

PROCESSO	- A. I. Nº 206951.0003/09-3
RECORRENTE	- CONFIANÇA COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA. (TINAFARMA)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0036-01/10
ORIGEM	- INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET	- 20.11.2014

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0337-12/14

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, diferenças tanto de saídas como de entradas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, a de saídas. Infração subsistente. **b)** SAÍDAS DE MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração reconhecida. **c)** PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, em um mesmo exercício, diferenças tanto de entradas quanto de saídas através de levantamento quantitativo de estoque, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com Recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Infração caracterizada. **d)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Infração caracterizada. **e)** ENTRADA DE MERCADORIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, se a mercadoria já saiu sem tributação, deve-se exigir o imposto do adquirente, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido de terceiro mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, bem como do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Infração parcialmente

caracterizada em face da nulidade da ocorrência relativa ao exercício de 2008, por falta de clareza e imprecisão no roteiro de auditoria aplicado para apuração do tributo. **2. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** Infração caracterizada. **3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL.** Infrações caracterizadas. Não acolhidas as preliminares. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, reduzindo o montante da exigência do imposto para R\$125.993,13, acrescido da multa de 60% e 70%, mais multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$404,76, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado em 30/06/2009, ciência dada ao contribuinte em 07/07/2009, decorre de oito infrações, abaixo listadas, à exceção da infração 2, todas são objeto do Recurso Voluntário que se apreciará, como segue:

Infração 1. falta de recolhimento do imposto no valor de R\$960,02, acrescido da multa de 70%, relativo a omissão de saída de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (2008), levando-se em conta, no cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. Conforme demonstrativos anexo I fls. 673 a 2548 do PAF;

Infração 2. multa de R\$50,00, em face de omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2007), conforme demonstrativo anexo I fls. 13 e 675 a 2548 do PAF;

Infração 3. falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$634,42, acrescido da multa de 70%, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária- a das operações de entrada- com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no exercício de 2007. Conforme demonstrativos anexo I fls.23 a 672 do PAF;

Infração 4. falta de recolhimento do imposto no valor de R\$87.579,05, acrescido da multa de 70%, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2007), conforme demonstrativo anexo I fls.24 a 672 do PAF;

Infração 5. falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, no valor de R\$42.988,38, acrescido da multa de 60%, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercícios fechados (2007, 2008), conforme demonstrativo anexo I fls. 36 e 715 a 2548 do PAF;

Infração 6. utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$614,46, acrescido da multa de 60%, referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária no mês de março de 2008, conforme Nota Fiscal, livro Registro de Entradas e demonstrativo anexo II fls. 2549 a 2551 a. do PAF;

Infração 7. multa de R\$129,00, por ter dado entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal no mês de novembro de 2008, conforme Notas Fiscais, livro Registro de Entradas (cópias anexas) e demonstrativo anexo III fls. 2552 a 2558 do PAF;

Infração 8. multa de R\$225,76, por ter dado entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(s) sem o devido registro na escrita fiscal nos meses agosto e setembro de 2008, conforme Notas Fiscais e demonstrativo anexo III, fls. 2552 a 2558 do PAF.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 1ª JJF, decidiu, por unanimidade, que é Parcialmente Procedente a acusação fiscal, com fulcro no voto condutor, abaixo transcrito.

VOTO

Das 8 infrações deste Auto de Infração, o autuado, quanto ao mérito, expressamente reconheceu a Infração 02, na íntegra, e parte das Infrações 04 e 05 ao tempo que não impugnou as infrações 1, 6, 7 e 8, sob o argumento de cerceamento de defesa por alegar que não lhe fora entregue os demonstrativos do levantamento fiscal a elas relativos, razão pela qual pede e fundamenta preliminar de nulidade para o Auto de Infração.

As infrações 01 a 05 referem-se à falta de recolhimento de ICMS apurada por levantamento quantitativo de estoque. A infração 06 diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal e as infrações 07 e 08 tratam de multa em face de entrada de mercadorias no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

Tendo em vista a lógica de julgamento, antes de adentrar pelo mérito da lide, devo apreciar a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado.

A questão de nulidade suscitada é objetiva, com fundamento no art. 18, inciso IV do RPAF, no sentido de que o autuado teve seu direito de ampla defesa cerceado sob a alegação de que não lhe foram entregues cópias impressas dos demonstrativos referentes ao cálculo do imposto em cada uma das infrações que o lançamento consigna e que o CD-ROM que recebeu não contém todos os demonstrativos do procedimento fiscal, fazendo destaque quanto à infração 01 no valor de R\$960,02, cuja data de ocorrência é 31/12/2008, sem qualquer substrato fático que embase a pretensão fiscal, já que alega que entre os 19 arquivos constantes do CD-ROM, consta um único demonstrativo de cálculo do imposto devido em decorrência da Infração 04.05.02, em valor histórico de R\$137,93, referente ao período de 2007, pelo que questionou: “Das duas uma. Ou a auditora fiscal, realmente, encontrou o valor do imposto devido igual a R\$960,02, consoante consta do Auto de Infração, ou por qualquer razão desconhecida consta tal valor erroneamente. A resposta à indagação em questão, todavia, não será possível encontrar sem analisar os demonstrativos que pertençam o cálculo de imposto em valor histórico igual a R\$960,02, no período de 2008.”

Pois bem, assim como a preliminar suscitada, objetivo também serei na sua apreciação, pelo que, de pronto, a afasto, pois testando o CD-ROM que o impugnante juntou à defesa para subsidiar seus argumentos (fl. 2.835), verifiquei que nele constam em perfeito estado todos os demonstrativos que embasam o procedimento fiscal relativo às infrações 01 a 05 (Levantamento Quantitativo de Estoque) e o demonstrativo da Infração 01 que o autuado questiona é exatamente o 19º arquivo do CD, cujo nome é o seguinte: Arq. Tipo: Adobe Acrobat Document, Título: Safa_demonstrativo_infraçao IF, Data modificação: 24/09/2009 14:04, Tamanho: 14,4 KB. Ademais, de fato, de forma indvidosa, o documento de fl. 2773 atesta que o autuado recebeu cópias dos demonstrativos concernentes ao lançamento fiscal, inclusive dos relativos às infrações 06, 07 e 08, em modelos impressos, elementos indispensáveis e suficientes para o pleno exercício do amplo direito de defesa de modo que não há como subsistir procedência à preliminar de nulidade argüida.

Tendo em vista que o procedimento fiscal atende aos requisitos previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF, nele não verificando qualquer das condições de nulidade previstas no art. 18 do regulamento citado, o vejo completo quanto aos aspectos formais.

Portanto, considerando superada a questão preliminar suscitada, passo ao exame de mérito do lançamento tributário de ofício.

A esse respeito, observando o expresso reconhecimento do cometimento da Infração 02 por parte do autuado e tendo em vista que não constato irregularidade quanto aos fatos a que diz respeito, a tenho como subsistente, devendo ser mantida.

Do mesmo modo, considerando que a Infração 01 foi contestada apenas quanto ao aspecto preliminar de nulidade já superado e que no aspecto material nada foi contestado tendo o autuado plena condição de, constatando incorreção, fazê-lo, até por ser o detentor dos documentos que a embasam, também confirmo sua integral subsistência.

Quanto à Infração 03, o impugnante a reconhece parcialmente no valor de R\$289,81, consoante planilha que anexa, pois pediu a exclusão de bens que disse ter adquirido para uso e consumo por não serem “mercadorias” como enquadrou a autuante.

Em relação a essa infração, por sua vez a autuante discordou do pedido de retirada de itens que a defesa diz tratar-se de bens de uso e consumo e não mercadoria (balanças e televisores), pois observou habitualidade de compras desses itens durante todo o exercício havendo meses com compras de até 10 televisores à empresa Martins Comércio e Serviço de Distribuição Ltda.

Embora o impugnante peça a exclusão de apenas uma balança e dois televisores nessa infração, quando a autuante traz a lume o aspecto da habitualidade das aquisições, tenho que ponderar dois aspectos que entendo importantes para o deslinde da celeuma: os conceitos de “mercadoria” e “contribuinte” para os efeitos do ICMS.

O conceito de “mercadoria” para esta questão é o inserto no §4º do art. 1º do RICMS-BA, conforme abaixo:

§ 4º Considera-se mercadoria, para efeitos de aplicação da legislação do ICMS, qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica, inclusive semoventes e energia elétrica, mesmo quando importado do exterior para uso ou consumo do importador ou para incorporação ao ativo permanente do estabelecimento.

Ora, para reforçar a percepção da necessidade de se identificar o conceito constitucional de mercadoria, levame a procurar a origem deste, junto ao Direito Comercial, onde encontramos ser mercadoria todo o bem móvel sujeito a mercancia, ou ainda, toda coisa móvel, apropriável, que possa ser objeto de comércio (Cod. Comercial, art. 191).

Roque Antônio Carrazza, aprofunda-se no tema e define que, “não é qualquer bem móvel que é mercadoria, mas só aquele que se submete à mercancia. Pode-se, pois, dizer que toda mercadoria é bem móvel, mas nem todo bem móvel é mercadoria. Só o bem móvel que se destina à prática de operações mercantis é que assume a qualidade de mercadoria. ... Portanto, é a destinação do objeto que lhe confere, ou não o caráter de mercadoria. ... Para que um bem móvel seja havido por mercadoria, é mister que ele tenha por finalidade a venda ou a revenda. Em suma, a qualidade distintiva entre bem móvel (gênero) e mercadoria (espécie) é extrínseca, consubstanciando-se no propósito de utilização no comércio” (ICMS, Malheiros, 6ª ed., São Paulo, pág. 39).

Pois bem, definido o conceito de “mercadoria” para efeito de ICMS, vejamos agora o conceito de “contribuinte” para o mesmo fim.

O art. 36 do RICMS-BA, diz que “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.” Segundo, acrescenta no inciso XIV desse artigo que também é contribuinte “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.”

Da combinação desses conceitos entendo que a quantidade de itens adquiridos pelo contribuinte caracteriza o contribuinte de que fala o art. 36 citado, com o que entendo caracterizada a Infração 03.

Quanto às infrações 04 e 05, que o contribuinte parcialmente contesta sob a alegação de falta de inclusão de notas fiscais no levantamento fiscal, vejo tratar-se de uma questão de fato em que a autuante relatou que tal argumento já fora levantado pelo autuado no transcurso do procedimento fiscal tendo, na oportunidade, disponibilizado ao autuado as planilhas e mapas elaborados por ocasião da ação fiscal (fl. 09), e que embora tenha aguardado a apresentação das notas fiscais por mais de 30 dias para efeito de análise de pertinência da alegação defensiva, o autuado não as apresentou, o mesmo fazendo por ocasião da defesa, quando não carreia aos autos as notas fiscais que relaciona na defesa.

Analizando o demonstrativo de fl. 2791 (relativo à Infração 03), e o de fls. 2792 a 2833 (relativo às infrações 04 e 05), que o autuado elaborou e trouxe aos autos ajustando os valores devidos nas infrações 03, 04 e 05, segundo seu entendimento, vejo que tem por base e fonte os arquivos magnéticos contidos no CD-ROM que recebeu conforme atestado no documento de fl. 2773 e que vem a ser o mesmo CD-ROM que juntou à Defesa dizendo estar incompleto e que consta dos autos à fl. 2835. Isto vem a contrariar a argumentação defensiva de cerceamento de seu direito de ampla defesa por recebimento incompleto dos demonstrativos fiscais, uma vez que de fato exerceu plena defesa quanto ao mérito das infrações 03, 04 e 05 apuradas pelo referido método de auditoria.

Ora, como as infrações 01 a 05 se referem ao mesmo procedimento fiscal, qual seja Auditoria por Levantamento Quantitativo de Estoque - e, conforme já disse, na análise da questão preliminar, estando presente de maneira completa os arquivos relativos a todas as infrações apuradas pela auditoria citada, inclusive os relativos à Infração 01 que já constatei subsistente – observo que tal procedimento fiscal foi levado a efeito na forma regulamentar tendo como fonte os dados fornecidos pelo próprio contribuinte à SEFAZ via SINTEGRA na forma em que está legalmente obrigado.

Assim, constatadas, como foram as irregularidades através dessa auditoria e nos valores apurados originalmente observo que quando o contribuinte não se resigna quanto ao lançamento, o RPAF faculta-lhe a possibilidade para elidir a acusação, conforme dispositivo abaixo:

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver,

inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.

No presente caso, do procedimento fiscal de Auditoria por Levantamento Quantitativo de Estoque, repito, decorrem as infrações de 01 a 05, sendo que o autuado expressamente reconheceu o cometimento da Infração 02, e, até aqui, na minha análise, não elidiu as infrações 01 e 03.

Em relação às infrações 04 e 05, alegou que não foram consideradas no levantamento fiscal, diversas notas fiscais de entrada de mercadorias que estão registradas nos seus livros fiscais. Quanto a este particular, constato dos autos que o contribuinte, além da oportunidade legal referida no art. 123 acima transrito, teve, prévia à lavratura do Auto de Infração, a extraordinária oportunidade de apresentar as notas fiscais que relaciona como não consideradas no levantamento fiscal, cuja vista às mesmas é necessária para análise fiscal e como indispensável elemento de prova de sua alegação defensiva, aliás, como bem observou a autuante por ocasião da Informação Fiscal.

De fato, estando estas notas fiscais na posse do autuado, à primeira vista, não há lógica razão para que elas não tenham sido apresentadas à fiscalização por ocasião da ação fiscal ou não trazidas aos autos pelo contribuinte junto à Defesa, conforme requer o art. 123 do RPAF.

Por outro lado, o art. 142 do citado regulamento, expressa que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. Neste aspecto, entendo a inação do autuado quanto à não apresentação das notas fiscais como elemento de prova a seu favor, como mera negativa de cometimento de infração à legislação tributária e, por isso, incursa na disposição do art. 143 do mesmo regulamento por este dispor que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Deste modo, também considero caracterizada a Infração 04 e a ocorrência de 31/12/2007 da Infração 05, e nula a ocorrência de 31/12/2008 da Infração 05 por nela verificar a existência de flagrantes e insanáveis equívocos, motivos pelos quais entendo que o lançamento fiscal, neste particular, não merece prosperar pela razão que passo a expor:

01 – com base nos Demonstrativos de Auditoria de Estoque elaborados pelo autuante às fl. 673 a 674, observei que as mercadorias objeto da autuação estão enquadradas no regime de substituição tributária (medicamentos para uso humano);

02 – não obstante esse fato, o autuante exigiu tão somente o ICMS relativo à antecipação tributária sobre as mercadorias, deixando de cobrar o imposto por responsabilidade solidária, em decorrência da imputação de que o contribuinte teria recebido as referidas mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal;

03 – este entendimento tem fundamento no disposto no art. 10, inciso I, alíneas “a” e “b”, da Portaria nº. 445/98, bem como no art. 39, inciso V, do RICMS/97;

04 – não foi demonstrado pela fiscalização como foi apurada a base de cálculo dessa infração nessa ocorrência.

Tendo em vista os fatos acima e considerando que o equívoco incorrido pelo autuante não pode ser sanado mediante diligência fiscal, já que implica em mudança de fulcro da autuação, entendo que nula essa ocorrência, com base no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99.

Concluo que, no caso em exame, nos moldes como foi descrita a ocorrência infracional apurada, ficou caracterizado que o lançamento foi efetuado em desacordo com as normas que regem a matéria. Por isso merece ser decretada a nulidade da autuação fiscal neste particular, representando-se à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal a salvo de falhas, conforme art. 156, do RPAF/99. Registro, porém, que antes de iniciado o novo procedimento fiscal, aqui recomendado, o sujeito passivo poderá efetuar o pagamento do imposto, acaso devido, de forma espontânea.

Quanto às infrações 06 (uso indevido de crédito fiscal), 07 e 08 (entrada de mercadoria no estabelecimento sem o devido registro da escrita fiscal), e que estão devidamente esclarecidas nos demonstrativos de fls. 2549 a 2558, os quais, conforme já salientei foram entregues ao autuado tendo este atestado recebimento no documento de fl. 2773, cuja contestação foi apenas entabulada na argüição da preliminar de nulidade já analisada e afastada neste voto, pelas mesmas razões aqui inseridas e decorrentes das disposições contidas nos artigos 123, 142 e 143 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, as considero caracterizadas e subsistentes nos valores originalmente acusados.

Em razão de todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

Devidamente intimado, o recorrente interpõe Recurso Voluntário, tempestivo, colacionadas às fls. 2.871 a 2.884 e anexos às fls. 2.885 a 2.930.

Em sua peça recursal, após breve relato dos fatos e inconformada com o desfecho dado pelo

julgamento de 1^a Instância, de plano, suscita preliminar de nulidade por cerceamento do seu direito de defesa.

Consigna que apesar de a Junta de Julgamento Fiscal ter afirmado que há no *cd-rom* arquivo em formato *pdf*, com tamanho de 14,4 KB, contendo os demonstrativos das diversas infrações, afirma o recorrente que ainda na sua impugnação já havia apontado que a autuante deixou de entregar-lhe cópias impressas dos demonstrativos referentes ao cálculo do imposto para cada uma das infrações, em que pese ter assinado declaração cujo teor prova a entrega dos referidos demonstrativos, em "*cd-rom*" que, supostamente, continha os referidos demonstrativos.

Lembra que também registrou que "... *dentre os 19 arquivos em formato PDF constantes do 'cd-rom', não consta a totalidade dos demonstrativos necessários à fundamentação da autuação fiscal*".

Da discussão, afirma que a Junta de Julgamento Fiscal equivocou-se, aduzindo que não pode prosperar o argumento do julgado em razão do fato de que não há no referido *cd-rom* qualquer arquivo com tamanho de 14,4 KB relativo à infração 1.

Registra que seu representante teria sido induzido a assinar o referido documento de ciência e recebimento dos demonstrativos, mesmo sem tê-los recebido. Nessa esteira, aduz que a omissão de que trata, fere frontalmente o devido processo legal e as disposições contidas no RPAF/BA, pois, a falta das notas fiscais aptas a embasar a acusação fiscal constitui cerceamento do seu direito de defesa, o que impõe a anulação do Auto de Infração, aduzindo que deve ser concedido novo prazo para impugnação das infrações 1, 6, 7 e 8, não impugnadas no mérito em virtude da falta dos demonstrativos fiscais.

Suscita também a nulidade do lançamento em razão de ter sido construído por período anual e da impossibilidade da apropriação do crédito fiscal.

Diz que para as infrações 1, 2, 3, 4 e 5, constituídas por período anual, não podem prosperar, conquanto "as infrações, tal como cobradas pela Auditora Fiscal, implicam prejuízo ao Erário Estadual, afastando a possibilidade de incidência de acréscimos moratórios desde a data da ocorrência do fato, conforme determinação legal" e que "a indisponibilidade do crédito tributário recomenda a anulação da autuação para que seja repetida, a salvo de falhas, pela nobre autuante, sob pena de, sendo procedente, ocorrer desfalque nos cofres públicos por imperícia fiscal". Cita trecho do Acórdão nº 0010-01/10.

Referentemente à infração 3, aduz que a materialidade da conduta típica impõe que se verifique a omissão de entradas de mercadorias, lembrando que para a hipótese de não haver operação com mercadoria não haverá fato gerador do ICMS. Na esteira do seu arrazoado, afirma que a imputação improcede à medida que pretende concluir que uma distribuidora de medicamentos tenha comercializado uma balança e dois televisores Toshiba, bens para uso e consumo, o que impõe a nulidade da infração, haja vista que a caracterização da suposta habitualidade constante da peça acusatória é duvidosa e ilegal.

Registra que os televisores são utilizados como material promocional, à medida que são entregues como brindes, lembrando que não há na legislação qualquer limitação quantitativa à compra de material promocional.

Consigna que os julgadores de piso laboraram em equívoco argumentativo, pelo qual se pretende afirmar a possibilidade de existência de um contribuinte de ICMS caracterizando a suposta habitualidade, sem, contudo, determinar a finalidade mercantil do objeto da circulação econômica, apta a classificá-lo no gênero mercadoria.

Diz da necessidade de que se exclua dos demonstrativos referentes às omissões o imposto calculado com base na suposta omissão de entrada de uma balança e dois televisores Toshiba por não se caracterizarem como mercadoria, não sendo, portanto, fato gerador de ICMS.

Reconhece que a infração 3 persiste com valor histórico igual a R\$289,81, consoante planilha 1

anexa à impugnação.

Quanto às infrações 4 e 5, afirma que são improcedentes.

Afirma que de posse dos registros do SINTEGRA, a fiscal fez o cotejo com o levantamento quantitativo de estoques de sua autoria, concluindo que o recorrente adquiriu "*mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado*", o que se mostra equivocado, pois, algumas notas fiscais não foram detectadas na auditoria fiscal, pois, apesar de constarem no Registro 50 do SINTEGRA, não constavam do Registro 54 por erro de sistema.

Aduz que as referidas notas fiscais foram devidamente registradas na escrita fiscal, não tendo ocorrido entrada de mercadorias provenientes de terceiros, desacompanhadas de notas fiscais. Monta planilha para os períodos 01/01/2007 a 31/12/2007 e 01/01/2008 a 31/12/2008, com colunas para código, nome do produto, NF, livro/folha e quantidade.

Registra que apesar de terem vindo aos autos cópia dos livros fiscais, onde poderia ser verificada a procedência das alegações defensivas, inclusive com indicação de número de livro e folhas referentes à escrituração das entradas supostamente não contabilizadas, o Acórdão recorrido se fundamenta na indispensabilidade das notas fiscais para comprovação das alegações defensivas, equívoco que levou à procedência da autuação sem que ao menos o feito fosse convertido em diligência. Nessa senda, diante da posição externada pela Junta de Julgamento Fiscal, aduz que fez juntar as notas fiscais que, equivocadamente, foram consideradas como não escrituradas em relação às infrações 4 e 5.

Diz que a partir da exclusão das supostas omissões acima elencadas, persistem os seguintes valores: para a infração 4 (2007) – R\$10.915,66; para a infração 5 (2007) – R\$7.432,00; e para a infração 5 (2008) – R\$5.935,04.

Por fim, requer que sejam declaradas nulas todas as infrações e, alternativamente, pede que seja provido o seu Recurso Voluntário para que sejam acolhidas as suas razões em relação às infrações 3, 4 e 5.

Pede que a PGE/PROFIS se manifeste nos autos.

Às fls. 2.935/2.942, há extrato do SIGAT que dá conta de que foi deferido parcelamento de débitos em 49 parcelas, com oito pagas até 28/04/2010.

A Dra. Maria José Coelho Sento-Sé, Procuradora da PGE/PROFIS, exara Parecer à fls. 2.944/2.945, opina no sentido de que o feito fosse convertido em diligência com vistas à verificação das notas fiscais e se as mesmas teriam o condão de excluir as supostas omissões relativas às infrações 4 e 5.

Em atendimento à recomendação da PGE/PROFIS, os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiram por converter o feito em diligência ao autuante, nos seguintes termos:

1 - *Solicita-se informar atividade da empresa no período objeto da autuação, se tratava-se de farmácia, drogaria, ou distribuidora atacadista.*

2 - *Tendo em vista as argumentações defensivas, em relação às infrações 1 a 5, referentes ao levantamento de estoque realizado, solicita-se intimar o contribuinte para que apresente ao Fisco, de uma só vez, toda a documentação, em vias originais, que o contribuinte alega embasar as suas alegações recursais, inclusive confrontando tal documentação original com as cópias de documentos já anexadas aos atos deste processo.*

3 - *Em relação à Infração retirar, do levantamento quantitativo de estoque efetuado, os itens televisores e balança, caso não fique comprovado, nos autos, que se trata de mercadorias para comercialização.*

4 - *Confrontar o levantamento fiscal original com os dados apresentados pelo recorrente nas razões recursais, e seus documentos fiscais.*

5 - *Considerar, neste cotejamento, também os documentos originais do contribuinte cujas cópias estão anexadas ao processo, inclusive os dados constantes de seu livro de estoque.*

6 - Verificar se estão corretos os cálculos dos preços médios para as mercadorias objeto dos levantamentos de estoque realizados.

7 - Elaborar, se necessário novos demonstrativos fiscais e novo demonstrativo e débito para as imputações 1 a 5.

Em cumprimento à diligência requerida, a Autuante, às fls. 2.953/2.954, anexos às fls. 2.956/3.053, responde às solicitações nos seguintes termos:

1- *O contribuinte sempre foi Distribuidora Atacadista de Medicamentos conforme dados cadastrais (anexo).*

2- *O trabalho foi refeito, lançando todas as notas exceto a de nº 03778 por não ter sido apresentada. E os resultados obtidos foram:*

Primeira Infração: 04.05.02- Houve acréscimo no valor anterior R\$960,02; valor atual R\$972,94: como não pode mudar; mantém o valor anterior.

Segunda Infração 02- 04.05.03- O valor da omissão de Saídas de mercadorias isentas e ou não tributáveis apurado foi maior no exercício de 2007 com o lançamento dos documentos o valor da base de cálculo passou de R\$17.584,22 para R\$24.411,96 a multa continua a mesma, R\$50 reais.

Terceira Infração 04.05.05 - Esta infração reduziu de R\$634,42 para R\$322,00;

Quarta Infração: 04.05.08 - O valor ficou reduzido de R\$ 87.579,05 para R\$83.551,67;

Quinta Infração: 04.05.09 - No exercício de 2007 o valor ficou reduzido de R\$36.205,81 para R\$35.801,35; no exercício de 2008 com os novos cálculo onde foi ajustada a MVA o valor foi majorado, ficando portanto mantido o valor originalmente apurado de R\$6.783,20.

Ficando as infrações do levantamento quantitativo de estoque com os valores abaixo:

Data ocorr	Data venc.	Base calculo	aliq	Multa	Valor Historico	Valor em Real
31/12/2008	09/01/2009	5.647,15	17,00	70,00	960,02	960,02
31/07/2007	31/07/2007	0,00	0,00	50,00	50,00	50,00
31/12/2007	09/01/2008	1.894,12	17,00	70,00	322,00	322,00
31/12/2007	09/01/2008	491.480,41	17,00	70,00	83.551,67	83.551,67
31/12/2007	09/01/2008	210.599,11	17,00	60,00	35.801,85	35.801,85
31/12/2008	09/01/2009	39.901,19	17,00	60,00	6.783,20	6.783,20
						127.468,74

Às fls. 3.055, o recorrente vem aos autos dizendo que em relação à Nota Fiscal nº 3778, diligenciou junto à emitente que lhe enviou por e-mail o referido documento, e que a autuante recusou-se a receber. Pede dilação do prazo para conclusão da diligência, de modo que possa enviar à autuante cópia autenticada da nota em questão. Junta cópia da Nota Fiscal nº 3778.

Em nova manifestação, a Autuante afirma que é contrária ao deferimento do pedido do recorrente. Cita o art. 204 do RICMS, afirma que não há no dossiê do recorrente nenhuma comunicação feita à época da entrada das mercadorias no estabelecimento. Fazendo remissão à diligencia, diz da necessidade de que sejam os documentos fornecidos pelo recorrente no original.

Às fls. 3.062/3.063, o recorrente faz juntar cópia autenticada da Nota Fiscal nº 3.778.

Às fls. 3.075/3.078, anexos de fls. 3.079/3.145, o recorrente, referindo-se à diligência realizada pela autuante, afirma que a informação fiscal não atendeu a todas as solicitações feitas pelos membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, aduzindo que há omissão quanto aos pontos 3, 4, 5 e 6.

Diz do quanto informado em relação ao item 1 da diligência.

Para o item 2, replica o que foi dito pela autuante, aduzindo que se trata de argumento despropositado e incoerente, na medida em que supõe, sem prova, “*o cometimento de crimes pelo Recorrente, seu advogado e seu contador que teriam falsificado as notas fiscais, criando-as posteriormente à ação fiscal para ludibriar o Fisco*”.

Diz que da simples verificação do livro Registro de Entradas de 2007, se pode constatar que todas as folhas foram carimbadas e visadas pela autuante, notadamente a folha 13, onde consta o registro do lançamento da Nota Fiscal nº 3778, o que afasta a hipótese de inexistência do referido

documento fiscal que, no entender da autuante, teria sido criada *a posteriori*.

Aduzindo que além dos livros, também foram trazidos aos autos a documentação correspondente, bem como as respectivas provas de pagamento do imposto por antecipação, inclusive, relativamente as notas fiscais objeto de controvérsia, espera que se julgue a lide no sentido de acolher a sua tese de que houve equívocos no arquivo SINTEGRA que geraram o ilusório crédito tributário ora constituído.

Quanto à Nota Fiscal nº 3778, diz que fez vir aos autos cópia autenticada, aduzindo que foi desconsiderada pela autuante em seu novo demonstrativo, registrando que a desconsideração da referida nota lhe impõe substancial prejuízo, quanto pudessem ser reduzidos os valores das infrações 4 e 5, no montante de R\$64.843,44 e R\$27.785,41, respectivamente.

Quanto à solicitação 3, frisa que o novo demonstrativo continua a incluir o imposto relativo aos televisores, o que deverá ser retificado, visto que não comercializa tal bem.

Para as solicitações 4 e 5, assevera que não houve qualquer manifestação sobre as novas planilhas que apresentou e que consignam novos demonstrativos de cálculo do imposto com os preços médios corretos e lançamento das notas fiscais sem registro 54, mas que estavam no SINTEGRA, nos livros fiscais e tiveram o imposto devidamente recolhido, a exemplo da nota fiscal nº. 3778.

Referente aos erros na consideração dos preços médios que possibilitaram a constituição da base de cálculo presumida pela omissão de entradas, registra que a autuante omitiu-se, vez que no demonstrativo fiscal o item *seringa*, referido na Nota Fiscal nº 3778, cujo valor total é R\$5.384,00, têm preço unitário médio variando entre R\$13,50 e R\$27,20, bem como outros itens que persistiram com omissões e têm preços médios absurdos, a exemplo da unidade da seringa descartável de 10 ml a R\$37,77, enquanto a seringa de 20 ml custa R\$0,41. Nessa esteira, pergunta “*Como a nota fiscal nº. 3778, cujo valor total é R\$5.384,00 poderá ter imposto cobrado no Auto de Infração de R\$64.843,44 e R\$27.785,41, respectivamente nas infrações 4 e 5, ou seja, como cobrar R\$92.628,85 relativamente a uma nota fiscal de R\$5.384,00 ?.*”

Registra que há erros flagrantes no levantamento fiscal e que elaborou demonstrativos contemplando itens que permaneciam com omissões de entradas com os valores de base de cálculo com preços médios corretos, com o fim de obter o valor devido e realizar o parcelamento, como efetivamente feito.

Fazendo remissão às omissões e equívocos apontados além da insuficiência da informação fiscal em atendimento à diligência requerida, pugna pela conversão do feito em nova diligência para que, auditor fiscal estranho ao feito, atenda a diligência conforme solicitada, suprindo os pontos omissos, inclusive para atestar que o valor efetivamente devido já foi objeto de parcelamento. Requer a juntada de documentos que trazidos aos autos, a exemplo do registro da nota fiscal nº 3778, relatórios de recolhimentos e cópias das petições referentes à apresentação da nota fiscal antes referida.

Às fls. 3.147, a autuante replicou, afirmando que não deve ser acolhida a Nota Fiscal nº 3778, haja vista que não foi apresentada no original, aduzindo que nem mesmo as cópias foram apresentadas nas primeiras vias, conforme se verifica das fls. 3058 e 3063. Registra o quanto preceitua o art. 204 do RICMS/BA. Rebatendo a manifestação do recorrente, consigna que atendeu à diligência e que todo o levantamento foi refeito.

Para a Nota Fiscal nº 3.778, aduz que não fez o lançamento em razão de não ter sido apresentada a dita nota fiscal em primeira via original.

Quanto aos televisores e balanças, aduz que a não foram retirados do levantamento, pois, “*foi apenas sugerido! Se não configurasse operação com habitualidade. O que não é o caso! Ademais, qualquer pessoa que queira adquirir uma balança de precisão, pode se dirigir a qualquer farmácia! Que lá encontrará esse produto! Estas adquire mercadorias das*

distribuidoras de medicamentos!..."

Com referência à quarta solicitação, diz que foi cumprida à risca no que diz respeito à aceitação de documentos originais, afirmando que todos teriam sido lançados nos demonstrativos da revisão, conforme arquivos do *cd-rom* à fl. 3.053.

Quanto ao preço médio questionado, afirma que não assiste razão à Recorrente pelos motivos que elenca, *ipsis litteris*:

1) *porque o preço médio unitário do produto Seringas (fls. 36 do PAF) é de 0,41(quarenta e um centavos a unidade) e a caixa 37,77(trinta e sete reais e setenta e sete centavos a caixa).*

2) *O preço médio de entrada do produto Seringas foi calculado com base na NF. nº1884 de 31/07/2007(fls.107 do PAF). A qual constitui a última Entrada do produto no período, como está previsto na legislação! Nunca poderia ser o da NF nº 3778 de 30/04/2007 como pretende a defesa!*

Ressalta que não há provas de que o ICMS sobre as entradas através das notas fiscais apresentadas por via da peça recursal tenha sido recolhido, nem nos DAE's de fls. 3036 a 3052, nem nos extratos anexados pelo recorrente às fls. 3082 a 3084.

A Dra. Maria Dulce Baleiro Costa, Procuradora da PGE/PROFIS, exara Parecer à fls. 3.153/3.154, no qual, de plano, assevera que as alegações de nulidade não merecem acolhimento, conquanto entende que restou demonstrado no voto da Decisão recorrida que no CD entregue ao autuado continha todos os demonstrativos elaborados pelo autuante, o que permitiu o exercício ao direito de defesa.

No mérito, aduz que todas as questões suscitadas foram objeto de nova análise pela Autuante, que elaborou novo demonstrativo de débito às fls. 2953/2955.

Opina pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso, para que seja reduzido o montante devido na forma indicada pelo diligente/Autuante, o que foi ratificado pelo despacho da n. Procuradora assistente da PGE/PROFIS/NCA, Dra. Aline Solano Casali Bahia.

Os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal, fls. 3.177, à luz das razões recursais e dos documentos carreados aos autos, resolveram por converter o feito em nova diligência para:

1. *Em relação às Infrações 3, 4 e 5, que tratam do levantamento quantitativo de estoque no exercício de 2007, considerar a Nota Fiscal nº 3778, cuja cópia foi acostada pelo contribuinte às fls. 3055 e 3063.*
2. *Excluir, do levantamento quantitativo de estoque realizado relativo à imputação 3, os itens televisores e balanças.*
3. *Elaborar demonstrativo de débito das infrações 3, 4 e 5, caso haja alteração do débito a ser exigido do contribuinte.*

Em atendimento à diligência requerida, a autuante após registrar a sua irresignação, consigna:

"Ainda assim, atendendo o que solicita a defesa e ordena a diligência, o referido documento foi lançado e refeitos os cálculos o que resultou em uma redução do crédito reclamado na infração 04 04.05.08 no exercício de 2007 de R\$ 83.551,67 conforme revisão anterior (fls. 2954 o PAF), para R\$15.639,61(quinze mil setecentos e trinta e nove reais e sessenta e hum centavos). A infração 05 - 04.05.09 ficou reduzida de R\$35.801,85 para R\$6.224,01 (seis mil duzentos e vinte e quatro reais e vinte e hum centavos).

Quanto às mercadorias televisor e balança foram retiradas do demonstrativo conforme ordena a diligencia. Com isso o valor da Infração 03- 04.05.05 de R\$634,42(seiscientos e trinta e quatro reais e quarenta e dois centavos), ficou reduzido para 552,08 (quinhentos e cinqüenta e dois reis e oito centavos). Ficando o demonstrativo de débito assim representado:

Data ocorr	Data venc.	Base cálculo	aliq	Multa	Valor Historico	Valor Real
31/12/2008	09/01/2009	5.647,15	17	70	960,02	960,02
31/07/2007	31/07/2007	0,00	0	50	50	50,00
31/12/2007	09/01/2008	3.247,53	17	70	552,08	552,08
31/12/2007	09/01/2008	36.613,00	17	60	6.224,21	6.224,21
31/12/2008	09/01/2009	39.901,19	17	60	6.783,20	6.783,20
31/12/2007	09/01/2008	15.313,15	17	60	15.639,61	15.639,61
						30.209,12

Ficando o valor total do crédito reclamado reduzido a R\$30.209,12 (trinta mil duzentos e nove reais e doze centavos).

Concluída a diligência, os autos retornaram à julgadora e, levado à sessão de pauta suplementar, resolveram os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal, fls. 3.275, pela conversão do PAF em diligência para que fosse dada ciência ao Sujeito Passivo do resultado da diligência para que, querendo se pronunciasse, após, devendo ser enviado à PGE/PROFIS para emissão de Parecer jurídico conclusivo.

O Sujeito Passivo se manifesta às fls. 3.285/3.287, e registra que apesar de a autuante ter cumprido o quanto determinado, procedeu a alterações em seus trabalhos, distorcendo e tornando imprestável o resultado da diligência, e explica.

Diz que “*o demonstrativo de fls. 23 que corresponde ao demonstrativo alterado após à diligência de fls. 3181, em qual não há perfeita coincidência entre os itens que efetivamente foram excluídos por determinação deste órgão julgador. Basta ver que o valor total do imposto de R\$ 634,42, mesmo com a exclusão de R\$ 344,61, relativo à balança e televisores resultou, após a diligência, num imposto no valor de R\$ 552,08, ao invés de R\$ 289,81, conforme as razões já expostas pelo Recorrete neste processo administrativo*”.

E continua

“*A mesma indevida alteração do lançamento foi procedida nas demais infrações. Examine-se, por exemplo, a fl. 24, quanto ao item de código 31 (CICLO 21 C/63 CP), mediante o qual encontra-se uma omissão de 216 unidades, resultando num imposto de 102,35. Apesar disso, a autuante surpreende o Recorrente à fl. 3190 com uma omissão de 2.150 unidades e um imposto de R\$1.864,04. Note-se, também, à fl 25 o item de código 70, cujo imposto foi R\$1.516,23, porém, no demonstrativo após a diligência de fl. 3183 aparece como R\$ 2.121,60*”.

Registra que as incorreções apontadas são meramente exemplificativas, aduzindo que a diligência não foi cumprida a contento, sendo imprestável para nortear o julgamento da lide, pelo que requer que o feito seja mais vez convertido em diligência para que se proceda às exclusões sobre os demonstrativos que já constam dos autos e foram objeto de impugnação.

Lembra que juntou planilhas em que, por sua conta, realizou as exclusões determinadas em diligência que correspondem, justamente, à suas alegações de impugnação ao lançamento, reiterando que reconhece os valores correspondentes à Infração 04 - 2007 - R\$10.915,66; Infração 05 - 2007 - R\$7.432,00; e Infração 05 - 2008 - R\$5.935,04.

Pede celeridade na diligência que requisitou, aduzindo que pretende quitar eventual valor em favor da Fazenda Pública, com o benefício da anistia.

Às fls. 3294, o recorrente pugnou pela juntada de cópias das notas fiscais, fls. 3295/3317 mencionadas na peça impugnatória que foram devidamente registradas nos Livros Registro de Entradas, como o fim de complementar as provas apresentadas de modo a facilitar os trabalhos fiscais. O referido pedido foi negado com fundamento de que a dita juntada seria intempestiva, conforme fls. 3320/3321.

A Dra. Maria Helena Mendonça Cruz, Procuradora da PGE/PROFIS, exara Parecer à fls. 3325/3326, considerando a manifestação do autuado dizendo de alterações indevidas no lançamento efetuadas pelo autuante em desacordo com a diligência determinada pela 3ª CJF, bem como em face dos novos documentos carreados aos autos, opina no sentido de que merecem ser analisados os ditos documentos face ao princípio da verdade material, registrando entendimento de que os autos devem retomar à Relatora para analisar se devem ou não retomar ao autuante para nova revisão no lançamento.

Mais uma vez convertido em diligência ao autuante, fls. 3325/3326, desta feita para:

1. *Pronunciar-se acerca das manifestações do contribuinte às fls. 3285 a 3287, e fl. 3294, e das cópias de documentos fiscais de fls. 3295 a 3317.*

2. Caso seja necessária a busca de mais documentos e/ou esclarecimentos junto ao autuado, realizar as medidas necessárias para tanto, inclusive intimando-o para tal.
3. Se verificada a procedência de alegação/alegações do contribuinte, efetuar as devidas retificações nos demonstrativos fiscais elaborados.

Em resposta à diligência, a autuante presta informação fiscal às fls. 3341/3344.

Após varias considerações, aduz que não foram apenas as divergências apontadas pela defesa as únicas ocorridas, outros produtos deram resultados diferente, a exemplo dos Produtos Teste de Gravidez, Termômetro, sabonete, etc., pois, o arquivo foi modificado, na tentativa de fechar o estoque.

Para o item de cod. 31, para o qual o recorrente afirmou foi apurado um débito de R\$1.864,04, diz que não é possível verificar como o Sujeito Passivo encontrou o citado valor.

Quanto às cópias das notas fiscais anexadas pelo recorrente, fls.3295 a 3317, informa que os documentos de fls. 3295, 3297, 3298, 3299, 3301, 3302, 3303, 3305, 3306, 3308, 3309, 3311, 3312, 3314, 3315, 3316 e 3317 referem-se a mercadorias que não foram incluídas no levantamento fiscal, conforme demonstrativos de fls. 3202/3222.

Quanto ao documento fiscal de nº 3778, informa que já foi lançado desde a diligência solicitada às fls. 3177, conforme fls. 3229/3230. Também a nota fiscal de nº 102126, fls. 3300, já foi lançada, conforme demonstrativo de fls.3249.

Para a Nota acostada à fls. 3307, diz que “... não se sabe o número!”. Para a Nota Fiscal de nº 97196, fls. 3310, diz que foi lançada, conforme demonstrativo à fl. 3256. Para a Nota Fiscal de nº 296907, fl. 3313, diz que foi lançada conforme demonstrativo à fl.3255.

Quanto à nota fiscal colacionada à fl. 3311, assevera que além de a mercadoria não ter sido levantada, também não tem como saber do número do documento.

Diz do completo saneamento do processo e do caráter protelatório da última manifestação do recorrente, concluindo pela manutenção do resultado da última diligência e pedindo que seja julgado o Auto de Infração parcialmente procedente, com base na última diligência realizada.

Nova manifestação, fls. 3350/3355, o recorrente reitera os termos das anteriores, destacando que apesar de a autuante ter cumprido o quanto determinado na realização da última diligência, “... realizou outras alterações em seus trabalhos, distorcendo e tornando imprestável o resultado da diligência”, sublinhando que na infração 3, com imposto lançado de R\$634,42, mesmo com a exclusão de R\$344,61, relativo à balança e televisores resultou, após a diligência, num imposto no valor de R\$552,08 ao invés de R\$289,81.

Na mesma esteira, diz que “A mesma indevida alteração do lançamento foi procedida nas demais infrações. Examine-se, por exemplo a fl. 24, quanto ao item de código 31 (CICLO 21 C63 CP), mediante o qual encontra-se uma omissão de 216 unidades, resultando num imposto de 102,35. Apesar disso, a autuante surpreende o Recorrente à fl. 3190 com uma omissão de 2.150 unidades e um imposto de R\$1.864,04. Note-se, também, à fl. 25 o item de código 70, cujo imposto foi R\$1.516,23, porém no demonstrativo após a diligência de fl. 3183 aparece como R\$2.121,60”.

Diz dos argumentos e observações da autuante e tece as suas considerações, entre outras asseverando que não fez uso de documentos inidôneos; que fez prova de tudo o quanto alegou; contesta as afirmações da autuante; afirma que se houve alteração nos arquivos do SINTEGRA, deveria a autuante apontar onde teria sido feita tal alteração, bem como a falta de análise dos arquivos magnéticos inquina de nulidade o lançamento; diz que numa auditoria de estoques os valores do imposto em eventual omissão de entradas e saídas depende, exclusivamente, dos quantitativos em inventário de entradas e saídas, obtidos, na hipótese, nos registros 74 e 54 do SINTEGRA, sem qualquer influência da alíquota nos valores apurados.

Repisa que apesar de as diligências terem afastado exigência indevidas, ainda assim, a autuante introduziu alterações no lançamento tributário. Reitera que feitas as exclusões devidas,

remanesce os valores que lista, conforme registrado acima.

Nova informação fiscal, fls. 3358/3359, a autuante ratifica seu posicionamento, aduzindo que o recorrente não trouxe aos autos nenhuma prova nova que pudesse modificar o que já foi apreciado na última diligência de fls. 3341/3345, lembrando que teve como esteio os Arquivos Magnéticos do autuado e registrando que “... não tinha o levantamento quantitativo de quatro anos atrás! Porém, a SEFAZ tinha os arquivos! Com os quis, repito, foi feito o novo levantamento”.

Às fls. 3.365, a Dra. Maria Helena Mendonça Cruz, procuradora da PGE/PROFIS, exara Parecer no sentido ratificar os termos do Parecer anterior, colacionado às fls. 2953/2955, no qual opina pelo provimento parcial do Recurso Voluntário.

A Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, procuradora da PGE/PROFIS/NCA, fl. 3366, exara despacho no qual acompanha na integralidade o posicionamento retro mencionado.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Cinge-se o presente Recurso à apreciação das infrações cujas acusações estão relacionadas e descritas no início do relatório anterior a este voto.

A tese recursal, reiterada ao longo deste PAF, e que suscitou a conversão do feito em diligência por varia vezes, atine a preliminares de nulidade e ao próprio mérito. Para a preliminar de nulidade, aduz o recorrente que para as infrações 1, 2, 3, 4 e 5, o lançamento é nulo porque foi construído em período de apuração anual, quando deveria ter sido mensal, e que não resta comprovada a materialidade do ilícito fiscal quanto foram considerados no levantamento fiscal bens que não se destinavam à mercancia.

No mérito, reconhece a procedência parcial das infrações 3, 4 e 5, alegando que há falhas no levantamento e que algumas notas fiscais não foram detectadas na auditoria fiscal, apesar de constarem no Registro 50 do SINTEGRA, não constavam do Registro 54 por erro de sistema, e que remanesce a exigência fiscal em R\$289,81, R\$10.915,66 e R\$13.367,04, respectivamente.

Para as preliminares suscitas, entendo que não assiste razão ao Recorrente. Por primeiro, compulsando os autos, vejo que a peça acusatória foi lavrada em obediência ao regramento próprio, tudo no sentido de preservar o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, o que efetivamente foi alcançado, haja vista que as manifestações do Sujeito Passivo redundaram em diversas diligência que tiveram o condão de fazer reduzir drasticamente o valor do lançamento originário.

Convém trazer à baila que contrariando o quanto assevera o recorrente, o levantamento levado a efeito pela autuante, de fato, precisam ser anuais, e não poderia ser diferente, conquanto os inventários também são anuais, rechaçada, portanto, a tese recursal.

Referentemente à suscitada nulidade da Decisão recorrida, vejo que do mesmo modo, não assiste razão ao Recorrente. Mais uma vez, da compulsão dos autos, resta de clareza solar que não há elementos que possam suscitar dúvidas quanto ao lançamento, merecendo destaque que os julgadores de piso cuidaram de fundamentar a Decisão que proferiram na legislação em vigor no Estado da Bahia, o que torna a Decisão de piso, no seu aspecto construtivo, absolutamente irretocável.

No mérito, vejo que o ora recorrente, exercendo o seu direito de contrariar as acusações que lhe pesam, veio aos autos, trouxe seus argumentos e os elementos de prova que entendeu serem suficientes à parcial desconstituição do lançamento fiscal. Da insurgência do Sujeito Passivo, o

feito foi convertido em diligência em três oportunidades, sempre realizadas pela autuante que mesmo discordando de tudo que se solicitava pelos julgadores deste CONSEF, procedeu às correções no lançamento originário, o que redundou, na última informação fiscal (fls. 3179/3180), na redução da exigência fiscal para o valor de R\$30.209,12.

Por primeiro, há que registrar que as reduções derivadas das diligências fiscais são resultado dos argumentos e de elementos probantes carreados aos autos pelo Sujeito Passivo, sendo, por conseguinte, elementos contestáveis e que fundamentam não apenas as razões recursais, mas também a Decisão de que efetivamente o afastamento de parte da exigência fiscal está absolutamente correta.

Há, entretanto, a insistência do Sujeito Passivo de que o valor remanescente ainda estaria equivocado, citando erros que dizem respeito ao demonstrativo de fls. 23 (infração 3) que após diligência, o afastamento do imposto no valor de R\$344,61, ainda restou mantido o valor de R\$552,08, mesmo quando a exigência original era de R\$634,42.

Quanto a este ponto, vejo que o ora recorrente tem razão, haja vista que a matemática mais simplória socorre a tese suscitada, qual seja a de erro aritmético. De fato, se o imposto lançado para a infração 3 foi de R\$634,42, feita a exclusão da parte reconhecidamente indevida no valor de R\$344,61, não poderia remanescer outro valor que não fosse R\$289,81.

Quanto à suscitada alteração do lançamento que teria feito a autuante quando da realização da diligência, referente ao item 31 CICLO 21 C/63 CP, vejo que também assiste razão ao Sujeito Passivo, pois, efetivamente, a omissão indicada na peça acusatória é de 216 peças, o que corresponde ao imposto de R\$102,35. O mesmo acontece com o item 70, fl. 25, cujo valor do imposto é de R\$1.516,23 e não R\$2.121,60, como consignado na última diligência realizada pela autuante.

Ainda que existam valores a serem exigidos em relação aos itens acima citados, a considerar que não é possível majorar os valores lançados na peça acusatória, não haverá que se admitir que sejam cobrados valores maiores do que aqueles valores lançados no Auto de Infração, razão pela qual acolho os argumentos recursais para manter, em relação aos itens acima referidos, os valores inicialmente lançados.

Assim, referente aos itens acima mencionados, reduzo o valor da exigência da infração 3 para R\$289,81, e do valor encontrado pela diligência última, infração 4, restituo os valores inicialmente consignados para os itens 31, fl. 24, e 70, fl. 25, para o patamar inicial de R\$102,35 e R\$1.516,23, respectivamente, o que faz reduzir o valor do lançamento, após as diligências, em R\$2.629,33, remanescendo o débito da infração 4 no valor de R\$3.594,88.

Quanto à infração 5, como já dito acima, acolho o resultado da diligência de fl. 3180 ficando este item reduzido para R\$22.422,81.

Nesses termos, a considerar que as diligências acolheram os elementos de prova carreados aos autos, e que as razões recursais, pós diligência também devem ser acolhidas porque são procedentes, voto no sentido de PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário, para reduzir o valor da exigência fiscal para R\$28.286,74, conforme quadro abaixo

Infração	Status	Valor da exigência inicial	Valor julgado em 2º Grau administrativo	Multa
1	Mantida	960,02	960,02	70%
2	Mantida	50,00	50,00	----
3	Parcialmente mantida	634,42	289,81	70%
4	Parcialmente mantida	87.579,05	3.594,88	70%
5	Parcialmente mantida	42.988,38	22.422,81	60%
6	Mantida	614,46	614,46	60%
7	Mantida	129,00	129,00	----
8	Mantida	225,76	225,76	----
TOTAL			28.286,74	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206951.0003/09-3, lavrado contra **CONFIANÇA COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA. (TINAFARMA)**, devendo ser intimada o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$27.881,98**, acrescido das multas de 70% sobre R\$4.844,71 e 60% sobre R\$23.037,27, previstas no art. 42, incisos III, II, “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$404,76**, previstas nos incisos XXII, IX e XI, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS