produtos de mostruário e de uso, bem como produtos que tem tributação por Substituição Tributária, o autuante admitiu que houve erro na contagem dos produtos e notas de remessa para reparo/bonificações, conforme consta em anexo.

Acolheu em parte tais alegações, e demonstrou que:

1) A empresa apresenta um demonstrativo com os valores que devem ser abatidos do Levantamento Quantitativo de Estoque com os seguintes dados;

Motivo	Qtd. Itens	Valor Saídas
Perda Normas	448	8.431,92
Mostruário	118	33.043,03
Uso	12	9.447,29
Substituição Tributária	1683	906.139,80
Compensação parcial/total	18	14.161,89
Erro de contagem	11	21.622,15
Notas de remessa para reparo/bonificação na contadas	46	57.836,13
Total		1.050.682,21

2) Após análise dos documentos apresentados na defesa pela Autuada de que alguns produtos com omissão de 1 (uma) unidade fazia parte do mostruário, que houve produtos que foram dados saídas com códigos errados compensando as omissões de saídas com as de entradas, e de que alguns produtos de uso/consumo foram registrados com CFOP de produtos comercializados, acatamos totalmente os as razões apresentadas para os seguintes Motivo e valores:

Motivo	Qtd. Itens	Valor Saídas
Mostruário	118	33.043,03
Uso	12	9.447,29
Compensação parcial/total	18	14.161,89
Erro de contagem	11	21.622,15
Notas de remessa para reparo/bonificação na contadas	46	57.836,13
Total		136.110,49

3) Do valor total de **R\$906.139,80** referente aos produtos enquadrados no regime da Substituição Tributária, acatamos em parte porque consta da relação apresentada pela Autuada (fls. 468 a 527 do PAF), produtos sujeito ao regime normal de tributação no valor total de **R\$40.904,77**, conforme demonstrativo anexado ao PAF (fls.602 a 603), ficando os produtos enquadrados no regime da Substituição Tributária no valor de **R\$ 865.235,03**.

4) Quanto ao valor de **R\$ 8.431,92** apresentado como Perdas Normais não podemos acatar, uma vez que, a Autuada deveria estornar o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços correspondentes as perdas (Art.100 do RICMS/Ba.) através da emissão de Nota Fiscal com CFOP 5.927 – Lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração.

Ficando o valor de R\$1.001.345,52 para ser abatido do valor total da infração.

Passando a Infração 07 o valor da base de cálculo desta de R\$ 2.541.830,11 menos o valor a ser abatido R\$1.001.345,52 para R\$ 1.540.536,57 com ICMS no valor de R\$ 261.891,22 (fls. 604 a 625 do PAF).

Conclui que o valor total do Auto de Infração de R\$ 573.805,11 passa para R\$ 378.421,38 afora acréscimos legais.

Com referência as alegações defensivas apresentadas em relação às questões de direito, se manifestou com base no que segue.

Quanto a alegação de que a simples transferência de produtos da matriz para filial, não é fato gerador do ICMS, pois a hipótese de incidência decorre da iniciativa do contribuinte, que implique movimentação física e econômica de mercadorias com transferências de titularidade, diz que tais alegações não têm base legal dentro da legislação do ICMS no Estado da Bahia

Com referência a alegação de bis in idem em razão da substituição tributária, afirma que não houve tributação sobre produtos já tributados anteriormente pelo regime da Substituição Tributária, como ficou acima comprovado.

Aduz que, em relação ao princípio da boa-fé objetiva, salienta que em nenhum momento duvidou da boa-fé do autuado, visto que, o que se verifica nas infrações apuradas é que houve um equívoco na interpretação da legislação do ICMS/BA.

Concordou com o autuado de que “O processo fiscal tem por finalidade garantir a legalidade da apuração da ocorrência do fato gerador e a constituição do crédito tributário.”

Finaliza sustentando que a autuação está de acordo com as normas que regem o ICMS/BA, considerando que as razões apresentadas pelo autuado só têm fundamento em parte como ficou acima comprovado. Informa que o valor total do Auto de Infração passa de R\$ 573.805,71 para R\$378.421,38, esclarecendo que o autuado reconheceu e pede o parcelamento das infrações 04 e 06, e pugna pela procedência parcial do Auto de Infração.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls. 626 a 627, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante às fls. 561 a 572, sendo-lhe entregues cópias, o qual, se manifestou às fls. 629 a 639, argüindo o seguinte.

Destaca que o autuante reconheceu equívocos no procedimento fiscal, conforme consta nas informações prestadas; a ilegalidade da infração, assim pugnou pela redução do auto para o valor de R\$658.924,79, caracterizando, segundo o sujeito passivo, a confissão do agente fiscalizador, quanto às referidas infrações. Devido a isso, em relação a tais itens diz que não há necessidade de produção de prova.

Aduz que o autuante não contestou a preliminar de nulidade em relação a omissão apontada, e frisa que não consta no auto de infração enumeração das situações de redução da multa, caso escolhesse pelo recolhimento do tributo, antes do prazo para apresentação de defesa, limitando-se a registrar que “*Débito acima está sujeito a correção monetária, acréscimo moratório e/ou redução da multa de acordo com a legislação vigente e em função da data da quitação do débito.*”

Com base nisso, reitera a nulidade do auto de infração, salientando o autuante reconhece diversos equívocos, desse modo, os confessados erros maculam todo o auto de infração, destacando que o autuante reconhece e aponta diversos equívocos, porém não reconheceu alguns, contudo, o nobre agente continua laborando em erro, já que, não há como dividir o auto de infração, devendo no seu entender a aplicação do disposto no artigo 142, do CTN. Nesse sentido, colaciona jurisprudência administrativa do Conselho de Recursos Federais.

Argumenta que no caso posto, o autuante, conforme confessado, utilizou de critério diverso do determinando pela legislação, assim o lançamento foi realizado de forma equivocada, portanto, resta claro o cerceamento de defesa, bem como a violação do art.142 do CTN.

No mérito, em relação à infração 01, observa que o autuante reconheceu equívoco no procedimento adotado, entretanto divergiu da peça de defesa, no que tange aos produtos “argamassa” e “rejunte”, pois aduz o auditor, que a Requerente não provou suas alegações.

Salienta que o autuante não observou os documentos anexados, pois há notas fiscais que comprovam que as referidas foram emitidas pelos fornecedores e o ICMS era ST.

Especificadamente no período de Janeiro a Maio de 2009, observa que os produtos “Argamassa” e “Rejunte” tiveram tributação encerrada, em face de recolhimento realizado pelos fornecedores, em razão da Substituição Tributária.

Ressalta, ainda, que os principais fornecedores, de tais produtos, realizaram consulta formal ao Estado da Bahia, referente à aplicação de alíquota, conforme consta em anexo, e aplicou aos produtos “Argamassa” e “Rejunte” alíquota ST (Substituição Tributária). Transcreveu a jurisprudência Superior Tribunal de Justiça sobre esta questão.

No caso, argumenta que as notas apresentadas não foram declaradas inidôneas, ademais, os fornecedores apresentaram consulta formal perante à SEFAZ/BA, portanto, a Requerente não pode ser penalizada pela divergência de entendimento. Tampouco pelo credenciamento de boa-fé, sendo que, a exigência no auto de infração é um verdadeiro bis-in idem.

Infração 03

Frisa que houve reconhecimento parcial da tese de defesa, porém não foi acatada pelo autuante a alegação de que houve transferência de mercadoria entre matriz e filial. Transcreveu a Súmula 166 do STJ.

Assim, afirma que nas notas fiscais apontadas na defesa, houve transferências entre matriz e filial, sendo que a escrituração foi feita corretamente e houve débito na saída da filial e crédito na loja matriz.

Infração 04

Diz que o autuante reconheceu o equívoco, porém divergiu da defesa, em relação ao fato das mercadorias terem sido adquiridas para consumo próprio do estabelecimento.

Chama a atenção que o autuante refuta tal fato, apenas por não haver a escrituração das referidas notas, porém tal fato não impede a busca da verdade material, posto que a escrituração é uma obrigação acessória, sendo que, os produtos foram comprados para consumo do estabelecimento, sendo assim, o imposto devido é o Diferencial de Alíquota com carga de 10% e 5% sobre o valor da compra.

Infração 05

Esclarece que durante e após o procedimento fiscal, vem tentando buscar documentos, a fim de verificar possíveis equívocos. Ademais, diz que a legislação estadual, tem como princípio basilar a busca da verdade material, portanto, não há nada de ilegal a apresentação de documentos após as solicitações realizadas, ao inverso, é medida salutar e essencial.

Nesta infração o auditor fiscal acatou toda a argumentação do autuado, reconhecendo sua boa-fé, assim que seja possível o pagamento do tributo com redução da multa.

Aduz que diferentemente do alegado pelo autuante, no caso em julgamento, nas infrações 01 e 02, em relação aos produtos “Argamassa” e “Rejunte” existem notas fiscais, em que tais produtos foram tributados por Substituição Tributária, desse modo, o fornecedor recolheu o ICMS, porém o guerreado auto de infração está cobrando o recolhimento do ICMS referente a tais produtos, já que, de acordo com o auditor fiscal, os referidos produtos tem tributação normal.

Assevera que havendo divergência de alíquotas, o valor do tributo já foi recolhido pelo fornecedor, e portanto, não poderá recolher ICMS, em relação aos produtos “Argamassa” e “Rejunte”, sob pena de *bis in idem*.

Destaca que é conhecimento basilar de direito tributário que, com a verificação no mundo dos fatos da hipótese designada em lei como “fato gerador” do tributo, nasce à obrigação tributária correspondente. Frisa que a cada fato gerador nasça apenas uma obrigação tributária, de forma que as manifestações de riquezas ou as atividades estatais não estejam sujeitas a múltiplas incidências tributárias.

Dessa forma, argui que o auto de infração ao exigir o recolhimento do ICMS sobre produtos com entrada de Substituição Tributária, conforme notas fiscais emitidas pelo fornecedor está em verdade tributando produtos que já tiveram recolhimento do tributo, sendo que, o estabelecimento apura seus tributos pelo regime não-cumulativo.

Por fim, requer que sejam reconhecidas as preliminares suscitadas para anular o auto de infração, bem como:

A) Seja Julgado IMPROCEDENTE o auto de infração, referente às infrações n.01 a 05, haja vista as argumentações adunadas na peça de defesa e reconhecida a confissão do Auditor Fiscal.

B) Reitera todos os pedidos feitos na peça de defesa, em especial QUE SEJA REDUZIDA AS MULTAS APLICADAS, CASO HAJA SALDO REMANESCENTE, em razão da total boa-fé da impugnante.

Constam às fls. 643 a 645, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento através de parcelamento do débito das parcelas reconhecidas.

Conforme Acórdão JF nº 0279-02/12 (fls.650 a 665), o auto de infração foi julgado procedente em parte, sendo intimado o sujeito passivo, fls.672 a 673, a efetuar o pagamento do débito ou interpor Recurso Voluntário.

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, do RPAF/99, a 2ª JF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

Às fls.677 a 694, o autuado, inconformado com a Decisão proferida pela 2ª JF, apresenta Recurso Voluntário e, após fazer uma breve síntese dos fatos, afirma que a Decisão recorrida deve ser anulada porque é incongruente e viola o princípio da verdade material.

Suscita a nulidade do lançamento de ofício, pois considera que o Auto de Infração não preenche os requisitos essenciais elencados no art. 39 do RPAF/99. Transcreve o disposto no art. 39, V, “a”, “b”, “c”, e VII, do RPAF/99, e, em seguida, diz que no Auto de Infração não foram indicados os dispositivos da legislação tributária relativamente a cada situação, tendo sido apenas indicado o artigo de lei supostamente infringido.

Frisa que não consta no Auto de Infração as situações que ensejam a redução da multa, caso decidisse efetuar o recolhimento do tributo antes do prazo para apresentação de defesa. Destaca que é uma obrigação inexorável a indicação, no Auto de Infração, das situações em que a multa aplicada poderá ser reduzida, já que os contribuintes necessitam ter conhecimento prévio das reduções pertinentes. Sustenta que foram afrontados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, da publicidade, da isonomia, dentre outros.

Diz que, em razão do acima exposto, deve ser decretada a nulidade do Auto de Infração e consequentemente a inexigibilidade das multas aplicadas, para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais.

Assevera que o Acórdão recorrido incidu em omissão, haja vista que suscitou a nulidade do Auto de Infração em razão do seu fracionamento, porém a primeira instância se manteve silente. Aduz que o Auto de Infração é nulo visto que o próprio autuante reconhece diversos equívocos, os quais maculam todo o lançamento. Ressalta que não há porque dividir o Auto de Infração em tela, pois os vícios apontados inquinam de nulidade o lançamento. Faz alusão ao disposto no art. 142 do CTN e reitera que a existência de erros impõe a decretação da nulidade arguida. Para embasar sua tese, reproduz Decisão proferida pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Sustenta que a complexidade dos cálculos evidencia a necessidade da realização de perícia para dirimir as dúvidas existentes, buscando, assim, a verdade material. Frisa que na sua impugnação especificou e atacou apenas o que estava errado no procedimento fiscal. Discorre sobre o princípio da busca da verdade material e cita farta doutrina para respaldar seus argumentos.

Adentrando ao mérito, quanto à Infração 1, diz que a primeira instância reconheceu equívoco no procedimento adotado pela fiscalização, porém não acolheu o argumento defensivo no que tange a transferência de notas fiscais entre filial e matriz. Frisa que, conforme a Súmula 166 do STJ, na transferência entre matriz e filial não ocorre o fato gerador do ICMS. Destaca que, nas notas fiscais apontadas na defesa, houve transferências entre matriz e filial. Acrescenta que houve o destaque do ICMS e o crédito correspondente foi compensado na filial, não havendo, portanto, o que se falar em infração. Afirma que, caso assim não entenda este colegiado, deve ser convertido o processo em diligência para o expurgo das incongruências e inconsistências, sendo o saldo remanescente cobrado com as reduções cabíveis.

Quanto às Infrações 2, 3 e 5, afirma que os argumentos defensivos foram totalmente reconhecidos pela Junta de Julgamento, entretanto não houve redução das multas. Diz que deve ser aplicado o previsto nos artigos 158 e seguintes do RPAF/99, já que as teses defensivas foram acolhidas.

No que tange à Infração 7, diz que o Acórdão recorrido contém um grave equívoco, já que o relator afirmou que o recorrente não tinha se manifestado sobre a revisão realizada pelo auditor fiscal, quando consta na manifestação a alegação da necessidade de reforma da Infração 7. Frisa que no caso em comento jamais se poderia aplicar o disposto no art. 140 do RPAF/99, pois se manifestou contrário à revisão realizada pelo fiscal. Prosseguindo, o recorrente passa a aduzir as mesmas razões apontadas na citada manifestação (fls. 629 a 639), conforme relatado a seguir.

Menciona que as teses defensivas foram parcialmente acolhidas pela Primeira Instância, havendo divergência parcial quanto à substituição tributária e total em relação às perdas normais.

Em relação à substituição tributária, diz que o auditor fiscal continua equivocados, eis que o valor encontrado (R\$ 906.139,80) trata-se de produtos tributados por substituição tributária, assim tal item deve ser totalmente acatado pelo órgão julgador. Aduz que o relatório anexado aos autos foi extraído do sistema SINTEGRA e, portanto, sua fonte é precisa e justa.

Quanto às perdas normais, afirma que o fato de não haver a escrituração das correspondentes notas fiscais não impede a busca da verdade material. Acrescenta que a escrituração é uma obrigação acessória, sendo que o valor de R\$8.431,92 trata-se de perda normal razoável.

Frisa que os argumentos da impugnação acerca da infração em comento devem ser reconhecidos e acatados em sua integralidade.

Prosseguindo, o recorrente passa a discorrer acerca da transferência de mercadorias entre matriz e filial dentro do mesmo Estado, defendendo o entendimento de que nessas transferências não há incidência de ICMS. Cita dispositivos da Constituição Federal e faz alusão à Súmula 166 do STJ, segundo a qual não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. Tece considerações acerca do princípio da boa-fé objetiva. Destaca que agiu com boa-fé, eis que não houve fraude, dolo ou simulação. Menciona que até o autuante laborou em equívoco. Diz que as multas aplicadas devem ser reduzidas, nos termos dos artigos 158 e 159 do RPAF/99.

Ao finalizar sua peça recursal, solicita o acolhimento das preliminares de nulidade. Requer a realização de diligência. Pede que, na eventualidade de não serem acolhidas as preliminares, no mérito seja reformada a Decisão recorrida quanto às Infrações 1 e 7. Solicita que sejam reduzidas as multas indicadas nas Infrações 1, 2, 3, 5 e 7.

Consoante despacho de fl.697, o processo foi encaminhado à PGE/PROFIS para análise e parecer do Recurso de Ofício e Voluntário.

Ao exarar o Parecer de fls. 698 a 700, a ilustre representante da PGE/PROFIS, Dr^a Maria Helena de Mendonça Cruz, afirma que o recorrente não trouxe ao processo nem provas e nem argumentos jurídicos capazes de promover modificações na Decisão recorrida, com a qual diz que coaduna integralmente.

Ressalta que as preliminares suscitadas não merecem acolhimento, pois não vislumbra qualquer uma das hipóteses de nulidade capituladas no artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, quanto à Infração 1, diz que a legislação tributária estadual, especialmente a Lei nº 7.014/96, prevê a incidência de ICMS nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos diferentes de uma mesma titularidade.

Quanto à Infração 7, afirma que não foi trazido em sede recursal qualquer elemento que justificasse as diferenças apuradas, as quais estão comprovadas nos autos.

Relativamente às multas indicadas nas Infrações 1, 2, 3, 5 e 7, diz que as penalidades estão previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96. Frisa que o art. 159 do RPAF/99 prevê a hipótese de requerimento de dispensa ou redução de multa à Câmara Superior do CONSEF, desde que atendidos os requisitos elencados no parágrafo primeiro desse citado artigo.

Ao finalizar, a ilustre Parecerista opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Na sessão de julgamento do dia 02/09/2013, a representante de PGE/PROFIS, Rosana Jezler Galvão, divergindo do entendimento contido no Parecer de fls. 698 a 700, opinou pela decretação da nulidade da Decisão recorrida em virtude de omissão contida na Infração 7. Explicou a ilustre Procuradora que, ao contrário do afirmado no voto proferido pela primeira instância, o recorrente tinha se manifestado contra o resultado da informação fiscal e, no entanto, essa manifestação foi ignorada pela Junta de Julgamento.

Conforme Acórdão CJF nº 0357-13/13 (fls. 702 a 707), foi decidido por unanimidade PROVER o Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, e tornar NULA a DECISÃO expressa no referido Acórdão, retornando o PAF, para novo julgamento, a fim de que seja analisada a questão suscitada pelo Recorrente em relação à infração 07, referente a impugnação do resultado da informação fiscal às fls. 629 a 634.

VOTO

Trata de novo julgamento do Auto de Infração objeto do presente processo, tendo em vista que através do Acórdão CJF nº 0357-13/13 (fls.702 a 707), foi decidido por unanimidade considerar PREJUDICADA a análise do Recurso de Ofício, PROVER o Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo e declarar NULA a decisão recorrida que foi objeto do julgamento pela instância julgadora, com base no entendimento de que o voto proferido pela primeira instância foi omissivo ao deixar de apreciar argumentos trazidos em relação ao resultado da informação fiscal quanto a infração 07.

Quanto a este processo, inicialmente, sobre o pedido para que seja anotado na capa dos autos o nome dos advogados, que constam na procuração, a saber: FERNANDO VAZ COSTA NETO – OAB/BA 25.027 e DIEGO LOMANTO ANDRADE – OAB/BA 27.642, tendo por escopo o recebimento das intimações do feito no endereço indicado no rodapé desta petição e, que todas as publicações pela imprensa oficial figurem em nome dos advogados acima indicados, sob pena de nulidade,

inexiste óbice a seu atendimento, em especial para intimação dos advogados do sujeito passivo no endereço indicado na peça impugnatória, desde que respeitado o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

Com relação as preliminares de nulidades argüidas na peça defensiva, na análise de todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art.39 do RPAF/99, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos, demonstrativos e documentos fiscais e CD, constantes nos autos, necessárias à demonstração dos fatos argüidos, todos entregues cópias a preposto do contribuinte autuado, que exerceu com plenitude a ampla defesa e contraditório.

Portanto, não acolho a alegação de que não foram obedecidos os requisitos essenciais elencados no artigo 39, incisos V e VII, do RPAF/99, bem como não consta no Auto de Infração enumeração das situações de redução da multa, caso escolhesse pelo recolhimento do tributo, antes do prazo para apresentação de defesa.

Ademais, consta no enquadramento legal os dispositivos tidos como infringidos e da multa aplicada, e no demonstrativo de débito às fls.5 a 7, constam os valores relativos ao valor principal, correção monetária, acréscimo moratório e a multa, cujos valores dos acréscimos legais dependerão do dia de pagamento do débito, conforme consta no quadro à fl.7. Ressalta que consta intimação no próprio corpo do Auto de infração, fl. que foi assinado pelo autuado, e o autuado teve 30 (trinta) dias para efetuar o pagamento do débito ou apresentar sua defesa administração, na forma prevista no artigo 123 caput do RPAF/99.

Portanto, não houve violação à legislação tributária, sendo obedecido os princípios fundamentais constitucionais da ampla defesa e contraditório, publicidade, isonomia, dentre outros.

No que tange a preliminar relativa a falta de fundamentação da autuação, não vislumbro que o autuante tenha deixado de cumprir requisitos necessários para atender a formalização do lançamento, pois entregou todos os levantamentos e demonstrativos de apuração do débito que materializam as infrações, nos quais foram discriminados os respectivos documentos fiscais e respectivos valores. Ressalto que o autuado exerceu plenamente seu direito de defesa, apontando equívocos no trabalho fiscal, que serão apreciados por ocasião do exame mérito.

Com relação a alegação de que as notificações não descrevem como deveriam a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas delas advindas, acarretando em novo cerceamento de defesa, pois apenas foram citados artigos do Decreto nº 6.284/97, porém sem qualquer menção de qual inciso supostamente violado, o que dificulta de forma cabal a defesa, verifico não assistir razão ao defendente, pois consta no demonstrativo de débito anexo ao auto de infração todas as parcelas referentes aos acréscimos legais.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Registro que em virtude de comprovados equívocos no procedimento fiscal, o autuante em sua informação fiscal os acolheu, trazendo aos autos a comprovação necessária para o deslinde das questões suscitadas na defesa, tendo o sujeito passivo exercido a ampla defesa e contraditório.

Sendo assim, ou seja, após a revisão do lançamento procedida pelo autuante na informação, os elementos dos autos são suficientes para elucidação dos fatos questionados, tornando-se

despiciendo o objeto da diligência ou perícia requerida, motivo pelo qual, com fulcro no art.147, inciso I, do RICMS/97, indefiro o pedido do autuado.

Isto posto, passo a analisar o mérito das infrações impugnadas de *per sí*, levando em consideração os fundamentos de fato e de direito argüidos pelo sujeito passivo, e justificados pelo autuante.

Quando às infrações 01 a 06, mantenho integralmente o teor do julgamento anterior, qual seja:

INFRAÇÃO 01

Trata de erro na aplicação da alíquota nas saídas de mercadorias por Notas Fiscais, onde foi apurado o valor correspondente a diferença entre a alíquota correta e a alíquota aplicada indevidamente, conforme demonstrativo de auditoria, fls. 11 a 15, e CD-R, fl. 144, entregue ao autuado conforme documento à fl. 145.

Comungo com o autuante em sua conclusão na informação fiscal, em relação a concordância com a defesa no tocante às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (NCM 8419 e 3922), conforme notas fiscais citadas.

Quanto a desconsiderar as transferências, tem razão o autuante pois não existe base legal para a pretensão do autuado, ao contrário, é devido o pagamento da diferença de alíquotas nas operações de transferência interestaduais.

No que diz respeito a discordância com a defesa em relação aos produtos “argamassa” e “rejunte”, realmente não há dúvida de que tais produtos estão enquadrados no regime de substituição tributária, porém, na documentação acostada pelo sujeito passivo não consta a comprovação de que as notas fiscais respectivas foram emitidas pelos fornecedores e o ICMS era ST. Logo, não acolho a alegação de que ocorreu cobrança em duplicidade.

Não tendo sido impugnado os números apurados na informação fiscal, concluo pela subsistência parcial deste item no valor de R\$9.016,70, conforme demonstrativo anexado às fls. 573 a 581.

INFRAÇÃO 02

Concerne a ICMS recolhido a menor por erro na aplicação da alíquota interna do ICMS nas saídas de mercadorias através ECF's.

Foi acolhida na informação fiscal a alegação defensiva em relação aos produtos com NCM 8302, 8481, 3926, 3922, 8201 por estarem enquadrados no regime da Substituição Tributária e dos produtos com redução da base de cálculo relacionados na planilha apresentada pelo sujeito passivo, no valor total de R\$ 988,63 (fls. 211 a 214 do PAF), que possuem redução de base de cálculo conforme Convênio n. 52/91, e reduzido o débito por força de tal alteração para o valor de R\$ **18.103,26**, conforme valores demonstrados no corpo da aludida informação fiscal.

Item parcialmente procedente no valor citado, visto que o autuado silenciou sobre a revisão fiscal efetuado pelo autuante em relação a este item.

INFRAÇÃO 03

O fulcro da autuação é de que houve utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, nas compras de mercadorias enquadradas no Regime de Substituição Tributária.

Neste item o autuado apontou equívocos concernentes aos produtos com NCM 8516.79.90, 721934.00 e 4420.90.00, NCM 7418.19.00, 7907.00.90, 3925.30.00, NCM 4420.90.00, 9403.70.00 e 8543.70.99, são tributados, bem como que foi efetuado o recolhimento nos meses de agosto e dezembro de 2011 do ICMS por Substituição Tributária por GNRE dos produtos constantes nas Notas Fiscais 46845, 47131, 31958.

O autuante, por seu turno, concordou com a defesa e procedeu as alterações no levantamento fiscal, resultando na diminuição do débito para o valor de **R\$11.102,14**, conforme Demonstrativo anexado ao PAF (fls. 598 a 601).

Acolho este valor, pois o autuado ao se manifestar não apontou qualquer erro nos números, limitando-se a arguir que nas notas fiscais apontadas na defesa, houve transferências entre matriz e filial, sendo que a escrituração foi feita corretamente e houve débito na saída da filial e crédito na loja matriz, alegação que não elide a acusação fiscal, uma vez que ficou evidente, pelas explicações do próprio autuado, que o imposto em questão não foi debitado nos livros fiscais.

Item parcialmente procedente no valor citado.

INFRAÇÃO 04

Neste item, referente a falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, o autuado não fez qualquer referência em sua peça defensiva, o que caracteriza aceitação tácita, tanto que, já comprovou ter efetuado o devido recolhimento.

Item subsistente.

INFRAÇÃO 05

Diz respeito a acusação de que o autuado deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos anexo 89.

O sujeito passivo logrou êxito na comprovação de que as notas fiscais 2270, 18931, 7486 cujo os NCM's dos produtos na fazem parte do Protocolo 104/09, bem como, as Notas Fiscais 21458, 37601, 66693 e 74826, 66693, 31456, 219886, 76758, 22825, 79082, 22621, e que as demais notas relacionadas nos meses de julho a dezembro de 2011, foi recolhido o ICMS por Substituição Tributária comprovado agora na peça defensiva.

Considerando a declaração do autuante de que esta infração foi totalmente comprovada, considero insubsistente este item.

INFRAÇÃO 06

A acusação é de que o autuado efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadoria provenientes de outras unidades da Federação no mês de novembro de 2011, no valor de R\$71.502,10.

Diante do silêncio do autuado e da comprovação do recolhimento do débito de que trata este item, considero subsistente este item da autuação.

Isto posto, passo agora a examinar a infração 07.

INFRAÇÃO 07

No tocante a este item, o fato descrito no auto de infração faz referência à falta de recolhimento do ICMS, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado (2011), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas.

Pelo lançamento do item ora em discussão exige-se ICMS, face a constatação de omissão tanto de entradas como de saídas de mercadorias, apurada através de levantamento quantitativo de estoques, e encontra-se devidamente demonstrado às fls. 37 a 73, onde constam especificadas e relacionadas as quantidades das entradas e das saídas e o número dos respectivos documentos

fiscais; os estoques inicial e final, o demonstrativo de estoque, e a demonstração de apuração do débito.

O cálculo do débito da infração foi feito em perfeita conformidade com a Portaria nº 445/98, qual seja, com base nas operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos, por ter sido maior que a de diferenças das entradas.

O levantamento que resultou na autuação fiscal é composto de diversos quadros demonstrativos que explicitam todo o trabalho realizado, inclusive por meio de magnético (CD à fl. 144), nos quais o Fisco especifica o produto objeto da exigência fiscal, bem como as quantidades, e os demais dados necessários e considerados, e se baseia nas notas fiscais de entradas e saídas, nos livros de Registro de Entradas e Saída, no Registro de Inventário. E, foi com base nesse procedimento que restou constatada de saídas de mercadorias tributadas, sendo exigido o imposto de acordo com o que preceitua a Portaria nº 445/98.

Portanto, em razão de sua natureza objetiva e matemática, a contestação do levantamento quantitativo deve ser feita mediante indicação precisa dos erros detectados e/ou apresentação de novo levantamento evidenciando e justificando as diferenças encontradas.

Verifico que o autuado em sua peça defensiva alegou que existiam itens que: a) fazem parte da perda habitual da empresa; b) produtos de mostruário e de uso; e c) produtos que tem tributação por Substituição Tributária, tendo apresentado o demonstrativo abaixo com os valores que devem ser abatidos do Levantamento Quantitativo de Estoque com os seguintes dados;

Motivo	Qtd. Itens	Valor Saídas
Perda Normas	448	8.431,92
Mostruário	118	33.043,03
Uso	12	9.447,29
Substituição Tributária	1683	906.139,80
Compensação parcial/total	18	14.161,89
Erro de contagem	11	21.622,15
Notas de remessa para reparo/bonificação na contadas	46	57.836,13
Total		1.050.682,21

O autuante, por seu turno, na informação fiscal revisou o levantamento quantitativo, apreciando todas as alegações defensivas, acolhendo as que entendeu pertinentes, e justificando as que não foram acolhidas, e apurando novo valor do débito para a infração em comento.

Ressalto que, a partir do momento que a fiscalização revisou seu lançamento e apresentou novo resultado, a lide se restringe às novas conclusões, pois, embora o sujeito passivo tenha se manifestado sobre as mesmas, apenas reiterou seus argumentos apresentados, sem contudo, atacar objetivamente os números apurados pelo autuante, seria perfeitamente aplicável o disposto nos artigos 140, 141 e 142, do RPAF/99.

Apesar disso, passo a proferir o meu voto, levando em conta as conclusões de revisão fiscal do autuante e os argumentos defensivos apresentados em suas manifestações defensivas.

Quanto aos documentos apresentados na defesa visando comprovar que alguns produtos com omissão de 1 (uma) unidade faziam parte do mostruário, que houve produtos que foram dados saídas com códigos errados compensando as omissões de saídas com as de entradas, bem como que alguns produtos de uso/consumo foram registrados com CFOP de produtos comercializados, constato que na informação fiscal o autuante acatou totalmente as razões apresentadas, conforme demonstrativo abaixo, contemplando os motivos e valores respectivos que foram abatidos do montante das saídas omitidas apuradas no levantamento quantitativo:

Motivo	Qtd. Itens	Valor Saídas
Mostruário	118	33.043,03
Uso	12	9.447,29
Compensação parcial/total	18	14.161,89
Erro de contagem	11	21.622,15
Notas de remessa para reparo/bonificação na contadas	46	57.836,13
Total		136.110,49

Sobre o valor total de **R\$906.139,80**, referente aos produtos enquadrados no regime da Substituição Tributária, o autuante acatou em parte sob a justificativa de que consta da relação apresentada pelo autuado (fls. 468 a 527 do PAF), produtos sujeito ao regime normal de tributação no valor total de **R\$40.904,77**, conforme demonstrativo anexado ao PAF (fls.602 a 603), ficando os produtos enquadrados no regime da Substituição Tributária no valor de **R\$865.235,03**. Acolho esta conclusão de que do montante indicado na defesa somente parte se refere a substituição tributária, no valor acima indicado. Assim, considerando que o sujeito passivo foi cientificado desse resultado, e ao se manifestar não apontou objetivamente, do total de **R\$40.904,77**, quais os produtos que estão enquadrados no regime de substituição tributária, entendo que deve ser abatido apenas o valor de **R\$865.235,03** do levantamento quantitativo, como fez o autuante.

Quanto ao valor de **R\$8.431,92** apresentado como Perdas Normais comungo com o autuante de que o mesmo não deve ser acatado, pois, neste caso, a legislação tributária estabelece que o procedimento a ser adotado pela empresa seria estornar o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços correspondentes as perdas (Art.100 do RICMS/Ba.) através da emissão de Nota Fiscal com CFOP 5.927 – Lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração.

Portanto, devem ser abatidos do montante da base de cálculo da omissão apurada os valores abaixo especificados:

Motivo	Qtd. Itens	V. Saídas	VI.Excluídos	VI. Mantidos
Perda Normas	448	8.431,92	-	8.431,92
Mostruário	118	33.043,03	33.043,03	-
Uso	12	9.447,29	9.447,29	-
Substituição Tributária	1683	906.139,80	865.235,03	40.904,77
Compensação parcial/total	18	14.161,89	14.161,89	-
Notas de remessas p/reparos	46	57.836,13	57.836,13	-
Erros de contagem	11	21.622,15	21.622,15	-
Total		1.050.682,21	1.001.345,52	49.336,69

Assim, pelas considerações acima alinhadas, ficam mantidos do levantamento quantitativo os valores de R\$8.431,92 e R\$40.904,77, e abatido do montante base de cálculo inicial (R\$2.541.830,11), o total demonstrado na coluna “VI.Excluídos” de R\$1.001.345,52, resultando na base de cálculo no total de R\$ 1.540.536,57, que a alíquota de 17%, resulta no débito a ser mantido neste item no valor de R\$261.891,22, conforme demonstrativos às fls.604 a 625 do PAF).

Desta forma, subsiste em parte este item, tendo em vista que foi apurada uma omissão de saídas no montante R\$1.540.536,57, ficando o débito reduzido para o valor de R\$261.891,22, conforme demonstrativos às fls. 604 a 625 do PAF.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de **R\$378.421,40**, ficando o demonstrativo de débito alterado conforme abaixo.

INFRAÇÃO	VLS.INICIAIS	VLS.RECONHEC.	VL.JULGADOS
1	12.752,18		9.016,70
2	20.212,39		18.103,26
3	12.424,63		11.102,14
4	6.805,96	6.805,96	
5	17.996,73		-
6	71.502,10	71.502,10	
7	432.111,12		261.891,22
TOTAIS	573.805,11	78.308,06	300.113,32

DEMONSTRATIVO DO ÉBITO

Data Ocor.	Data Vencdo.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
31/1/2011	9/2/2011	987,18	17	60	167,82	1
28/2/2011	9/3/2011	4.797,47	17	60	815,57	1
31/3/2011	9/4/2011	422,88	17	60	71,89	1
30/4/2011	9/5/2011	774,53	17	60	131,67	1
31/5/2011	9/6/2011	6.158,47	17	60	1.046,94	1
30/6/2011	9/7/2011	1.346,00	17	60	228,82	1
31/7/2011	9/8/2011	4.404,29	17	60	748,73	1
31/8/2011	9/9/2011	8.361,94	17	60	1.421,53	1
30/9/2011	9/10/2011	6.369,53	17	60	1.082,82	1
31/10/2011	9/11/2011	5.836,53	17	60	992,21	1
30/11/2011	9/12/2011	9.548,88	17	60	1.623,31	1
31/12/2011	9/1/2012	4.031,76	17	60	685,40	1
31/1/2011	9/2/2011	14.489,59	17	60	2.463,23	2
28/2/2011	9/3/2011	9.582,24	17	60	1.628,98	2
31/3/2011	9/4/2011	7.370,88	17	60	1.253,05	2
30/4/2011	9/5/2011	5.447,82	17	60	926,13	2
31/5/2011	9/6/2011	5.547,88	17	60	943,14	2
30/6/2011	9/7/2011	4.897,94	17	60	832,65	2
31/7/2011	9/8/2011	8.949,00	17	60	1.521,33	2
31/8/2011	9/9/2011	19.773,65	17	60	3.361,52	2
30/9/2011	9/10/2011	8.016,41	17	60	1.362,79	2
31/10/2011	9/11/2011	9.633,12	17	60	1.637,63	2
30/11/2011	9/12/2011	5.941,35	17	60	1.010,03	2
31/12/2011	9/1/2012	6.839,88	17	60	1.162,78	2
31/1/2011	9/2/2011	12.265,47	17	60	2.085,13	3
28/2/2011	9/3/2011	2.647,00	17	60	449,99	3
31/3/2011	9/4/2011	4.456,18	17	60	757,55	3
30/4/2011	9/5/2011	305,82	17	60	51,99	3
31/5/2011	9/6/2011	29.277,71	17	60	4.977,21	3
30/6/2011	9/7/2011	1.792,53	17	60	304,73	3
31/7/2011	9/8/2011	3.649,59	17	60	620,43	3
31/8/2011	9/9/2011	605,18	17	60	102,88	3
30/9/2011	9/10/2011	3.935,59	17	60	669,05	3
31/10/2011	9/11/2011	3.200,18	17	60	544,03	3
30/11/2011	9/12/2011	1.065,88	17	60	181,20	3
31/12/2011	9/1/2012	2.105,65	17	60	357,96	3
30/6/2011	9/7/2011	40.035,06	17	60	6.805,96	4
30/11/2011	9/12/2011	420.600,59	17	60	71.502,10	6
31/12/2011	9/1/2012	1.540.536,59	17	100	261.891,22	7
TOTAL					378.421,40	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207494.0003/12-5**, lavrado contra **MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$378.421,40**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$116.530,18 e de 100% sobre R\$261.891,22, previstas no artigo 42, II, alínea “a”, “d” e “f”, VII, alínea “a”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR