

A. I. N° - 206892.9001/12-5
AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SALVADOR NEWS LTDA
AUTUANTE - MAURÍCIO JOSÉ COSTA FERREIRA
ORIGEM - INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 11/05/2018

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0049-03/18

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Revisão fiscal realizada pelo Autuante com base em comprovações apresentadas pelo Impugnante reduziu o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. APURADO OMISSÕES DE ENTRADAS EM VALOR SUPERIOR ÀS OMISSÕES DE SAÍDAS. ENTRADAS DE MERCADORIAS. O Autuante, com base na documentação fiscal carreada aos autos, asseverou que o sujeito passivo logrou êxito em comprovar o não cometimento da acusação fiscal. Infração insubstancial. Afastada alegação de cerceamento de defesa. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/09/2012, exige crédito tributário no valor de R\$1.527.681,11, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 07.01.04. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88, do RICMS-BA/97, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$1.523.059,40, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - 04.05.05. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a expressão de maior valor monetária - a das operações de entradas - com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no exercício fechado de 2011. Exigido o valor de R\$4.621,71, acrescido da multa de 100%.

O autuado impugna o lançamento fls. 344 a 359. Depois de registrar a tempestividade de sua peça defensiva apresenta suas razões de fato e de direito que seguem.

Inicialmente reproduz o inciso LV, do art. 5º, da CF/88 para enfatizar que o direito à ampla defesa é um dos princípios basilares da Carta Maior, consistente não apenas na garantia do direito de resposta, mas também no direito subjetivo do litigante ter acesso a todos os documentos e meios de prova que lhe sejam inerentes no processo administrativo/judicial.

Acrescenta frisando que o próprio RPAF-BA/99, em seu art. 2º, *caput*, de forma expressa consagra a garantida da ampla defesa como princípio capital a ser aplicado ao processo e aos procedimentos administrativos fiscais.

Friza haver uma diferença incompreensível entre os valores constantes no Auto de Infração e os valores que constam no seu Anexo - Doc. 04, fls. 376 a 401. Destaca que analisando o corpo do Auto de Infração verifica-se que na Infração 01, o Autuante imputou a conduta ilegal de recolher o ICMS em valor menor do que o devido. Prossegue assinalando que o Autuante consolidou o total devido para cada mês do exercício de 2011 (“Valor Histórico”), alcançando o montante de R\$1.523.059,40, para todo o ano de 2011.

Observa que no Anexo do Auto de Infração intitulado “Demonstrativo de Pagamento a menor do ICMS Sujeito a Antecipação Tributária” - Doc. 04, referente à mencionada Infração 01, o Autuante expõe de maneira específica e detalhada o valor devido para cada mês do exercício de 2011. Arremata mencionando que de maneira inexplicável, os valores constantes na Infração 01 do Auto de Infração não correspondem aos valores dispostos no Demonstrativo Anexo que serviria para especificar e fundamentar a mencionada Infração.

Cita como exemplo o valor devido para janeiro de 2011, em que na Infração 01 do corpo do Auto de Infração (Doc. 03), vê-se que o total devido é R\$35.331,44. Paradoxalmente, no anexo referente à mencionada Infração (Doc. 04), o total devido para o mês de Janeiro de 2011 é R\$33.952,81. Depois de exemplificar também a divergência também nos meses de março e julho, afirma que essas diferenças se repetem em todos os meses, de modo que nenhum dos valores constantes na tabela da Infração 01 do Auto de Infração corresponde aos valores constantes no Demonstrativo Anexo relativo à tal Infração.

Salienta não haver qualquer referência expressa ou sequer um motivo aparente que possa justificar tais incompatibilidades. Indaga como pode oferecer uma defesa apropriada ao Auto de Infração ora vergastado, se não dispõe de elementos capazes nem sequer de definir de forma exata o *quantum debeatur*.

Assevera não haver qualquer correlação entre os valores dispostos na Infração 01 do corpo do Auto de Infração e o Demonstrativo Anexo, outra saída não há, a não ser concluir que o valor que este Contribuinte foi intimado a recolher é completamente arbitrário e infundado.

Sustenta que a omissão de elemento necessário a identificação/individualização da infração, implica nulidade do lançamento de ofício efetivado, nos termos do art. 18, do RPAF-BA/99, uma vez que inexistindo qualquer motivo aparente ou disposição expressa capaz de explicar tais incongruências, forçoso concluir que o Autuante deixou de consignar elementos imprescindíveis para a determinação e delimitação segura da infração imputada.

Remata frisando que nestes termos, impõe-se que seja declarada a nulidade do Auto de Infração por violação ao direito fundamental da ampla defesa, nos moldes do art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF-BA/99.

Em relação ao mérito da Infração 01, declara que a autuação não merece prosperar, em virtude da ocorrência de duas irregularidades, quais sejam: a aplicação de percentuais equivocados de Margem de Valor Adicionado (MVA), e da não aplicação de disposições expressas constantes em Protocolos Interestaduais que o Estado da Bahia é signatário.

Diz que, antes de evidenciar alguns equívocos cometidos pelo Autuante, importa elucidar de forma sucinta alguns detalhes acerca do regime de substituição tributária (ST). Observa que a legislação pátria, instituiu a Substituição Tributária no ICMS que tem matriz constitucional no art. 150, parágrafo 7º, da CF/88, sendo devidamente delineada pela LC 87/96. Registra que da análise dos referidos diplomas jurídicos, infere-se que a Substituição Tributária pode acontecer de 02 formas, a saber: *i*) em operações anteriores; *ii*) em operações subsequentes.

Observa que para efetivar a Substituição Tributária em operações subsequentes, o Fisco se utiliza de um percentual de majoração denominado Margem de Valor Adicionado - MVA.

Registra que no Estado da Bahia, os percentuais de MVA a serem aplicados nas operações envolvendo Substituição Tributária em que incide o ICMS estão devidamente elencados no Anexo 88, do RICMS-BA/97.

Adverte, depois de revelar que o Autuante aplicou percentuais de MVA manifestamente indevidos, que os erros demonstrados são meramente exemplificativos, pois não tem a intenção e nem seria capaz de esgotar toda a matéria defensiva nesta Impugnação. Isto porque, se o Autuante teve vários meses de análise e estudo para a lavratura do Auto de Infração ora impugnado, não poderia desvendar e impugnar individualmente todos os erros cometidos em apenas 30 dias.

Diz que analisando o Anexo do Auto de Infração intitulado “Demonstrativo de Pagamento a menor do ICMS Sujeito a Antecipação Tributária” (Doc. 04), referente à Infração 01 do Auto de Infração, no mês de janeiro, para as Mercadorias “Tablete Choco Snack 20x48gr cx06”; “Tablete Choco Snack Duo 20x48g cx06” e “Tablete Choco Snack Coco 20x48g cx06” (Notas Fiscais 27719 e 28146 - Doc. 05), percebe-se que o Autuante aplicou uma alíquota de MVA de 40%.

Observa que a compra de tais mercadorias se deu junto ao Distribuidor Atacadista, motivo pelo qual a alíquota de MVA devida é 30%. Diz ser prova disto as Notas Fiscais de nºs 27719 e 28146 (Doc. 05), que comprovam que a aquisição de tais mercadorias se trata de uma operação com CFOP 6102, que dispõe - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, pois se tais mercadorias tivessem sido adquiridas junto à fábrica, certamente o CFOP utilizado para discriminara referida operação teria sido o CFOP 6101.

Afirma que ao analisar o Anexo 88 que dispõe sobre as Margens de Valor Adicionado (MVA) para Antecipação ou Substituição Tributária, no Item 8, percebe-se que a alíquota de MVA a ser utilizada nas aquisições de chocolates no Atacado é 30%. Destaca que a alíquota de 40% aplicada pelo Autuante, somente poderia ter sido utilizada caso a aquisição das referidas mercadorias tivesse ocorrido junto à fábrica (fato que não ocorreu). Acrescenta frisando que tratando-se de aquisição de chocolate, junto ao atacado (CFOP 6102), o percentual correto de MVA a ser aplicado deveria ter sido de 30% e não de 40% - como aplicou o Autuante.

Prosegue assinalando que de forma análoga, analisando o “Demonstrativo de Pagamento a menor do ICMS Sujeito a Antecipação Tributária” (Doc. 04), no mês de maio, para as Mercadorias “Disqueti Display 24x18gr cx09”; “Mini Disqueti Dori 36x11gr cx09” e “Amend Chocolate Dori 750gr cx12” (Notas Fiscais de nºs 154378 e 146068 - Doc. 05), percebe-se que o Autuante aplicou uma alíquota de MVA de 55%. Menciona que por se tratar de operações envolvendo mercadorias de chocolate junto à indústria (CFOP 6101- Notas Fiscais de nºs 154378 e 146068 - Doc. 05), segundo o Anexo 88, item 8, o percentual que deveria ter sido é 40%, e não 55% - como aplicou o Autuante.

Observa que erros como os que foram elucidados acima se repetem em vários produtos e em todos os meses do exercício de 2011, conforme faz prova a Tabela 01 em anexo - (Doc. 06). Afirma que as aplicações de percentuais de MVA equivocados, todos acima dos valores devidos, maculam o Auto de Infração e acabam por dar azo à exigência de valores que não são devidos.

Conclui assegurando que a Infração 01 imputada não merece prosperar, posto que manifestamente eivada por vícios decorrentes da aplicação de percentuais indevidos de MVA.

Lembra ainda que o Estado da Bahia, através da assinatura de alguns Protocolos Interestaduais, regula a substituição tributária nas operações em que incide o ICMS. Esclarece que dentre os mencionados Protocolos Interestaduais que o Estado da Bahia é signatário, faz-se mister citar: Protocolo ICM 16/85 - Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com lâmina de barbear, aparelho de barbear descartável e isqueiro; Protocolo ICM 17/85 - Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com lâmpada elétrica; - Protocolo ICMS 50/05 - Dispõe sobre substituição tributária nas operações com massas alimentícias, biscoitos, bolachas, bolos, pães, e outros derivados da farinha de trigo e o Protocolo ICMS 104/99 - Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno.

Registra que no momento em que o Autuante procedeu à Autuação da Infração 01, lhe imputou a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS de vários produtos. Explica que de acordo com as disposições constantes nos Protocolos Interestaduais supra epigrafados, em alguns dos casos

discriminados, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do referido imposto é do Estabelecimento Industrial ou do Remetente. Declara que em todos estes casos mencionados, a própria responsabilidade do Fornecedor é comprovada através das Guias de recolhimento do ICMS destacadas nas próprias Notas Fiscais (tudo conforme Notas em Anexo - Doc 05). Sustenta que alguns valores listados no Anexo do Auto de Infração intitulado “Demonstrativo de Pagamento a menor do ICMS Sujeito a Antecipação Tributária” (Doc. 04), e consequintemente exigidos no Auto de Infração, não são de sua responsabilidade, pelo que ficará evidenciada a ilegitimidade passiva para a cobrança de inúmeros débitos exigidos no Auto de Infração e listados no Demonstrativo Anexo.

Volta a advertir que os erros descritos são meramente exemplificativos, pois não tem a intenção e nem seria capaz de esgotar toda a matéria defensiva nesta Impugnação, uma vez que não poderia desvendar e impugnar individualmente todos os erros cometidos pelo Autuante em apenas 30 dias.

Revela que compulsando o Anexo do Auto de Infração intitulado “Demonstrativo de Pagamento a menor do ICMS Sujeito a Antecipação Tributária” (Doc. 04), referente à Infração 01 do Auto de Infração ora impugnado, observa-se que no mês de fevereiro o Autuante lhe imputou a responsabilidade de recolher o ICMS relativo aos produtos “Apar Sup. Barba S/Blister Amarelo 24 un cx84”, “Apar Sup. Barba S/Fita Amarelo 24 un cx30” e “Lamina Barbear Super Barba 60un cx200” vindos do Estado de São Paulo (Notas Fiscais de nºs 686, 687, 684 e 685 - Doc. 05).

Reproduz a Cláusula Primeira do Protocolo ICM 16/85, que o Estado da Bahia e o Estado de São Paulo são signatários, para destacar que não há que se falar em responsabilidade de recolher o ICMS relativo à compra dos referidos produtos (Lâminas de barbear e Aparelho de barbear) vindos de São Paulo, pois que o Protocolo assinado pela Bahia e pelo Estado de São Paulo, dispõe de forma clara que tal responsabilidade é do estabelecimento industrial ou importador.

Acrescenta frisando que de forma análoga, analisando o Demonstrativo Anexo (Doc. 04), no mês de abril, o Autuante lhe imputou a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS relativo à mercadoria “Lamp Incandescente 60W 220V 10un cx10” vinda do Paraná (Nota Fiscal nº 7363 – Doc. 05) contrariando a Cláusula primeira do Protocolo ICM 17/85, do qual o Estado da Bahia e do Paraná são signatários, cujo teor reproduz. Continua declarando que também não há que se falar em legitimidade ativa deste Contribuinte quanto ao recolhimento do ICMS relativo às operações envolvendo lâmpadas elétricas vindas do Paraná, de acordo com disposição expressa do Protocolo ICM 17/85, devidamente assinado pelos Estados da Bahia e do Paraná.

Posssegue destacando que no mês de abril o Autuante lhe imputou a responsabilidade de recolher o ICMS relativo às operações envolvendo as mercadorias “B Club Social Bacon 6x26gr cx44”, “B Club Social Integral 6x26gr cx44”, “B Club Social Presunto 6x25gr cx44”, “B Club Social Rech Quej/Toma/Manj 4x28gr cx42” e “B Club Social Salsa e Cebola 6x26gr cx44”, vindos do Estado de Pernambuco (Notas Fiscais de nºs 31413 e 31138 – Doc. 05, transcreve a Cláusula primeira do Protocolo ICMS 50/05, do qual o Estado da Bahia e o Estado de Pernambuco são signatários. Afirma restar claro, portanto, que não há que se falar em responsabilidade de recolher o ICMS relativo a operações envolvendo bolachas, biscoitos e similares vindos de Pernambuco, tendo em vista que o Protocolo ICMS 50/05, assinado pela Bahia e por Pernambuco, dispõe de forma clara que tal responsabilidade é do estabelecimento industrial ou importador.

Cita ainda que no mês de setembro o Autuante lhe imputou a responsabilidade de recolher o ICMS relativo às operações envolvendo as mercadorias “Cola Super Tek Bond 1grx12u cx10” e “Cola Super Tek Bond 2 grx12u cx50”, vindos do Estado de São Paulo (Nota Fiscal nº 29872 – Doc. 05), reproduz o teor da Cláusula primeira do Protocolo ICMS 104/ 09 que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno, em sua Cláusula Primeira e o item 35.06 do Anexo Único, descabendo o recolhimento do ICMS relativo às operações envolvendo Colas entre a Bahia e São Paulo, conforme determinação expressa no Protocolo.

Sustenta que erros como os que foram elucidados acima se repetem em vários produtos e em todos os meses do exercício de 2011, conforme atesta a Tabela 02 em anexo (Doc. 07). O fato de o Autuante ter imputado a obrigação de recolher ICMS de algumas operações, quando na verdade, por disposição infra legal expressa tal responsabilidade é do Industrial/Importador/Remetente, maculando o Auto de Infração ora impugnado, acaba por dar azo à exigência de valores que não são devidos. Acrescenta que, por tal motivo, resta evidenciada a ilegitimidade passiva para a cobrança de inúmeros débitos exigidos no Auto de Infração e listados no Demonstrativo que anexa, fls. 591 e 592.

Arremata assinalando que a Infração 01 imputada não merece prosperar, posto que manifestamente eivada por vícios decorrentes da atribuição de obrigações que não são suas.

Quanto à Infração 02 menciona que conforme sua descrição nos autos, lhe imputa a conduta ilegal de não declarar a entrada e saída de mercadorias, fato que teria resultado na falta de recolhimento de ICMS.

Explica que com base no Sintegra, Sped e livros Contábeis, as Notas Fiscais das mercadorias descritas no Anexo intitulado “Auditoria de Estoques - 2011 Infração 04.05.05 - Exercício Fechado Entrada de Mercadorias Tributadas Maior que a de Saídas” (Doc. 08), foram devidamente registradas.

Por isso assevera não haver que se falar em não contabilização de entrada de mercadorias, posto que todas as mercadorias foram devidamente escrituradas em todos os instrumentos contábeis elencados. Prossegue destacando ser forçoso concluir que a Infração 02 não merece prosperar, visto que manifestamente descabida, de acordo com todos os seus livros e Arquivos Contábeis.

Protesta pela utilização de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a posterior juntada de documentos, bem como a perícia contábil, sob pena de cerceamento de defesa.

Conclui requerendo que seja declarada a nulidade do Auto de Infração, ante a violação ao direito fundamental da ampla defesa, nos moldes do art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99. Caso seja ultrapassado a nulidade suscitada, pugna ainda pela total improcedência das duas infrações constantes no Auto de Infração, devido à constatação das irregularidades e ilegalidades apontadas.

O Autuante presta informação fiscal, fl. 597 a 599, destacando que em atenção as razões de defesa acostadas ao PAF pelo autuado, procedeu a devida análise nos elementos trazidos aos autos, tendo sido confirmadas as divergências existentes entre o demonstrativo de débito que integra o PAF e os acostados às fls. 10 a 35, em razão da alocação de algumas notas fiscais em função da data do recebimento das mercadorias, infelizmente, tais modificações geraram algumas falhas na elaboração do demonstrativo de débito da Infração 01, que integra o PAF.

Observa que apresenta novo demonstrativo de débito com as devidas correções e ajustamentos, sem qualquer prejuízo ao contraditório ou ao Autuado, no sentido de firmarmos entendimento pelo resultado final do levantamento nos seguintes termos, fls. 598 e 599.

Afirma que quanto às demais alegações do Autuado, tem-se que as mesmas não se confirmam, uma vez que não foi trazido aos autos qualquer elemento probatório que justifique suas alegações, por isso, resta devidamente comprovado a parcial procedência da imposição fiscal.

Conclui ratificando os termos das Infrações 01 e 02, com as devidas alterações trazidas por esta informação fiscal.

O Autuado se manifesta fls. 605 a 612, depois de resumir os argumentos arrolados pelo Autuante apresenta suas ponderações a seguir sintetizadas.

Inicialmente lembra, como já ressaltado na Defesa, que o direito à ampla defesa é um dos Princípios basilares da Carta Maior, consistente não apenas no direito de resposta, mas também, no direito subjetivo do litigante ter acesso a todos os documentos e meios de prova que lhe sejam inerentes ao processo administrativo/judicial.

Assinala que o Autuante ao reconhecer parcialmente a improcedência da Infração 01 dantes impugnada, reformulou as planilhas anteriormente contestadas constituindo efetivamente um novo lançamento, mediante a implementação de novos valores do suposto crédito tributário que agora alcança o montante de R\$1.491.225,36.

Registra que o Autuante teve que refazer as planilhas impugnadas quando da lavratura do Auto de Infração e quando da apresentação da nova planilha, nem sequer apresentou qualquer documento ou fundamento acerca das mudanças promovidas.

Diz ser de clareza solar que embora de menor valor, o novo débito ora autuado corresponde a um efetivo novo lançamento tributário, constituindo agora um crédito tributário no novo montante autuado, a saber: R\$1.491.225,36.

Observa ser evidente que por se tratar de um novo lançamento tributário, constituinte de um novo crédito tributário, deveria ter sido novamente ofertado o prazo integral de 30 dias para que oferecesse uma nova Impugnação, acaso assim desejasse - sob pena de cerceamento de defesa – ao contrário dos 10 dias ofertados como prazo da presente manifestação.

Registra que o art. 18, §1º, do RPAF-BA/99, por sua vez, não retrata a realidade dos autos, uma vez que, o comando normativo concede o prazo de 10 dias para manifestação do Autuado quando existir eventuais incorreções ou não observância de exigências meramente formais contidas na legislação que não acarretem em nulidade do Auto de Infração.

Repisa que no caso em tela, tal informação fiscal se trata de um novo lançamento tributário constituinte de um novo crédito tributário, sendo, portanto, uma alteração no Auto de Infração de cunho material e não formal, por isto diz ser induvidosa a não aplicação do art. 127, §7º, c/c art. 18, §1º, do RPAF-BA/99, mas sim do art. 123, do mesmo regulamento, devendo, por oportuno, ser reaberto o prazo de defesa por se tratar de um novo lançamento tributário.

Afirma que não assiste razão ao Autuante, quando alega que tais modificações podem ser promovidas nesta marcha do Processo Administrativo Fiscal, sem qualquer documento ou explicação a respeito dos novos valores fixados, e sem a reabertura do prazo integral para a Defesa de trinta dias e não apenas dez.

Pelo expendido, afirma que impõe seja declarada a nulidade da presente intimação para se manifestar acerca das informações fiscais pela violação à ampla defesa, nos moldes do art. 18, §1º c/c art. 127, §7º, do RPAF-BA/99, devendo ser devolvido integralmente o prazo de defesa nos moldes do art.123, RPAF-BA/99.

Quanto ao Mérito da Defesa apresentada, lembra que o Autuante afirmou que as mesmas não se confirmam, uma vez que não foi trazido aos autos qualquer elemento probatório que justifique as alegações. Registra que em suas informações, o Autuante apenas fez os ajustes em razão da alocação de algumas notas fiscais em função da data de recebimento das mercadorias. Acrescenta que em relação às suas alegações sobre as alíquotas de MVA equivocadamente aplicadas e quanto ao fato da ausência de aplicação dos Protocolos Interestaduais, o Autuante nada argumentou. Acrescenta aduzindo que diferentemente do que alega o Autuante quando afirma que não foi trazido aos autos qualquer elemento probatório que justifique as alegações, pois sua defesa apresentada no dia 28 de novembro de 2012 contém:

- a) Provas que demonstram que houve aplicações equivocadas do MVA, inclusive com uma tabela (Doc. 06 da Defesa) que elaborou detalhando de forma específica vários casos em que os percentuais foram aplicados equivocadamente e demonstrando os percentuais que deveriam ter sido aplicados;
- b) Provas que demonstram que não houve a aplicação dos Protocolos Interestaduais quando deveria ter havido, inclusive com uma tabela (Doc. 07 da Defesa) que elaborou por detalhando de forma específica vários casos em que deveria ter ocorrido a aplicação e quais os Protocolos Estaduais abrangem cada caso;

c) Acompanham a Defesa todas as Notas Fiscais do ano 2011 (Doc. 05 da Defesa) que demonstram a origem e a natureza de todas as mercadorias adquiridas.

Assevera não assistir razão ao quanto alegado pelo Autuante, quando afirma que não foi trazido aos autos qualquer elemento probatório que justifique as alegações da defesa. Afirma que a Defesa protocolada contém uma infinidade de Notas Fiscais, além de Tabelas e Demonstrativos que alicerçam tudo quanto defendido no mérito.

Arremata frisando que não obstante o Autuante ter optado por se manter silente a respeito das irregularidades apontadas, requer novamente a juntada de duas Tabelas já acostada na Defesa Administrativa. Uma delas (Doc. 03) informa detalhadamente as aplicações equivocadas do MVA, delineando de forma específica vários casos em que os percentuais foram aplicados equivocadamente e demonstrando os percentuais que deveriam ter sido aplicados.

Destaca que a outra tabela (Doc. 04) demonstra que não houve a aplicação dos Protocolos Interestaduais quando deveria ter havido, detalhando de forma específica vários casos em que deveria ter ocorrido a aplicação e quais os Protocolos Estaduais abrangem cada caso.

Informa a juntada de cópia do Acórdão CJF nº 0286-12/12 (Doc. 05) para militar em seu favor. Revela que no referido Acórdão a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal acolheu a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, no sentido de reconhecer que houve a aplicação equivocada de MVA por parte da Autoridade Fiscal:

Protesta ainda pela utilização de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a posterior juntada de documentos bem como a perícia contábil, sob pena de cerceamento de defesa.

Conclui pugnando pela declaração de nulidade da intimação que concedeu o prazo de apenas 10 dias para que pudesse se manifestar acerca das Informações Fiscais que constituíram um novo crédito tributário, sendo devolvido integralmente o prazo de defesa com fulcro no art. 123, RPAF-BA/99. E, caso ultrapassado seu pleito, requer a improcedência das duas infrações constantes no Auto de Infração, devido à constatação das irregularidades e ilegalidades apontadas.

Às fls. 639 e 640, o Autuante presta nova informação registrando que o Autuado em razão da apresentação de novos demonstrativos, alega que o prazo concedido para novo pronunciamento teria sido bastante exíguo para se manifestar sobre as informações consignadas às fls. 598 e 599.

Observa que infelizmente, previa o PAF naquela ocasião o prazo de 10 dias para a manifestação do Autuante/Autuado acerca de novas informações fiscais, não cabendo as alegações para reabertura do prazo defensório por novos 30 dias, principalmente por não ter havido a constituição de um novo montante tributário.

Quanto à alegação do Autuado de que não foram consideradas suas alegações defensórias, afirma discordar, uma vez que levou em consideração tudo o quanto foi alegado, inclusive corrigindo os demonstrativos de débito que dão suporte ao Auto de Infração em análise.

Diz entender que não foram trazidos outros elementos probatórios capazes de fundamentar o total do quantum alegado pelo Autuado.

Esta 3ª JJF converteu os autos em diligência fl. 643, para que o Autuante prestasse nova informação fiscal enfrentando cada uma das alegações de inconsistências apontadas pela defesa na forma prevista no §6º, do art. 127, do RPAF-BA/99 e que em seguida fosse intimado o contribuinte para entrega da nova informação fiscal, reabrindo o prazo defesa de trinta dias.

A conclusão da diligência apresentada fls. 647 a 649, inicialmente menciona que o Autuante alega a não observância do princípio da mais ampla defesa e contraditório, mencionando inconsistências de fato ocorridas nos demonstrativos de débitos fornecidos no PAF e os que integravam à peça vestibular. Declara que confirmou tais inconsistências, tendo elaborado e encaminhado novos demonstrativos de débito, que sanaram o impasse, fls. 598.

Observa que não obstante tal falha ter sido saneada, o Autuado pugnou em nova peça defensória, arguindo que a falha no demonstrativo de débito original, implicaria reabertura do trintídio defensório, fato que concordo, sem registrar qualquer espécie de óbice, e que foi acatado na diligência indicada que deve suceder a presente informação, finalizando a arguição de qualquer espécie de limitação do pleno exercício do contraditório.

Registra que no mérito, argui o Autuado, a existência de aplicação equivocada de MVA e a não observância de protocolos interestaduais, insculpindo em francos demonstrativos às fls. 585 a 592 os critérios admitidos como corretos, o que também está sendo admitido e corrigido nesta informação fiscal que passa a oferecer novo demonstrativo de débito, o qual apresenta de maneira sintética a seguir e sob forma analítica, que anexa às fls. 648, e 650 a 671.

Afirma que a planilha ora colacionada aos autos, contempla todas as observações efetuadas pelo Autuado com relação à Infração 01, sobretudo as efetuais cobranças sobre mercadorias enquadradas nos protocolos indicados ou a aplicação do MVA superior ao admitido, em função da unidade de aquisição (Doc. 04, Tabela 02, apresentado pelo Autuante).

Com relação à Infração 02, sustenta que de fato não conseguir constatar o registro do referido documento na escrita do Autuado, permanecendo a reclamação em seu escopo original.

Solicita que a repartição preparadora notifique o Autuado da reabertura do prazo defensório, com observância do trintídio legal, juntando para tanto, cópia das planilhas (Anexo 01), ora produzidas.

Conclui ratificando os termos das Infrações 01 e 02, com as devidas alterações trazidas por esta informação fiscal.

O Autuado se manifesta fls. 679 a 682, destacando que conforme restou demonstrado, a mencionada autuação não merece prosperar, em virtude da ocorrência de duas irregularidades, quais sejam: a aplicação de percentuais equivocados de Margem de Valor Adicionado - MVA e da não aplicação de disposições expressas constantes em Protocolos Interestaduais que o Estado da Bahia é signatário.

Relata que em relação à Infração 01, em sua nova informação fls. 647 a 671, o Autuante admitiu e reconheceu todos os seus argumentos expostos em suas razões de defesa. Nesse sentido, afirma que o Autuante promoveu a correção dos valores exigidos na Infração 01, acatando todas as incorreções por ele apontadas.

No tocante à primeira Infração, portanto, assevera não possuir novas considerações a tecer.

Com relação à Infração 02, reitera ter informado que as Notas Fiscais das mercadorias descritas no Auto de Infração foram devidamente registradas.

Registra que em sua nova manifestação fls. 647 a 649, o Autuante afirma não ter constatado o registro do referido documento em sua escrita, mantendo em sua integralidade a Infração 02.

Diz reiterar nesta oportunidade que com base no Sintegra, SPED e livros Contábeis da Empresa, as Notas Fiscais das mercadorias descritas no Auto de Infração foram devidamente registradas. Informa que para comprovar o quanto informado, requer a juntada do relatório de entradas e saídas das mercadorias que estão com diferença de estoques, contendo o registro de todas as notas de entradas e todas as notas de saída Doc. 02, fls. 689 a 911.

Protesta, ainda, pela utilização de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a posterior juntada de documentos bem como a perícia contábil, sob pena de cerceamento de defesa.

Conclui requerendo a devida correção da Infração 01 constante no Auto de Infração, conforme devidamente apontado por este Contribuinte e reconhecido pelo Autuante. Protesta pela juntada dos relatórios e notas fiscais em anexo (Doc. 02), aptos a comprovar que de fato, as Notas Fiscais

das mercadorias descritas na Infração 02 foram devidamente registradas. Pugna ainda pela total improcedência da Infração 02, constante no Auto de Infração.

Em nova informação fls. 919 e 920, o Autuante inicialmente diz que o Impugnante após breve exposição, requer a devida correção da Infração 01, conforme apontado e reconhecido pelo Autuante.

Acrescenta que em seguida pede também o Autuado que seja reconhecida a comprovação de que as Notas Fiscais das mercadorias descritas na Infração 02 foram devidamente escrituradas, conforme demonstra através dos relatórios e notas fiscais anexadas na peça defensória.

Destaca que o Autuado reconhece os termos da revisão/informação fiscal de fls. 647 a 649, razão pela qual indica que os valores constantes para a Infração 01 sejam reconsiderados na forma apresentada na informação de fl. 648.

Com relação à Infração 02, afirma seu entendimento de que os documentos ora acostados na peça defensória elidem a pretensão fiscal.

VOTO

Em sede de preliminar, o sujeito passivo suscitou nulidade da Infração 01 por cerceamento ao seu direito de ampla defesa, sob o fundamento de que os valores mensais dos débitos e discriminado no demonstrativo de apuração fls. 10 a 35, estão divergentes dos constantes do Auto de Infração fl. 01 e do Demonstrativo de Débito, fl. 03.

Ao compulsar as peças atinentes à Infração 01, constato que efetivamente por equívoco do Autuante na transposição dos valores apurados e discriminados no “Demonstrativo de Pagamento a menor do ICMS...” para o Auto de Infração, ocorreram as divergências apontadas que apesar de concedido o prazo de dez dias para o Impugnante se defender, não foram corrigidas por ocasião da informação fiscal.

O sujeito passivo reclamou da exigüidade do prazo concedido de dez dias para se defender, entretanto, pedido de diligência solicitado por esta 3^a JJF em momento ulterior, resultou no refazimento do demonstrativo de débito reduzindo, o valor do débito e sem erro de transposição dos valores apurados, bem como foi reaberto o prazo de defesa de trinta dias, superando, portanto, esse óbice.

Nestes temos, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa. Ademais, constato que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo a multa apurada consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O presente PAF está revestido das formalidades legais e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No que tange ao pedido do Impugnante para realização de perícia para comprovação de suas razões de defesa, não vislumbro qualquer necessidade de informações ou de conhecimentos técnicos especializados para o deslinde da matéria ora em questão, uma vez que os elementos já coligidos nos autos são suficientes para se firmar o juízo e convicção dos julgadores, indispensáveis à Decisão da lide. Assim, indefiro o pedido de realização e perícia, ou mesmo de diligência, com base no art. 147, incisos I e II, alíneas “a” e “b”, do RPAF-BA/99.

No mérito, o Auto de Infração exige o crédito tributário no montante de R\$1.523.059,40, referente a duas irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, consoante demonstrativos de apuração acostados às fls. 10 a 59.

A Infração 01 imputa ao sujeito passivo o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base cálculo ou na apuração dos valores do imposto na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de

mercadorias provenientes de outras unidades da federação, conforme demonstrativo acostado às fls. 10 a 35.

Em sede de defesa o Impugnante refutou a acusação fiscal apontando diversos equívocos no levantamento fiscal. Apontou diversas operações que tiveram a apuração da exigência fiscal com aplicação de MVA diversa da prevista na legislação de regência. Carreou também aos autos comprovação de que o levantamento fiscal não considerou o quanto determinado para as operações com diversas mercadorias constantes dos Acordos Interestaduais: Protocolo ICM 16/85, Protocolo ICMS 104/99, Protocolo ICMS 50/05 e o Protocolo ICM 17/85.

O Autuante em diversas intervenções nos autos prestando informação e atendendo ao pedido de diligência desta 3^a JJF, refez o levantamento fiscal elaborando novo demonstrativo de débito promovendo os ajustes cabíveis, corrigindo as MVAs e adequando as operações com as mercadorias indicadas na Defesa de acordo com as determinações contidas nos correspondentes Protocolos, reduzindo o valor do débito para R\$1.221.750,66, consoante demonstrativo sintético acostado à fl. 648 e analítico às fls. 650 a 671.

O Autuado em sua última manifestação às fls. 680, reconheceu que as intervenções efetuadas por ocasião da diligência atenderam aos equívocos por ele constatados, ou seja, asseverou que o Autuante promoveu a correção dos valores exigidos na Infração 01 do presente Auto, acatando todas as incorreções por ele apontadas e que no tocante a esse item da autuação, não tinha novas considerações a fazer.

Logo, como o próprio Defendente revelou sua concordância com as correções e ajustes efetuados pelo Autuante com base nas comprovações apresentadas na Impugnação e de acordo com a previsão constante nos Protocolos celebrados com o Estado da Bahia e os Estados remetentes nas operações com algumas mercadorias objeto da autuação, fica evidente nos autos não mais remanescer nos autos lide alguma em torno da Infração 01.

Assim, nos termos expendidos, acolho o demonstrativo de débito elaborado pelo Autuante e acostado às fls. 648 e a seguir reproduzido.

INFRAÇÃO 01	DATA	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA	IMPOSTO	MULTA DE INFRAÇÃO
JANEIRO/2011	09/02/2011	182.482,53	17%	31.022,03	60%
FEVEREIRO/2011	09/03/2011	175.977,76	17%	29.916,22	60%
MARÇO/2011	09/04/2011	422.195,06	17%	71.773,16	60%
ABRIL/2011	09/05/2011	724.608,29	17%	123.183,41	60%
MAIO/2011	09/06/2011	654.973,35	17%	111.345,47	60%
JUNHO/2011	09/07/2011	409.211,29	17%	69.565,92	60%
JULHO/2011	09/08/2011	542.993,59	17%	92.308,91	60%
AGOSTO/2011	09/09/2011	445.490,12	17%	75.733,32	60%
SETEMBRO/2011	09/10/2011	1.080.386,12	17%	183.665,64	60%
OUTUBRO/2011	09/11/2011	1.044.021,06	17%	177.483,58	60%
NOVEMBRO/2011	09/12/2011	875.201,71	17%	148.784,29	60%
DEZEMBRO/2011	09/01/2012	629.227,71	17%	106.968,71	60%

Concluo pela subsistência parcial da Infração 01, no valor de R\$1.221.750,66.

A Infração 02 cuida da falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a expressão de maior valor monetário - a das operações de entradas - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos

provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no exercício fechado de 2011.

Em suas razões de defesa o Autuado alegou que todas as notas Fiscais arroladas no levantamento fiscal foram registradas em sua escrituração fiscal.

O Autuante, ao proceder à informação fiscal fl. 979, declarou que os documentos acostados na última manifestação do Defendente fls. 690 a 911, elidem a pretensão fiscal referente ao item 02 da autuação.

Ao compulsar os autos, verifico que o Autuante depois de examinar a documentação carreada aos autos pelo Impugnante, reconheceu ter restado descaracterizada a falta de recolhimento do ICMS apurada nesse item do Auto de Infração.

Assim, concluo pela insubsistência da Infração 02.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206892.9001/12-5, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SALVADOR NEWS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.221.750,66**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “a”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULADORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - JULGADOR