

A. I. Nº - 277829.0045/13-6
AUTUADO - MEALS COMÉRCIO, REPRESENTAÇÃO E SERVIÇOS EIRELI - ME
AUTUANTE - MAGDALA ROSA WOLNEY DE CARVALHO
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 18.04.2017

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0030-02/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. Comprovado tratar-se de documentos fiscais inidôneos para a operação, na data da emissão das notas fiscais, pois os emitentes se encontravam com suas inscrições irregulares no cadastro fazendário. Mantido o lançamento. **2. LIVROS FISCAIS. RAICMS. a) IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. b) IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS.** Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Infrações não elididas. **3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO.** Constatando-se, no mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas de mercadorias através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. No caso, o lançamento foi efetuado com base na diferença das quantidades de saídas de mercadorias, maior que a das entradas, a qual constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Não foram comprovados, na defesa, os alegados erros no trabalho fiscal. **4. MULTA PERCENTUAL APLICADA SOBRE O VALOR DO ICMS – ANTECIPAÇÃO PARCIAL NAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO.** Comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes, nesta condição é devida a aplicação da multa equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. Infração não impugnada. **5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. BENS DO ATIVO FIXO.** Infração não impugnada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/09/2013, para constituição do crédito tributário (ICMS e MULTA FORMAL) no valor de R\$377.028,48, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

01 - 01.02.11 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$6.989,21, referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos, nos meses de março, julho a setembro de 2008, conforme demonstrativos e documentos às fls.16 a 27. Em complemento consta: Aquisições de mercadorias de empresas não habilitadas no Cadastro de Contribuintes.

02 - 03.01.03 - Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$51,35, nos prazos regulamentares, em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração ICMS, nos meses de dezembro de 2008 e fevereiro de 2009, conforme demonstrativo à fl.32 e 160.

03 - 03.01.01 - Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$57.308,21, nos prazos regulamentares, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro, maio a dezembro de 2008, março a maio, e agosto de 2009, conforme demonstrativo à fl.29 e 162.

04 - 03.01.02 - Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$5.119,47, nos prazos regulamentares, em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração ICMS, nos meses de março de 2008 e fevereiro de 2009, conforme demonstrativo à fl.31 e 161.

05 - 02.01.01 - Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$8.738,96, nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos mês de agosto de 2008, conforme demonstrativo à fl.30.

06 - 04.05.02 - Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$292.714,12, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e 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 relativo aos exercícios de 2008 e 2009, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas tributáveis omitidas, conforme levantamentos e demonstrativos às fls.36 a 276.

07 - 07.15.05 - Multa percentual, no valor de R\$5.999,26, sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro e fevereiro de 2008, conforme demonstrativos e documentos às fls.36 a 276.

08 - 06.01.01 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$107,90, 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, referente ao mês de fevereiro de 2009, conforme demonstrativo à fl.28.

O sujeito passivo em sua defesa às fls.949 a 968, fez uma breve síntese fática, esclarecendo que é pessoa jurídica de direito privado dedicada ao comércio atacadista de produtos de limpeza, manutenção hidráulica e elétrica, sendo que para a devida consecução do seu objeto social, realiza operações de compra e venda de mercadorias, portanto, sujeitando-se ao recolhimento do ICMS/BA.

Comenta sobre os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, previstos no artigo 2º, VIII, IX, XII da Lei nº 9.784/99.

Alega que o auto de infração contém inúmeras inconsistências e irregularidades que ensejam de pronto a sua nulidade, com base nas seguintes preliminares.

Primeira preliminar - Alega que não foi cumprido o disposto no artigo 28, §1º do RPAF/99, pois a autuante prorrogou o prazo de autuação sem efetuar a comunicação necessária à empresa que se viu sendo fiscalizada por quase 7 meses, uma vez que o auto foi lavrado em outubro.

Segunda preliminar – argui preterição do direito de defesa em face da impossibilidade de análise dos levantamentos apresentados.

Alega que da análise dos documentos que acompanham a autuação fiscal, em CD-ROM, verifica-se que o crédito tributário autuado, notadamente os levantamentos de 2008 referentes às Infrações

2, 3 e 4, não tratam do período de 2008, ao revés, são mera reprodução dos levantamentos de débitos supostamente apurados em 2009.

Explicou que: *A auditora fiscal autuante laborou em equívoco e não anexou ao auto de infração ora impugnado, ou os salvou no arquivo digital (CD) que o acompanha, os demonstrativos das infrações 2, 3 e 4 referentes ao ano de 2008, impedindo que a Impugnada tomasse conhecimento sobre a natureza da dívida cobrada.*

Na mesma esteira, alega que a infração 5 não encontra respaldo em nenhum demonstrativo ou levantamento, também, vilipendiando, segundo o defendente, o seu direito ao contraditório e a ampla defesa.

Além disso, diz que todos os levantamentos e demonstrativos referentes às infrações 2, 3, 4 e 6 estão inteligíveis, vez que a estrutura da planilha adotada pela preposta fiscal impede completamente a compreensão dos dados que estão sendo informados.

Sustenta que estes levantamentos apresentam informações constantes nas colunas que não batem com as linhas, distorcendo completamente a compreensão das informações que estão sendo ventiladas no documento.

Invoca o artigo 39, IV, do RPAF/97, dizendo que para poder se defender objetivamente, apontando eventuais incorreções, torna-se necessário que lhe sejam entregues as planilhas detalhadas contendo as quantidades de entrada e das saídas, por item de mercadoria auditada, e dos estoques inicial e final, e a demonstração do preço unitário médio, que tanto podem ser entregues através de papel impresso ou em disco de armazenamento de dados.

Comenta que no demonstrativo da apuração do imposto devido, entre outros elementos, deve constar, no mínimo, a descrição das mercadorias objeto da autuação, a quantidade autuada, seu preço unitário, a origem do preço unitário utilizado, os acréscimos ou deduções por ventura pertinente, o valor da base de cálculo, a alíquota e o ICMS apurado.

Afirma que tais informações, não constam nos documentos apontados nas infrações 2, 3, 4 e 6, e que, portanto, não traz segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido.

Por outro lado, diz que é imprescindível que tais levantamentos sejam apresentados à empresa, de modo que esta possa verificar com clareza os critérios utilizados pela fiscal, para cálculo do crédito tributário que lhe está sendo exigido.

Assim, pede que lhe sejam disponibilizados os levantamentos fiscais, pois não tem como identificar os documentos fiscais que foram considerados na apuração do crédito tributário e, consequentemente, não tem como averiguar a composição da exigência fiscal para contra ela se defender, ficando prejudicados os princípios do contraditório e da ampla defesa, ensejando o reconhecimento da nulidade da autuação.

Com base nisso, suscita a nulidade da autuação com fulcro no artigo 18, IV, do RPAF/99.

Cita a Súmula nº 1 do CONSEF trata da matéria em questão: *SÚMULA Nº 1 "ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO". É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo*, e transcreve uma decisão nesse sentido, qual seja:

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo. SÚMULA CONSEF Nº 01/02. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

Em sequência, comenta que o ICMS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação, posto que compete ao contribuinte apurar e recolher o valor que entende devido, submetendo o

procedimento por ele adotado ao crivo da administração fazendária, e frisa que o prazo decadencial a que está sujeito o citado tributo é aquele previsto no art. 150, § 4º do CTN.

Por conta disso, argumenta que os créditos tributários relativos às competências de março a outubro de 2008 encontram-se fulminados pela decadência, nos termos do art. 156, V, do CTN, à época da ciência da autuação, pois a data da ciência do lançamento apenas veio a ocorrer em 09.10.2013 – data em que se reputa constituído o crédito tributário – quando já haviam decorridos 5 anos da ocorrência dos fatos geradores.

Ressalta que em todas as competências objeto do Auto de Infração, a empresa não deixou de efetuar pagamento antecipado de ICMS, de modo que as infrações apontadas pela Fiscalização apenas revelam a exigência de diferenças a recolher do imposto.

Assim, entende que ainda que tenha havido pagamento a menor, o prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º, do CTN não pode ser afastado no presente caso, conforme jurisprudência pacífica do STJ, consolidada nos seguintes moldes:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO A MENOR. FATO GERADOR. DECADÊNCIA. RECONHECIMENTO. AGRAVO. NÃO PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual o prazo decadencial de constituição do crédito tributário, no caso de pagamento antecipado, ainda que a menor, de tributo sujeito a lançamento por homologação tem como termo a quo a ocorrência do fato gerador, conforme dispõe o art. 150, § 4º, do CTN. 2. Agravo regimental não provido.

Ante o exposto, requer seja reconhecida a extinção dos créditos tributários relativos ao período de março a outubro/2008, em razão da sua decadência, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, c/c 156, V do CTN.

No mérito, impugnou as seguintes infrações.

INFRAÇÃO 1 - DA IDONEIDADE DAS NOTAS FISCAIS TRANSMITIDAS. (fls.996 a 1.079)

Observa que a questão discutida nos autos reside no lançamento correspondente ao aproveitamento de crédito fiscal destacado em notas fiscais, cujos emitentes eram contribuintes com situação cadastral inapta, a saber: “DIVERSEY BRASIL INDÚSTRIA QUÍMICA LTDA e FLAN COM IND. DE CONFEC. LTDA”.

Destaca que conforme se denota da ação fiscal, a fiscalização se baseou em dados obtidos pelo SINTEGRA, onde consta a informação de suspensão da situação cadastral das referidas empresas, concluindo que a declaração de inaptidão do emitente do documento fiscal e a conseqüente inidoneidade do documento fiscal tem o efeito jurídico de retirar a presunção de veracidade da operação.

Discordou de tal conclusão dizendo que o Sintegra não pode ser considerado uma prova, vez que não trazem certeza de que a situação cadastral das supracitadas empresas possua indícios de irregularidades.

Aduz que as informações obtidas pelo Sintegra apenas podem ser consideradas como indícios de prova e não como uma prova em si. Informa que no próprio extrato que fornece as informações relativas ao cadastro da DIVERSEY BRASIL INDÚSTRIA QUÍMICA LTDA, no campo observações, contém que os dados obtidos são baseados em informações fornecidas pelos próprios contribuintes cadastrados, sendo que não valem como certidão de sua efetiva existência de fato e de direito.

Assevera que o documento acima citado não pode servir de certidão para atestar a existência de fato e de direito da empresa, servindo apenas como indício de prova.

Argumenta que na norma de regência não está prevista na legislação a obrigação de o contribuinte verificar a situação cadastral do fornecedor. E por isso, revela que o seu descumprimento não pode ensejar a cobrança do imposto, como se pretende na hipótese, mas

apenas uma multa formal (se houvesse previsão nesse sentido), como se verifica no art. 142 do RICMS-BA/97.

Aduz que resta inconteste a sua boa-fé, que adquiriu a mercadoria acompanhada de documentos fiscais formalmente válidos, muito embora os emitentes, segundo a fiscalização, estivessem irregulares junto ao cadastro de contribuintes da SEFAZ.

Reproduz o art. 209 e os incisos I a VII, do RICMS-BA/97, para enfatizar que o documento fiscal inidôneo não é capaz, por si só, de comprovar a efetiva realização da operação nele declarada.

Dessa forma, entende que não é possível vislumbrar no Auto de Infração elemento que caracterize a ocorrência da inidoneidade dos documentos. Repete que a fiscalização apenas alegou, sem ao menos delimitar a infração que o contribuinte utilizou indevidamente créditos fiscais de ICMS através de documentos falsos ou inidôneos, sem, contudo, ter explicado em que fundamento se baseou para concluir a existência da supracitada irregularidade.

Reafirma que agiu de boa-fé ao adquirir produtos das empresas supracitadas, não podendo ser responsabilizado pelas infrações praticadas por terceiros. Sobre o tema, transcreveu ementa de Recurso Especial em processo no âmbito judicial, qual seja:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS DE ICMS. APROVEITAMENTO (PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE). NOTAS FISCAIS POSTERIORMENTE DECLARADAS INIDÔNEAS. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. 1. O comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra efetuada, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação (Precedentes das Turmas de Direito Público: EDcl nos EDcl no REsp 623.335/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 11.03.2008, DJe 10.04.2008; REsp 737.135/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14.08.2007, DJ 23.08.2007; REsp 623.335/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 07.08.2007, DJ 10.09.2007; REsp 246.134/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 13.03.2006; REsp 556.850/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.04.2005, DJ 23.05.2005; REsp 176.270/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 27.03.2001, DJ 04.06.2001; REsp 112.313/SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 16.11.1999, DJ 17.12.1999; REsp 196.581/MG, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 04.03.1999, DJ 03.05.1999; e REsp 89.706/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 24.03.1998, DJ 06.04.1998). 2. A responsabilidade do adquirente de boa-fé reside na exigência, no momento da celebração do negócio jurídico, da documentação pertinente à assunção da regularidade do alienante, cuja verificação de idoneidade incumbe ao Fisco, razão pela qual não incide, à espécie, o artigo 136, do CTN, segundo o qual "salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato" (norma aplicável, in casu, ao alienante). 3. In casu, o Tribunal de origem consignou que: "(...) os demais atos de declaração de inidoneidade foram publicados após a realização das operações (f. 272/282), sendo que as notas fiscais declaradas inidôneas têm aparência de regularidade, havendo o destaque do ICMS devido, tendo sido escrituradas no livro de registro de entradas (fl. 35/162). No que toca à prova do pagamento, há, nos autos, comprovantes de pagamento às empresas cujas notas fiscais foram declaradas inidôneas (f. 163, 182, 183, 191, 204), sendo a matéria incontroversa, como admite o fisco e entende o Conselho de Contribuintes." 4. A boa-fé do adquirente em relação às notas fiscais declaradas inidôneas após a celebração do negócio jurídico (o qual fora efetivamente realizado), uma vez caracterizada, legitima o aproveitamento dos créditos de ICMS. 5. O óbice da Súmula 7/STJ não incide à espécie, uma vez que a insurgência especial fazendária reside na tese de que o reconhecimento, na seara administrativa, da inidoneidade das notas fiscais opera efeitos ex tunc, o que afastaria a boa-fé do terceiro adquirente, máxime tendo em vista o teor do artigo 136, do CTN. 6. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (STJ REsp 1148444 MG, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 14/04/2010, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO)

Por fim, aduz que as mercadorias adquiridas estão totalmente regulares, haja vista que sua documentação fiscal está completa e é idônea, uma vez que comprova sua origem, e o imposto

devido fora corretamente calculado e pago. Frisa que a mercadoria está devidamente regular, e transitava acompanhada de toda a documentação fiscal exigida legalmente, portanto, sendo desnecessária qualquer correção posterior, já que tudo está correto.

INFRAÇÃO 3 - DO RECOLHIMENTO DO ICMS DE ACORDO COM O ESCRITURADO NO LIVRO DE APURAÇÃO. (Doc. 03, fls. 1.081 a 1.088)

Reitera seu pedido de nulidade, por vício formal, no sentido de que não constam nos demonstrativos os supostos desconcontros entre o imposto recolhido e o efetivamente escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nas competências referentes ao ano de 2008.

Quanto as competência de março, abril, maio e agosto de 2009, alega que foram apresentados os referidos demonstrativos na peça acusatória, porém, torna-se impossível interpretar e compreender os critérios utilizados no levantamento, consubstanciando a preterição do direito de defesa do Impugnante, conforme restou demonstrado no item 2.2.

Contestou a acusação fiscal de *divergência entre os valores pagos de acordo com os documentos de arrecadação (os chamados DAEs) e os saldos devedores indicados no livro de apuração do imposto*, dizendo que os valores escriturados no Livro de Apuração de ICMS nas referidas competências foram os efetivamente recolhidos. Colacionou aos autos com elemento de prova cópia do Livro de Registro de Apuração do ICMS e os comprovantes de pagamento, no montante declarado.

Assim, afirma que não existem divergências entre o valor encontrado no livro de apuração e o valor recolhido, inclusive, que na competência de 05/2009, o valor recolhido foi maior que o valor apurado.

INFRAÇÃO 5 - SALDO CREDOR DE ICMS. (Doc.04, fl.1.090)

Repisa, que conforme amplamente demonstrado nas preliminares de nulidade, esta infração não encontra respaldo em nenhum demonstrativo ou levantamento, vilipendiando o seu direito ao contraditório e a ampla defesa, razão que entende restar nula a sua exigência.

Registra que a suposta infração decorre de falta de recolhimento de ICMS no prazo regular, referente às operações escrituradas nos livros fiscais, na competência de agosto/2008, porém, conforme Resumo de Apuração de ICMS, nota-se a apuração de um saldo credor no valor de R\$3.356,55, e não saldo devedor como apurado pela fiscalização.

INFRAÇÃO 6 - DA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIOS EQUIVOCADOS PARA COMPOSIÇÃO DOS LEVANTAMENTOS DE CRÉDITO. (Doc. 05, fls.1.092 a 1.110)

Enfatiza sua convicção da nulidade da autuação quanto a esta acusação, decorrente das razões já expostas nos itens precedentes, contudo, rebateu a acusação de *saídas de mercadoria sem o recolhimento efetivo do imposto nos exercícios de 2008 e 2009*, nos seguintes termos.

Observa que analisando a documentação albergada no presente auto se nota a adoção de critérios que não retratam a real movimentação de mercadoria da empresa.

Demonstra seu conhecimento sobre a técnica utilizada pela fiscalização para auditoria de estoques, destacando que o levantamento que resultou na presente autuação fiscal deveria ser composto de diversos quadros demonstrativos que explicitassem todo o trabalho realizado, com a discriminação dos produtos objeto das exigências, bem como as quantidades, e os demais dados necessários e considerados, baseando-se nas notas fiscais de entradas e saídas, nos livros de Registro de Entradas e Saída, e no Registro de Inventário, o que diz não ter ocorrido, pois sustenta que está patente a divergência no tocante ao saldo final do estoque no exercício de 2008, constante no Livro Inventário de 2008, cujas informações contidas nele diz não coadunar com as informações imputadas nos demonstrativos de omissões de 2008.

Registra que o livro de Registro de Inventário fiscal foi apresentado e auditado pela fiscal autuante, consoante rubrica realizada a fl.1 do referido Livro. (Doc. 5.1 – fls.1.111 a 1.159)

Assim, argumenta que não restam dúvidas de que a autuante ao apurar a suposta infração baseou-se nas informações decorrentes dos arquivos magnéticos gerados através do SINTEGRA, contudo, tais arquivos se encontram em desconformidade com a realidade material das operações praticadas pela empresa.

Analisando os demonstrativos apresentados na peça acusatória, frisa que a autuante imputou itens que foram objeto de comodato a exemplo do item 0398-Dispenser P Toalha BOB Branca 200M Trilha, ou seja, itens que não foram objetos de transferência.

Quanto às informações veiculadas no demonstrativo de omissões referente a 2009, aduz que o estoque inicial de 2009 (final de 2008) se encontra completamente díspare da realidade devido às divergências apresentadas no ano de 2008. Para elucidar sua alegação chama a atenção para os demonstrativos acostados. (Doc. 5.2, fls.1.160 a 1.162)).

Comenta sobre a obrigatoriedade de o contribuinte usuário do sistema eletrônico de processamento de dados arquivo magnético, transcrevendo art. 685, combinado com os arts. 708-A e 708-B, e seus parágrafos, do RICMS/97.

Desta forma, sustenta que ante a documentação carreada à sua impugnação, não restam dúvidas de que a autuante verificou as divergências entre as informações constantes no SINTEGRA e no Livro de Inventário, contudo, em momento algum durante a ação fiscal intimou a Impugnante para retificar as aludidas informações conforme preceitua o art. 708-B, §5º.

No caso em comento, através da documentação citada e dos fatos aqui narrados, diz que a autuação não está lastreada pelo devido processo legal, vez que não foi expedida a intimação ao contribuinte para correção das irregularidades apontadas no registro do SINTEGRA, no prazo previsto nos dispositivos acima citados.

Aduz que, inclusive é o posicionamento defendido pelo CONSEF, conforme julgamento que resultou na ementa a seguir:

EMENTA: ICMS. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. a) NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA de 1%. Argumentos defensivos não foram capazes para elidir a imputação. Excluídas do levantamento fiscal as notas fiscais que não foram carreadas cópias para o processo. b) DOCUMENTOS FISCAIS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. EXIBIÇÃO INCOMPLETA E EM PADRÃO DIFERENTE DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. FALTA DE INFORMAÇÃO DOS REGISTROS TIPO 54, 60R, 74 e 75. MULTA. De acordo com o RICMS/97 sendo constatadas inconsistências no arquivo magnético do SINTEGRA, deve ser concedido o prazo de trinta dias para as devidas correções. Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas na defesa. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

Assim, com base nos esclarecimentos acima, os quais, alega que podem ser extraídos dos documentos anexos aos autos, afirma ser possível constatar que os dados considerados pela autuante para apuração da base de cálculo do ICMS nas operações autuadas, não retratam a realidade fática demonstrada nos livros fiscais, especialmente no Livro de Inventário de 2008.

Finaliza suscitando a nulidade da autuação, e caso assim não seja o entendimento do órgão julgador, requer sejam reconhecidas:

- a) a extinção dos créditos tributários relativos ao período de janeiro março/2008 a outubro/2008, a teor dos arts. 156, V, c/c 150, § 4º, do CTN, em razão do transcurso do prazo de que dispõe o Fisco para promover tais lançamentos;
- b) a improcedência da infração 1, uma vez que as notas fiscais foram lavradas em conformidade com a legislação de regência.
- c) a improcedência da infração 3, tendo em vista a comprovação da inexistência de divergência entre os valores recolhidos e os escriturados a título de ICMS.

d) a total improcedência da infração 6, devida a total distorção ocasionada pela utilização dos relatórios e levantamentos fiscal (constantes no CD referente ao Livro de Inventário).

E que, caso sejam superados os pontos anteriores, requer sejam os autos baixados em diligência para que seja realizada nova apuração do ICMS incidente nas operações autuadas.

E por fim, requer ainda que as publicações e/ou intimações referentes ao presente feito sejam sempre realizadas em nome dos advogados RAFAEL DOS REIS FERREIRA, inscrito na OAB/BA sob o nº. 28.345 e ELIAS MARON COUTO VIEIRA inscrito na OAB/BA sob o nº. 32.758, ambos com escritório na Av. Tancredo Neves, nº 1283, sala 603, CEP 41820-021, Salvador-BA. Tel (71) 3018-7003/7002.

Na informação fiscal às fls.1.170 a 1.174, a autuante, analisando os argumentos defensivos, assim como os demonstrativos e demais documentos que foram juntados aos autos pelo autuado, informou o seguinte:

1. Esclareceu que para desenvolvimento de nossa função fiscalizadora foi emitida, pela Administração da SEFAZ, Ordem de Serviço de nº 506164/13, cujos trabalhos foram desenvolvidos na empresa Meals Comércio, Representação e Serviços Eireli - ME, relativos aos exercícios de 2008 e 2009, executados no trimestre compreendido entre julho a setembro/2013. Quanto aos trabalhos desenvolvidos pela Auditora Fiscal Paulides Fernandes Oliveira, aduz que decorreram de operação de monitoramento, realizado no período de 01/03 a 28/03 relativamente aos exercícios de 2009 e 2010, atendendo a Ordem de Serviço nº 503085/13.

2. No que se refere à decadência dos valores, entende que não pode prosperar essa alegação, face o disposto no art. 965, I, do RICMS/Ba.

3. Quanto aos demonstrativos, diz que o contribuinte foi informado quanto a configuração dos demonstrativos extraídos do sistema SAFA e questionado quanto a entrega em papel, tendo optado pelo demonstrativo em mídia os quais podem ser lidos através do sistema Libre Office Write e, na sua presença, o CD foi aberto para leitura tendo tomado, inclusive, conhecimento com aposição de sua assinatura nesses demonstrativos conforme se constata das fls. 16 a 263. Observa que a defesa foi lastreada em informações extraídas desses demonstrativos que o contribuinte alega estarem impossibilitados de identificação de dados e de difícil compreensão.

4. No que se refere à Auditoria de Conta Corrente Fiscal, frisa que como se constata, às fls. 29 a 35 (2008) e de 160 a 165 (2009), os valores apurados decorreram de dados extraídos dos livros fiscais do contribuinte, cujas cópias encontram-se apenas ao presente processo às fls. 264 a 818, com registro dos valores pagos e registrados no sistema da SEFAZ, como se pode constatar às fls.35 (2008) e 165 (2009).

Acrescenta que sua ação fiscal constatou registros de valores correspondentes a estornos de débitos sem identificação da origem. E que, apesar desse procedimento irregular do contribuinte, obtivemos, através do sistema da SEFAZ, levantamento dos parcelamentos efetuados, tendo constatado a veracidade dos parcelamentos efetuados através de denúncias espontâneas dos PAFs 6000005503070, 6000005304078, 6000004754070 e excluído os valores mensais creditados, relativos a parcelamento efetuado e constantes do PAF 2812400080074 por se tratar de débito, reconhecidos e pagos, decorrentes de substituição tributária total, cujos pagamentos não podem ser utilizados como créditos fiscais;

5. Quanto às empresas não habilitadas no sistema das Secretarias de origem, LLUMIFILME INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.-EPP e DIVERSEY BRASIL INDUSTRIA QUIMICA LTDA., conforme consta das informações do próprio sistema SINTEGRA às fls. 14 e 26, trata-se de situação cadastral de empresas "que possuíam Inscrição Estadual como Contribuinte do ICMS, mas atualmente não estão mais aptas a realizar operações como contribuinte do ICMS". Estando inaptas no sistema das Secretarias de origem os documentos fiscais emitidos por essas empresas são inidôneos, não podendo gerar créditos de ICMS;

6. Quanto a infração 6 (auditoria de estoques) o contribuinte alega que as informações constantes do seu livro de inventário não se coadunam com as informações imputadas nos demonstrativos de omissões de 2008, e, conseqüentemente, em relação ao exercício de 2009.

Como se pode comprovar, em [25/07/2009], o contribuinte foi devidamente intimado (fls. 9 e 10) para regularização das inconsistências em seus arquivos magnéticos, inclusive, apresentação do registro 74 (inventário de mercadorias) que até aquela data não tinham sido enviadas à SEFAZ. Tais inconsistências deveriam ser regularizadas no prazo de 30 (trinta) dias atendendo o que determina o art. 708-A, § 6º do RICMS/BA, passível de penalidade, o não cumprimento do prazo, conforme art. 42, XIII-A, "f" ou "g" da Lei 7.014/96.

Ocorre que, para efeito de envio de dados pelo sistema, deveriam ser reproduzidos os dados constantes do livro fiscal, assim é o entendimento, se o procedimento adotado pelo contribuinte não coaduna com a suposta realidade, a fiscalização não pode perquirir quanto a lisura desse procedimento, ou seja, o correto sempre serão os dados enviados para a Secretaria, a presunção é de que houve erro nos registros do livro fiscal e portanto, o contribuinte quis regularizar com os dados enviados através do sistema.

Conclui pela manutenção de seu procedimento fiscal.

O processo foi submetido a pauta suplementar do dia 23/05/2013, visando a realização de diligência, sendo decidido pela sua desnecessidade, uma vez que os autos contém todos os elementos para a decisão sobre a lide.

Conforme despacho de fls.1.178 a 1.179, o Relator deu como instruído o PAF para fins de julgamento, sendo na Sessão de Julgamento do dia 17/06/2014, na fase de discussão do processo, foi verificado que para o deslinde da lide, seria necessário que a autuante, tomando por base as arguições e os documentos constantes na defesa, prestasse nova informação fiscal com fundamentação, e também prestasse esclarecimentos sobre a origem do débito das infrações, de modo a permitir a perfeita análise e compreensão do contribuinte autuado em relação aos levantamentos efetuados, haja vista a alegação defensiva de impossibilidade de identificação dos dados e de difícil compreensão dos mesmos.

Assim, para evitar futura alegação de que não foi obedecido o devido processo legal, foi decidido pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal pela conversão do processo em diligência à Infaz de Origem, para que fossem adotadas as seguintes providências:

1.FISCAL AUTUANTE

2.

Infração 01 – Justificar porque no levantamento fiscal às fls.16 a 25 consta como emitente dos documentos fiscais o contribuinte DIVERSEY BRASIL INDÚSTRIA QUÍMICA LTDA, com CNPJ 03.049.181/0008-05, enquanto que o autuado acostou às fls.1.000 a 1.079 cópias de notas fiscais emitidas por JOHNSON DIVERSEY BRASIL LTDA, CNPJ Nº 03.049.181/0001-39, com coincidência do número das notas fiscais, fls.21 e 22.

Infrações 02, 03, 04 e 05 – Esclarecer a origem do débito da cada infração, para que o autuado analise as conclusões constantes na auditoria da conta corrente às fls.29 a 35, 160 a 165, 264 a 818, e exerça com plenitude o seu direito de defesa. No caso da infração 05, demonstrar como foi apurado o saldo devedor de R\$8.738,96, no mês de agosto de 2008, fl.30, visto que o autuado na peça defensiva apresentou cópia do RAICMS, fl.1.090, com um saldo credor de R\$3.356,55.

Infração 06 – Considerando que o levantamento quantitativo (2008 e 2009) foi feito com base nos arquivos magnéticos apresentados à SEFAZ, bem assim, que o autuado apresentou na impugnação cópia do livro Registro de Inventários, fls.1.111 a 1.159, com quantidades divergentes das consignadas no referido levantamento, intimar o sujeito passivo a corrigir os arquivos magnéticos, no tocante ao Registro 74 dos referidos exercícios, com a concessão do prazo previsto no § 4º do art. 261, do RICMS/2012. Recomenda-se verificar se procede a alegação defensiva em relação ao Item 0398-Dispenser P Toalha BOB Branca 200M Trilha, ou seja, de que

se trata de operação de comodato, inclusive intimando o autuado a indicar quais os outros itens que se enquadram neste tipo de operação.

Foi recomendado que após o atendimento por parte do autuado, refizesse o levantamento quantitativo que serviu de base a este item, juntando aos autos os novos papéis de trabalho, inclusive o CD correspondente, que deveria ser entregue ao sujeito passivo com a confirmação de que o mesmo permite a sua leitura. Caso contrário, ou seja, se o contribuinte deixasse de atender à intimação para correção dos arquivos magnéticos, calculasse multa por descumprimento de obrigação acessória, na forma prevista no artigo 42, inciso da Lei nº 7.014/96, acostando ao processo o respectivo demonstrativo.

2. ÓRGÃO PREPARADOR DA INFAZ

Após o atendimento da solicitação por parte da autuante, deveria ser dada ciência do resultado ao sujeito passivo, fornecendo-lhe, no ato da intimação, mediante recibo, cópia dos documentos abaixo discriminados, reabrindo-se o prazo de defesa por 30 (trinta) dias.

DOCUMENTOS A SEREM ANEXADOS À INTIMAÇÃO

1. 1ª Informação Fiscal – fls.1.170 a 1.174
2. 2ª Informação Fiscal por força desta diligência.
3. Levantamentos e demonstrativos resultantes desta diligência.
4. CD (em programa editável) com todos os demonstrativos.
5. Este despacho de diligência

Conforme informação fiscal às fls. 1.193 a 1.197, o Auditor Fiscal JOSÉ CARLOS OLIVEIRA FERREIRA, Cadastro nº 13.157.064-9, designado pela Supervisão, em substituição à autuante, que se encontrava de LICENÇA PRÊMIO, expõe o quer segue.

Infração 01 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos nos meses de março, julho e setembro/2008, conforme demonstrativos às fls. 16 a 25.

Destaca a solicitação no sentido de que seja justificado por que no levantamento fiscal consta como emitente dos documentos fiscais o contribuinte DIVERSEY BRASIL INDÚSTRIA QUÍMICA LTDA., com CNPJ 03.049.181/0008-05, enquanto que o autuado acostou às fls. 1.000 a 1.079 cópias de notas fiscais emitidas por JOHNSON DIVERSEY BRASIL LTDA., CNPJ 03.049.181/0001-39, com coincidência do número das notas fiscais, fls. 21 e 22.

Informa que os números das notas fiscais acostadas aos autos coincidem com os números das notas fiscais constantes dos demonstrativos de fls. 16 a 25. Ressalta, que o contribuinte declarou através do sistema SINTEGRA, que as aquisições efetuadas através dessas notas fiscais foram efetuadas com identificação de emissão do contribuinte DIVERSEY BRASIL INDÚSTRIA QUÍMICA, CNPJ 03.049.181/0008-05.

Considerando a informação atual do contribuinte, o informante efetuou novo demonstrativo onde excluiu do levantamento as notas fiscais apresentadas que tem como emitente a Jonhson Diversey Brasil, CNPJ 03.049.181/0001-39, anexo às fls. 1.199.

Em relação às infrações 02, 03, 04 e 05, quanto ao pedido do CONSEF para esclarecer a origem do débito de cada infração, para que o autuado analise as conclusões constantes na auditoria da conta corrente às fls. 29 a 35, 160 a 165, 264 a 818 e exerça com plenitude o seu direito de defesa, e no caso da infração 05, demonstrar como foi apurado saldo devedor de R\$8.738,96, no mês de agosto de 2008, fls. 30, visto que autuado na peça defensiva apresentou cópia do RAICMS, fls. 1.090, com saldo credor de R\$3.356,55, informou o seguinte:

“No que se refere às infrações acima identificadas essa fiscalização elaborou novos demonstrativos de fls. 1.188 a 1.195 com a utilização, a partir de maio/2008 (fls.1.188) dos créditos fiscais decorrentes de pagamentos parcelados de antecipação tributária parcial através dos PAFs ns. 6000005503070 / 6000005304078 e 6000004754070, acrescidos dos créditos decorrentes dos pagamentos do ICMS antecipação tributária parcial, cujo demonstrativo de créditos

reproduzimos abaixo, seguindo o procedimento do contribuinte em seus registros fiscais e em consonância com o art. 93, § 2º do RICMS/BA.:

Ano	Mês	Créditos			Total
		Antec. Trib.parc	Créditos parc.	Outros créditos	
2008	Janeiro	0	0	0	0
	Fevereiro	0	0	0	0
	Março	0	0	0	0
	Abril	6.682,99	0	0	6.682,99
	Maiο	7.525,04	4.610,61	0	12.135,65
	Junho	5.599,59	4.610,61	0	10.210,20
	Julho	9.851,51	4.610,61	0	14.462,12
	Agosto	11.261,49	4.610,61	0	15.872,10
	Setembro	11.148,62	4.610,61	0	15.759,23
	Outubro	9.582,83	4.610,61	0	14.193,44
	Novembro	8.117,56	4.610,61	0	12.728,17
	Dezembro	8.987,66	4.610,61	147,84	13.746,11
	TOTAL	78.757,29	36.884,88	147,84	115.790,01

2009	Janeiro	12.688,71	4.610,61	0,00	17.299,32
	Fevereiro	10.059,45	4.610,61	0,00	14.670,06
	Março	8.620,54	4.610,61	1,05	13.232,20
	Abril	7.208,81	4.610,61	1,14	11.820,56
	Maiο	10.276,18	4.610,61	1,14	14.887,93
	Junho	11.266,97	4.610,61	1,30	15.878,88
	Julho	10.460,67	4.610,61	1,31	15.072,59
	Agosto	11.837,61	4.610,61	1,23	16.449,45
	Setembro	14.858,32	4.610,61	1,22	19.470,15
	Outubro	9.752,11	4.610,61	1,33	14.364,05
	Novembro	12.619,98	4.610,61	1,19	17.231,78
	Dezembro	12.685,77	4.610,61	1,32	17.297,70
	TOTAL	132.335,12	55.327,32	12,23	187.674,67

No que se refere a **Infração 02** consta do Livro Registro de Saídas, fls. 422, débito fiscal no montante de R\$.59.928,89 e no Livro de Registro e Apuração do ICMS, fls. 442, consta débito fiscal no montante de R\$.59.886,21, resultando em recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$.42,68 com base de cálculo de R\$.251,06, DEMONSTRATIVO fl. 1200;

No que se refere a **infração 03** foram identificados recolhimentos com insuficiência, os quais foram alterados com novo levantamento com ingresso dos créditos decorrentes do parcelamento da antecipação tributária parcial e mesmo assim se constatou recolhimentos a menor, que ora reproduzimos:

Ano	Mês	Totais		Saldo	Valor		Saldo	
		Créditos	Débitos		A Recolher	Recolhido	Devedor	Credor
2008	Janeiro	17.087,76	27.480,83	10.393,07	10.393,07	7.536,65	2.856,42	0,00
	Fevereiro	18.178,54	28.950,84	10.772,30	10.772,30	10.772,30	0,00	0,00
	Março	20.420,61	34.841,89	14.421,28	14.421,28	16.474,18	0,00	2.052,90
	Abril	29.871,72	44.313,49	14.441,77	12.388,87	14.441,77	0,00	2.052,90
	Maiο	29.408,94	41.075,46	11.666,52	9.613,62	8.623,77	989,85	0,00
	Junho	36.345,72	42.832,68	6.486,96	6.486,96	6.278,30	208,66	0,00
	Julho	32.957,22	50.563,73	17.606,51	17.606,51	15.650,97	1.955,54	0,00
	Agosto	43.435,84	48.591,65	5.155,81	5.155,81	0,00	5.155,81	0,00
	Setembro	42.009,98	48.843,29	3.833,31	3.833,31	7.368,97	0,00	3.535,66

	Outubro	38.650,94	56.591,49	17.940,55	14.404,89	16.999,71	0,00	2.594,82
	Novembro	39.041,81	52.070,45	13.028,64	10.433,82	12.087,80	0,00	1.653,98
	Dezembro	44.232,17	59.886,21	15.654,04	14.000,08	13.891,99	108,09	0,00
Total.....		391.641,25	536.042,01	141.364,46	129.474,22	130.126,41	11.274,37	-

2009	Janeiro	46.738,66	57.185,05	10.446,39	10.446,39	21.682,06	0,00	11.235,67
	Fevereiro	43.525,70	53.561,35	10.035,65	0,00	2.718,91	0,00	3.918,93
	Março	40.652,11	61.307,06	20.654,95	16.736,02	13.913,49	2.822,53	0,00
	Abril	36.786,34	56.588,91	19.802,57	19.802,57	18.861,73	940,84	0,00
	Mai	42.252,23	54.243,78	11.991,55	11.991,55	11.111,68	879,87	0,00
	Junho	41.881,22	55.195,40	13.314,18	13.314,18	15.928,46	0,00	2.614,28
	Julho	50.177,38	71.213,79	21.036,41	18.422,13	19.164,99	0,00	742,86
	Agosto	48.085,65	55.556,78	7.471,13	6.728,27	4.982,53	1.745,74	0,00
	Setembro	43.202,06	49.678,46	6.476,40	6.476,40	6.612,32	0,00	135,92
	Outubro	43.197,13	53.391,44	10.194,31	10.058,39	10.174,38	0,00	115,99
	Novembro	47.430,09	55.748,97	8.318,88	8.202,89	8.298,94	0,00	96,05
	Dezembro	51.485,03	55.459,80	3.974,77	3.878,72	3.954,83	0,00	76,11
Total.....		535.479,39	679.130,79	143.651,40	125.925,93	137.404,32	6.388,98	-

TOTAL GERAL	927.120,64	1.215.172,80	285.015,86	255.400,15	267.530,73	17.663,35	-
--------------------	-------------------	---------------------	-------------------	-------------------	-------------------	------------------	----------

No que se refere à **Infração 04**, houve equívoco dessa fiscalização no que se refere ao mês de março/2008, mantendo, no entanto, a infração apurada no mês de fevereiro de 2009, haja vista que o montante do crédito fiscal lançado no livro de entradas foi de R\$.23.804,56, fls. 510 e 511, enquanto no livro Registro de Apuração do ICMS totalizam, esses créditos, R\$.28.855,64, fls. 794, com diferença do ICMS creditado a maior no montante de R\$.5.051,08 com base de cálculo no valor de R\$.29.712,23.

Quanto a **Infração 05**, conforme demonstrativo acima, a diferença a recolher é de R\$.155,81 decorrente de créditos efetuados a maior no mês de agosto/2008, fls. 435, no montante de R\$.8.512,36, em confronto com o valor apurado e demonstrado acima.

Infração 06 - Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis, relativos aos exercícios de 2008 e 2009, conforme demonstrativos anexos.

O CONSEF solicita que, considerando o levantamento quantitativo (2008 e 2009) foi feito com base nos arquivos magnéticos apresentados à SEFAZ, bem assim, que o autuado apresentou na impugnação cópia do livro Registro de Inventários, fls. 1.111 a 1.159, com quantidades divergentes das consignadas no referido levantamento, seja o sujeito passivo intimado para corrigir os arquivos magnéticos, no tocante ao registro 74 dos referidos exercícios, com a concessão do prazo previsto no § 4º do art. 261, do RICMS/2012. Informa que procedeu a exclusão da mercadoria conforme a alegação defensiva em relação ao item **0398-Dispenser P Toalha BOB Branca 200M Trilha**, ou seja, de que se trata de operação de comodato, inclusive devendo o autuado a indicar quais os outros itens que se enquadram neste tipo de operação”.

No que tange a **Infração 06**, diz que o contribuinte foi intimado em 02/02/2015 para regularizar as pendências nos Arquivos Magnéticos no SINTEGRA e regularizou em 09/03/2015 vide fls. 1.182 a 1.192, tendo procedido a revisão dos estoques no Sistema SAFA, resultando nos novos demonstrativos fls. 1.202 a 1.224, abaixo resumidos:

Demonstrativo das Omissões - fls. 1.208 a 1.211

ANO	OMISSÃO DE ENTRADA	OMISSÃO DE SAÍDA
2008	R\$ 273.514,96	R\$ 1.388.245,03

Demonstrativo Infração 04.05.02 - fls. 1.212 a 1.214

Omissão Saída	Red. B.C.	B.C. Reduzida	Alíquota %	Valor do Imposto
R\$ 1.388.245,03	41,18%	R\$ 816.565,73	17	R\$ 138.816,17

Demonstrativo das Omissões - fls. 1.220 a 1.222

ANO	OMISSÃO DE ENTRADA	OMISSÃO DE SAÍDA
2009	R\$ 166.033,55	R\$ 3.710.942,15

Demonstrativo Infração 04.05.02 - fls. 1.223 a 1.224

Omissão Saída	Red. B.C.	B.C. Reduzida	Alíquota %	Valor do Imposto
R\$ 3.710.942,15	41,18%	R\$ 2.172.776,17	17	R\$ 371.071,95

Informou que todos os demonstrativos estão na mídia CD anexada com os demonstrativos de preços médios e quantitativos das entradas e saídas das mercadorias do estoque.

Apresentou abaixo, o resumo das infrações comparativo do A.I. Original e a Revisão Fiscal, conforme Demonstrativo de Débito Revisado anexo na fls. 1.231 e 1.232.

Infração	Código da Infração	Débito A.I. Original	Débito A.I. Retificado	Diferença	Observação
1	01.02.11	6.989,21	145,32	-6.843,89	Na retificação conforme defesa do autuado, foi corrigido parcialmente o erro e a infração diminuiu.
2	03.01.03	51,35	42,68	-8,67	Na retificação conforme defesa do autuado, foi corrigido parcialmente o erro e a infração diminuiu.
3	03.01.01	57.308,21	17.663,35	-39.644,86	Na retificação conforme defesa do autuado, foi corrigido parcialmente o erro e a infração diminuiu.
4	03.01.02	5.119,47	5.051,08	-68,39	Na retificação conforme defesa do autuado, foi corrigido parcialmente o erro e a infração diminuiu.
5	02.01.01	8.738,96	0,00	-8.738,96	Na retificação conforme defesa do autuado, foi corrigido o erro e a infração deixou de existir.
6	04.05.02	292.714,12	509.888,13	217.174,01	Na retificação conforme defesa do autuado, foi corrigido parcialmente o erro e a infração aumentou.
7	07.15.05	5.999,26	5.999,26	0,00	Mantida
8	06.01.01	107,90	107,90	0,00	Mantida
Total		377.028,48	538.897,72	161.869,24	

Apresentou também o quadro abaixo, para facilitar a análise de sua Informação Fiscal, contendo o índice dos documentos anexados:

Item	Descrição	Folhas n°s	Item	Descrição	Folhas n°s
1	Informação Fiscal	1193 a 1197	6	Demonstrativo Infração 06 - Estoque - Ano 2008	1202 a 1214
2	Demonstrativo Infração 01	1198	7	Demonstrativo Infração 06 - Estoque - Ano 2009	1215 a 1224
3	Demonstrativo Infração 02	1199	8	Portaria 445/1998	1225 a 1230
4	Demonstrativo Infração 03	1200	9	Demonstrativo de Débito Revisado	1231 e 1232
5	Demonstrativo Infração 04	1201	10	CD e Recibo	1233 e 1234

Conforme intimação à fl.1.239, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal do preposto estranho ao feito (revisão do lançamento), constante às fls. 1.193 a 1.197, sendo-lhe entregues cópias dos documentos: fls.1.193 a 1.232, CD, fl.1.233, Recibo de Arquivos eletrônicos, fl.1.234.

O sujeito passivo se manifestou às fls.1.241 a 1.257, contra a exigência fiscal, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

Repete que após ser devidamente cientificado do auto de infração supracitado, irressignado com as referidas infrações, apresentou, tempestivamente, suas razões defensivas alegando em breve síntese:

- ✓ *Nulidade da autuação por irregularidades no procedimento fiscal;*
- ✓ *Nulidade da autuação por preterição do direito de defesa em face da impossibilidade de análise dos levantamentos apresentados;*
- ✓ *Decadência do Direito de o Fisco Estadual constituir o crédito tributário relativo ao período de março/2008 a outubro/2008;*
- ✓ *Improcedência da **Infração 1** referência, pela idoneidade das notas fiscais transmitidas;*
- ✓ *Improcedência da **Infração 3** referência, tendo em vista que o recolhimento do ICMS ocorreu de acordo com o escriturado no livro de apuração;*
- ✓ *Improcedência da **Infração 6** referência, devido a total distorção ocasionada pela utilização dos relatórios e levantamentos fiscal (constantes no CD) livro Registro de Inventário;*

Relata que, ao analisar os Autos, este órgão julgador do CONSEF/BA, encontrou falhas na descrição da infração que obstavam o direito de defesa do Impugnante, logo, decidiu converter o julgamento em diligência a fim de apurar a inconsistência de informações que resultavam na difícil compreensão dos dados prestados pelo autuado, visando uma revisão das autuações.

Destaca que para elaborar o cálculo do crédito tributário, leva-se em consideração o demonstrativo da apuração do imposto devido, entre outros elementos fundamentais, contudo, a preposta autuante apresentou memórias de cálculo, papéis de trabalho e levantamentos completamente disformes e inteligíveis, sem constar a descrição das mercadorias que foram objeto da autuação, a quantidade autuada, seu preço unitário, a origem do preço unitário utilizado, os acréscimos ou deduções por ventura pertinente, o valor da base de cálculo e o ICMS apurado.

Aduz que diante da impossibilidade de apresentação de defesa, não houve outra solução senão o refazimento por completo da autuação, conforme determinado pela 2ª JJF.

Registra que em 02.02.2015, a impugnante foi intimada eletronicamente (doc.xx) pelo Auditor José Roberto Oliveira Carvalho, para corrigir os arquivos magnéticos do SINTEGRA, Registro 74 (Inventário) no período de 2008 a 2009, e que após o atendimento a diligência o novo auditor fiscal procedeu à análise dos documentos, refazendo todo o levantamento quantitativo, ou seja, refazendo completamente a fiscalização, o que por sua vez ensejou realização de **novo lançamento**.

Diz que este novo lançamento resultou em diferenças de valores a serem exigidos nas infrações, conforme tabela idêntica à apresentada na informação fiscal, observando que as infrações foram retificadas, e que a maioria delas diminuiu ou foram mantidas. Entretanto, no que se refere à **infração nº 06**, houve majoração no débito após a realização das diligências.

No caso da infração 06, aduz que após regularização de pendências nos arquivos magnéticos do SINTEGRA, a base de cálculo foi majorada equivocadamente já que o prazo para efetuar revisões ou novos lançamentos já se extinguiram.

Alega que auditor fiscal diligente lavrou outro auto de infração sobre o mesmo período, dispensando o trabalho anterior, sendo este trazido à conhecimento da Impugnante em 24/08/2015, mas de 5 cinco anos a contar da deflagração do lapso decadencial.

Sustenta que a exigência consubstanciada no combatido Auto de Infração não merece prosperar, posto que não é possível revisar um lançamento após o esgotamento do prazo decadencial, que dirá lavrar auto complementar em forma de informação fiscal majorando as infrações referentes a períodos alcançados pela decadência.

Tendo em vista que é vetada a revisão de lançamento após o decurso do prazo decadencial, sustenta que lhe resta defender-se de uma atuação inócua repleta de vícios que preterem o seu direito de defesa.

Desse modo, Ressalta que não restam dúvidas acerca da total inconsistência da 1ª presente autuação que deverá ser anulada por completa, sob pena de acarretar preterição do direito de defesa da Impugnante.

Em seguida, repisa nesta oportunidade que o auto de infração combatido é completamente nulo, tendo em vista que não se encontra revestido das exigências imprescindíveis à constituição do crédito tributário.

Destaca que a despeito da revisão do lançamento determinada pela Junta Julgadora, esta não poderá ser utilizada como parâmetro para sanar as irregularidades da primeira autuação, ao passo que o direito de revisar o lançamento do período dos anos de 2008 e 2009 encontra-se fulminado pela decadência, a teor do que determina os art. 173, I e art. 149, § único, ambos do CTN.

Analizando o mérito com base nos documentos que acompanham a autuação fiscal, em CD-ROM, observa que o crédito tributário autuado foi apurado de acordo com os seguintes levantamentos:

Levantamentos e Demonstrativos referentes ao exercício de 2008

- ✓ Estoque Levantamento Quantitativo das Entradas – 2008*
- ✓ Estoque Levantamento quantitativo de saídas – 2008*
- ✓ Demonstrativo de cálculos das omissões- 2008*
- ✓ Demonstrativo auditoria conta corrente – 2008*
- ✓ Levantamento Quantitativo de Estoques - Omissão - Exercício Fechado - Saídas de mercadorias tributadas maior que a de entrada – 2008 - **(Infração 6- 04.05.02)**
- ✓ Recolhimento a Menor do ICMS - Operações e Prestações Escrituradas nos Livros Fiscais Próprios Divergência entre ICMS Lançado no Registro de Entrada e Registro de Apuração – 2008 **(Infração 4- 03.01.02);**
- ✓ Recolhimento a Menor do ICMS - Operações e Prestações Escrituradas nos Livros Fiscais Próprios Divergência entre ICMS Lançado no Registro de Saída e Registro de Apuração – 2008 **(Infração 2- 03.01.03);**
- ✓ Recolhimento a Menor do ICMS - Operações e Prestações Escrituradas nos Livros Fiscais Próprios Empresa Normal – 2008 **(Infração 3 - 03.01.01);**
- ✓ Planilha – 2008 Infrações **(Infração 1 - 01.02.11) e (Infração 7- 07.15.05)**

**Docs. utilizados na suposta apuração da Infração 04.05.02*

Levantamentos e Demonstrativos referentes ao exercício de 2009

- ✓ Estoque Levantamento Quantitativo das Entradas – 2009*
- ✓ Estoque Levantamento quantitativo de saídas – 2009*
- ✓ Demonstrativo de cálculos das omissões- 2009*
- ✓ Demonstrativo auditoria conta corrente – 2009*
- ✓ Levantamento Quantitativo de Estoques - Omissão - Exercício Fechado - Saídas de mercadorias tributadas maior que a de entrada – 2009 - **(Infração 6- 04.05.02)**

- ✓ Recolhimento a Menor do ICMS - Operações e Prestações Escrituradas nos Livros Fiscais Próprios Divergência entre ICMS Lançado no Registro de Entrada e Registro de Apuração – 2009 (**Infração 4- 03.01.02**)
- ✓ Recolhimento a Menor do ICMS - Operações e Prestações Escrituradas nos Livros Fiscais Próprios Divergência entre ICMS Lançado no Registro de Saída e Registro de Apuração – 2009 (**Infração 2- 03.01.03**);
- ✓ Recolhimento a Menor do ICMS - Operações e Prestações Escrituradas nos Livros Fiscais Próprios – 2009 (**Infração 3 - 03.01.01**);
- ✓ Planilha 2009 Infrações (**Infração 8 - 06.01.01**)

**Docs. utilizados na suposta apuração da Infração 04.05.02*

Aduz que ao analisar a documentação acostada à peça acusatória, notou que **os levantamentos de 2008 referentes às Infrações 2, 3 e 4**, não tratam do período de 2008, ao revés, são mera reprodução dos levantamentos de débitos supostamente apurados em 2009.

Explica que “A auditora fiscal autuante laborou em equívoco e não anexou ao auto de infração ora impugnado, **ou os salvou no arquivo digital (CD)** que o acompanha, os demonstrativos das **infrações 2, 3 e 4** referentes ao ano de 2008, impedindo que a Impugnada tomasse conhecimento sobre a natureza da dívida cobrada.”

Da mesma forma, diz que **a Infração 5** não encontra respaldo em nenhum demonstrativo ou levantamento, também, vilipendiando o direito da Impugnante ao contraditório e a ampla defesa.

Além disso, salienta que todos os levantamentos e demonstrativos referentes às **infrações 2, 3, 4 e 6** estão inteligíveis, vez que a estrutura da planilha adotada pela preposta fiscal impede completamente a compreensão dos dados que estão sendo informados, pois as informações constantes nas colunas não batem com as linhas, distorcendo completamente a compreensão das informações que estão sendo ventiladas no documento.

Destacando que o Demonstrativo de débito é um anexo ao próprio Auto de Infração, enquanto que a apuração da base de cálculo e do próprio ICMS devem, obrigatoriamente, ser apurados antes da lavratura do Auto de Infração, argumenta que não foi atendido artigo 39, IV, do RPAF/99. Com base nisso, pondera que para poder se defender objetivamente, apontando eventuais incorreções, torna-se necessário que lhe sejam entregues as planilhas detalhadas contendo as quantidades de entrada e das saídas, por item de mercadoria auditada, e dos estoques inicial e final, e a demonstração do preço unitário médio, que tanto podem ser entregues através de papel impresso ou em disco de armazenamento de dados.

Assevera que no demonstrativo da apuração do imposto devido, entre outros elementos, deve constar, no mínimo, a descrição das mercadorias objeto da autuação, a quantidade autuada, seu preço unitário, a origem do preço unitário utilizado, os acréscimos ou deduções por ventura pertinente, o valor da base de cálculo, a alíquota e o ICMS apurado, informações essas, que diz não constar nos documentos apontados nas **infrações 2, 3, 4 e 6** pelo Autuante, e que, portanto, não traz segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido.

Assim, considera imprescindível que tais levantamentos lhe sejam apresentados, de modo que possa verificar com clareza os critérios utilizados pela fiscal autuante para cálculo do crédito tributário que lhe está sendo exigido.

Aduz que sem que lhe sejam disponibilizados os levantamentos fiscais, não tem como identificar os documentos fiscais que foram considerados na apuração do crédito tributário e, conseqüentemente, não tem como averiguar a composição da exigência fiscal para contra ela se defender. E que a ausência dos levantamentos utilizados na composição da base de cálculo do crédito tributário autuado não apenas dificulta, mas sim impossibilita que a Impugnante exerça seu direito de defesa, já que não tem como criticar a apuração promovida pela fiscal autuante.

Nestas circunstâncias, argumenta que o auto de infração não lhe confere as informações necessárias à verificação da base de cálculo do crédito contra si lançado, a outra conclusão não

se pode chegar senão a de que ficaram prejudicados os princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, LV, CF/88, ensejando o reconhecimento da nulidade da autuação.

Transcreve o artigo 142, do CTN, para mostrar que quando da lavratura de auto de infração, a autoridade administrativa deve descrever minuciosamente os fatos que ensejaram a autuação, bem como **demonstrar o modo como foi apurado o montante exigido do contribuinte**, e especificar o enquadramento legal da infração.

Invoca o artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, para arguir que sem os requisitos acima, o lançamento tributário é nulo.

Salienta, ainda, que a Súmula nº 1 do CONSEF trata da matéria em questão:

SÚMULA Nº 1 “ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO”. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

Transcreve a jurisprudência do CONSEF em caso que diz ser análogo ao presente.

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo. SÚMULA CONSEF Nº 01/02. Auto de Infração NULO. Decisão unânime

Assim, dizendo que não tendo a auditora fiscal autuante apresentado os relatórios utilizados para apuração do crédito tributário a outra conclusão não se pode chegar senão a de que o auto de infração guerreado não lhe confere dados suficientes para contraditar a autuação, pelo que é forçoso reconhecer que restou cerceado o direito de defesa da Impugnante, razão pela qual deve ser reconhecida a **NULIDADE** da peça acusatória fiscal.

Em sequência, destaca que o órgão julgador diante da comprovação de equívoco da fiscalização, converteu o julgamento em diligência, sendo juntados novos documentos de trabalho, com a realização de levantamento quantitativo, com o fito de sanar a nulidade que recaia sobre a autuação.

Analisando a revisão fiscal, diz que esta informação fiscal não se ateve apenas a analisar documentações apresentadas, o preposto fiscal designado, por determinação da Junta Julgadora foi obrigado a refazer toda a auditoria, em especial no que se refere a infração nº 06.

Relata que após sofrer fiscalização por cerca de 7 (sete) meses, fato este que por si só afronta completamente a legislação de regência estadual, ainda se viu obrigada a retificar as informações fiscais devido a falha cometida pela primeira preposta fiscal que a despeito da determinação do §4º do art. 261, do RICMS/2012, não permitiu que a Impugnante retificasse os arquivos eletrônicos. Fato este, que salienta, ensejou a designação de um novo preposto fiscal para refazer a autuação lhe conferindo validade.

Chama a atenção de que com essa nova fiscalização, ou revisão do lançamento, o fiscal diligente acabou por majorar a infração em decorrência da retificação promovida pelo contribuinte em sua base de cálculo.

Repete que o fato de ter sido elaborado novo levantamento quantitativo pelo auditor fiscal, em especial no tocante a infração nº 06 **com a alteração das informações feitas pela Impugnante nos arquivos magnéticos do registro 74 (Inventário) do Sintegra**, configura nitidamente um novo procedimento de fiscalização que resultou no presente lançamento.

Com efeito, entende que, não obstante a oportunidade de nova defesa ao sujeito passivo afaste a alegação de nulidade por cerceamento ao direito de defesa, uma vez que os art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA somente autorize a declaração de nulidade em caso de prejuízo ao exercício do direito de resposta, **não houve observância pelas autoridades fiscais da necessidade de formalização**

de novo auto de infração ou notificação complementar, sendo concluído esse novo procedimento fiscalizatório com a informação fiscal.

Acerca da natureza jurídica do ato administrativo supracitado, destaca a lição do Prof. Paulo de Barros Carvalho acerca de seus elementos intrínsecos.

Ressalta que embora as diligências efetuadas pela autoridade fiscal encontrem autorização legal no aludido artigo, que rege o processo administrativo fiscal, contudo o §1º do próprio dispositivo, exige, em caso de incorreções no lançamento, que seja lavrado auto de infração complementar e dada nova ciência ao sujeito passivo.

Enfatiza que, tendo em vista a total alteração dos parâmetros da autuação, a Junta Julgadora determinou o prazo de 30 (trinta) dias, aos revés do que determina o excerto colacionado acima que estipulam apenas 10 dias para cumprimento de diligências simples.

Pondera, que não obstante o esforço da nova autoridade fiscal para "salvar" o primeiro lançamento, com a confecção de 10 novos itens (Informação Fiscal, Demonstrativo das 06 infrações, Demonstrativo de Débito Revisado, CD e Recibo), do qual foi dada ciência em 24-08-2015, o fato é que as impropriedades detectadas foram tais que demandaram a retificação de documentos que deveria ter sido solicitada à época da 1ª fiscalização, a ponto de, com isso, caracterizar um novo lançamento, prova disso foi a necessidade de reabertura do prazo de defesa em 30 dias, fato esse incontroverso.

Informa que foi intimado acerca do auto de infração complementar em 24/08/2015, traduzindo-se como o marco da conclusão do novo lançamento, inclusive para fins de contagem do prazo decadencial. Assim, acrescenta que após a realização de diligências, a revisão do lançamento neste caso nada mais é do que um novo lançamento, porém, a revisão que venha onerar, mediante elevação do montante do crédito tributário, só poderá ser realizada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública. (art.149)

Aduz que o Fisco Estadual tem prazo decadencial para constituir o seu crédito, seja originariamente, seja mediante revisão de lançamento anterior, até porque admitir o contrário e permitir que o contribuinte entre em um estado eterno de insegurança jurídica.

Por fim, assinala que o CTN estabelece que a revisão somente pode ocorrer dentro do mesmo prazo estabelecido para a realização do lançamento revisto, pois não existe um direito autônomo de revisão, mas é o próprio direito de a Fazenda lançar o tributo que se renova em determinadas circunstâncias. Por isso, entende que o direito de rever o lançamento está sujeito ao mesmo regime jurídico do lançamento revisto.

Visando demonstrar que os créditos tributários relativos às competências de 2008 e 2009 encontram-se extintos pela decadência, durante a revisão ocorrida, diz que a Fazenda dispõe de cinco anos para efetuar o ato jurídico administrativo de lançamento. E que, não o praticando, nesse período, decai o direito de celebrá-lo, a teor do que dispõe o art. 173, item I do CTN, no qual, está consignado o marco inicial para a contagem de prazo: "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado". Leia-se:

Analisando o excerto legal acima, nota que o *dies a quo* resta definido, uma vez que a decadência sempre se refere ao lançamento de ofício independente da modalidade de lançamento que o tributo normalmente esteja sujeito.

Expõe que, quando se fala em decadência do direito do Fisco de lançar, está-se referindo ao lançamento de ofício, que é a modalidade prevista em lei para alguns tributos, mas que também tem papel supletivo na falta de colaboração e atuação do contribuinte nos casos de lançamento por homologação, como é o presente caso. Cita o entendimento da questão no âmbito judicial.

Com base no acima exposto, considerando que as infrações foram apuradas entre 2008 e 2009, entende como data para deflagração do prazo decadencial os dias 01.01.2009 e 01.01.2010, respectivamente, consoante determinação do art. 173, I do CTN.

Desta forma, sustenta que o lançamento suplementar/revisão de lançamento equipara-se a um novo lançamento, e o mesmo ocorreu no dia **21/08/2015, data em que a empresa foi formalmente notificada da conclusão da revisão**. E sendo assim, tal revisão/autuação só poderia ter sido realizada até **01/01/2015**, restando assim, no seu pensar, configurada a decadência, extinguindo definitivamente o crédito, pois já se passaram 5 (cinco) anos contados a partir de 01 de janeiro de 2010, tudo conforme tabela abaixo.

<i>PRAZO DECADENCIAL</i>			
ANO	ÍNICIO	FINAL	CIÊNCIA DA REVISÃO
2008	01.01.2009	01.01.2014	21.08.2015
2009	01.01.2010	01.01.2015	21.08.2015

Observa que conforme consta do presente processo, **tomou ciência da conclusão da revisão em 21/08/2015, momento este em que o lançamento foi concluído, e enfatiza que** os novos créditos lançados, em especial os referentes a Infração nº 06 não podem ser admitidos.

Transcreve julgamentos que tratam na esfera judicial de casos diz serem análogos ao presente.

Ante o exposto, requer seja reconhecida a extinção dos créditos tributários retificados com o novo lançamento, **em especial os relativos a infração nº 06**, com fundamento no art. 173, I do CTN, c/c 156, V do CTN.

Conclui requerendo que:

- Seja declarada a total nulidade da presente autuação frente aos vícios apontados.
- Seja reconhecida a extinção dos créditos tributários decorrentes do novo lançamento após a realização de diligências, a teor dos arts. 156, V, c/c 173, I, e art. 149 do CTN, em razão do transcurso do prazo de que dispõe o Fisco para promover a revisão do lançamento/lançamento suplementar;

A autuante em sua informação de fls.1.273 a 1.275, analisando as arguições do sujeito passivo, aduz que o Processo Administrativo Fiscal segue um rito de instrução que possibilita ao autuado o direito à ampla defesa, através da apresentação de alegações, dados e informações que, adicionados aos autos, possam modificar o entendimento sobre as infrações apontadas. Inclusive, diz que durante o processo de instrução e julgamento, cabe ao contribuinte autuado e ao fiscal autuante a manutenção de todos os elementos envolvidos na matéria tributável, até que a lide seja definitivamente encerrada.

Destaca que o processo em questão foi objeto de diversos requerimentos do autuado, devidamente analisados pelo fiscal autuante e pela Junta de Julgamento Fiscal que, considerando todos os argumentos apresentados, possibilitou ao autuado, inclusive, a correção e envio de novo arquivo magnético, mesmo após encerrado o prazo da fiscalização. Inclusive que tal procedimento favoreceu o contribuinte, pois permitiu a correção de equívocos na busca de estabelecer o exato e justo valor devido pelo contribuinte.

Desta forma, entende que o presente processo foi instruído em rigoroso atendimento ao que determina o RPAF, inclusive permitindo a reabertura de prazos para a apresentação de dados e informações adicionais, com análise da fiscalização e manifestação do contribuinte. Mesmo assim, observa que o autuado agora apresenta manifestação onde, além de não acrescentar elemento novo, repetindo os termos da primeira defesa, requer a extinção dos créditos tributários, sob a alegação de que se trata de novo lançamento, pela improcedência da revisão fiscal através de *"lançamento como forma de criar créditos tributários - lançamento suplementar"*. Também aponta a *"decadência do direito de o fisco estadual constituir crédito tributário por meio de revisão do lançamento"*.

Sustenta que em nenhum momento, na manifestação apresentada, o autuado aponta questões objetivas sobre os valores apurados, que pudessem ser objeto de esclarecimentos ou revisões pela fiscalização.

Diante do exposto, entendendo que o autuado não acrescentou elementos novos ou esclarecimentos adicionais sobre os valores apurados pela fiscalização, apontando questões que envolvem a oportunidade e tempestividade da autuação, pugna pela manutenção integral dos termos apresentados na informação fiscal de atendimento à diligência, às fls. 1.193 a 1.197, seguido dos demonstrativos que lastreiam os valores apresentados.

VOTO

Com relação a arguição de nulidade da ação fiscal, ressalto que a legislação tributária prevê que deve ser declarada a nulidade processual no que tange ao procedimento fiscal que não traz a certeza e liquidez do crédito tributário, em razão da ausência de provas materiais da acusação fiscal, ou quando, restar caracterizado o cerceamento ao direito da ampla defesa e do contraditório. Portanto, para ser declarada a nulidade processual no que tange ao procedimento fiscal efetuado pelo Fisco, é necessário que fique evidenciado que este deixou de observar normas que norteiam a legislação tributária e o devido processo legal.

No presente caso, foram suscitadas duas preliminares de nulidades: prorrogação do prazo de fiscalização em desacordo com o artigo 28, §1º do RPAF/99; e preterição do direito de defesa em face da impossibilidade de análise dos levantamentos apresentados.

Quanto à arguição de nulidade por extrapolação do prazo de fiscalização, previsto no §1º do artigo 28 do RPAF, verifico que o impugnante alega que o início do procedimento fiscal está plenamente documentado e indicado no Termo de Início de Fiscalização (doc. 01), lavrado no dia 29/08/2012 (art. 26, II c/c art. 28, I, RPAF), e o encerramento da fiscalização se deu em 19/06/2013, com a lavratura do próprio Auto de Infração (art. 28, VII, RPAF), sendo imperioso no seu entender, que o prazo de noventa dias fora totalmente extrapolado.

Também não acolho a nulidade arguída sob esse fundamento, haja vista que o entendimento predominante neste CONSEF é no sentido de que a Ordem de Serviço se trata de um documento interno da administração fazendária, cuja falta de prorrogação não interfere na constituição do crédito tributário, bem como não cerceia o direito de defesa do contribuinte.

Em verdade, a ausência de prorrogação permite ao sujeito passivo exercer o direito de denunciar espontaneamente a infração, se for o caso, consoante determina o art. 28, §1º, do RPAF/99, abaixo reproduzido:

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

(...)

§ 1º O procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o

sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso.

Ressalto que a prorrogação da ação fiscal sem efetuar a comunicação necessária à impugnante, não lhe causou nenhum prejuízo à sua defesa.

Desse modo, não acolho esta nulidade arguída por extrapolação do prazo de fiscalização.

Inerente a preliminar de preterição do direito de defesa, em face da impossibilidade de análise dos levantamentos apresentados, analisando as peças processuais, constato que o presente Auto de Infração foi constituído com a obediência de todas as formalidades legais, não havendo vícios de nulidade. Todas as infrações estão devidamente caracterizadas e acompanhadas de respectivos anexos demonstrativos que com clareza, revelam o cálculo do imposto lançado de todas as infrações imputadas, em especial do levantamento quantitativo por espécie de mercadorias.

Verifico que a autuante na lavratura do Auto de Infração obedeceu ao disposto no artigo 39, do RPAF/99, eis que, contém todos os elementos esclarecedores da acusação fiscal, tais como a descrição do fato, o enquadramento legal, os valores de cada período, a multa aplicada, além do

Anexo do demonstrativo de débito, no qual, constam a tabela de redução de multa, tabela de correção dos acréscimos legais.

Além disso, os demonstrativos das omissões, levantamentos de entradas e de saídas, cálculo do preço unitário médio, de que trata a auditoria de estoques, inclusive um CD-ROM com as planilhas da auditoria de estoques, e demonstrativos e documentos das demais infrações, todos entregues ao autuado para a ampla defesa e o contraditório, em papéis impressos, inclusive através de mídia (CD), que pelo constam nos autos foi aberto e lido através do sistema Libre Office Write na presença do autuado, conforme Recibo de Arquivos Eletrônicos à fl.11, além de aposição da assinatura do sujeito passivo nos demonstrativos, conforme se constata das fls. 16 a 263.

Portanto, os demonstrativos das infrações apresentados através de mídia, ao contrário do que argui o defendente, oferecem dados claros que possibilitam o exercício da ampla defesa.

No mais, residindo no campo das provas e de sua clareza, entendo que não há que se falar em nulidade do lançamento, mas sim sobre a sua procedência ou improcedência, questão que será tratada por ocasião do exame do mérito.

Desta forma, considero que estão presentes nos autos os elementos suficientes para determinar, com segurança, a natureza da infração e a pessoa do infrator, não havendo para anulação do Auto de Infração. Por sua vez, inocorreu o alegado cerceamento de defesa, posto que não foi identificado nos autos qualquer prejuízo à defesa do contribuinte, ou inobservância de qualquer exigência contida na legislação tributária que impedisse o sujeito passivo de exercer com plenitude o seu direito de defesa.

Logo, repito, no plano formal, a autuação fiscal está em conformidade com a legislação tributária, não lhe faltando fundamentação legal, visto que os fatos descritos no Auto de Infração estão de acordo com o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14/03/1997, considerando as disposições contidas na Lei nº 7.014/96, e acompanhados das respectivas provas representadas por demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, além de cópias de documentos fiscais, necessárias à demonstração dos fatos argüidos, sendo respeitada a ampla defesa e contraditório.

Apesar do acima alinhado, na Sessão de Julgamento do dia 17/06/2014, na fase de discussão do processo, diante das arguições e os documentos constantes na defesa, o processo foi baixado em diligência para que a autuante prestasse nova informação fiscal com fundamentação, e também prestasse esclarecimentos sobre a origem do débito das infrações, de modo a permitir a perfeita análise e compreensão do contribuinte autuado em relação aos levantamentos efetuados, haja vista a insistente alegação defensiva de impossibilidade de identificação dos dados e de difícil compreensão dos mesmos.

Auditor Fiscal estranho ao feito, em lugar da autuante, atende o pedido do órgão julgador, e presta todos os esclarecimentos necessário para o perfeito entendimento das imputações pelo sujeito passivo, o que permitiu ao mesmo exercer com plenitude o seu direito a ampla defesa e ao contraditório, cujas questões quanto a comprovação e ao cálculo dos débitos, serão apreciadas no exame do mérito.

Nestas circunstâncias, rejeito as preliminares argüídas nas manifestações do autuado, por não se enquadrar o pedido do contribuinte em nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF/99, e passo a analisar o mérito da lide.

Sobre a juntada posterior suscitada na defesa, não existe na legislação tributária até antes de julgamento, nenhum óbice para que sejam juntados os demonstrativos e os documentos, que diz já ter identificado e repercutido no presente lançamento de ofício, o que não ocorreu no presente caso.

Quanto ao pedido do autuado de diligência para a revisão do lançamento, conforme será apreciado mais adiante, tal pedido foi devidamente atendido, cujo diligente fiscal trouxe aos autos elementos suficientes para uma decisão sobre a lide.

No tocante à alegação defensiva de decadência parcial do lançamento tributário, relativo aos fatos gerados ocorridos no período de março a outubro de 2008, não pode ser acolhida, pelos motivos que passo a expor.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial, nos lançamentos tributários sujeitos à homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, como no caso do ICMS, quando do pagamento antecipado, o ente tributante dispõe de cinco anos para realizar o lançamento ou homologação, nos termos do artigo 150 do CTN - Código Tributário Nacional.

Observo que o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, nos termos do artigo acima citado, extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento. Havendo pagamento integral do tributo devido, não havendo outro prazo previsto em lei para homologação, este será de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Para aplicação da referida norma legal, é necessário que sejam atendidos alguns requisitos, entre eles, que o tributo tenha sido apurado e recolhido de acordo com lei, ou seja, o pagamento integralmente do valor devido pelo sujeito passivo; que não exista lei que fixe outro prazo e por fim, que não tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação, requisitos não existentes na lide em questão.

Na presente lide, o sujeito passivo, contribuinte do ICMS no Estado da Bahia, omitiu-se em prestar as informações ao fisco (artigo 149, II e III do CTN), sendo necessária a apuração do imposto devido mediante procedimento administrativo tributário, resultando na lavratura do Auto de Infração em tela, por ter o sujeito passivo omitido informações na apuração do ICMS e realizado o conseqüente recolhimento em valor inferior ao devido.

Portanto, não se pode falar na aplicação da regra do § 4º do artigo 150 do CTN, pois, mediante ação fiscal, restou comprovada a omissão de pagamentos do tributo estadual, não havendo pagamento antecipado não se pode falar em homologação, pois não se pode homologar um pagamento que não foi realizado pelo sujeito passivo.

Também não pode ser arguida a aplicação do § 4º do artigo 150 do CTN, pois o Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981, aplicado aos contribuintes baianos, em seu artigo 107-B, fixou prazo para homologação, exercendo a faculdade prevista no próprio § 4º do artigo 150 do CTN.

O prazo para homologação tácita do lançamento e extinção do crédito tributário, fixado no Código Tributário do Estado da Bahia, no § 5º do artigo 107-B, é de 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, desde que não seja comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, pois, comprovada essa situação, o tributo poderá ser reclamado pelo sujeito ativo, ente tributante, a qualquer época.

Cabe consignar que esse é o entendimento do CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF nº 0050-12/15, no qual, está consignado que: *(..) acompanho o parecer da PGE/PROFIS no sentido de que a legislação tributária vigente à época do fato gerador, nos termos do art. 107-A, I, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e conforme o §4º do art. 150 do CTN, previa o início do prazo decadencial como sendo o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador e, portanto, o prazo decadencial em relação aos fatos geradores de 2009 teve início em primeiro de janeiro de 2010,*

do que, contando cinco anos, verifica-se que a autuação, lavrada em 27/03/2014, ocorreu dentro do prazo legal.

O opinativo aduz ainda que, com o advento da Lei nº 13.199, de 29/11/2014, foi revogado o art. 107-A, I, do COTEB. Todavia, por tratar-se de norma jurídica de natureza material e não procedimental, não poderá retroagir para surtir efeito em relação a fato gerador constituído sob a égide da legislação tributária então vigente. Assim, rejeito a prejudicial de mérito de decadência arguida.

Assim, no caso em tela, o prazo para contagem da decadência deve ser observado o previsto no § 5º do artigo 107-B do Código Tributário do Estado da Bahia, combinado com o artigo 173, inciso I, do CTN, o qual estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, por se tratar de fatos geradores ocorridos no exercício de 2008, o fisco teria até o dia 31/12/2013, para constituir o lançamento tributário. Como o Auto de Infração foi lavrado em 30/09/2013 não se configurou a decadência.

Além disso, observo que o autuado ao tomar conhecimento da informação fiscal, sob o fundamento de que houve alteração dos débitos, entende que a contagem do prazo decadencial deveria ser contado a partir da ciência da aludida informação fiscal. Não merece acolhimento este entendimento, pois mesmo com a correção das infrações, o prazo continua a ser contado a partir da lavratura do auto de infração.

Sobre o pedido para que as futuras intimações sejam efetuadas exclusivamente em nome do seu advogado que subscreve a peça defensiva, há de se ressaltar que o art. 108 do RPAF, determina que a intimação será feita pessoalmente ao sujeito passivo ou interessado, seu representante ou preposto, como também através de via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem, ou através de edital publicado no Diário Oficial do Estado, quando não for possível as formas anteriores.

No mérito, constato que das 8 (oito) infrações contempladas no auto de infração, não existe lide em relação às infrações 07 e 08, relativas a exigência de **R\$5.999,26**, correspondente a multa percentual sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial; e do imposto no valor de **R\$107,90**, inerente à diferença de alíquotas nas aquisições de bens para o ativo imobilizado, porquanto o sujeito passivo em sua peça defensiva silenciou sobre tais itens, o que os tornam subsistentes.

Quanto às demais infrações, da análise de tudo o que constam nos autos, é possível concluir o seguinte, levando em conta especialmente o trabalho revisional efetuado por diligente estranho ao feito, conforme informação fiscal de fls.1.193 a 1.197.

Infração 01 - 01.02.11

A autuação versa sobre exigência de ICMS, em razão do aproveitamento indevido de crédito fiscal destacado nas notas fiscais emitidas (cópias fls.999 a 1.079), respectivamente, *LLUMIFILME INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.-EPP* e *DIVERSEY BRASIL INDÚSTRIA QUÍMICA LTDA.* sendo considerados inidôneos os referidos documentos fiscais, com base na constatação de que tais empresas possuíam Inscrição Estadual como Contribuinte do ICMS, mas na data das notas fiscais não estavam mais aptas a realizar operações como contribuinte do ICMS, conforme consta das informações extraídas do sistema SINTEGRA às fls. 14 e 26. Ou seja, que estando inaptas no sistema das Secretarias de Fazenda de origem, os documentos fiscais emitidos por essas empresas são inidôneos, não podendo gerar créditos de ICMS.

Observo que no demonstrativo (CRÉDITOS INDEVIDOS DECORRENTES DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE EMPRESAS NÃO HABILITADAS NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES) às fls.16 a 25, estão discriminados os documentos fiscais, cujas empresas consideradas não habilitadas são: DIVERSEY BRASIL IND.QUÍMICA CNPJ Nº 03.049.181/0008-05; E

FLAN COM. IND. DE CONFECÇÕES LTDA CNPJ 08.166.430/0001-08, com base em Consulta Pública ao Cadastro- SINTEGRA/ICMS, fls.996 a 998.

Pelos esclarecimentos constantes na descrição do fato no corpo do Auto de infração, a infração foi enquadrada nos incisos V, VI e VII, do artigo 209, do RICMS/97, por entender a fiscalização *não se referir a uma efetiva operação ou prestação; que embora revestido das formalidades legais, tiver sido utilizado com o intuito comprovado de fraude*; e os emitentes dos documentos se encontrarem com situação cadastral irregular.

Diante da conclusão fiscal acima alinhada, a infração foi enquadrada no artigo 97, inciso VII, do RICMS/97, que veda a apropriação de crédito fiscal relativo à aquisição de mercadoria, quando se tratar de documento fiscal inidôneo, sendo admitida, porém, a utilização do crédito fiscal quando sanada a irregularidade ou quando houver comprovação de que o imposto destacado no documento fiscal foi efetivamente recolhido.

Além disso, o artigo 91 combinado com o artigo 92, do RICMS/97, prevê que o direito ao crédito fiscal condiciona-se que as mercadorias tenham sido acompanhadas por documento fiscal idôneo.

Já o art. 209, do RICMS/97, dispõe que será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que, além de outras situações, se enquadrar em um ou mais dos seus incisos.

Portanto, pelo que se vê, a legislação tributária é cristalina ao condicionar o aproveitamento do imposto a título de crédito à idoneidade do documento e/ou da operação.

No presente caso, através da documentação apensada aos autos, mais precisamente, os relatórios extraídos do SINTEGRA às fls.996 a 998, verifico que os emitentes dos documentos fiscais, nas datas dos fatos geradores, janeiro de 2010 a outubro de 2011, se encontravam na situação (“Inaptos”).

Contudo, diante da alegação defensiva, este item foi objeto de revisão através de nova informação fiscal, no sentido de que fosse justificado por que no levantamento fiscal consta como emitente dos documentos fiscais o contribuinte DIVERSEY BRASIL INDÚSTRIA QUÍMICA LTDA., com CNPJ 03.049.181/0008-05, enquanto que o autuado acostou às fls. 1.000 a 1.079 cópias de notas fiscais emitidas por JOHNSON DIVERSEY BRASIL LTDA., CNPJ 03.049.181/0001-39, com coincidência do número das notas fiscais, fls. 21 e 22.

Foi consignado na citada informação fiscal, que os números das notas fiscais acostadas aos autos coincidem com os números das notas fiscais constantes dos demonstrativos de fls. 16 a 25, e que o contribuinte declarou através do sistema SINTEGRA, que as aquisições efetuadas através dessas notas fiscais foram efetuadas com identificação de emissão do contribuinte DIVERSEY BRASIL INDÚSTRIA QUÍMICA, CNPJ 03.049.181/0008-05.

Após análise da informação atual do contribuinte, o informante efetuou novo demonstrativo onde excluiu do levantamento as notas fiscais apresentadas que tem como emitente a Jonhson Diversey Brasil, CNPJ 03.049.181/0001-39, anexo à fl. 1.199, resultando na diminuição do débito para o valor de R\$145,32, valor esse, que acolho, pois o autuado foi cientificado e não apresentou nada em sentido contrário.

Desta forma, estando os demais emitentes dos documentos fiscais objeto da autuação, na data de suas emissões, com suas inscrições inaptas perante o Fisco, tais documentos fiscais, declarados inidôneos, ao serem emitidos, já nasceram inquinados de vício substancial insanável, característica que lhes retira toda a eficácia e validade para gerar crédito do imposto.

Nestas circunstâncias, através dos documentos que instruem a imputação, restou evidenciado os fundamentos para a conclusão fiscal. Então, devidamente caracterizada a infração, considero devida a exigência fiscal consubstanciada neste item, com a redução do débito para o valor de R\$145,32.

Infração 02 - 03.01.03

No que tange a esta infração, o fulcro da autuação é de que ocorreu recolhimento a menos do ICMS, nos prazos regulamentares, em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração ICMS.

Na folha 32 se encontra o demonstrativo DIVERGÊNCIA ENTRE O ICMS LANÇADO NO REGISTRO DE SAÍDAS PARA O REGISTRO DE APURAÇÃO, onde está demonstrado que no ano de 2008, o total de saídas foi de R\$59.928,89 (apurado conforme demonstrativos às fls.33 a 35) enquanto que no RAICMS foi lançado o valor de R\$59.886,21, resultando numa diferença de R\$251,06, que a alíquota de 17% resultou no ICMS de R\$42,68.

No caso do ano de 2009, foi anexado o demonstrativo à fl.160, onde está demonstrado que o total de saídas foi de R\$53.393,64 enquanto que no RAICMS foi lançado o valor de R\$53.384,97, resultando numa diferença de R\$8,67, que a alíquota de 17% resultou no ICMS de R\$1,47.

Ou seja, em tais demonstrativos que foram impressos, consta a comparação entre o total apurado no Registro de Saídas para o Registro de apuração do ICMS, dos meses de dezembro de 2008 e fevereiro de 2009. No caso do ano de 2009 não está impresso, mas consta no CD que foi entregue ao autuado.

Infração 03 - 03.01.01

Neste item, o débito lançado diz respeito a divergências entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro, maio a dezembro de 2008, março a maio, e agosto de 2009.

Na folha 29 está demonstrado no ano de 2008 o recolhimento efetuado a menor pelo autuado, apurado pelo confronto entre os valores do imposto escriturado para o valor recolhido e na fl. 161 o ano de 2009.

Nos demonstrativos que instruem a autuação e constantes às fls. 29, estão especificados os valores que ensejaram as diferenças apuradas, documentos esses, entregues ao autuado conforme recibo nos demonstrativos impressos. Portanto, descabe a arguição do sujeito passivo de nulidade porque não lhe foram entregues tais demonstrativos, e portanto, é perfeitamente possível interpretar e compreender os critérios utilizados pela fiscalização na apuração dos valores que foram lançados no auto de infração.

Constato que a exigência fiscal está relacionada com a Auditoria de Conta Corrente Fiscal, fls. 29 a 35 (2008) e de 160 a 165 (2009), cujos valores apurados decorreram de dados extraídos dos livros fiscais do contribuinte, e as cópias encontram-se apenas ao presente processo às fls. 264 a 818, com registro dos valores pagos e registrados no sistema da SEFAZ, fls.35 (2008) e 165 (2009).

Quanto a documentação apresentada pelo autuado (livro RAICMS, fl.1.081), representada por DAES e por folhas do Registro de Apuração do ICMS, considero que a mesma não é capaz de elidir a autuação, haja vista que para elidir o trabalho fiscal deveria ter apontado aonde estão errados os valores apurados pelo autuante, se fosse o caso.

Constato que a exigência fiscal está relacionada com a Auditoria de Conta Corrente Fiscal, fls. 29 a 35 (2008) e de 160 a 165 (2009), cujos valores apurados decorreram de dados extraídos dos livros fiscais do contribuinte, e as cópias encontram-se apenas ao presente processo às fls. 264 a 818, com registro dos valores pagos e registrados no sistema da SEFAZ, fls.35 (2008) e 165 (2009). Inclusive a autuante levou em conta na apuração do débito os parcelamentos efetuados através de denúncias espontâneas dos PAFs 6000005503070, 6000005304078, 6000004754070.

Infração 04 - 03.01.02

O fundamento da autuação é de que ocorreu recolhimento a menos do ICMS, nos prazos regulamentares, em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração ICMS.

O débito encontra-se especificado nos demonstrativos às fls.31 e 161, nos quais, os valores que serviram de base para a sua apuração, correspondem aos valores que foram lançados na escrita fiscal, nos meses de março de 2008 e fevereiro de 2009.

Na folha 31 encontra-se o demonstrativo DIVERGÊNCIA ENTRE O ICMS LANÇADO NO REGISTRO DE ENTRADAS PARA O REGISTRO DE APURAÇÃO, onde está demonstrado que no ano de 2008, o total de entradas foi de R\$20.420,61 enquanto que no RAICMS foi lançado o valor de R\$20.489,00, resultando numa diferença de R\$402,29, que a alíquota de 17% resultou no ICMS de R\$68,39.

No caso do ano de 2009, não foi anexado o demonstrativo à fl.162, porém este se encontra no CD à fl.12, que foi entregue ao autuado conforme Recibo de Arquivos Eletrônicos à fl.12 – o cálculo está no demonstrativo impresso com débito no valor de R\$5.051,08, tudo conforme também os documentos às fls.163 a 165.

Ou seja, em tais demonstrativos, consta a comparação entre o total apurado no Registro de Entradas para o Registro de apuração do ICMS, dos meses de dezembro de 2008 e fevereiro de 2009.

Infração 05 - 02.01.01

Trata da falta de recolhimento do ICMS, no mês de agosto de 2008, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de agosto de 2008, conforme demonstrativo à fl.30.

Na folha 30 encontra-se o demonstrativo do valor que foi declarado e não recolhido no mês de agosto de 2008, de R\$8.738,96.

Analisando as peças processuais, constato que a exigência fiscal está relacionada com a Auditoria de Conta Corrente Fiscal, cujos valores apurados decorreram de dados extraídos dos livros fiscais do contribuinte, e as cópias encontram-se apenas ao presente processo com registro dos valores pagos e registrados no sistema da SEFAZ, ou seja.

No documento à fl.30 foi consignado como saldo devedor o valor de R\$8.738,96, enquanto que o autuado, ao se defender, traz a baila um *Resumo de Apuração de ICMS, referente a competência de 2008 auditada, com a apuração de um saldo credor na monta de R\$.3.356,55*, fl.1.090.

Quanto a documentação apresentada pelo autuado, representada por DAEs e por folhas do Registro de Apuração do ICMS, considero que a mesma não seria capaz de elidir a autuação, haja vista que para elidir o trabalho fiscal deveria ter apontado aonde estão errados os valores apurados pelo autuante, se fosse o caso.

Feitas as considerações acima, em relação às infrações 02, 03, 04 e 05, tendo em vista que o sujeito passivo em sua peça defensiva sustentou que inexistem divergências entre os valores apurados pela empresa para o trabalho fiscal, o processo foi submetido a diligência para reexame do levantamento fiscal por fiscal estranho ao feito, o qual, trouxe aos autos as seguintes informações:

*“No que se refere a **Infração 02** consta do Livro Registro de Saídas, fls. 422, débito fiscal no montante de R\$.59.928,89 e no Livro de Registro e Apuração do ICMS, fls. 442, consta débito fiscal no montante de R\$.59.886,21, resultando em recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$.42,68 com base de cálculo de R\$.251,06, DEMONSTRATIVO fl. 1200;*

*No que se refere a **infração 03** foram identificados recolhimentos com insuficiência, os quais foram alterados com novo levantamento com ingresso dos créditos decorrentes do parcelamento da antecipação tributária parcial e mesmo assim se constatou recolhimentos a menor, que ora reproduzimos:*

*No que se refere à **Infração 04**, houve equivoco dessa fiscalização no que se refere ao mês de março/2008, mantendo, no entanto, a infração apurada no mês de fevereiro de 2009, haja vista que o montante do crédito fiscal lançado no livro de entradas foi de R\$.23.804,56, fls. 510 e 511, enquanto no livro Registro de Apuração do ICMS totalizam, esses créditos,*

R\$.28.855,64, fls. 794, com diferença do ICMS creditado a maior no montante de R\$.5.051,08 com base de calculo no valor de R\$.29.712,23.

*Quanto a **Infração 05**, conforme demonstrativo acima, a diferença a recolher é de R\$.155,81 decorrente de créditos efetuados a maior no mês de agosto/2008, fls. 435, no montante de R\$.512,36, em confronto com o valor apurado e demonstrado acima.”*

O informante procedeu a retificação do lançamento tributários em relação aos itens acima, concluindo que a infração 02 fica reduzida para o valor de R\$ 42,08; a infração 03 fica reduzida para o valor de R\$17.663,35; a infração 04 fica reduzida para o valor de R\$.5.051,08; e a infração 05 deixou de existir.

Acolho o resultado constante na informação fiscal, pois o sujeito passivo foi cientificado, e não apresentou elementos novos ou esclarecimentos adicionais sobre os valores apurados.

Itens 02, 03 e 04 são subsistentes em parte, e o item 05 totalmente insubsistente.

Infração 06 - 04.05.02

Exige o ICMS no valor de R\$292.714,12, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e 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 relativo aos exercícios de 2008 e 2009, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas tributáveis omitidas, conforme levantamentos e demonstrativos às fls.36 a 263, sendo: 2008- fls.36 a 159 e 2009 – fls.166 a 263.

Pelo lançamento ora em discussão exige-se ICMS, face a constatação em auditoria de estoques de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias tributadas, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de saídas, relativamente aos exercícios de 2008 e 2009.

O levantamento quantitativo por espécie de mercadorias encontra-se devidamente demonstrado às fls.36 a 276 e CD à fl.15, 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.

De acordo com os demonstrativos e o CD acima citado, o levantamento que resultou na autuação fiscal é composto de diversos quadros demonstrativos que explicitam todo o trabalho realizado, nos quais a fiscalização especifica os produtos 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 omissão de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas, sendo exigido o imposto de acordo com o que preceitua a Portaria nº 445/98.

Este lançamento foi impugnado com base no argumento de que a documentação que instrui os autos demonstra a adoção de critérios que não retratam a real movimentação de mercadoria no estabelecimento.

Quanto a alegação de que o levantamento que resultou na presente autuação fiscal deveria ser composto de diversos quadros demonstrativos que explicitassem todo o trabalho realizado, com a discriminação dos produtos objeto das exigências, bem como as quantidades, e os demais dados necessários e considerados, baseando-se nas notas fiscais de entradas e saídas, nos livros de Registro de Entradas e Saída, e no Registro de Inventário, verifico não assistir razão ao defendente pois da análise dos papéis de trabalho às fls.36 a 276, tal demonstração está explícita.

Foi alegado que as quantidades veiculadas no demonstrativo de omissões referente a 2009, no tocante ao estoque inicial de 2009 (final de 2008) não correspondem com a realidade devido às divergências apresentadas no ano de 2008 no arquivo magnético (Doc. 5.2)

No caso da alegação de que existe divergência no tocante ao saldo final do estoque no exercício de 2008, constante no Livro Inventário de 2008, constato que a fiscalização se baseou nas informações prestadas pelo próprio sujeito passivo, e o autuado não foi pontual indicando quais itens estão com divergências, nem comprovou ter ocorrido erro no arquivo Sintegra, caso contrário a fiscalização teria lançado multa por descumprimento de obrigação acessória decorrente de inconsistências no arquivo magnético apresentado à SEFAZ.

Ressalto que os arquivos magnéticos gerados através do SINTEGRA, por contribuinte usuário do sistema eletrônico de processamento de dados, deve obedecer ao art. 685, combinado com os arts. 708-A e 708-B, e seus parágrafos, do RICMS/97.

No presente caso, considerando que o levantamento quantitativo (2008 e 2009) foi feito com base nos arquivos magnéticos apresentados à SEFAZ, bem assim, que o autuado apresentou na impugnação cópia do livro Registro de Inventários, fls. 1.111 a 1.159, com quantidades divergentes das consignadas no referido levantamento, o processo foi convertido em diligência para que o sujeito passivo fosse intimado para corrigir os arquivos magnéticos, no tocante ao Registro 74 dos referidos exercícios, e indicar a existência de novos equívocos no trabalho fiscal, com a concessão do prazo previsto no § 4º do art. 261, do RICMS/2012. Além disso, para que fosse verificado também pelo diligente o alegado na defesa em relação ao item **0398-Dispenser P Toalha BOB Branca 200M Trilha**, ou seja, se realmente se trata de operação de comodato, inclusive devendo o autuado a indicar quais os outros itens que se enquadram neste tipo de operação.

O funcionário diligente, informou que o contribuinte foi intimado em 02/02/2015 para regularizar as pendências nos Arquivos Magnéticos no SINTEGRA e as regularizou em 09/03/2015 (fls. 1.182 a 1.192), tendo procedido a revisão dos estoques no Sistema SAFA, resultando nos novos demonstrativos fls. 1.202 a 1.224, abaixo resumidos:

Demonstrativo das Omissões - fls. 1.208 a 1.211

ANO	OMISSÃO DE ENTRADA	OMISSÃO DE SAÍDA
2008	R\$ 273.514,96	R\$ 1.388.245,03

Demonstrativo Infração 04.05.02 - fls. 1.212 a 1.214

Omissão Saída	Red. B.C.	B.C. Reduzida	Alíquota %	Valor do Imposto
R\$ 1.388.245,03	41,18%	R\$ 816.565,73	17	R\$ 138.816,17

Demonstrativo das Omissões - fls. 1.220 a 1.222

ANO	OMISSÃO DE ENTRADA	OMISSÃO DE SAÍDA
2009	R\$ 166.033,55	R\$ 3.710.942,15

Demonstrativo Infração 04.05.02 - fls. 1.223 a 1.224

Omissão Saída	Red. B.C.	B.C. Reduzida	Alíquota %	Valor do Imposto
R\$ 3.710.942,15	41,18%	R\$ 2.172.776,17	17	R\$ 371.071,95

Quanto ao item **0398-Dispenser P Toalha BOB Branca 200M Trilha**, foi informado pelo diligente que procedeu a exclusão da mercadoria por restar comprovada a alegação defensiva de que se trata de operação de comodato.

Foi informado ainda que todos os demonstrativos estão na mídia CD anexada com os demonstrativos de preços médios e quantitativos das entradas e saídas das mercadorias do estoque.

Cientificado desses novos demonstrativos, o autuado alegou que o auditor fiscal diligente lavrou outro de infração sobre o mesmo período, dispensando o trabalho anterior, e lhe cientificou em 24/08/2015, mais de 5 anos a contar da deflagração do lapso decadencial. Nada tenho a comentar, pois o autuado não comprovou esta alegação, ou seja, que foi lavrado outro auto de infração. O

que ocorreu, foi que ao refazer o levantamento quantitativo houve majoração do débito do ano de 2008. Sobre a alegação de que o prazo decadencial deveria ser contado a partir do resultado da revisão fiscal, esta questão já foi apreciada no início deste voto.

Quanto a jurisprudência citada na defesa, observo que a mesma não se aplica, por se tratar de situação diversas a ora em comento.

Desta forma, não acolho a irresignação do autuado de que todos os levantamentos e demonstrativos da infração 06, e também dos itens 02, 03, 04 e 05, estariam inteligíveis, pois a fiscalização atendeu ao artigo 39 do RPAF/99, eis que, contém todos os elementos suficientes para a perfeita compreensão da apuração do débito. Também não merece acolhimento a alegação de que não recebeu os demonstrativos refeitos na diligência, visto que, conforme intimação à fl.1.239, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal do preposto estranho ao feito (revisão do lançamento), constante às fls. 1.193 a 1.197, sendo-lhe entregues cópias dos documentos: fls. 1.193 a 1.232, CD, fl. 1.233, Recibo de Arquivos eletrônicos, fl. 1.234. Aplico a entrega

Considerando que todas as questões arguidas pelo sujeito passivo foram devidamente apreciadas, e ao se manifestar do resultado da revisão não trouxe nenhum fato capaz de elidir a legitimidade do presente lançamento fiscal, concluo pela subsistência parcial da infração 06.

Cabe ressaltar que na revisão do lançamento o débito do ano de 2008 que era inicialmente de R\$162.331,79 fica reduzido para o valor de R\$138.816,17, e o débito do ano de 2009, que era de R\$130.382,33, foi majorado para o valor de R\$371.071,95.

Assim, no caso do débito de 2009, fica mantido o valor originalmente apurado no valor de R\$130.382,33, pois não é possível neste processo haver a majoração do valor inicialmente lançado.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de **R\$298.206,06**, conforme demonstrativos abaixo:

Infração	Código da Infração	Débito A.I. Original	Débito A.I. Julgado
1	01.02.11	6.989,21	145,32
2	03.01.03	51,35	42,68
3	03.01.01	57.308,21	17.663,32
4	03.01.02	5.119,47	5.051,08
5	02.01.01	8.738,96	-
6	04.05.02	292.714,12	269.198,50
7	07.15.05	5.999,26	5.999,26
8	06.01.01	107,90	107,90
Total		377.028,48	298.208,06

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

INFRAÇÃO	DATA OCORR.	DATA VENC.	B.CÁLCULO	%	VL.DÉBITO
01.02.11	31/03/2008	09/04/2008	396,00	17	67,32
01.02.11	31/08/2008	09/09/2008	458,82	17	78,00
03.01.03	31/12/2008	09/01/2009	251,06	17	42,68
03.01.01	31/01/2008	09/02/2008	16.802,47	17	2.856,42
03.01.01	31/05/2008	09/06/2008	5.822,65	17	989,85
03.01.01	30/06/2008	09/07/2008	1.227,41	17	208,66
03.01.01	31/07/2008	09/08/2008	11.503,18	17	1.955,54

03.01.01	30/09/2008	09/10/2008	30.328,29	17	5.155,81
03.01.01	31/12/2008	09/01/2009	635,82	17	108,09
03.01.01	31/03/2009	09/04/2009	16.602,94	17	2.822,50
03.01.01	30/04/2009	09/05/2009	5.534,35	17	940,84
03.01.01	31/05/2009	09/06/2009	5.175,71	17	879,87
03.01.01	31/08/2009	09/09/2009	10.269,06	17	1.745,74
03.01.02	28/02/2009	09/03/2009	29.712,24	17	5.051,08
04.05.02	31/12/2008	09/01/2009	816.565,71	17	138.816,17
04.05.02	31/12/2009	09/01/2010	766.954,88	17	130.382,33
07.15.05	31/01/2008	09/02/2008	19.541,94	0	3.322,13
07.15.05	29/02/2008	09/03/2008	15.747,82	0	2.677,13
06.01.01	28/02/2009	09/03/2009	634,71	17	107,90
TOTAL					298.208,06

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 **277829.0045/13-6**, lavrado contra **MEALS COMÉRCIO, REPRESENTAÇÃO E SERVIÇOS EIRELI – ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$292.208,80**, acrescido das multas de 60% sobre R\$22.864,98, 70% sobre R\$269.198,50 e de 100% sobre R\$145,32, previstas no artigo 42, II, “a”, “b”, “d” e “f”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no total de **R\$5.999,26**, prevista no inciso II, “d”, do citado dispositivo legal.

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, 16 de março de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR