

A.I. N.º - 206969.0009/05-2
AUTUADO - SUPERMERCADO BRENO LTDA.
AUTUANTE - IRLENE ERCI LINO
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 18.11.2005

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0419-01/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a).** OPERAÇÕES DE SAÍDA DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. **b).** ENTRADAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. Nesta situação deve-se exigir o pagamento do imposto do adquirente das mercadorias, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto devido, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. 2. LIVROS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Infração caracterizada. 3. ARQUIVO MAGNÉTICO. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. MULTA. Infração caracterizada. 4. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. APRESENTAÇÃO COM DADOS INCORRETOS. MULTA. Infração não contestada. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/06/2005, exige do autuado ICMS no valor de R\$38.171,83, acrescido das multas de 60% e 70%, bem como multa fixa no valor de R\$ 95.946,27, em decorrência do cometimento das seguintes irregularidades imputadas ao autuado.

1 - Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício aberto. Conforme demonstrado nos levantamentos de Auditoria de Estoque do período 01/01/2005 a 20/04/2005.

2 - Falta de recolhimento do ICMS por antecipação Tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente de omissão de registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado em levantamento quantitativo de estoque por espécie

de mercadorias em exercício aberto. Conforme demonstrado nos levantamento da Auditoria de Estoques do período 01/01/2005 a 20/04/2005 – ANEXO II.

3 – 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. Conforme demonstrado nos levantamentos da Auditoria de Estoques do período 01/01/2005 a 20/04/2005 – ANEXO II.

4 – Deixou de apresentar Livro(s) Fiscal (is) quando regularmente intimado. Não apresentou o livro Registro de Apuração do ICMS referente ao exercício de 2004, até esta data, sendo regularmente intimado a fazê-lo em 03/05/2005. Multa fixa de R\$90,00.

5 – Deixou de fornecer arquivo(s) magnético (s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Contribuinte intimado em 20/04/05, não apresentou até esta data (mais de 45 dias da segunda intimação) os arquivos magnéticos do período 04/2004 a 03/2005, com dados por itens de mercadorias (registros tipo 54,74 e 75), sendo que os arquivos entregues à SEFAZ não atendem às especificações no Convênio 57/95 e no Regulamento do ICMS (& 6º do artigo 708-B do RICMS/BA) por não conterem os dados por itens de mercadorias e relativos ao inventário de 31/12/2004. Penalidade de 1% sobre as saídas do período conforme demonstrado no ANEXO I. Multa 1% sobre as saídas do período. Valor R\$95.716,27.

6 – Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Consta na descrição dos fatos do auto de infração. Declaração incorreta nas DMA's referente a 01 e 02/2005 dos valores relativos a entradas e saídas de mercadorias e apuração do ICMS, divergentes dos valores registrados nos livros fiscais (Reg. Entradas, Saídas e de Apuração do ICMS) e, deixou de informar os valores dos estoques inicial e final referente ao exercício de 2004 na DMA 02/2005. Multa fixa de R\$ 140,00.

O autuado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls.309/315) rechaçando as imputações nos seguintes termos:

Quanto à infração 01, diz não assistir razão à autuante, tendo em vista que o levantamento procedido que deu origem a este item da infração, não foi acompanhado por prepostos autorizados pela Autuada, o que invalida no todo sua autuação fiscal. Sustenta que a contagem do estoque e os dados contábeis foram de autoria exclusiva da autuante, sem a participação de qualquer preposto do autuado, a respaldar a veracidade e materialidade do resultado final apontado.

Afirma que está procedendo a um novo levantamento de estoque, no transcorrer do PAF que se inicia, no intuito de levar ao conhecimento do CONSEF real estoque da autuada.

No que concerne às infrações 02 e 03, afirma serem de nulidade inconfundível e de improcedência inequívoca.

Sustenta que a autuante trilha pelos caminhos da presunção legal para cobrar do contribuinte aquilo que ele não deve. Alega que a exigência fiscal deste item são reflexas diretas da infração 01. Assim, no momento em que a autuante procedeu ao lançamento tributário da infração 01, encerrou a fase de tributação.

Afirma que a tributação reflexa perpetrada traduz-se em inequívoco “bis in idem”, bastando para consolidar tal assertiva identificar nos mapas demonstrativos das infrações principal e reflexa que as mercadorias tributadas no item 01 foram as mesmas dos itens 02 e 03.

Prossegue, dizendo que ocorrido o fato gerador do imposto surge para o contribuinte o direito de só pagar o tributo daquele fato decorrente.

Cita e transcreve os artigos 114 e 116, I e II, do CTN, bem como textos de Hugo de Brito Machado e Amílcar de Araújo Falcão, para fundamentar o seu entendimento.

Afirma que no caso em questão, houve ampliação modificativa fictícia do fato gerador buscando tributar diferença de estoque que já havia sido tributado anteriormente, mesmo sabendo a autuante que o lançamento de ofício por ela efetivado materializou o suposto inadimplemento tributário.

Relativamente à infração 04, sustenta que o livro em comento foi posto à disposição da autuante que se recusou a recebê-lo, ao argumento de que a entrega estava sendo feita a destempo. Diz que tal situação nulifica a autuação, por imperativo contido no artigo LV, da Constituição Federal.

No respeitante à infração 05, afirma que o confisco tributário fica às escâncaras, porque o Decreto n 9.332/2005, dispensou o autuado da obrigação de manter o registro fiscal por item de mercadoria – registro 54 - com efeito retroativo aos anos objeto da autuação fiscal que rechaça.

Prossegue, dizendo que a autuante não atentou para o referido decreto e promoveu uma exigência fiscal fora dos ditames legais. Sustenta que, nesse passo a multa cobrada não é de 1% sobre a base de cálculo, como quer a autuante, mas sim de R\$1.380,00, por arquivo não enviado ou gerado em desacordo com o padrão, tudo conforme o inciso III do artigo 2º da Lei 9.159 de 09 de julho de 2004.

Finaliza, requerendo que seja julgado improcedente o auto de infração, pela inequívoca falta de provas das alegações nele perpetradas.

Na informação fiscal apresentada (fls.319/326), a autuante inicialmente solicita que seja anexado o competente instrumento de procuração e comprovante de identificação do signatário da impugnação, e que caso contrário que seja indeferido de plano a impugnação, por ilegitimidade do signatário para peticionar em nome do autuado, na forma regulamentar.

No mérito, relativamente à infração 01, afirma que são inverídicas as alegações do autuado de que a contagem do estoque e “os dados contábeis” seriam de autoria exclusiva da autuante e que não teriam sido acompanhados por preposto do autuado.

Esclarece que, conforme consta na “Descrição dos Fatos” no auto de infração, foi constatado em diligência ao estabelecimento do autuado para contagem física do estoque, no dia 20/04/2005, que o estabelecimento estava fechado.

Prossegue, dizendo que acompanhada por dois agentes de tributos, foi ao escritório central do autuado, onde foi informada pela senhora Fernanda Silva de Moraes (Analista Fiscal – preposto do autuado) que o estabelecimento estava fechado porque o prédio havia sido devolvido ao locador e que não havia nenhuma mercadoria em estoque naquela data (20/04/2005), conforme comprova a Declaração de Estoque assinada pela autuante, pelos ATE's e pelo preposto do autuado – Sr^a Fernanda(fl. 17). No mencionado escritório do autuado, foram feitas as intimações para apresentação de livros e documentos e para entrega de informações em meio magnético.

Destaca que foi a Sr.^a Fernanda quem assinou todos os demais documentos em nome do autuado como: Declaração de Estoque (fls.17); Relação das notas fiscais de entradas em abril/2005(fl.19); intimações para apresentação de livros e documentos (fls.69/71); intimações para apresentação de informações em meio magnético (fls.72, 80/87); intimação para entrega de documentos fiscais não utilizados à INFAZ/ILHÉUS (fls.88); formulário de Documentos Fiscais não utilizados (fls.89), termos de arrecadação de livros e documentos (fls.303/305), auto de infração e anexos (fls. 01/16).

Diz, ainda, que se o imóvel onde funcionava o estabelecimento do autuado havia sido devolvido ao seu proprietário; se não havia mais absolutamente nada do autuado no imóvel; se não havia nenhuma mercadoria em estoque, conforme declaração de preposto da autuada (fls.17) e; se a inscrição foi cancelada por encerramento das atividades (fls.20/22), como pode o senhor advogado alegar que o autuado está procedendo a um novo levantamento de estoque? Informa também que não foram utilizados para fiscalização “dados contábeis”, mas apenas os documentos e livros fiscais. Conclui, mantendo a autuação.

No que concerne às infrações 02 e 03, afirma que a infração 03 trata do ICMS normal de 17% sobre essas entradas sem nota fiscal, enquanto a infração 02, refere-se ao ICMS devido por Antecipação Tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, dessas mercadorias entradas sem nota fiscal.

Afirma que descabem as alegações de nulidade e improcedência das infrações feitas pelo autuado, porque as infrações estariam baseadas em presunção legal e que seria uma bi-tributação, pois as infrações 02 e 03, seriam reflexas da infração 01, que o fato gerador da infração 01 foi o mesmo das infrações 02 e 03.

Sustenta que o autuado adquiriu mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária sem documentação fiscal, sendo o fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, relativa ao período de 01/01/2005 a 20/04/2005 (data da contagem do estoque). Conforme demonstrado nos levantamentos que compõem a auditoria de estoques, em especial o “Demonstrativo de Estoque(Aberto)” (fls. 08) houve omissão de entradas – ou entradas de mercadorias sem nota fiscal – das mercadorias A13 e A14, cortes de frango (mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária), sendo de responsabilidade própria do autuado o pagamento do ICMS por Antecipação Tributária, apurado em função do valor acrescido – MVA-Infração 02, e de sua responsabilidade por solidariedade, o pagamento do ICMS normal de 17% (alíquota interna) sobre o valor das mercadorias(Infração 03), conforme discriminado no “Demonstrativo de Estoque(Aberto)” fls.08.

Acrescenta que o fato gerador das infrações 02 e 03 nada têm a ver com o fato gerador da infração 01. Como descrito no auto de infração e esclarecido acima, as infrações 02 e 03 referem-se a aquisição de mercadorias (códigos A13 e A14) enquadradas no regime de Substituição Tributária sem documentação fiscal, enquanto a Infração 01 refere-se a omissão de saídas de mercadorias tributáveis (códigos A04, A10, A12, A2, A3, A5, A6 e A9), conforme demonstrado no “Demonstrativo de Estoque(Aberto)” (fls.08). Conclui, mantendo a autuação.

Quanto à infração 04, afirma que o livro Registro de Apuração do ICMS referente ao exercício de 2004, em nenhum momento foi disponibilizado pelo autuado, apesar de ter sido intimado em 03/05/2005, a apresentar o referido livro juntamente com as DMA's desse período (fls.71), não tendo atendido a intimação até a data do encerramento da fiscalização com lavratura do auto em tela (22/06/2005), conforme informado na descrição da infração(fl.02).

Acrescenta que não era do interesse do autuado apresentar o livro RAICMS de 2004, porque os dados nele contidos seriam utilizados para levantamento da base de cálculo da penalidade pela não entrega à SEFAZ, dos arquivos magnéticos (Infração 05), registrando que na defesa não foi juntada cópia do citado livro, o que confirma o seu entendimento.

Em relação à infração 05, diz que o autuado está equivocado quando cita o Decreto n.º 9.332/2005, para dizer que está dispensado de manter o registro fiscal por item de mercadoria – registro 54.

Esclarece que o autuado é contribuinte inscrito na condição de NORMAL do ICMS, utilizava o Sistema Eletrônico de Processamento de Dados – SEPD – para emissão de notas fiscais (Nota

Fiscal/Nota Fiscal Fatura), exercia atividade atacadista, além de utilizar SEPD para escrituração de livros fiscais.

Sustenta que essa condição do autuado, que foi verificada em todo período fiscalizado, o obriga a apresentação, entrega a SEFAZ, dos arquivos magnéticos com todas as informações, por itens de mercadorias (registros 50, 54, 74, 75,90, etc.) conforme comprovam os Dados Cadastrais, SEPD por estabelecimento e PAIDF (informações do Sistema INC da SEFAZ), cópia de parte das notas fiscais emitidas pelo contribuinte – abril/2005 – e Relação dos Arquivos Recepcionados (Sistema SCAM da SEFAZ) (fls.21/24, 26, 27/31,266/302 e 62/68).

Prossegue dizendo que o autuado não apresentou os arquivos magnéticos relativos ao período de 04/2004 a 03/2005, na forma regulamentar, apesar de ter sido intimado a fazê-lo (fls.72 e 80/87), estando correta a penalidade aplicada de 1% (um por cento) sobre as saídas ocorridas no período.

Acrescenta que a penalidade de R\$ 1.380,00 por arquivo (período), de que trata o inciso III do artigo 2º da Lei 9.159/2004, não se aplica a esta situação, como pretende o autuado, pois esta só se aplicaria se não houvesse intimação da fiscalização para apresentação/entrega dos referidos arquivos.

Ressalta que, como o autuado não apresentou o livro RAICMS relativo ao exercício de 2004, conforme infração 04, utilizou as informações prestadas pelo contribuinte nas DMA, relativas ao período 04/2004 a 12/2004, constantes dos arquivos da SEFAZ – Sistema INC e as informações contidas em seu livro RAICMS relativas ao período 01/2005 a 03/2005, conforme demonstrado no ANEXO I(fl. 07, 37/54,62/68 e 94/99).

Conclui, mantendo a autuação.

VOTO

Preliminarmente, rejeito a nulidade pretendida pelo autuado porque verifico que o Auto de Infração foi lavrado com a observância das exigências previstas no artigo 18, mais seus incisos, alíneas e parágrafos, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF.

No que concerne a preliminar argüida pela autuante sobre a legitimidade do signatário da peça defensiva, registro que o devido instrumento de procuração foi juntado ao processo posteriormente à informação fiscal, habilitando-o a postular em nome do autuado.

No mérito, passo a analisar e externar o meu entendimento sobre os diversos itens da autuação, na mesma ordem em que foram descritos no Auto de Infração.

Relativamente à infração 01, entendo que assiste razão a autuante porque constato que o levantamento quantitativo de estoque foi assinado por preposto da empresa, conforme consta na Declaração de Estoque às fls. 17, devidamente assinada pela Srª Fernanda Silva de Moraes, diversamente do alegado pelo autuado na peça defensiva. Vale registrar que o estabelecimento se encontrava fechado e que não existia nenhuma mercadoria em estoque em 20/04/2005, conforme declaração.

No respeitante às infrações 02 e 03, verifico que se reportam às mercadorias distintas da exigência 01, não sendo cabível falar-se em duplicidade de exigência por estarem contidas na infração 01.

Pelo que observo no Demonstrativo de Estoque(Aberto) existe uma distinção entre as mercadorias exigidas no item 01 e as mercadorias exigidas nos itens 02 e 03.

No item 01, as mercadorias tributáveis têm os códigos A04, A10, A12, A2, A3, A5, A6 e A9. Já as mercadorias dos itens 02 e 03 têm os códigos A13 e A14.

No que concerne ao item 04 da autuação, efetivamente consta a intimação para apresentação do livro de Apuração do ICMS, não sendo razoável admitir-se que tivesse sido entregue a autuante tempestivamente e esta tenha se recusado a recebê-lo. Ademais, constato que na peça defensiva o autuado não juntou cópia do referido livro, o que permitiria ao julgador analisar se as afirmações da autante sobre “*não ser do interesse do autuado apresentar o livro RAICMS de 2004, porque os dados nele contidos seriam utilizados para levantamento da base de cálculo da penalidade pela não entrega à SEFAZ, dos arquivos magnéticos (Infração 05)*” seriam procedentes ou não.

Quanto à infração 05, entendo que incorre em equívoco o autuado ao sustentar que ficou desobrigado de manter o registro fiscal por item de mercadoria – registro 54 – com o advento do Decreto nº 9.332/05, com efeito retroativo ao período exigido no Auto de Infração.

O decreto acima referido trouxe a seguinte redação em seu artigo 3º, Parágrafo único:

“Art. 3º Os contribuintes que utilizem Sistema Eletrônico de Processamento de Dados exclusivamente para emissão de cupom fiscal ficam dispensados, de 1º de janeiro de 2000 até 30 de junho de 2005, da exigibilidade do cumprimento das obrigações do Capítulo I do Título IV do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997.

Parágrafo único - O tratamento previsto neste artigo não autoriza a restituição ou compensação de importâncias já recolhidas por descumprimento das obrigações acessórias dispensadas”.

Conforme se observa, a dispensa argüida pelo autuado, alcançou aqueles contribuintes que utilizavam o Sistema Eletrônico de Processamento de Dados exclusivamente para emissão de cupom fiscal, retroagindo seus efeitos de 1º de janeiro de 2000 até 30 de junho de 2005.

No presente caso, o autuado não atendia a condição estabelecida no artigo 3º, do Decreto nº 9.332/05, porque utilizava o Sistema Eletrônico de Processamento de Dados – SPED, para emissão de notas fiscais (Nota Fiscal/Nota Fiscal Fatura) bem como para escrituração de livros fiscais, inexistindo a exclusividade exigida.

Mesmo com o advento do Decreto nº 9.426, de 17 de maio de 2005, que revogou o Decreto nº 9.332/05, e ampliou a dispensa da obrigatoriedade da entrega de arquivo magnético, o autuado não estava dispensado da obrigação, conforme se verifica na transcrição do artigo 3º, inciso I, alíneas “a” e “b” e inciso II, abaixo:

“Art. 3º Os usuários de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados – SEPD, ficam dispensados, no período de 1º de janeiro de 2000 até 31 de dezembro de 2005, da entrega, em arquivo magnético, das seguintes informações:

I - das exigidas no Capítulo I do Título IV do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997, tratando-se de contribuinte:

a) que utilize SEPD exclusivamente para emissão de cupom fiscal;

b) inscrito no CAD-ICMS na condição de empresa de pequeno porte;

II - dos Registros 60 R e 61 R, tratando-se de contribuintes que utilize SEPD somente para emissão de cupom fiscal e escrituração de livros fiscais;.

Parágrafo único. O tratamento previsto neste artigo não autoriza a restituição ou compensação de importâncias já recolhidas por descumprimento das obrigações acessórias dispensadas.”.

Relativamente à infração 06, assiste razão a autuante, observo, ainda, que o autuado silenciou quanto à imputação, permitindo-me inferir que concorda com a exigência fiscal.

Vale acrescentar que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, dispõe em seu artigo 8º que as petições deverão conter os meios de prova com que o interessado pretenda demonstrar a verdade de suas alegações.

Por sua vez, o artigo 123, do mesmo RPAF, assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.

Por fim, o artigo 153, do RPAF, determina que o órgão julgador formará o seu convencimento atendendo aos fatos e circunstâncias constantes no processo, às alegações e argumentações dos autos e à apreciação das provas.

Diante do exposto, entendo como corretas todas as infrações imputadas ao autuado.

Voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206969.0009/05-2**, lavrado contra **SUPERMERCADO BRENO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$38.171,83, acrescido da multa de 60% e 70%, previstas no artigo 42, inciso II, alínea “d”, inciso III, inciso XIII-A, alínea “g”, inciso XVIII, alínea “c”, bem como multa fixa no valor de R\$ 95.946,27, previstas no artigo 42, inciso XX, inc isso XIII-A, alínea “g” e inciso XVIII, alínea “c” da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2005.

CLARICE ANIZIA MÁXIMO MOREIRA- PRESIDENTE

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR