

A. I. Nº - 232954.0001/05-6  
AUTUADO - G BARBOSA & CIA. LTDA.  
AUTUANTE - ADAIR ZAMBONI RIBEIRO  
ORIGEM - SAT/DAT/COFEP/NORTE  
INTERNET - 19/06/06

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0205-05/06**

**EMENTA: ICMS.** 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Após comprovações, infração elidida em parte. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração parcialmente elidida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração reconhecida. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. Infração parcialmente comprovadas. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. Infração elidida parcialmente. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. A forma como foi realizada a auditoria fiscal não apresenta elementos que determinem, com segurança, o cometimento imputado ao sujeito passivo. Existência de vícios formais no procedimento. Item nulo. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Após apresentação de documentos, a infração foi elidida em parte. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADA. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial da mercadoria não escriturada. Após comprovações, a infração restou descaracterizada. 7. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. De acordo com as normas regulamentares, o contribuinte é obrigado a apresentar ao fisco os arquivos magnéticos com todos os registros fiscais dos documentos emitidos quanto às suas operações comerciais. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/3/2005, exige ICMS no valor de R\$301.928,44, acrescido das multas de 60% e 70%, além da multa no valor de R\$203.543,17, em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e enquadradas no regime de substituição tributária - R\$43.131,20;
2. Utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadoria adquirida com pagamento do imposto por substituição tributária – R\$12.343,17;
3. Deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações realizadas. Multa no valor de R\$197.202,13;
4. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias por transferências oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento – R\$14.476,98;
5. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias por transferências oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento – R\$6.114,14;
6. Recolhimento a menos do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e enquadradas no regime de substituição tributária. Refere-se a mercadorias com utilização errada da MVA ou utilização indevida da base de cálculo apurada por pauta fiscal, quando resultava inferior ao valor da operação - R\$208.246,88;
7. Recolhimento a menos o imposto, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas e relativas às notas fiscais nº 251.955 e 251.956, emitidas em 2/1/2002 relativas a venda de seu estoque final à G. Barbosa Comercial Ltda., empresa sucessora – R\$1.310,26;
8. Recolhimento a menos o imposto, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Refere-se às mercadorias Maisena e amido de Milho Arisco, cuja alíquota é de 17% e a empresa aplicou a de 7%, confundindo-a com farinha e fubá de milho – R\$1.730,96;
9. Falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e enquadradas no regime de substituição tributária. Refere-se a mercadorias consignadas em notas fiscais de entradas não escrituradas e, consequentemente, sem recolhimento do imposto por antecipação - R\$8.975,62;
10. Multa pela falta de registro de mercadoria sujeita a tributação. Aplicada a penalidade de 10% do valor das entradas - R\$6.341,04;
11. Falta de recolhimento do imposto, relativo a omissão de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, no exercício de 2001 - R\$5.599,23.

O autuado na sua impugnação ao lançamento fiscal (fls. 225/249) transcreveu, inicialmente, todas as infrações a ele imputadas. Em seguida, reconheceu a totalidade das infrações 2 e 8, parcialmente as infrações 1, 4, 5, 6, 7 e 11 e não reconheceu as infrações 3, 9 e 10.

Quanto a infração 1, informou que é empresa comercial cuja matriz, estabelecida no estado de Sergipe concentrava grande parte das compras de mercadorias, com exceção dos produtos perecíveis. As transferia, a medida da necessidade, às suas filiais localizadas em Sergipe e na Bahia. Quando as mercadorias se encontravam enquadradas no regime da substituição tributária, sem que houvesse qualquer protocolo ou convênio, efetuava a antecipação tributária, em obediência ao art. 371, do RICMS. Para este procedimento elaborava um “mapa de apuração de antecipação tributária”. Ao analisar este mapa, o preposto fiscal constatou que, por equívoco, algumas notas fiscais nele não haviam sido incluídas, o que o levou a cobrar o ICMS no valor de R\$43.131,18. Porém os documentos fiscais de nº 683, 684, 1.018, 1.155, 1.156, 559.509, 567.558 e 191.367 no referido mapa estavam incluídos. Assim, reconhecia como devido o valor de R\$31.456,47 do valor apurado.

No que tange a infração 3, informou ser empresa usuária de sistema de processamento de dados, em conformidade com o art. 708-B e seu Parágrafo 1º do Regulamento, transcreto. Disse que, por incompatibilidade em seu sistema de processamento de dados, não logrou êxito em apresentar os arquivos magnéticos no padrão exigido pela legislação estadual. Entretanto, os entregou em formato distinto com todas as operações realizadas no período fiscalizado. Salientou que apesar da empresa não haver apresentado o arquivo como exigido pela fiscalização, atendeu a todas as suas intimações, remetendo para o autuante todos os livros e documentos fiscais, planilhas de levantamento do imposto devido por substituição, DAE, DMA, contas de energia, de comunicação e dos Mapas Resumo ECF-PDV, conforme documentos em anexou aos autos. Assim, não havia agido, em momento algum, com dolo, já que não deixou de fornecer as informações pedidas, tampouco os arquivos solicitados, embora em formato distinto daquele exigido pela fiscalização.

Sustentou que o seu procedimento não acarretou prejuízo algum ao Estado, haja vista que todas as operações foram devidamente escrituradas nos seus livros fiscais, e o imposto devido foi recolhido. Transcrevendo o teor do art. 42 e seu § 7º, da Lei nº 7.014/96, entendeu que o procedimento da empresa se enquadrava perfeitamente em suas determinações. Observou que este Colegiado tem prerrogativa para cancelar a multa aplicada, conforme art. 158, do RPAF/99. Citou algumas decisões do CONSEF para corroborar esta posição. Requereu tratamento isonômico, uma vez que não agiu com dolo ou má fé e protestou pelo cancelamento da infração imputada ou a sua redução para R\$500,00.

Impugnou conjuntamente as infrações 4 e 5. Alegou que o autuante havia se equivocado, pois ao elaborar o levantamento fiscal havia incluído todas as notas fiscais escrituradas no livro Registro de Entradas sobre os códigos fiscais de operação 291, 297 e 298 sem atentar que haviam sido, também, escrituradas notas fiscais de prestação de serviço, fora do âmbito do ICMS. Desta forma, as notas fiscais nº 2.750, 2.751, 2.728, 10.328, 10.347, 2.736, 2.776, 2.749, 10.605, 10.632 e 2.856 deveriam ser excluídas da infração 4. Além do mais, o preposto fiscal duplicou as notas fiscais nº 650, 651 e 654. Apresentou cópias das notas fiscais indicadas e uma planilha demonstrativa do cálculo da diferença de alíquotas sobre os bens de uso e consumo. Quanto a infração 5, apresentou a Nota Fiscal nº 2.749 como de prestação de serviço e não de bem para integrar seu ativo imobilizado. Com tais argumentos, reconheceu como devido os valores de R\$8.853,34 e R\$4.774,14, respectivamente, como devidos e referentes aos itens 4 e 5 da autuação.

Quanto a infração 6 não discordou que houve erro quando ao uso da MVA, porém não aceitou que aplicou erroneamente a pauta fiscal. Transcrevendo as determinações do art. 61, I, II e VI, do RICMS/97, observou que os procedimentos a serem adotadas conforme legislação vigente era o

seguinte: 1º - cálculo mediante pauta fiscal; 2º - na ausência de pauta fiscal, o preço único ou máximo de venda; 3º - valor da operação adicionada a MVA. Transcreveu o disposto no art. 73, VII e seu § 5º, do RICMS/97 além da Instrução Normativa nº 80/00, alterada pela de nº 08/01, em vigor á época dos fatos geradores, para ratificar seu entendimento. Com estes argumentos, refez o levantamento fiscal reconhecendo o ICMS devido no valor de R\$92.919,54.

No que tange á infração 7, informou ter sido sucedida em dezembro de 2001. Nesta ocasião, apurou os estoques existentes em 31/12/2001, emitindo as notas fiscais correspondentes. E, para facilitar o controle por parte da fiscalização, emitiu os documentos fiscais segregando as mercadorias de acordo com a sua tributação. A questão da autuação se prende aos documentos fiscais onde foram consignadas as mercadorias isentas e aquelas submetidas á redução de base de cálculo, ou seja, o autuante entendeu que algumas mercadorias listadas na nota fiscal nº 251.956 e tributadas com a alíquota de 7% deveriam o ser a 17% e outras, (nota fiscal nº 251.955) não tributadas deveriam ter sofrido a incidência do imposto. Neste compasso de raciocínio, acatou em parte a autuação no valor de R\$823,54, pois, produtos de informática e máquinas e implementos agrícolas possuem sua base de cálculo reduzida – art. 87, V e art. 77, II, “a”, do RICMS/97.

Em relação as infrações 9 e 10, afirmou ter a fiscalização cometido equívoco, pois os documentos fiscais autuados não diziam respeito a operações de entradas e sim de saídas de mercadorias. Em sendo assim, não se podia falar em recolhimento de imposto decorrente da antecipação prevista no art. 353, do RICMS/97. Para comprovar seu argumento, apensou ao processo cópia das notas fiscais autuadas, do livro Registro de Saídas e planilha contendo a relação das notas fiscais e a página correspondente ao lançamento efetuado no livro Registro de Saídas.

Em relação ao levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias (infração 11) requereu, preliminarmente, a sua nulidade tendo em vista que o preposto fiscal não havia aplicado a auditoria corretamente como manda a norma legal, ou seja, o estoque inicial x compras – vendas = estoque final. Ao contrário desta determinação, ele apenas comparou as entradas dos produtos com o saldo final do período. Mas, se este Colegiado não aceitasse esta nulidade, requereu a sua improcedência, fundamentado no fato de que não foram incluídas diversas notas fiscais de entradas. Alegou, ainda, que devido a exigüidade do tempo que teve, apenas anexava aos autos alguns documentos que já reduziam significativamente o valor do débito apurado.

Por fim, resumindo todas as suas alegações de defesa, onde demonstrava os valores reconhecidos, requereu a procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 395/399 dos autos). Após analisar as razões de defesa, concordou com a mesma em relação á exclusão total das infrações 9 e 10 apontadas no Auto de Infração e dos valores indicados pelo deficiente para as infrações 1, 4, 5 e 7.

Em relação a infração 3, entendeu equivocado o argumento de defesa de que os arquivos magnéticos foram apresentados em formato diferente do exigido na legislação estadual por incompatibilidade em seu sistema de processamento de dados. Na realidade, eles não foram entregues contendo todas as operações realizadas no período fiscalizado. E esta atitude causou prejuízo ao Erário, pois ficou impossibilitado de apurar o imposto sobre os estoques em 20/6/2001 dos produtos de panificação, massas alimentícias, biscoitos ou bolachas, objetivando ajustar seus estoques às regras da antecipação tributária. Além do mais não pode aplicar o roteiro de auditoria de estoques, que somente seria viável em sua atividade, com milhares de itens e com alta rotatividade, com a emissão de centenas de milhares de cupons fiscais e milhões de registros de

itens, através destes arquivos, cujas saídas são registradas em ECF. Além do mais, o contribuinte possui contabilidade centralizada, o que torna impraticável os roteiros de Auditoria Contábil.

Quanto a infração 6, discordou do impugnante tendo em vista as disposições do art. 74, § 3º, do RICMS/97 já que não existia convênio firmado para as mercadorias em questão. Quanto a Instrução Normativa nº 08/01, entendeu que ela não tem poderia regulamentar além do previsto no Regulamento, ou seja, fixar pauta fiscal, não podendo alterar dispositivo regulamentado por Decreto.

Informou que realizou o roteiro de auditoria para a infração 11 somente para algumas mercadorias do regime de substituição tributária, pois percebeu que quase a totalidade das mercadorias neste regime enquadradas estava escriturada no livro Registro de Entradas com quantitativos elevadas no inventário de 31/12/2001. Neste roteiro ficou impossibilitado de computar as saídas das mercadorias através de ECF, só o fazendo através das notas fiscais, pois nos arquivos magnéticos inexistiam os registros 60, o que, inclusive, havia impossibilitado de apurar a totalidade das omissões de entradas destas mercadorias e das demais. Salientou, como importante, que o inventário de 31/12/2001 serviu de base para a venda do estoque final para a empresa G. Barbosa Comercial, pertencente ao novo grupo que assumiu a empresa. Assim, entendeu que o valor contábil do estoque foi diluído em mercadorias tributadas e não tributadas, pois quanto maior fosse o valor das mercadorias da substituição tributária, menor seria o das tributadas, consequentemente, menor o recolhimento do imposto sobre o saldo dos estoques.

Em relação as notas fiscais apensadas aos autos pelo defensor, entendeu que as mercadorias, nelas consignadas, não eram as mesmas. Como realizou o levantamento através dos registros apresentados nos arquivos magnéticos, através do sistema SAFA, os códigos, a elas atribuídos pelo próprio contribuinte e relacionados em seu inventário de 31/12/2001 não coincidiam, conforme indicou:

- a) os registros relativos à Cerveja D'Ávila Pilsen foram computados no levantamento fiscal;
- b) o código e a descrição da mercadoria Cerveja Antártica – lata c/12 foi 108761, conforme Registro de Inventário e as notas fiscais apresentadas como prova referem-se ao código 065332 – cerveja Antártica - lata 350 ml;
- c) o código e a descrição da mercadoria Cerveja Skol – lata c/12, conforme Registro de Inventário e as notas fiscais apresentadas como prova referem-se ao código 065205 – cerveja Skol - lata 350 ml;
- d) o código e a descrição da mercadoria Cerveja Kaiser Pilsen – lata foi 072956, conforme Registro de Inventário e as notas fiscais apresentadas como prova referem-se ao código 072954 – cerveja Kaiser Pilsen;
- e) para a Coca-Cola Light não foi anexado qualquer documento fiscal.

Ratificou o procedimento conforme informação prestada.

Consta ás fl. 404 dos autos a comunicação do sujeito passivo que adquiriu créditos fiscais acumulados para liquidação da parte reconhecida do Auto de Infração.

A 4ª JJF baixou os autos em diligência á SAT/COFEP/NORTE para que o autuante, em relação a infração 11, de posse do livro de Inventário e de todas as notas fiscais de entradas e saídas, refizesse a auditoria dos estoques, objetivando identificar o correto valor do imposto a ser exigido, se devido. Caso não fosse possível a realização desta solicitação, que o preposto fiscal indicasse, comprovando, os motivos á assim proceder (fl. 410).

Em atenção ao que foi solicitado, o autuante esclareceu (fls. 414):

1. O levantamento de estoques foi realizado através do Sistema SAFA, com os dados retirados dos arquivos transmitidos ao SINTEGRA, os quais estão corretos, conforme conferência feita antes da realização do levantamento. Informou que o programa SAFA está preparado para trabalhar, exclusivamente, com arquivos magnéticos, dispensando-se para tal, os livros e documentos, desde que se certifique que estão corretos;
2. os itens que foram trabalhados e que resultaram em omissões de entradas, não constavam no inventário de 31/12/2000, portanto o seu estoque inicial é zero;
3. não houve saídas através de notas fiscais, e não havia sido possível trabalhar as saídas através de ECF.
4. quanto às alegações do impugnante, as entendeu respondidas na informação fiscal.

Chamado para tomar conhecimento dos esclarecimentos prestados pelo preposto fiscal (fl. 415) o autuado manifestou-se (fls. 418/419), primeiramente descrevendo o pedido feito pela 4<sup>a</sup> JJF e a resposta dada pelo autuante. Em seguida discordou da mesma, uma vez que havia anexado aos autos cópias de diversas notas de entradas que não foram consideradas pelo autuante, juntamente com a do livro Registro de Entrada, objetivando comprovar o equívoco cometido.

Ressaltando que desconhecia o teor da informação fiscal, reiterou seu pedido de improcedência relativo ao item 11 da autuação.

Os autos foram, novamente, baixados em diligência, desta vez para a ASTEC/CONSEF e em relação a infração 6 (fl. 423). Foi solicitado que fiscal estranho ao feito elaborasse planilhas, com base naquela elaborada pelo autuante (fls. 31/33 do PAF), fazendo a seguinte separação.

1. na primeira que constasse todas as mercadorias que não se referiam aos produtos comestíveis resultantes do abate de bovino, suínos e aves;
2. na segunda todos os produtos resultantes dos referidos abates, calculados com base na pauta fiscal vigente à época dos fatos geradores.
3. apresentasse demonstrativo de débito.

Fiscal estranho ao feito, através do Parecer ASTEC/CONSEF nº 0054/2006 prestou os seguintes esclarecimentos (fls. 425/426):

1. foi solicitado ao autuado a apresentação de uma planilha, conforme realizado, onde estivessem contidas todas as mercadorias que não se referiam aos produtos comestíveis resultantes do abate de bovinos, suínos e aves e outra, com estes produtos e com o cálculo do ICMS com base na Pauta Fiscal. Estas planilhas foram apresentadas e conferidas;
2. ao longo dos trabalhos teve de “abrir” os itens constantes das planilhas efetuadas pela fiscalização já que a Instrução Normativa indica os valores segmentadamente para as mercadorias em lide, com MVA diversas. Deu exemplos e informou que para superar esta dificuldade houve a verificação das mercadorias por cada nota fiscal. Observaram que para aquelas mercadorias cujos documentos fiscais não foram apresentados conservou os valores originalmente calculados pelo fiscal autuante;

Indicando como foi elaborado o trabalho de revisão realizado, apresentou demonstrativo de débito com diminuição do valor do ICMS exigido.

O autuado foi chamado para tomar conhecimento da diligência levada a efeito e não se manifestou (fl. 502). O autuante manifestou-se (fls. 506/507) entendendo que embora o resultado da diligência não fosse conclusivo, indicava acatar os argumentos de defesa. Entretanto, ao citar a Instrução Normativa nº 08/2001 como base do trabalho, o revisor equivocou-se. Disse que a

regra constante na citada Instrução Normativa somente vigorou para o período compreendido entre 8/2/2001 a 30/6/2001, pois o art. 73, § 5º, do RICMS/97 (transcrito) sofreu modificação (Decreto nº 7983, de 26/6/01 – DOE de 27/6/01) retirando de suas determinações o art. 61, VI, do Regulamento. Portanto, para o período não alcançado pelo Decreto nº 7902, a base de cálculo conforme determinada em Pauta Fiscal somente poderia ser adotada se superior daquela indicada no art. 61, I e II, da norma regulamentar.

## VOTO

O sujeito passivo não contestou a acusação referente aos itens 2 e 8 do presente Auto de Infração. Não havendo lide a ser decidida mantendo o valor de R\$12.343,17 e R\$1.730,96, respectivamente, apurado pela fiscalização.

Contestou parcialmente as infrações 1, 4, 5, 6, 7 e em sua totalidade, as infrações 3, 9 e 10 do lançamento fiscal. Quanto à infração 11, embora no início de sua defesa tenha reconhecido parcialmente a exigência do imposto, em seguida requereu a sua nulidade ou mesmo a improcedência.

Após analisar as razões de defesa e os documentos apresentados como prova, o autuante reconheceu ter razão o impugnante quanto áquelas apontadas como 1, 4, 5 e 7. Havendo concordância de todos, diante das provas materiais apresentadas, essas infrações subsistem parcialmente, conforme indico com os seus respectivos demonstrativos de débito.

INFRAÇÃO 1 - Falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e enquadradas no regime de substituição tributária. Valor do ICMS exigido R\$31.456,47.

### DEMONSTRATIVO DE DÉBITO INFRAÇÃO 1

CÓDIGO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	ICMS DEVIDO	MULTA (%)
10	31/1/2001	9/2/2001	10.440,34	60
10	28/2/2001	9/3/2001	4.686,50	60
10	31/3/2001	9/4/2001	3.085,40	60
10	30/4/2001	9/5/2001	5.330,97	60
10	31/7/2001	9/8/2001	3.040,54	60
10	31/8/2001	9/9/2001	986,75	60
10	30/9/2001	9/10/2001	1.291,22	60
10	31/10/2001	9/11/2001	598,49	60
10	30/11/2001	9/12/2001	986,54	60
10	31/12/2001	9/1/2002	1.009,72	60
<b>TOTAL</b>			<b>31.456,47</b>	

Ressalto, por oportuno, que embora no corpo do Auto de Infração as ocorrências relativas aos meses de janeiro a março de 2001 estejam duplicadas, no valor total apurado esta duplicidade não foi considerada.

INFRAÇÃO 4 - Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias por transferências oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. Valor do ICMS exigido R\$8.853,34.

### DEMONSTRATIVO DE DÉBITO INFRAÇÃO 4.

CÓDIGO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	ICMS DEVIDO	MULTA (%)
10	31/1/2001	9/2/2001	1.127,17	60

10	28/2/2001	9/3/2001	3.350,76	60
10	31/3/2001	9/4/2001	1.356,26	60
10	31/5/2001	9/6/2001	657,37	60
10	30/6/2001	9/7/2001	275,12	60
10	31/7/2001	9/8/2001	260,92	60
10	31/8/2001	9/9/2001	232,42	60
10	30/9/2001	9/10/2001	464,31	60
10	31/10/2001	9/11/2001	425,85	60
10	30/11/2001	9/12/2001	354,66	60
10	31/12/2001	9/1/2002	348,50	60
<b>TOTAL</b>			<b>8.853,34</b>	

INFRAÇÃO 5 - Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias por transferências oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento. Valor do ICMS exigido R\$4.774,14, com a exclusão do ICMS exigido no mês de fevereiro de 2001.

INFRAÇÃO 7 - Recolhimento a menos o imposto, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas e relativas ás notas fiscais nº 251.955 e 251.956, emitidas em 2/1/2002 relativas á venda de seu estoque final á G. Barbosa Comercial Ltda., empresa sucessora. Valor do ICMS exigido R\$823,54.

Em relação ás infrações 9 e 10, o autuante após apresentar suas considerações de como realizou o procedimento fiscal, concordou em todos os termos com a defesa apresentada ao analisar a documentação apensada aos autos. Em vista das provas apresentadas, estes dois itens são excluídos do Auto de Infração.

Assim, as questões da lide em que volto minha atenção para decisão se referem ás infrações 3, 6 e 11.

A infração 3 trata da exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória, em razão de o autuado ter transmitido, via Sistema SINTEGRA, os arquivos magnéticos referentes ao exercício de 2001 sem os Registros 60. Em sua impugnação, o autuado alegou que não logrou êxito em fornecer os arquivos magnéticos no padrão exigido pela legislação estadual tendo em vista a incompatibilidade do seu sistema de processamento de dados com o sistema da Secretaria da Fazenda. No entanto, havia apresentado os mesmos em formato distinto, englobando todas as operações, no período fiscalizado.

Observo que de acordo com o Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, que dispõe sobre a emissão de documentos fiscais e a escrituração de livros fiscais por contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, o contribuinte é obrigado a apresentar, em arquivo magnético, todos os dados referentes as suas operações de entradas e saídas de mercadorias, cujas determinações a ele concernentes estão ali insertas. Também foi confeccionado, apensado a este Convênio, Manual de Orientação, onde estão estabelecidas todas as instruções de formas e procedimentos aos arquivos magnéticos afetos. Estas determinações e orientações foram inseridas no RICMS/97 e no seu Anexo. Como o contribuinte promove vendas de mercadorias por meio de ECF, deve informar tais operações através do registro tipo 60, que se subdivide em 60A (analítico), 60M (mestre) e 60R (resumo de item por mês), este com a finalidade de identificar, individualmente, as mercadorias comercializadas através do equipamento emissor de cupom fiscal. Portanto, as operações de vendas do período do estabelecimento através de ECF neste registro discriminadas devem, obrigatoriamente, constar. Sua ausência, inclusive, inviabiliza todo o objetivo da criação e obrigação do envio dos arquivos magnéticos, mensalmente, ao fisco estadual, pois sem ele não se poderá desenvolver qualquer roteiro normal

de fiscalização, nele baseado. O RICMS/97 trata da questão nos seus art. 708-A e 708-B e a Lei nº 7.014/96, no seu art. 42, XIII-A, “g”, determina textualmente (redação atual da aliena “g” dada pela Lei nº 9.430, de 10/2/2005, efeitos a partir de 11/2/2005):

*Art. 42 [...]*

*XIII-A - nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados:*

*g) 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;*

Diante destas determinações e dos esclarecimentos feitos, os registros tipo 60 não podem, em qualquer hipótese, ser omitido, como ficou provado através dos arquivos enviados.

Com a competência legal que dispõe, o fisco estadual solicitou a apresentação dos arquivos magnéticos (fl. 11) e expediu nova intimação para que fosse sanada a irregularidade detectada (fl. 14) – Intimações em 11/1/2005 e 14/3/2005. O contribuinte não cumpriu as determinações legais.

Quanto a solicitação do defendente de que fosse reduzida a multa para o valor de R\$500,00, este pleito não pode ser atendido, uma vez que existe multa legal específica para a infração cometida. E, em relação às decisões deste Colegiado trazidas como paradigmas ao pedido, as situações nelas discutidas podem ter sido de natureza diversa a presente.

Por tudo exposto, subsiste em parte a ação fiscal no valor de R\$197.202,13.

A infração 6 exige o ICMS pelo seu recolhimento a menos por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e enquadradas no regime de substituição tributária.

O defendente não discordou de que havia utilizado, de maneira equivocada, a MVA. Em relação às mercadorias em que assim procedeu, não contestou a ação fiscal. Sua discordância se prendeu ao fato de que o autuante não aceitou, para as carnes bovinas, suínas e aves adquiridas, que tivesse sido aplicada a pauta fiscal. No caso, razão assiste ao defendente.

O art. 73, VIII, do RICMS/97 estabelece que a base de cálculo do ICMS poderá ser fixada mediante pauta fiscal, nas operações com produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino e suíno, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos ou salgados, inclusive charque. Diante desta norma, a Instrução Normativa nº 80/00, alterada posteriormente apenas nos valores que fixava, estabelecia para as operações em lide:

*1 - Adotar os valores constantes do anexo único a esta instrução como base de cálculo para efeito de retenção do ICMS na fonte, relativamente às saídas de produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino e suíno.*

*2 - Os valores ora adotados serão utilizados, ainda, como base de cálculo para exigência do ICMS referente às entradas ou aquisições das mercadorias discriminadas no mencionado anexo, oriundas de outras unidades federativas ou do exterior, inclusive na hipótese em que o destinatário ou adquirente seja autorizado a efetuar o pagamento do imposto em momento diferente do da entrada da mercadoria em território baiano.*

Ou seja, por um ato normativo da Administração Fiscal Estadual, ficou determinado de que os valores estabelecidos através de pauta fiscal deveriam ser adotados, a época dos fatos geradores, como base de cálculo para a cobrança do imposto sobre os produtos em lide referente as suas aquisições, oriundos de outras unidades da Federação, ou mesmo do exterior.

Desta forma:

1. O fato de no § 4º, do art. 73, do RICMS/97 estabelecer que nas operações interestaduais, a adoção de pauta fiscal dependerá da celebração de convênio ou protocolo entre a Bahia e as unidades da Federação para definição dos critérios de fixação dos respectivos valores, neste caso não pode ser aventado, pois existe a pauta fiscal específica e é ela que rege a operação, diante das determinações do art. 100, I, do CTN;
2. nesta mesma linha, não se pode aventar as modificações das determinações do art. 73, § 5º, do Regulamento, como entendeu o autuante em sua última manifestação. Esta determinação se refere às mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, como as mercadorias em elide, porém para a mesma, conforme já dito, expressamente consta tanto no Regulamento como na Instrução Normativa em questão que a pauta fiscal deve prevalecer. Ressalto, ainda que o art. 61, VI, do Regulamento somente foi revogado em 28/1/2001, através da Alteração 29 - Decreto nº 8087, de 27/12/01, onde expressamente determinava que a “*base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é, nas operações com produtos resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino, e suíno, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, inclusive charque, o valor fixado em pauta fiscal estabelecida pela Secretaria da Fazenda, ou, na falta deste, a base de cálculo prevista no inciso II deste artigo.*

Como o autuado apresentou levantamento, quando de sua defesa, onde consignou os produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino e suíno que adquiriu, quer seja por compras, quer por transferências com algumas omissões, os autos foram baixados em diligência à fiscal estranho ao feito. A diligência sanou os erros constatados. O autuado chamado para ciência da mesma não se manifestou, o que me leva a entender a sua concordância com a mesma.

Assim, mantendo a autuação em parte deste item no valor de R\$98.210,12 e conforme demonstrativo a seguir.

#### DEMONSTRATIVO DE DÉBITO INFRAÇÃO 6.

CÓDIGO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	ICMS DEVIDO	MULTA (%)
10	31/1/2001	9/2/2001	17.835,72	60
10	28/2/2001	9/3/2001	11.124,63	60
10	31/3/2001	9/4/2001	7.418,60	60
10	30/4/2001	9/5/2001	5.554,13	60
10	31/5/2001	9/6/2001	8.848,96	60
10	30/6/2001	9/7/2001	16.037,66	60
10	31/7/2001	9/8/2001	6.378,31	60
10	31/8/2001	9/9/2001	4.200,81	60
10	31/10/2001	9/11/2001	2.064,05	60
10	30/11/2001	9/12/2001	4.908,48	60
10	31/12/2001	9/1/2002	13.838,77	60
<b>TOTAL</b>				<b>98.210,12</b>

O item 11 trata da falta de recolhimento do imposto, relativo a omissão de saídas de mercadorias

não declaradas, com base na presunção 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias de 2001.

Analisando a autuação entendo que ela padece de nulidade, inclusive requerida pelo impugnante, pela forma como foi realizado o levantamento quantitativo dos estoques.

O autuante, para apuração do imposto, considerou as aquisições das mercadorias no ano e diminuiu estas quantidades dos estoques finais existentes. Considerou estoque inicial zero e não considerou as saídas porventura existentes.

Nesta circunstância, entendo que o procedimento da fiscalização se encontra equivocado, não estando previsto na norma regulamentar na forma realizada. O roteiro de auditoria de levantamento quantitativo somente deve ser aplicado quando todas as condições a ele pertinentes estiveram presentes, ou seja, com os estoques iniciais, entradas, saídas e estoques finais. Não existindo o quantitativo de algum deles é impossível a sua aplicação, pois as quantidades apuradas estarão distorcidas.

No caso em lide, o autuante se pautou, exclusivamente, em arquivos magnéticos. Os arquivos magnéticos, de grande valia para sua elaboração, não devem ser utilizados sem a observância dos livros e documentos fiscais existentes, quando necessários. Inclusive no específico caso, os arquivos se encontram fora do padrão (falta do Registro 60 – A, M e R), o que acarretou a multa cobrada na infração 3. Assim, o preposto fiscal equivocou-se quando:

1. não buscou no livro Registro de Inventário os estoques iniciais das mercadorias existentes, já que não se encontravam nos arquivos magnéticos. Este fato, por si só, se não foram consideradas as saídas, já dar incerteza nas quantidades levantadas.
2. não considerou as notas fiscais de entradas apresentadas pelo impugnante, mesmo quando solicitado por este Colegiado, por entender que o código dos produtos eram diferentes. Ora, mesmo que houvesse diferenças nestes códigos, analisando as mercadorias no comparativo feito pelo autuante, as mercadorias eram as mesmas. Um código de produto errado não pode ser motivo de desclassificação de documento fiscal.
3. ao não considerar qualquer quantidade de saídas, desclassificou por completo o levantamento fiscal. Durante todas as suas intervenções no processo o autuante disse que sem os arquivos magnéticos era impossível realizar este levantamento, pois seriam milhares de cupons fiscais a serem analisados. De fato, seria um trabalho estafante, porém necessário se a escolha recaiu sobre a auditoria de levantamento fiscal.

Este Colegiado ainda buscou sanar esta situação, porém não obteve êxito junto ao preposto fiscal. Diligência a fiscal estranho ao feito seria solicitar que outro auditor realizasse novo lançamento, o que não lhe compete.

Diante do exposto, razão assiste ao impugnante e meu voto é pela nulidade quanto a este item com base no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99), pois não existem elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

Ante o exposto, voto pela procedência em parte do Auto de Infração para exigir ICMS no valor de R\$158.191,74, além do pagamento da multa no valor de R\$197.202,13, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232954.0001/05-6, lavrado contra **G BARBOSA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$158.191,74**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a”, “d” e “f”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além do pagamento da multa no valor de **R\$197.202,13**, prevista no inciso XIII-A, “g”, do mesmo artigo e diploma legal antes citado, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

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, 12 de junho de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS- PRESIDENTE/RELATORA

CLAUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR