

A. I. N° - 207185.0007/05-4
AUTUADO - LÍBANO ESTIVAS E CEREAIS LTDA.
AUTUANTE - PAULO ROBERTO MENDES LIMA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 03/03/2006

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0051-03/06

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS AINDA FISICAMENTE EM ESTOQUE DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Constatando-se, em exercício aberto, diferenças de entradas através de levantamento quantitativo, estando as mercadorias ainda fisicamente em estoque, é devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhas de documentação fiscal **b)** SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das saídas omitidas for superior ao das entradas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das saídas não omitidas **2.** ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA QUANDO INTIMADO. MULTA. Multa de 1% sobre as operações ou prestações realizadas no período. Não comprovado nos autos que o contribuinte tenha sido intimado, de forma específica, para apresentação dos arquivos magnéticos. Infração insubsistente. Caracterizada a falta de entrega dos arquivos magnéticos no prazo regulamentar. Adequação da multa a efetiva infração. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 29/04/05, para exigir o ICMS no valor de R\$8.069,75, acrescido da multa de 70%, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$12.222,52 em decorrência de:

1. Falta de recolhimento do imposto pela constatação da existência de mercadoria em estoque desacompanhada da respectiva documentação fiscal, atribuindo-se ao seu detentor a condição de responsável solidário, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, com valores apurados mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício aberto no valor de R\$5.496,62;
2. Deixou de fornecer arquivos magnéticos exigido mediante intimação, com informações ou prestações realizadas relativas ao período de 06/2004 a 03/2005. Multa de 1% totalizando R\$12.222,51, conforme demonstrativo anexo;

3. 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 dessas entradas com recursos provenientes de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, em exercício aberto. Valor do débito R\$2.573,13.

O autuado, através de advogado, apresenta defesa às fls. 51 a 55, reconhecendo a infração 1, alegando lapso involuntário do setor contábil que não se apercebeu da falta de documentos e que diante disso dirigiu-se à repartição fazendária para requerer o parcelamento do débito.

Em relação à infração 2, alega que em face as determinações do artigo 3º do Dec. 9426 de 17 de maio de 2005, que “ 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...”

Cita o artigo 5º, da CF/88, Princípio Constitucional da Isonomia, artigo 150, II, Princípio da Igualdade Tributária, da Constituição Federal para afirmar que é insustentável a autuação referente a este item.

Em relação à infração 3, alega que através de verificação minuciosa do processo, constatou a existência de erro de fato praticado pelo autuante que, por um lapso involuntário, inseriu no valor apenado da infração 1, já reconhecida, o valor da infração 3, entendendo que “ no valor das omissões de entradas, cujas mercadorias se encontravam em estoque desacompanhadas da respectiva documentação fiscal: R\$32.333,05; ICMS normal devido por responsabilidade solidária : R\$5.496,62, e, tal constatação ocorreria em igual período da infração 3- 04/04/2005 a 29/04/2005” .

Transcreve a ementa do TRF -1ª Região AC 93.01.24840.9/MG que decidiu que “os erros de fato contidos na declaração e apurados de ofício pelo Fisco deverão ser retificados pela autoridade administrativa a quem competir a revisão dos lançamentos...”.

Por fim, requer a procedência em parte do auto de infração.

No dia 03/06/2005 o Inspetor Fazendário Marco Antonio Porto Carmo determinou o arquivamento da impugnação por motivo de intempestividade. (fl. 85).

Cientificada do arquivamento da defesa, o autuado, às fls. 89 a 91, se manifestou acerca da decisão que determinou intempestiva a impugnação e requereu reconsideração da referida decisão, alegando a greve dos servidores públicos fazendários da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, deflagrada em 23/05/2005, encerrando-se em 01/06/2005, e que a repartição fazendária somente reiniciou suas atividades em 02.06.2005 às 13h00min, requerendo a apreciação do Conselho de Fazenda –CONSEF, na forma dos artigos 112 e 125 do RPAF/99.

Os autos foram remetidos para a PGE/PROFIS, que após análise emitiu Parecer à fl. 100, determinando o retorno do processo à INFAZ de origem para que fosse apreciada a impugnação.

A INFAZ Itabuna em parecer às fls. 102/103, entendeu ser pertinente o acolhimento da impugnação do despacho que declarou a intempestividade da defesa.

À folha 110, o PAF foi encaminhado, pelo CONSEF, à INFAZ de origem para o autuante prestar informação fiscal, e o conseqüente tramite do processo.

O autuante, às fls. 113 a 115, inicialmente, protestou a decisão de reverter favoravelmente ao contribuinte o “Termo de Arquivamento de Defesa Intempestiva”, lavrado em 03/06/2005, à fl. 36, alegando as mesmas razões que o próprio Inspetor Fazendário havia exposto no citado termo.

Após essas considerações contra argumentou a defesa nos seguintes termos:

Em relação à Infração 01, disse que o autuado reconhece a infração, pedindo, inclusive, o parcelamento.

De referência à Infração 02, diz que o Decreto nº 9.426 de 17 de maio de 2005, citado pelo autuado, em sua defesa, para justificar a improcedência desta infração, não procede, aduzindo ser impossível ter apreciado o efeito retroativo da norma, tendo em vista ter sido editada após a conclusão da ação fiscal.

Sustenta que não se aplica à categoria do contribuinte, uma vez que, encontrava-se cadastrado na condição de Contribuinte Normal, sob Código de Atividade “ 5132202- Comércio Atacadista de Farinhas e Cereais” e, como tal estava obrigado a apresentar nos prazos previstos na legislação os arquivos magnéticos.

Informou que no curso da ação fiscal, o autuado não manifestou nenhum interesse em proceder à entrega dos citados arquivos, conforme comprovou junto ao Sistema SCAM em 14/04/2005 à fl. 25.

Chamou a atenção para a contradição do autuado que ao juntar a defesa intempestiva, juntou fotocópias de recibos de entrega parcial dos arquivos reclamados, apenas dos períodos de 06/2004 a 03/2005, cujas datas de recepção, pelo Sistema da SEFAZ /Ba, ocorreram entre 13/05 e 27/05/2005, portanto, após a ciência do auto de infração.

O autuante ressaltou que os arquivos foram entregues incompletos, pois não constam registros obrigatórios, por ser atacadista, como os registros 54, 61, 74 e 75.

Manteve assim a exigência da infração 02, alegando que a defesa é vazia de sentido e desprovida de fundamento, frisando, ainda, o reconhecimento por parte do autuado da obrigação a que estava sujeita a ponto de recorrer a “argumento escapista” de suposta “inconstitucionalidade da norma emanada pelo Estado, ao sugerir um também suposto tratamento discriminatório.

No tocante à infração 03, disse que não houve erro de fato alegado pelo autuado, argüindo que o tratamento tributário das infrações 01 e 03 são diferenciados, informando que nos termos dos incisos I e II, do artigo 9º da portaria 445/98, que trata do Levantamento Quantitativo de Estoques em Aberto são consideradas as diferenças de omissões de entradas de mercadorias ainda existentes em estoques e das mercadorias não mais existentes em estoque.

Assim, sustenta que na infração 01, no valor de R\$32.333,05, a exigência é por responsabilidade solidária, referente às mercadorias encontradas em estoque inventariadas em 04/04/2005, portanto, ainda, existentes no estabelecimento.

A exigência contida na Infração 03, num total de R\$15.136,08, refere-se à presunção de saídas anteriores, tratamento distinto, aplicável aos valores das mercadorias que não mais se encontravam no estabelecimento.

Aduz, ainda, que a defesa com a sua ‘artificiosa argumentação, comete lamentável equívoco ao confundir as infrações 01 e 02, ora afirma ter reconhecido a infração 01, ora afirma ter reconhecida a infração 02.

Por fim, disse que comprovadas as infrações apontadas e diante da defesa insuficiente e desprovida de provas requereu o reconhecimento total da procedência do auto de infração.

VOTO

Analisando as peças que compõem o presente processo, verifico que, em 04/04/2005, foi realizada contagem física dos estoques existentes no estabelecimento do autuado, tendo sido encontrado uma diferença de R\$47.469,13, sendo que R\$32.333,05, de mercadorias existentes no estoque, logo o imposto foi cobrado, por responsabilidade solidária, pelas mercadorias desacompanhadas de notas fiscais (infração 01) e R\$15.136,08, pela presunção de omissão saídas anteriores (infração

03), além da multa pela falta da entrega de arquivos magnéticos exigido mediante intimação, (infração 02) tudo conforme planilhas às fls. 09 a 24 do PAF.

O autuado, na impugnação, reconhece a infração 01, informando o pedido do parcelamento, no entanto, em relação à infração 03, diz que o autuante por um lapso involuntário, inseriu no valor apenado da infração 1, o valor da infração 03, ocasionando o “bis in idem”

No caso de levantamento fiscal em exercício aberto, a Portaria 445/98 orienta no sentido de que se atribua ao detentor das mercadorias ainda existentes em estoque a responsabilidade pelo imposto (responsabilidade solidária).

“Art. 9º Tratando-se de levantamento quantitativo em exercício aberto, havendo omissão de entradas, podem ocorrer duas situações distintas

I - mercadorias ainda encontradas fisicamente nos estoques

a) 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 (RICMS/97, art. 39, V);

No tocante à infração 03, deve ser exigido o ICMS correspondente às saídas anteriores sem documento fiscal, com base na previsão legal de que a falta de contabilização de entradas autoriza a presunção daquelas operações sem o pagamento do imposto. Portanto, está correta a exigência do tributo, feita, neste caso, em função da presunção de omissão de saídas decorrente de receitas não contabilizadas, tendo como base de cálculo a diferença nas entradas. Assim disposto na Portaria 445/98:

“Art. 9º Tratando-se de levantamento quantitativo em exercício aberto, havendo omissão de entradas, podem ocorrer duas situações distintas

II - mercadorias não mais existentes em estoque: os procedimentos a serem seguidos são os definidos nos pp|L Q Q |”, “Port 445/98, Art 6º”>arts. 6º, 7º e 8º”

Desse modo, está patente a procedência das infrações 01 e 03 do Auto de Infração. A atribuição da responsabilidade solidária é cabível em se tratando de exercício aberto.

Em referência à infração 02, o autuado alegou que é descabida a penalidade indicada no Auto de Infração porque: a) as determinações do artigo 3º do Dec. 9426 de 17 de maio de 2005, que “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...” b) conflita com os princípios constitucionais.

Analisando os elementos constantes do processo verifico que o autuado foi intimado em 04/04/2005 para apresentar livros e documentos fiscais, tendo lhe sido concedido prazo de 48 (quarenta e oito) horas para entrega dos documentos inclusive os arquivos magnéticos relativos ao período de 31/12/2004 a 04/04/2005

Conforme disposto no art. 708-A, § 4º do RICMS/97:

“Art. 708-A. O contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar o arquivo de que trata este capítulo, 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 prestações de serviços efetuadas e tomadas:

...

§ 4º O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético cancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária

do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.”

Logo, conforme disposto no § 4º do artigo acima transcrito, o contribuinte deveria fazer a entrega dos arquivos magnéticos via internet através do programa Validador/Sintegra, fato que não ocorreu em relação ao período autuado 06/2004 a 03/2005, só tendo entregue os arquivos magnéticos através de transmissão eletrônica em nos dias 17, 18, 13, 24, 23, 27, 25, 24, conforme documentos acostados às fls. 75 a 84. Portanto, está devidamente caracterizada a infração pela falta de entrega dos arquivos pelo programa Validador/Sintegra no prazo devido.

Já o art. 708-B do RICMS/97, com redação dada pelo Decreto nº 7.886 de 29/12/2000, estabelece que:

“Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo quando intimado, no prazo de 5 dias úteis contados 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, quando for o caso), salvo ressalva contida na intimação.”

Logo, não tendo o autuado feito a entrega do arquivo magnético por transmissão eletrônica ao fim de cada mês, conforme disposto no art. 708-A do RICMS/97, estava obrigado a manter os arquivos de acordo com a legislação tributária.

Conforme disposto no art. 708-B, a apresentação dos arquivos magnéticos ao fisco deveria ter sido precedida de intimação específica para apresentação dos mesmos, com prazo estabelecido de cinco dias. No caso em tela, a intimação feita ao autuado, cuja fotocópia foi acostada à fl. 26, foi para apresentar no prazo de 48 horas livros e documentos, inclusive os “Recibos entregas arquivo magnético movimento econômico (art. 708-A)” que não corresponde a intimação específica para apresentação do arquivo ao fisco, o que descaracteriza a infração indicada no presente lançamento.

Pelo exposto, cabe a aplicação da multa de R\$1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais), pela falta de entrega nos prazos previstos na legislação de arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, ocorridas em cada período, prevista no art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207185.0007/05-4**, lavrado contra **LÍBANO ESTIVAS E CEREAIS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.069,75** acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, XX, II, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais além da multa no valor de **R\$1.380,00**, prevista no art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de fevereiro de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR - RELATORA

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR