

A. I. Nº - 269204.0301/05-3
AUTUADO - RR BARBOSA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ OLIVEIRA DE ARAÚJO e EXUPÉRIO OLIVEIRA QUINTEIRO PORTELA
ORIGEM - SAT/DAT NORTE/COFEP
INTERNET - 13. 09. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0308-04/05

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. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. VENDAS PARA MICROEMPRESAS. De acordo com a legislação da época, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscritos na condição de microempresa, o imposto deveria ser retido. Infração comprovada. 4. 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. 5. 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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 31/03/2005, 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 autuado, através de advogado, ingressa com defesa, às fls. 1.550 a 1.559, na qual tece os argumentos:

Informa, prefacialmente, que a empresa celebrou com a Secretaria da Fazenda, um Termo de Acordo para adoção de redução da base de cálculo do ICMS, conforme previsão do Decreto 7.799/2000, em virtude de suas vendas atacadistas representarem mais de 95%.

No que se refere à infração 01, assevera que, do confronto dos valores de entradas e saídas de produtos, constantes do Livro Registro de Apuração e dos DAEs recolhidos nos exercícios de 2000 e 2003, não se constata a diferença suscitada pela fiscalização.

Concernente às infrações 02 e 03, alega que, procedendo-se a uma análise associada entre o artigo 125, I (revogado) e a descrição dos fatos, é verificado que os autuantes não indicam em quais hipóteses se enquadraria a reclamada “falta de recolhimento do imposto”, o que obviamente tolhe o direito de defesa do contribuinte, bem como acentua que os DAEs relativos ao ICMS por substituição não foram computados, apesar de o recolhimento ter sido registrado no Sistema de Informações da SEFAZ.

Com relação à infração 05, sustenta que a aplicação da multa é descabida “e somente demonstra o firme propósito de desestabilizar o contribuinte impugnado”, excedendo os limites da razoabilidade e da proporcionalidade.

Quanto às infrações 06, 07 e 08, aduz que, considerando o movimento de mercadoria no período de fiscalização e o método adotado (agrupando itens de mercadorias sem permitir a perfeita identificação de diversos deles), deve ser descartada a possibilidade de ter ocorrido evasão tributária, uma vez que foram levantados todos os itens comercializados pela empresa.

Outrossim, no tocante à alegação de “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”, assinala que não foi solicitada, por parte dos autuantes, a comprovação da origem e a efetividade dos recursos que possibilitam a manutenção das atividades da empresa, assim como não foi

demonstrada a verificação de entradas e saídas de mercadorias não comercializadas, o que atesta que o levantamento fora realizado com base em meras suposições e sofismas.

Argumenta ainda que o cálculo do preço médio das vendas não tem consistência, na medida em que vários produtos foram aglutinados.

Relativamente à infração 09, argumenta que no próprio lançamento fiscal não são indicados a marca, o modelo e o número de fabricação do ECF ou qualquer outra característica que pudesse evidenciar a intenção, do autuado, de substituir a máquina por equipamento fiscal. Na verdade, trata-se de simples máquina calculadora, constante no estabelecimento para conferência de valores.

Acerca da infração 10, alega-se que a empresa não apresentou 125 documentos fiscais com conseqüente falta de registro no livro próprio. Aduz que as alegações do autuante são incoerentes se considerada a descrição do primeiro item e que a ausência dos aludidos documentos acarretaria a impossibilidade da reconstituição da conta corrente referida na infração 01, sustentando que não há diferença na apuração do imposto estadual.

No que tange à infração 12, ressalta, primeiramente, que o fato descrito não pode ser subsumido no artigo 42, XIII-A, 'g', da Lei 7.014/96 e que o Termo de Devolução de Livros emitido pela Superintendência de Administração acostado ao PAF atesta o fornecimento dos arquivos magnéticos, afirmando que, mesmo que estes tivessem sido entregues com defeitos ou em padrão diferente, somente após regular intimação, circunstanciando quais as inconsistências verificadas, fornecendo ao contribuinte uma listagem diagnosticando tais irregularidades, a penalidade poderia ter sido aplicada.

Demonstra perplexidade diante do fato de a fiscalização não utilizar as informações armazenadas no Sistema de Informações da Sefaz, tendo em vista que constitui obrigação do contribuinte o envio mensal de arquivos magnéticos, sendo que o órgão (Sintegra) apenas os recebe e valida, sem apontar erros ou inconsistências. Assinala, também, que os arquivos entregues não obstaculizaram a validação por parte do Sintegra nem a contagem física do estoque, pois observa que isto fora feito pelo autuante, não justificando, destarte, a incidência da multa formal ora impugnada. Entende que a multa a ser aplicada é da ordem de R\$ 625,00, relativa a três intimações não atendidas, conforme prevê o art. 42, XX da Lei nº 7.014/96, alterado pela Lei 8.534/02.

Por derradeiro, no que diz respeito às infrações 13 e 14, chama atenção para a prática de utilização da inscrição estadual de outras empresas para o fim de adquirir mercadorias e que o simples fato de não se localizar o lançamento da escrita fiscal nas operações CFAMT não pode configurar causa para a exigência fiscal por falta de escrituração, pois o estabelecimento possui escrita fiscal.

Ressalta a necessidade de revisão do presente PAF, por auditor estranho ao feito e, entende que a multa exigida é confiscatória. Requer a anulação dos itens em que houve cerceamento de defesa, e a improcedência dos demais.

Os autuantes prestam a informação fiscal às fls. 1688 a 1704, nos seguintes termos:

Preliminarmente, com fundamento no artigo 140 e nos §§ 2º e 6º do artigo 123 do RPAF, que, como o autuado, em sua impugnação, não fez qualquer menção às infrações 04 e 11 do Auto de Infração em análise, estas devem ser consideradas verídicas.

Com relação ao item I, da peça impugnatória, que trata dos fatos e do direito, reconhecem que os exercícios de 1999 e de 2004 já foram outrora fiscalizados, informa que as infrações ora apontadas dizem respeito aos exercícios de 2000 e 2003.

Destacam, com suporte legal no artigo 149 do CTN e no entendimento de vários doutrinadores, o direito que possui a Fazenda Pública de proceder à revisão de lançamentos tributários, respeitando-se o prazo de decadência estabelecido em lei.

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, asseveram que este é o lapso temporal, concedido pela lei a todos os contribuintes, nos termos do artigo 123 do RPAF, e que este é improrrogável.

Declaram que, ao contrário do que alega o autuado, os DAES referentes ao ICMS normal dos exercícios de 2000 a 2003, foram devolvidos, conforme atestam os termos de devoluções de livros e documentos fiscais constantes das fls. 19 e 20 do PAF. O próprio contribuinte confirma isto, quando junta as cópias, de fls. 1575 a 1616, o que prova que os referidos documentos lhes foram entregues.

No que concerne à infração 01, afirmam que o autuado deve ignorar o que prescrevem os artigos 116 e 124 do RICMS, citando como prova disso a realização da escrituração fiscal de forma totalmente equivocada. Defende, ademais, a veracidade dos valores de créditos e débitos, previstos no demonstrativo da infração, os quais refletem a realidade fiscal contábil da empresa, alegando que, em contrapartida, devem ser desconsiderados os constantes dos livros fiscais disponibilizados pelo empresário, por se tratarem de demonstrativos eivados de erros. Assinalam, que, como o autuado não apresentou um outro demonstrativo, capaz de conflitar com o apresentado pelo levantamento fiscal realizado, deve ser indeferida a solicitação de diligência quanto a este item. Os valores corretos de débitos e créditos de cada mês, são os constantes do Demonstrativo da Infração 01, fls. 26 a 1121, parte integrante deste Auto de Infração, onde se encontram listadas cada uma das notas fiscais de entradas ou de saídas de mercadorias, com a descrição de cada um dos produtos comercializados, seu regime de tributação, alíquota e imposto devido ou creditado, e refletem a realidade fiscal contábil do contribuinte.

Relativamente às infrações 02 e 03, 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, dispostas no Demonstrativo de Apuração da Antecipação Tributária (fls. 1.122 a 1.215 do PAF), 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, e ICMS de R\$ 2.193,00. Mantém as infrações em sua inteireza, pois a defesa foi insuficiente para desconstituí-las.

Ressaltam que o procedimento de auditoria não tem por finalidade precípua, penalizar o contribuinte, mas sim verificar se este observa corretamente as determinações previstas nas leis tributárias, ressaltando que, em nenhum momento, o autuado apresentou documentos que atestassem o não cometimento da infração e que sequer negou o fato.

No que se refere às infrações 06, 07 e 08, informam que o fato que motivou o método de agrupamento dos produtos similares, guarda relação com as emissões das notas fiscais manuscritas que, em todos os exercícios, a empresa emitiu sem considerar as especificações corretas das respectivas mercadorias e que, no exercício de 2003, em que pese o livro de inventário ter sido escriturado de forma devida, a empresa continuou a emitir as notas fiscais de modo agrupado, num total de aproximadamente 200 notas fiscais.

Esclarecem, entretanto, que o referido método obedeceu a alguns critérios lógicos, tendo sido agrupadas, em um único item, todas as embalagens comuns.

Outrossim, no tocante às divergências apontadas pela defesa em relação ao Documento 05 (fls. 1.569 a 1.573), asseveram que o autuado não demonstra quais documentos fiscais suscitem tais diferenças. Alegam carência de fundamentação, também no que diz respeito às mencionadas perdas naturais.

No tocante à alegação de que não foi demonstrada a inexistência de recursos, para serem presumidas as aquisições de mercadorias oriundas de recursos de omissão de saídas, sustentam que a responsabilidade deve ser da própria empresa, haja vista que, a despeito de diversas intimações, não apresentou à fiscalização os livros Diário e Razão.

Quanto à infração 09, informam que foi 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. Ressaltam que, 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.

Concernente à infração 10, esta não foi tipificada como “falta de registro de documentos fiscais, mas sim por “falta de apresentação dos documentos registrados”, consoante disposto na folha 04 deste PAF. Destacam, ademais, a improcedência da alegação de impossibilidade de reconstituição da conta corrente fiscal, posto que todos os créditos registrados no período foram considerados válidos.

Afirmam, com relação à infração 12, que o autuado conseguiu se enquadrar em todas as hipóteses de infrações previstas, ao “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”. Assinala que, nessas hipóteses, a penalidade a ser aplicada é a prescrita na alínea ‘f’, do inciso XII-A, do artigo 42 da Lei 7.014/96, salientando o aludido dispositivo se limita à incidência de uma penalidade de 1% sobre as saídas.

No que tange às infrações 13 e 14, cabem duas colocações: primeiro, as notas fiscais não foram capturadas pelo CFAMT, estando todas na pasta de contribuinte, sem o devido registro na escrita fiscal; segundo, 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.

Quanto à qualificação da multa aplicada como confiscatória, afirmam estar amparado pelos princípios da legalidade e da anterioridade.

Por fim, com relação à solicitação de perícia, recomendam a leitura da folha 11 e seguintes do presente PAF.

Com arrimo nas razões explicitadas, pugnam pela procedência total do Auto de Infração em análise.

VOTO

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 05 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 01, 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. 01/02 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 01, 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 02 e 03, 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 fls. 1124.

Infrações não elididas.

A infração 04 não foi contestada, o que implica no seu reconhecimento.

As infrações 05, 06 e 07 decorreram do levantamento quantitativo de estoques de mercadorias.

Na infração 05, 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 445/98, que disciplina os procedimentos relativos ao levantamento quantitativo de estoques.

Verifico que o demonstrativo de estoques, encontra-se às fls. 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 a 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 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 07 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 às fls. 1301 demonstra o cometimento da infração que não foi elidida pelo sujeito passivo.

A infração 08 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 445/98, art. 10, I, b, devendo ser mantido, pois o sujeito passivo não comprovou a não ocorrência da infração.

A infração 09, 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 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 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\$ 4.600,00, 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 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 fls. 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269204.0301/05-3, lavrado contra **R R BARBOSA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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 de 150% sobre R\$849,82, previstas no art. 42, II, “a”, “d” e V, “a”, da Lei 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 de 100% sobre R\$3.376,82, previstas no art. 42, II, “a”, “d”, III e IV, ‘j’, da Lei 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.

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”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2005

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR