

**PROCESSO** - A. I. Nº 269204.0301/05-3  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e R. R. BARBOSA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.  
**RECORRIDOS** - R. R. BARBOSA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0308-04/05  
**ORIGEM** - COFEP – DAT/NORTE  
**INTERNET** - 28/12/2005

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0458-12/05**

**EMENTA:** ICMS. 1. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES. Infração não elidida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário, por antecipação, sobre o valor determinado pela legislação. Infrações comprovadas. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. a) MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA. b) SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Infração comprovada. c) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIRO SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. d) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO (GASOLINA, OLÉO DIESEL E ALCÓOL CARBURANTE). LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRÉSCIDO. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, ou, em se tratando de mercadorias ainda fisicamente no estoque, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, devido por antecipação tributária e apurado em função do valor acrescido. Infrações comprovadas. 4. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). UTILIZAÇÃO IRREGULAR. OMISSÃO DE OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES.

Infração comprovada. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. **a) FALTA DE APRESENTAÇÃO.MULTA.** Infração absorvida pela infração relativa ao extravio de documentos fiscais. **b) EXTRAVIO. MULTA.** Infração procedente com a retificação da multa aplicada. 7. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA.** Infração comprovada. **b) MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. MULTA.** Infração comprovada. Negado o pedido de diligência. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal. Recursos **NÃO PROVIDOS.** Decisão unânime.

## RELATÓRIO

A matéria posta em discussão neste processo envolve Recurso Voluntário e Recurso de Ofício, este último interposto pela Junta de Julgamento Fiscal, em sua Decisão, considerando as disposições do art. 169, inc. I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99. A lide fiscal tem origem no Auto de Infração lavrado em 31/03/2005, que exige ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias, totalizando o valor de R\$423.420,49, em razão das seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. R\$219.558,00 e multa de 60%.
2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. ICMS de R\$1.275,00 e multa de 60%.
3. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. ICMS de R\$5.795,22 e multa de 60%.
4. Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscritos na condição de microempresa. ICMS de R\$849,82 e multa de 150%.
5. Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Multa de R\$50,00.
6. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária (a das operações de entrada), com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos relativos a estas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. ICMS de R\$9.334,22.
7. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS de R\$1.532,35 e multa de 70%.
8. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem

de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado. ICMS de R\$271,93 e multa de 60%.

9. Omitiu saídas de mercadorias tributáveis, correspondente ao acumulado encontrado, por utilização de equipamento emissor de cupom fiscal-ECF em situação irregular. ICMS de R\$3.376,82 e multa de 100%.
10. Deixou de apresentar comprovantes das operações ou prestações contabilizadas quando intimado. Multa de R\$625,00.
11. Extraviou documentos fiscais. Multa de R\$7.250,00.
12. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Multa de 1%, no total de R\$141.032,05.
13. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 10%, no valor de R\$31.063,09.
14. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 1,00% no valor de R\$1.416,99.

O órgão de 1º grau ao decidir a controvérsia, face a apresentação de defesa e respectivos documentos acostados às fls. 1550 a 1684 do autos, exarou o seguinte voto, a seguir reproduzido:

*“Verifica-se da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF, tendo o contribuinte recebido cópias dos levantamentos, como comprova a juntada por ele feita do levantamento de fl.1574, cópia da fl. 1209, anteriormente anexada pelos autuantes.*

*Nego o pedido de diligência, pois o sujeito passivo não demonstrou, efetivamente, a ocorrência de equívocos, capazes de levantar dúvidas sobre os levantamentos realizados na ação fiscal, e os documentos acostados que, fazem parte integrante do Auto de Infração, que consta de 5 volumes, são elucidativos para o conhecimento desta julgadora, a respeito de todas as infrações apontadas na peça vestibular.*

*Quanto à afirmação, do autuado, de que o prazo de 30 dias seria insuficiente para a elaboração de uma defesa que atenda aos princípios da ampla defesa e do contraditório, este é o lapso temporal, concedido pela lei a todos os contribuintes, nos termos do artigo 123 do RPAF/99.*

*Verifico também que as multas aplicadas estão em conformidade com a Lei nº 7.014/96, cabendo salientar que este órgão julgador não tem competência para apreciar questões sobre a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.*

*No mérito, na infração 1, foi constatado que o contribuinte recolheu a menos ICMS, em decorrência de erro na apuração do imposto, tendo sido apurado o valor ora exigido, através da reconstituição das entradas, das saídas e do conta corrente do ICMS, nos exercícios de 2000 e de 2003, conforme demonstrativo de débito de fl. 1 e 2 do PAF.*

*Verifico que o Demonstrativo do Resumo do Conta Corrente do ICMS, do exercício de 2000, encontra-se às fl. 26, e o do exercício de 2003, à fl. 31, onde estão discriminados, mensalmente, os saldos credores e devedores do imposto, após a reconstituição da escrita fiscal, pelos autuantes. Outrossim, o “Demonstrativo de Entradas e Saídas por alíquotas, às fls. 32 a 35, (exercício de 2003), e o “Demonstrativo de Entradas de Mercadorias por Notas Fiscais”, e o “Demonstrativo de Saídas de Mercadorias por Notas Fiscais, de fls. 36 a 270, (exercício de 2000), onde estão discriminados os dados constantes nas notas fiscais, tais*

*como, número, modelo, série, data de emissão, base de cálculo, ICMS, o regime de tributação, entre outros. Ressalte-se que as cópias do Livro de Apuração do ICMS também foram anexadas, às fls. 271 a 276, e os documentos relativos à esta infração foram trazidos, pelos autuantes, até à fl. 1121 dos autos, sendo que o demonstrativo analítico de entradas e saídas por CFOP, referente ao exercício de 2003, encontra-se às fls. 32 a 35, e 298 a 518, e 544 a 823, 825 a 1121.*

*Em sua peça defensiva, a empresa nega o cometimento da infração, contudo, entendendo que a fiscalização, ao recompor o conta corrente fiscal da empresa, demonstrou que os valores corretos de débitos e créditos de cada mês, são os constantes do Demonstrativo da Infração 1, fls. 26 e 31, parte integrante deste Auto de Infração,*

*Cabe ressaltar que os autuantes, na informação fiscal, esclareceram que apenas os exercícios de 1999 e de 2004, foram anteriormente fiscalizados, e não são objetos desta fiscalização.*

*Deste modo, aplico o disposto no art. 143 do RPAF/99, pois “a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.*

*Infração mantida.*

*As infrações 2 e 3, referem-se à falta de recolhimento do ICMS por antecipação, e ao recolhimento a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97.*

*Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário, por antecipação, sobre o valor determinado pela legislação.*

*Verifico no demonstrativo consolidado, de fl. 1124, no demonstrativo analítico, de fls. 1125 a 1126, e nas cópias das notas fiscais, às fls. 1127 a 1215, que, efetivamente, trata-se de produtos sujeitos à substituição tributária, tais como charque, bebidas, balas, e outros.*

*Concordo com a informação do autuante, de que, dos DAEs acostados pela defesa, às fls. 1.575 a 1.616, somente o primeiro documento, cujo valor é de R\$3.184,50, está relacionado com as notas fiscais relacionadas no Demonstrativo de Apuração da Antecipação Tributária (fls. 1.122 a 1.215 do PAF), objeto da ação fiscal, e refere-se à Nota Fiscal nº 53392, emitida por Fribal, de 03/07/2003, cujo débito de ICMS apurado foi de R\$5.377,50, reclamando-se ICMS de R\$ 2.193,00. Assim, apesar de este DAE estar relacionado com a infração em comento, o valor do ICMS nele constante foi abatido e considerado, pelos autuantes, como consta no demonstrativo à fl. 1124.*

*Infrações não elididas.*

*A infração 4 não foi contestada, o que implica no seu reconhecimento.*

*As infrações 5, 6 e 7 decorreram do levantamento quantitativo de estoques de mercadorias.*

*Na infração 5, foi aplicada a multa de R\$50,00, em decorrência da omissão de operações de saídas isentas ou não sujeitas à tributação, conforme o disposto no art. 5º, III da Portaria nº 445/98, que disciplina os procedimentos relativos ao levantamento quantitativo de estoques.*

*Verifico que o demonstrativo de estoques, encontra-se à fl. 1219. Outrossim, sendo a atividade de lançamento vinculada e obrigatória, os autuantes, ao constatarem a ocorrência da infração, acertadamente, procederam ao lançamento tributário, ora combatido, não havendo arbítrio ou intenção de prejudicar o contribuinte.*

*A defendente não traz provas que possam elidir e infração, razão porque deve ser mantida a multa aplicada, expressamente prevista na legislação aplicável à espécie.*

*A infração 06 exige ICMS sobre a diferença de maior expressão 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 mesmo exercício.*

*O demonstrativo de estoques, anexo às fls. 1221 a 1222, e o demonstrativo de entradas e de saídas de mercadorias, às fls. 1223 a 1232, demonstram o cometimento da infração, da qual o contribuinte, em sua peça defensiva não descaracterizaram-na.*

*Ademais, o fato de os autuantes terem agrupados os produtos, deveu-se à emissões das notas fiscais manuscritas, sem considerar as especificações corretas dos respectivos produtos, conforme assinalaram na descrição dos fatos, no Auto de Infração, bem como na informação fiscal, como consta:*

*“Foi necessário agrupar itens de mercadorias, porque quando o contribuinte emitia notas fiscais manuscritas, deixava de consignar no documento o código do produto e também na descrição do produto fazia apenas de forma genérica, tais fatos não nos permitiu a perfeita identificação de diversos itens, restou-nos a alternativa de agrupar estes itens. Estes agrupamentos foram efetuados no padrão de unidades de medidas originais ou convertidos a um novo padrão de medidas quando não foi possível respeitar o padrão de medidas original.*

*Esta forma de levantamento em nada prejudicou o contribuinte, muito pelo contrário, possibilitou a compensação de omissão de saídas de um item, com a omissão de entradas de outro item, no universo dos itens agrupados.”*

*A Portaria nº 445/98, dantes mencionada, no art. 3º, inciso III, prevê: “nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item a reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins.”*

*Procedendo de acordo com a norma legal acima descrita, os autuantes agruparam diversas marcas de mercadorias, preservando as embalagens, ou as quantidades nelas constantes, a exemplo de água mineral, 12 x 500 ml, leite de 12x 1 litro, margarinas de 12x 500 gramas.*

*O autuado ao defender-se aponta a ocorrência de equívocos no levantamento efetuado, mas não junta documentos probantes das supostas diferenças. Tampouco, ao mencionar as perdas naturais, não as indicou nem apresentou documentos.*

*Conforme destacado pelos autuantes, a empresa, apesar de regularmente intimada, não apresentou os livros Diário e Razão, sob o argumento de que não estaria obrigada a escriturá-los.*

*Concordo com o procedimento adotado pelos autuantes, e entendo que a infração deve ser mantida, 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, conforme o disposto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96*

*Infração não elidida.*

*Na infração 7 foi apurada omissões de entradas de mercadorias ainda encontradas fisicamente nos estoques.*

*Neste caso, o tratamento fiscal a ser dispensado é o correspondente a mercadorias no estabelecimento desacompanhadas de documentação fiscal, atribuindo-se ao seu detentor a condição de responsável solidário pelo tributo devido, conforme art. 39, V, do RICMS/97.*

*O demonstrativo de débito à fl. 1301 demonstra o cometimento da infração que não foi elidida pelo sujeito passivo.*

*A infração 8 apura o valor de R\$271,93 em função da falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, no exercício de 2003.*

*O procedimento adotado encontra-se acorde o disposto na Portaria nº 445/98, art. 10, I, b, devendo ser mantido, pois o sujeito passivo não comprovou a não ocorrência da infração.*

*A infração 9, trata de cobrança de imposto, em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, correspondente ao acumulado encontrado, por utilização de ECF-equipamento emissor de documento fiscal, em situação irregular, referente ao mês de abril e 2004.*

*O autuante, ao prestar a informação fiscal, informa que a apuração da irregularidade fora originada no processo de nº 080999/2004-9 (fls. 1.430 a 1.545), instaurado através de uma denúncia anônima, e que, como resultado da diligência efetuada, ficou constatado que o equipamento emissor de cupons fiscais não atendia às exigências impostas em lei.*

*O contribuinte alega que sua utilização seria a de máquina de calcular, mas, para atestar que sua intenção não era utilizar o equipamento como se fora emissor de cupom fiscal, o autuado poderia muito bem ter indicado na peça impugnatória a numeração dos documentos fiscais emitidos nas operações fiscais que foram conferidas pelos referidos equipamentos, o que não o fez.*

*Outrossim, consta às fls. 1307 a 1316, o demonstrativo de saídas por itens de mercadorias através de ECF sem autorização de funcionamento, prática vedada pela vigente legislação.*

*Infração mantida.*

*A infração 10 decorreu da aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, pela falta de apresentação de comprovantes das operações ou prestações contabilizadas quando intimado. O contribuinte deixou de apresentar as notas fiscais registradas no Livro Registro de Entradas de Mercadorias relativas ao mês de outubro de 2000 em um total de 125 documentos fiscais.*

*Verifico que na infração seguinte, o contribuinte também está sendo autuado pelo extravio de notas fiscais, no total de 1.450 documentos. A Lei nº 7.014/96, no art. 42, XIX, “a”, prevê a multa de R\$ 5,00 (cinco reais) por documento inutilizado, extraviado, perdido ou guardado fora do estabelecimento, em local não autorizado, limitada a penalidade, no seu total a R\$ 4.600,00 (quatro mil e seiscentos reais), tratando-se de nota fiscal.*

*Neste caso, entendo que esta infração será absorvida pela multa aplicada na infração seguinte, pelo que julgo improcedente esta multa aplicada.*

*Infração improcedente.*

*O contribuinte não defendeu-se com relação à multa por extravio de documentos fiscais, apurada na infração 11, o que implica no seu reconhecimento.*

*Contudo, conforme acima recorrido, a Lei nº 7.014/96, no art. 42, XIX, “a”, prevê a multa de R\$5,00 (cinco reais) por documento inutilizado, extraviado, perdido ou guardado fora do estabelecimento, em local não autorizado, limitada a penalidade, no seu total a R\$4.600,00 (quatro mil e seiscentos reais), tratando-se de nota fiscal.*

*Na presente situação teria sido extraviado 1.450 documentos fiscais, mas a multa está limitada ao valor de R\$4.6000,00, devendo ser reduzido o valor originariamente aplicado.*

*Infração procedente com a retificação da multa aplicada.*

*Na infração 12, está sendo aplicada a multa, por ter deixado de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações realizadas, pois o sujeito passivo “deixar de fornecer”, conforme comprovam os documentos constantes das fls. 1.563 a 1.684, ao “entregar arquivos diferentes do previsto” e, finalmente, ao “entregar em condições que impossibilitem sua leitura”.*

*Nestas hipóteses, a penalidade a ser aplicada é a prescrita na alínea ‘f’, do inciso XII-A, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, limitando-se ao percentual de 1% sobre as saídas.*

*O art. 708-A, do RICMS/97, determina que os contribuintes do ICMS autorizados ao uso de SEPD deverão entregar o arquivo magnético referente ao movimento econômico de cada mês, a partir do mês de outubro de 2000, inclusive, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações efetuadas.*

*No mesmo sentido, o art. 708-B estabelece que o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético quando intimado, no prazo de 5 dias úteis, contado da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos. O arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria.*

*Compulsando os documentos acostados aos autos, especificamente as intimações para entrega dos arquivos magnéticos, constato que foi fornecido o prazo de 48 horas, para que o contribuinte entregasse os arquivos magnéticos, Intimação de fl. 11, em 30/06/2004; e Intimação de 13/12/04, fl. 12, o que implica em flagrante cerceamento ao direito do contribuinte, quanto ao prazo de entrega dos mencionados arquivos, e em desrespeito à legislação que disciplina o procedimento fiscal.*

*Pelo motivo exposto voto pela nulidade desta infração.*

*Nas infrações 13 e 14, decorrentes da falta de escrituração no livro Registro de Entradas, de notas fiscais de mercadorias tributáveis e não tributáveis, foi aplicada a multa de 10% e de 1%, respectivamente.*

*Verifico que consta o demonstrativo de notas fiscais não registradas, às fls. 1333 a 1334, e cópias das notas fiscais, às fls. 1345 a 1429, bem como a cópia do livro Registro de Entradas, às fls. 1336 a 1344, que atesta a falta de escrituração dos referidos documentos fiscais.*

*Ressalto que os autuantes informaram, que as notas fiscais não foram capturadas pelo CFAMT, mas estavam na pasta do contribuinte, sem o devido registro na escrita fiscal; e, que de um total de R\$452.230,73, apenas R\$29.827,28 correspondem a mercadorias adquiridas de terceiros, sendo o restante relativo a produtos transferidos da filial.*

*Infrações mantidas.*

*Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração”.*

Da Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, acima exposta, cabe o exame, em grau de Recurso de Ofício das multas aplicadas nas infrações 10 e 12, a primeira absorvida pela infração 11 e a segunda, anulada pelo julgador de 1º grau.

Quanto ao Recurso Voluntário, o contribuinte, através de sua advogada, postula a reforma da Decisão “*a quo*”. No que se refere à infração 1 argumenta que a fiscalização não indicou na peça acusatória o erro cometido pelo autuado. Nas normas ditas infringidas, com diversos incisos e parágrafos, não foi dito quais deles teriam sido infringidos. Afirmou que embora a fiscalização juntasse vários documentos para provar a ocorrência da infração, na peça acusatória faltou a descrição dos fatos para que o contribuinte pudesse exercer o direito de defesa.

Disse que a descrição sumaríssima, com a simples transcrição de dispositivos legais em que, hipoteticamente, há diversas previsões, somente seria sanável se fosse acompanhada de termo de fiscalização explicativo, peça não juntada no presente lançamento.

Quanto ao mérito deste item, afirma que não há diferença a menor nas competências de 2000 e 2003, reiterando as razões de defesa.

Nas infrações 2 e 3, igualmente, sustentou a falta de descrição dos fatos e dispositivos ditos infringidos, impedindo o contraditório pleno. Transcreveu o conteúdo da infração contido na peça de lançamento e disse que a defesa ficou prejudicada e carente de realização de prova pericial, não acatada pela Junta de Julgamento Fiscal. Defendeu a realização da prova pela autoridade julgadora, com arrimo no princípio da verdade material.

Relativamente à infração 5, que exige multa de R\$50,00, em face à constatação de omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributadas, efetuadas sem emissão de documentos fiscais, disse que já houve tributação sobre as mercadorias e que se encontra encerrada na fase em que foi apurada a omissão.

Quanto às infrações 6, 7 e 8, inicialmente afirmou que o CD fornecido pela fiscalização, com o demonstrativo das infrações, ficou impossibilitado de ser “aberto” para imprimir os demonstrativos ali constantes. Declarou também que o prazo de 30 dias para a elaboração de defesa, previsto no RPAF, não atende aos princípios da ampla defesa e do contraditório, considerando que o lançamento fiscal demandou um ano para ser constituído. Contestou a forma como o levantamento de estoques foi realizado, por agrupamento de itens de mercadoria, sem permitir uma perfeita identificação dos diversos itens. Disse que o levantamento fiscal padece de inconsistências, ou, no mínimo merece ser revisto. Considerou que a aplicação da Portaria nº 445/98 é despropositada e a sua manutenção, com base na presunção, afronta o ordenamento jurídico, em especial o princípio da legalidade. Informou já ter sido autuado por falta de emissão de documento fiscal, dizendo que a multa da obrigação acessória, na legislação baiana, é absorvida pela multa da obrigação principal.

No que se refere à infração 9, disse que o equipamento supostamente irregular é uma simples máquina calculadora para conferência de valores, não se prestando a substituir equipamento fiscal, e por isso, o valor apurado não deve ser mantido.

Em relação às infrações 13 e 14, argumentou que o simples fato de não se localizar o lançamento na escrita fiscal não justifica a cobrança de ICMS por falta de escrituração, inclusive porque o autuado não aproveitou os créditos das notas fiscais não lançadas.

Ao finalizar a peça recursal, formulou pedido para se anular ou declarar a improcedência dos itens do lançamento contestados, invocando os princípios do “in dubio pro réu” e “da verdade material”, requerendo o Provimento do Recurso Voluntário.

A Procuradoria Estadual exarou Parecer nos autos, rebatendo os argumentos do recorrente. Em relação às infrações 1, 2 e 3 afirma que as mesmas foram descritas detalhadamente no Auto de Infração e os respectivos fatos geradores fartamente fundamentados em provas carreadas aos



autos. Explicita que o Demonstrativo de débito da infração 1 encontra-se nas fls. 26 a 1121, não deixando dúvidas quanto ao lançamento. Da mesma forma as infrações 2 e 3, que foram especificadas nos documentos de fls. 1.122 a 1215. Sobre a infração 5, a PGE/PROFIS se manifesta argumentando que uma vez identificada a realização de operações mercantis sem a devida escrituração e emissão de documentos fiscais, configura-se descumprimento de obrigação acessória, impondo-se a aplicação da multa prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96. Sustenta que em nenhum momento o contribuinte trouxe provas da inocorrência da infração. Quanto às infrações 6, 7 e 8 da mesma forma, o contribuinte reitera argumentações de defesa, rebatendo as infrações, mas sem apresentar elementos materiais que corroborem suas informações. Citou o art. 143 do RPAF/99, que prescreve a seguinte regra: a simples negativa do cometimento da infração não afasta a presunção de legitimidade do lançamento. No que se refere a infração 9, a mesma foi objeto de diligência (fls. 1430 a 1545), na qual se identificou que o aparelho utilizado pelo contribuinte possuía todas as funções de um Equipamento de Controle Fiscal, contudo era utilizado sem atender as exigências impostas pela legislação estadual, inclusive, sem autorização do fisco, configurando-se a infração descrita neste item. Por fim, quanto às infrações 13 e 14, disse que o lançamento se encontra devidamente respaldado na análise minuciosa do livro Registro de Entradas do contribuinte, não tendo este, em momento algum, apresentado provas para desconstituir a acusação fiscal. Ao findar o Parecer, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, para se confirmar a Decisão proferida pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

## VOTO

Inicialmente passo a apreciar o Recurso Voluntário. Quanto ao item 1, limitou-se o recorrente a impugnar a acusação, sob o fundamento de que o exercício do direito de defesa foi prejudicado face à falta de descrição minuciosa dos fatos considerados infração pela autoridade fiscal. É a mesma linha de argumentação para as infrações 2 e 3. Contudo, o ato de lançamento não se resume a uma única peça, pois o Auto de Infração se respalda, obrigatoriamente, nos termos e demonstrativos que lhe servem de suporte para a demonstração e apuração dos fatos considerados infringentes à legislação fiscal, conforme prescreve o art. 41 do RPAF/99. No caso presente, além da descrição das infrações cometidas, na peça inaugural do PAF, foi evidenciado, em relação à infração 1, através dos demonstrativos inseridos às fls. 26 a 1121, a base probatória em que se sustenta o lançamento de ofício. Da mesma forma, em relação às infrações 2 e 3, com suporte nos demonstrativos anexados às fls. 1122 a 1215, salientado que nestes itens foram deduzidos os recolhimentos efetuados pelo contribuinte, conforme DAEs apresentados, fls. 1575 a 1616. Não há, portanto, vício no procedimento fiscal que tenha impedido o recorrente de elaborar sua defesa. Restou, sem contestação, nesses itens, a matéria fática, vinculada à auditoria fiscal da conta-corrente do ICMS e da antecipação tributária, pois o contribuinte nada trouxe de novo ao processo, na fase recursal, que contraditasse os números levantados pela fiscalização. Portanto, as infrações 1, 2 e 3 devem ser mantidas.

Relativamente à infração 5, tem a mesma por fundamento a verificação, no quantitativo de estoques, de saídas de mercadorias isentas ou não tributadas sem emissão de nota fiscal Aplicou-se a penalidade prevista no art. 42, inc. XXII, da Lei nº 7.014/96. O recorrente se insurge contra a multa, considerando-a desarrazoada e desproporcional, por incidir sobre mercadorias com fase de tributação já encerrada. Novamente incide em engano a tese recursal. Trata-se de multa por descumprimento de obrigação acessória, desvinculada da obrigação principal, nos termos do CTN. A obrigação de emitir documento fiscal em qualquer operação, tributada ou não, é de natureza distinta, pois posta no interesse da administração tributária para controlar o fluxo de mercadorias que circulam no Estado. É também obrigação “*ex lege*”, prevista na Lei do ICMS e respectivo Regulamento (art. 201, I, 218, 328 e 331 do RICMS/97). A infração está devidamente provada, devendo ser mantida.

Em relação às infrações 6, 7 e 8, diretamente vinculadas ao procedimento fiscal de apuração dos estoques, através do levantamento quantitativo, o recorrente se insurge contra o agrupamento dos itens e contesta a aplicação da Portaria nº 445/98. Inicialmente cabe dizer que o agrupamento dos itens é questão diretamente vinculada a forma como o contribuinte emite suas notas fiscais, de maneira que se a identificação do produto não for possível quanto à espécie, resta somente a possibilidade de agrupá-lo por gênero. Foi o que ocorreu no caso concreto, considerando que as notas fiscais emitidas manualmente pelo recorrente não identificavam com perfeição a espécie comercializada. A Portaria nº 445/98 é norma que trata de procedimento fiscal, inserida no conceito amplo de legislação tributária, albergada no CTN. Esta norma não insere no mundo jurídico obrigação reservada à lei, em sentido estrito, mas estabelece orientações técnicas para o fisco e para o contribuinte, pertinentes ao procedimento de auditoria de estoques. É também norma interpretativa, pois faz referência às outras disposições normativas que regem, por exemplo, a apuração da base de cálculo e aplicação de multas nas omissões de estoques. Sendo, portanto, norma técnica ou interpretativa, que não inova no sistema jurídico, não afronta o princípio da legalidade estrita. A alegação de que o CD com os dados da fiscalização não foi “aberto” pelo contribuinte, é questão que não restou provada, não podendo ser acatada. Demandaria prova técnica a cargo do sujeito passivo. Caso verdadeira a alegação restaria devolver os prazos de defesa, com o devido saneamento do processo. Além do mais, nos autos constam os demonstrativos que foram examinados pelo contribuinte nas fases de impugnação e no Recurso Voluntário, não se podendo acatar que houve prejuízo para o exercício do direito à ampla defesa. Considerando que as infrações 6, 7 e 8 não foram contestadas quanto à matéria fática trazida pela fiscalização, mantenho as mesmas sem alteração nos valores apurados pelos agentes do fisco.

No que se refere à infração 9, restou provado nos autos, por diligência fiscal, que a máquina utilizada pelo contribuinte possuía funções próprias de ECF, inclusive acumulando valores que foram apurados na ação fiscal, por tipo de alíquotas, e devidamente lançados no Auto de Infração. Há ainda a circunstância agravante de que a máquina objeto da ação fiscalizadora funcionava sem a devida autorização da Secretaria da Fazenda Estadual. Os argumentos apresentados pelo contribuinte em sua defesa não ilidem a infração cometida, pois a prova diligencial os refuta totalmente. A exigência fiscal deve ser mantida.

Por derradeiro, as infrações 13 e 14, são penalidades por descumprimento de obrigação acessória, em virtude das notas fiscais de aquisição de mercadorias tributadas e não tributas ou isentas, anexadas no processo, não terem sido registradas na escrita fiscal. O recorrente articulou sua defesa na linha de argumentação de que não cabe cobrança de ICMS no caso, pois o autuado não aproveitou os créditos fiscais destacados nos documentos. Com a devida vênia, nada tem a ver uma coisa com a outra. Primeiro não se está a exigir ICMS nestes itens e sim multa por descumprimento de obrigação acessória. A não utilização dos créditos não elide a infração acessória de falta de registro das notas fiscais, prevista no art. 42, incisos IX e XI da Lei nº 7.014/96. O ato infracional, portanto, se encontra devidamente provado nos autos, com a juntada da escrita e das notas fiscais não registradas, devendo, da mesma forma, ser mantida a exigência fiscal.

Quanto ao Recurso de Ofício, a matéria devolvida a esta Câmara de julgamento Fiscal se limita à infração 12, esta anulada pela JJF, e à infração 10, que foi excluída da autuação, pois considerada absorvida pela infração 11.

Nenhum reparo a fazer à Decisão de 1º grau. A anulação da infração 12 decorreu do vício dos atos de intimação para entrega dos arquivos magnéticos, que deixaram de obedecer ao prazo de 5 dias úteis previstos no art. 708-B do RICMS/97. Registre-se que as intimações foram realizadas para exigir a entrega dos arquivos referentes a exercícios fiscais distintos. De fato a multa não pode prevalecer, pois o procedimento fiscal incidiu em violação de norma expressa. Quanto à infração 10, a mesma tem por motivação a falta de entrega de notas fiscais, após ter sido

devidamente intimado o contribuinte para fazê-lo, o que ensejou também a penalidade do item 11, face ao extravio de documentos fiscais, de forma que as duas penalidades alcançam o mesmo período mensal, devendo a segunda, por ser mais abrangente, absorver a primeira.

Assim, ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e do Recurso de Ofício, para manter inalterada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269204.0301/05-3**, lavrado contra **R. R. BARBOSA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$241.993,36**, sendo R\$214.289,72, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$213.439,90 e 150% sobre R\$849,82, previstas no art. 42, II, “a”, “d” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$27.703,64, acrescido das multas de 60% sobre R\$13.460,25, 70% sobre R\$10.866,57 e 100% sobre R\$3.376,82, previstas no art. 42, II, “a”, “d”, III e IV, “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no montante de **R\$37.120,08**, sendo R\$32.470,08, atualizado monetariamente, previstas nos incisos XXII, XIX, IX, XI do mesmo artigo e lei citados.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE/RELATOR

JORGE SALOMÃO OLIVEIRA DOS SANTOS - REPR. DA PGE/PROFIS