

A. I. Nº - 118973.0001/06-0
AUTUADO - FRUTOSDIAS MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.
AUTUANTE - THILDO DOS SANTOS GAMA
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 21.11.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0352-02/06

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO, TOMANDO POR BASE A DIFERENÇA DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA, A DAS ENTRADAS. PRESUNÇÃO DE OPERAÇÕES NÃO DECLARADAS. Foram apuradas, em três exercícios, diferenças tanto de entradas quanto de saídas de mercadorias na escrita do autuado, sendo que, no cálculo do imposto, tomou-se por base, para cada exercício, a diferença de maior expressão monetária, a das entradas. O imposto lançado em função da omissão de entradas não é exigido em virtude desse fato em si, mas sim tendo em vista a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias, haja vista que a existência de entradas de mercadorias não contabilizadas denuncia a falta de contabilização de receitas, ficando evidente que a empresa efetuou pagamentos com recursos não declarados ao fisco, e esses recursos, até prova em contrário, presumem-se decorrentes de operações (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Demonstrada a insubsistência parcial do lançamento. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DOS ARQUIVOS. MULTA. Fato admitido pela defesa. Documentos apresentados extemporaneamente. Mantida a multa. 3. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A omissão de saídas de mercadorias levantada neste tópico está compreendida nas diferenças objeto do tópico primeiro. Inteligência do § 1º do art. 60 do RICMS. Lançamento indevido. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. a) INUTILIZAÇÃO. MULTA. Infração inexistente. Os documentos tidos como inutilizados, embora danificados, permitem a leitura. b) FALTA DE ESCRITURAÇÃO, NA ESCRITA FISCAL, DE ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. MULTA. Refeitos os cálculos, para correção de equívocos da autuação. Reduzidas as multas. 5. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Fato reconhecido pelo autuado. Ultrapassadas as alegações de constitucionalidade da pretensão fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/3/06, diz respeito aos seguintes fatos:

1. falta de recolhimento de ICMS, constatada ante a existência 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 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 [fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2001, 2002 e 2003)], sendo lançado imposto no valor de R\$ 45.509,47, com multa de 70%;
2. falta de entrega de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, sendo por isso aplicada multa de R\$ 19.756,49;
3. omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao que foi informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito (fevereiro de 2003), sendo lançado ICMS no valor de R\$ 401,20, com multa de 70%;
4. inutilização de documentos fiscais, sendo por isso aplicada multa de R\$ 400,00;
5. entrada, no estabelecimento, de mercadorias sujeitas à tributação [pelo ICMS], sem o devido registro na escrita fiscal (exercícios de 2001, 2002 e 2003), sendo por isso aplicada multa de R\$ 35.626,54, equivalente a 10% do valor das entradas omitidas;
6. recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de divergência entre o valor recolhido e o escriturado no livro de apuração do imposto, sendo lançado tributo na quantia de R\$ 12.382,73, com multa de 60%.

O autuado defendeu-se alegando que, com relação ao item 1º do Auto de Infração, no ano de 2001 nove (9) mercadorias entraram no estabelecimento através das Notas Fiscais que especifica, sendo que ditas mercadorias teriam sido adquiridas em partes (unidade interna, unidade externa e “kit” de instalação), mas a comercialização (saídas) foi feita “em parte integral”, conforme Notas Fiscais que indica. Alega que a fiscalização considerou cada mercadoria separadamente, como se cada uma circulasse independentemente, e não como parte de outra mercadoria. Informa que as 9 mercadorias constituem na verdade 4.

Com relação à “infração 02” [sic – leia-se infração 3ª] do Auto de Infração, que diz respeito a omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao que foi informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, o autuado alega que os elementos da descrição do fato são insuficientes para sua defesa, sendo, por isso, nulo o lançamento, nos termos do art. 18, I, IV, “a”, do RPAF. Protesta que o fiscal infringiu o art. 28, § 3º, VI, o art. 39, III, e o art. 41, II, do RPAF, pois não se encontra no Auto de Infração ou no termo de encerramento de fiscalização a reprodução fiel do teor dos fatos verificados, de forma clara e precisa, e são insuficientes também os demonstrativos fiscais para a compreensão da suposta infração. Reclama que, além de não ser indicada qual a mercadoria cuja saída teria sido omitida, a descrição do fato levanta hipóteses alternativas, ao referir-se a “cartão de crédito ou débito”, gerando insegurança ao contribuinte. Aponta decisão da 2ª Câmara que anulou Auto de Infração “vazio” como o que está em discussão.

No tocante à “infração 03” [sic – leia-se infração 2ª], que diz respeito à falta de entrega de arquivos magnéticos, o autuado alega que os arquivos magnéticos não foram entregues logo, porquanto não estavam ainda prontos, devido a uma falha na contabilidade da empresa, porém, sanada a dificuldade, e já possuindo as informações ordenadas de modo correto, juntou à defesa comprovante de entrega dos elementos em questão, relativamente aos exercícios de 2002 e 2003.

Explica que o fato objeto do item 4º do Auto de Infração, em que o auditor considerou que o contribuinte inutilizou documentos fiscais, o que houve foi a impossibilidade de apresentação de uma Nota Fiscal que foi danificada em virtude de uma inundação em algumas dependências do estabelecimento do contribuinte, porém estava sendo providenciada a recuperação do aludido documento.

Com relação ao item 5º, o autuado reclama que o Auto de Infração não especifica quais as Notas Fiscais que não teriam sido registradas.

No que concerne ao item 6º, o autuado alega que o Auto de Infração não especifica o que teria gerado as divergências acusadas.

A defesa reclama das multas estipuladas nos itens 1º, 2º e 6º, alegando que são exorbitantes, configurando confisco. Assinala que o STF já firmou entendimento de que as multas devem ser no máximo de 30%. Argumenta que multas acima de 30% são inconstitucionais, pois afrontam o princípio do não-confisco, bem como o postulado da razoabilidade. Reproduz o trecho de um voto e as ementas de duas decisões em recursos extraordinários.

Pede a improcedência dos itens 1º e 3º, o alargamento para apresentação do documento de que cuida o item 4º, e a anulação dos itens 2º, 5º e 6º.

O fiscal autuante prestou informação dizendo que, no tocante ao item 1º, o contribuinte está completamente equivocado, pois foram computadas somente as entradas e saídas dos condicionadores de ar das marcas Consul, Brastemp, Springer e LG.

Quanto ao item 2º, observa o autuante que o contribuinte não apresentou os arquivos magnéticos quando foi intimado, e estava sob ação fiscal, não podendo fazê-lo “a posteriori”.

Com relação ao item 3º, diz que o contribuinte vendeu mercadorias através de cartões de crédito ou de débito sem a devida emissão do Cupom Fiscal, conforme demonstram as peças do Auto de Infração.

No que concerne ao item 4º, dezenas de Notas Fiscais foram “danificadas pela corrosão, da má conservação, quando deveriam ser mantidas em total conservação como determina o ICMS/BA” [sic], trazendo inclusive transtornos no levantamento de estoque, provavelmente vindo a beneficiar o contribuinte.

Relativamente ao item 5º, o fiscal diz que o contribuinte deixou de registrar dezenas de Notas Fiscais de compras, como mostram os demonstrativos extraídos do CFAM [leia-se CFAMT – Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito], inclusive contribuindo para minimizar imposto quanto aos cálculos do estoque.

Há uma ligeira confusão no arremate da informação, pois o fiscal confunde o item 5º com o item 6º. Depois de algumas informações extraprocessuais, conclui opinando pela manutenção total dos lançamentos.

Na fase de instrução, em face da alegação da defesa, relativamente ao item 1º do Auto de Infração, de que 9 mercadorias teriam sido adquiridas em partes, mas a comercialização (saídas) foi feita “em parte integral”, foi determinada a realização de diligência para que o fiscal autuante explicasse em detalhes do que se trata, efetivamente, haja vista que a defesa e a informação fiscal não foram claras nesse ponto. Na mesma diligência, com relação ao item 2º, em face da alegação do autuado de que os elementos da descrição do fato são insuficientes para sua defesa, foi determinado que fossem entregues ao contribuinte cópias dos papéis de trabalho às fls. 154 e 213, para sanar a inobservância do mandamento do art. 46 do RPAF. No tocante ao item 3º, foi determinado que o fiscal anexasse aos autos os relatórios de informações TEF diários, com especificação das vendas diárias, operação por operação, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administradora de cartão, separadamente. Com relação ao item 5º, tendo em vista que a defesa

reclama que o Auto de Infração não especifica quais as Notas Fiscais que não teriam sido registradas, foi determinado que fossem entregues ao contribuinte cópias dos papéis de trabalho às fls. 77, 95, 96 e 233, bem como cópias das Notas Fiscais correspondentes a cada um desses papéis de trabalho, como prevê o art. 46 do RPAF. No que concerne ao item 6º, em face da alegação do autuado de que o Auto de Infração não especifica o registro do que teria gerado as divergências acusadas, solicitou-se que fosse fornecida ao contribuinte cópia do papel de trabalho constante à fl. 157. Determinou-se, por fim, que fosse reaberto o prazo de defesa (30 dias).

Nesse ínterim, o contribuinte deu entrada em petição requerendo o pagamento de parte dos valores lançados no Auto de Infração.

Em cumprimento à diligência, o fiscal autuante declarou que, no tocante ao item 1º, em face das explicações da defesa, “desconsideramos as omissões de saídas do exercício de 2001, no valor de R\$ 2.929,88, e passamos a concordar com os argumentos da defesa”. Quanto ao item 5º, que cuida da entrada no estabelecimento de mercadorias “sujeitas a tributação ou não” [sic] sem o devido registro na escrita fiscal, informa o fiscal que, como houve algumas modificações quanto à situação tributária das mercadorias, de posse das Notas Fiscais, elaborou um novo demonstrativo de débito.

VOTO

No 1º item deste Auto de Infração, foram apuradas diferenças de saídas e também diferenças de entradas de mercadorias na escrita do autuado, nos exercícios de 2001, 2002 e 2003, sendo que, no cálculo do imposto, foi tomada por base, para cada exercício, a diferença de maior expressão monetária, a das 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. Embora não seja dito no Auto de Infração, o fato foi constatado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias.

O autuado alegou, na defesa, que 9 mercadorias teriam sido adquiridas em partes, mas a comercialização (saídas) foi feita “em parte integral”. Tendo em vista que tanto a defesa quanto a informação fiscal foram muito vagas quanto a esse ponto, foi determinada a realização de diligência para que o fiscal autuante explicasse em detalhes do que se trata, efetivamente.

O fiscal, de forma lacônica, informou que, em face das explicações da defesa, “desconsideramos as omissões de saídas do exercício de 2001, no valor de R\$ 2.929,88, e passamos a concordar com os argumentos da defesa” (fl. 344).

Sendo assim, ficam mantidos, no item 1º, os lançamentos relativos aos exercícios de 2002 e 2003, nos valores, respectivamente, de R\$ 30.386,68 e R\$ 12.192,91, totalizando R\$ 42.579,59.

O contribuinte requereu o pagamento parcial do débito com os benefícios da Lei nº 10.328/06.

O 2º item refere-se a uma multa por falta de entrega de arquivos magnéticos. Na defesa, o contribuinte, reportando-se a esta como sendo a “infração 03”, admitiu que os arquivos magnéticos não foram entregues quando solicitados, porque não estavam prontos, devido a uma falha na contabilidade, só tendo sido entregues depois. Provou a entrega. Esta, contudo, foi feita extemporaneamente. Mantenho a multa.

O item 3º cuida de lançamento de ICMS por omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao que foi informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, em fevereiro de 2003.

O autuado defendeu-se da imputação referindo-se ao fato como “infração 02”. Alega que os elementos da descrição do fato são insuficientes para sua defesa, sendo, por isso, nulo o

lançamento, nos termos do art. 18, I, IV, “a”, do RPAF. Protesta que o fiscal infringiu o art. 28, § 3º, VI, o art. 39, III, e o art. 41, II, do RPAF, pois não se encontra no Auto de Infração ou no termo de encerramento de fiscalização a reprodução fiel do teor dos fatos verificados, de forma clara e precisa, e são insuficientes também os demonstrativos fiscais para a compreensão da suposta infração. Aponta decisão da 2ª Câmara que anulou Auto de Infração “vazio” como o que está em discussão.

Em atenção à reclamação da defesa, foi determinado que o fiscal anexasse aos autos os relatórios de informações TEF diários, com especificação das vendas diárias, operação por operação, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administradora de cartão, separadamente.

O fiscal não cumpriu a diligência porque, nesse ínterim, o contribuinte efetuou o pagamento do débito.

Embora o autuado tenha requerido o pagamento do imposto relativo a esse item, cumpre notar que o seu reconhecimento diz respeito apenas ao fato, e não ao direito. Ou seja, o seu reconhecimento significa que a diferença realmente houve. Resta, contudo, analisar se o fato reconhecido é passível de tributação.

O § 1º do art. 60 do RICMS prevê que, na apuração dos fatos objeto daquele artigo, quando forem constatadas, simultaneamente, as irregularidades ali apontadas “ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis”, deve-se levar em conta, apenas, a diferença de maior expressão monetária. A diferença apurada no item 3º deste Auto autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias, nos termos do art. 2º, § 3º, do RICMS. Tendo em vista que essa omissão de saídas ocorreu em fevereiro de 2003, e considerando que, de acordo com o item 1º, foram apuradas omissões tanto de entradas quanto de saídas de mercadorias no exercício de 2003 (janeiro a dezembro), está patente que a diferença de que cuida o item 3º está compreendida no levantamento objeto do item 1º. Sendo assim, é indevido o lançamento do item 3º.

O item 4º refere-se a multa por inutilização de documentos fiscais. Noto, inicialmente, que a multa fixa (R\$ 400) aplicada foi enquadrada equivocadamente pelo fiscal no inciso III do art. 42 da Lei nº 7.014/96 (multa de 70% do “imposto”), dispositivo que nada tem a ver com o fato em apreço (descumprimento de obrigação acessória).

A rigor, os documentos não foram inutilizados, tanto assim que o próprio fiscal os acostou aos autos (fl. 247). Aliás, os documentos foram acostados aos autos de forma irregular, pois, como se trata dos documentos originais, estes pertencem ao contribuinte, e para serem anexados aos autos teriam de ter sido apreendidos na forma regulamentar, com a lavratura do devido termo. A apreensão de documentos requer cuidados, pois o contribuinte precisa deles para exibir a outros órgãos governamentais (municipais e federais). O § 3º do art. 947 do RICMS prevê que a apreensão de documentos só pode perdurar até a conclusão da ação fiscal. Se a fiscalização pretende fazer prova com os documentos, deve apreendê-los, tirar cópias e devolver os originais. Em qualquer caso, a apreensão deve ser efetuada legalmente, com a lavratura do Termo de Apreensão, e não simplesmente se apossando dos papéis, sem a devida documentação do fato. Consta no final do relato feito no campo “Descrição dos fatos” que o contribuinte teria deixado de conservar os documentos fiscais pelo prazo de cinco anos. Noto que os documentos se encontram manchados e parcialmente danificados, provavelmente em virtude de uma goteira, porém estão legíveis. Considero descaracterizada a imputação de inutilização dos documentos, pois inutilizar significa invalidar, destruir, tornar inútil, imprestável, e os documentos em questão podem ser analisados, conforme se vê à fl. 247. Em suma, a multa do item 4º é indevida.

Recomendo que, depois de encerrada a fase contenciosa deste processo, caso o contribuinte requeira, sejam os documentos devolvidos a ele, substituindo-se os originais, nos autos, por cópias autenticadas pela repartição.

O item 5º acusa entrada, no estabelecimento, de mercadorias sujeitas à tributação pelo ICMS, sem o devido registro na escrita fiscal, nos exercícios de 2001, 2002 e 2003, sendo por isso aplicada multa equivalente a 10% do valor das entradas omitidas.

O autuado reclamou que o Auto de Infração não especifica quais as Notas Fiscais que não teriam sido registradas. O fiscal declarou na informação que as Notas Fiscais foram colhidas pelo sistema CFAMT. Em atenção à reclamação do contribuinte, e tendo em vista que não consta nos autos que tivessem sido entregues ao contribuinte cópias dos papéis de trabalho (fls. 77, 95, 96 e 233) e das Notas Fiscais correspondentes, determinou-se a realização de diligência, para que a repartição fornecesse cópias dos aludidos documentos ao contribuinte e reabrisse o prazo de defesa. A diligência não foi inteiramente cumprida, porque, nesse ínterim, o contribuinte requereu o pagamento parcial do débito com os benefícios da Lei nº 10.328/06. Não obstante isso, o fiscal, ao cumprir a diligência, reconheceu haver incorrido em equívocos e alterou os dados do lançamento. Ou seja, o contribuinte reconheceu uma coisa, porém o fiscal deixou claro que os fatos eram outros. Não há como manter uma autuação nos termos iniciais, se o próprio fiscal admite estarem errados. Considero que, acima de qualquer formalismo, impõe-se a estrita legalidade da exação fiscal, em respeito ao princípio da verdade material.

No Auto de Infração, a acusação diz respeito à falta de registro, na escrita fiscal, de entradas mercadorias sujeitas à tributação. Foi aplicada multa de 10% do valor das entradas omitidas. Nos papéis de trabalho (fls. 77, 95, 96 e 233), as multas foram indicadas na coluna “10%”, sendo que na coluna “1%” constam apenas zeros. No entanto, ao prestar a informação, o fiscal concluiu que se equivocara, pois havia Notas Fiscais relativas a mercadorias cujas operações não seriam tributáveis, de modo que a multa correspondente a elas seria de 1%. Em face disso, modificou os valores das multas.

Ora, o fato passou a ser outro. Apesar de haver semelhança entre as imputações, em matéria penal (está-se cuidando aqui de pena, multa) a legislação interpreta-se literalmente. No julgamento, não se admite mudança do fulcro da acusação. Além disso, o fiscal, inexplicavelmente, alterou os valores de algumas multas para mais, atribuindo às Notas Fiscais valores diversos (superiores) dos apontados originariamente. Manterei as multas de 10% das entradas omitidas, nos valores originários.

Destaco, a seguir, algumas correções que fui obrigado a fazer. Em princípio, não é papel do julgador fazer correções dessa ordem. No entanto, dadas as peculiaridades deste caso, cujos valores já foram parcialmente pagos, a realização de uma diligência tumultuaria ainda mais este processo, que, conforme se verá, já está por demais tumultuado.

Observo que, no exercício de 2001, segundo a revisão feita pelo autuante, das três Notas objeto do lançamento originário, foi mantido no demonstrativo à fl. 345 apenas a Nota Fiscal 932919 (não consta o nome do emitente), com a multa de R\$ 116,01. Ocorre que o valor da multa, de acordo com o demonstrativo originário à fl. 77, é de R\$ 100,88. Este valor há de prevalecer.

Ainda com relação ao exercício de 2001, noto que, no Auto de Infração, à fl. 3, a data da ocorrência do lançamento na primeira linha do item 5º é 30/4/01, e a data do vencimento é 9/1/02 (!). Já que o documento é do mês de março de 2001, de acordo com o demonstrativo à fl. 77, há que ser feita a correção, alocando a multa no mês de março de 2001, não havendo nenhuma razão para que o vencimento do débito seja marcado para dez meses depois.

No tocante ao imposto referente a março de 2002, em face dos elementos aduzidos pelo autuante, ao cumprir a diligência, há uma série de reparos a fazer, porém a correção é dificultada porque o demonstrativo à fl. 345 não guarda harmonia com o demonstrativo originário, pois os dados foram embaralhados inexplicavelmente, não seguindo a relação das Notas Fiscais a mesma ordem do demonstrativo originário (fl. 95). Retificações:

- a) no demonstrativo à fl. 345, a Nota Fiscal 169263 (não consta o nome do emitente) foi consignada duas vezes. Além disso, a multa indicada no aludido demonstrativo é de R\$ 723,13, diversamente do que consta no demonstrativo originário à fl. 95, onde consta a multa de R\$ 688,70. Este valor há de prevalecer;
- b) a Nota Fiscal 122862 (não consta o nome do emitente), apontada no demonstrativo à fl. 95, aparece no demonstrativo à fl. 345 como sendo Nota Fiscal 128862. Originariamente, de acordo com a fl. 95, a multa seria de 10%, mas no demonstrativo à fl. 345 foi calculada à razão de 1%. Isto significa que, em vez de mercadoria tributável, tratar-se-ia de mercadoria não tributável. No julgamento, não se admite a mudança do fulcro da autuação. Procedimento inválido quanto a esse tópico;
- c) as Notas Fiscais 123186 e 123187 (não constam os nomes dos emitentes), indicadas no demonstrativo à fl. 95, não figuram no demonstrativo à fl. 345;
- d) com relação à Nota Fiscal 123188 (não consta o nome do emitente), de acordo com a fl. 95, originariamente a multa seria de 10%, mas no demonstrativo à fl. 345 foi calculada à razão de 1%. Isto significa que, em vez de mercadoria tributável, tratar-se-ia de mercadoria não tributável. No julgamento, não se admite a mudança do fulcro da autuação. Procedimento inválido quanto a esse tópico;
- e) as Notas Fiscais 36743 e 36744 (não constam os nomes dos emitentes), no demonstrativo à fl. 95, compõem o mês de março, mas no demonstrativo à fl. 345 são datadas de 4/4/02. Há de prevalecer a indicação inicial.

No tocante à parcela de abril de 2002, a Nota Fiscal 94482 (não consta o nome do emitente) indicada no demonstrativo à fl. 95 não figura no demonstrativo à fl. 345. No mesmo mês, a multa relativa à Nota Fiscal 175206 (não consta o nome do emitente), de acordo com a fl. 95, originariamente seria de 10%, mas no demonstrativo à fl. 345 foi calculada à razão de 1%. Isto significa que, em vez de mercadoria tributável, tratar-se-ia de mercadoria não tributável. No julgamento, não se admite a mudança do fulcro da autuação. Procedimento inválido quanto a esse tópico. Quanto à Nota Fiscal 124397 (não consta o nome do emitente), ela é apontada no demonstrativo à fl. 95, mas não aparece no demonstrativo à fl. 345.

Relativamente a maio de 2002, seis Notas Fiscais (5610, 5611, 5612, 5613, 5614 e 5615 – não consta quem é o emitente) foram especificadas no demonstrativo à fl. 95, porém não aparecem no demonstrativo à fl. 233.

Há um problema envolvendo os meses de julho de 2002 e julho de 2003, com relação à Nota Fiscal 4384 (não consta o nome do emitente). Essa Nota foi lançada duas vezes. Aparentemente, poder-se-ia supor que se trata de dois documentos com o mesmo número, mas a coincidência dos dados indica que se referem a um documento apenas. No primeiro lançamento, consta como se a Nota fosse datada de 17.7.02 (fl. 95); no segundo lançamento, consta como se fosse datada de 17.7.03 (fl. 233). No demonstrativo apresentado pelo fiscal ao prestar a informação, a multa relativa a 17.7.02, que era de R\$ 139,02 (fl. 95), foi elevada para R\$ 1.593,07. Pelo que consta na fl. 95, o valor da operação (valor total da Nota) seria de R\$ 1.390,22, com a multa de 10%, no valor de R\$ 139,02; porém pelo demonstrativo da fl. 233, o valor da operação (valor total da Nota) seria de R\$ 15.930,66, com a multa de 10%, no valor de R\$ 1.593,07. Por fim, no demonstrativo à fl. 345 consta que o valor da operação de 17.7.02 é o mesmo do da operação de 17.7.03: R\$ 15.930,66. No demonstrativo à fl. 345, ao lado da data 17.7.02, o fiscal apôs um asterisco (*), porém não consta em parte alguma o esclarecimento quanto ao significado daquele asterisco. Em suma, não há como manter valores autuados dessa forma.

Relativamente a setembro de 2002:

- a) no demonstrativo à fl. 95, figura uma Nota Fiscal de nº 20682 (não consta o nome do emitente), a qual não aparece no demonstrativo à fl. 345;

- b) no demonstrativo à fl. 95, há uma Nota Fiscal de nº 70743 (não consta o nome do emitente). Já no demonstrativo à fl. 345, o número é outro: 370743. No demonstrativo originário, à fl. 95, a multa correspondente à Nota Fiscal 70743 seria de 10%, mas no demonstrativo à fl. 345 a multa da Nota Fiscal 370743 foi calculada à razão de 1%. Isto significa que, em vez de mercadoria tributável, tratar-se-ia de mercadoria não tributável. No julgamento, não se admite a mudança do fulcro da autuação. Procedimento inválido quanto a esse tópico;
- c) no demonstrativo à fl. 345, foi incluída a Nota Fiscal 262897 (não consta o nome do emitente), porém esse documento não consta no levantamento originário à fl. 95.

Com relação a outubro de 2002, foram relacionadas no demonstrativo originário, à fl. 95, as Notas Fiscais 21213 e 21219 (não constam os nomes dos emitentes), porém essas Notas não figuraram no demonstrativo à fl. 345.

Idêntica situação se dá em relação a junho de 2003: a Nota Fiscal 15122 (não consta o nome do emitente), indicada no demonstrativo à fl. 233, não aparece no demonstrativo à fl. 345. Ainda em relação a junho de 2003, noto que a multa referente à Nota Fiscal 32147 (não consta o nome do emitente), de acordo com a fl. 233, originariamente seria de 10%, mas no demonstrativo à fl. 345 foi calculada à razão de 1%. Isto significa que, em vez de mercadoria tributável, tratar-se-ia de mercadoria não tributável. No julgamento, não se admite a mudança do fulcro da autuação. Procedimento inválido quanto a esse tópico.

No tocante a setembro de 2003, as multas das Notas Fiscais 26167 e 26406 (não constam os nomes dos emitentes), originariamente, de acordo com a fl. 233, seriam de 10%, mas no demonstrativo à fl. 345 foram calculadas à razão de 1%. Isto significa que, em vez de mercadoria tributável, tratar-se-ia de mercadoria não tributável. No julgamento, não se admite a mudança do fulcro da autuação. Procedimento inválido quanto a esse tópico.

No mês de outubro de 2003, há uma confusão quanto à numeração das Notas Fiscais 4034, 43061, 430511 e 1533511 (não constam os nomes dos emitentes) especificadas no demonstrativo à fl. 233, pois as “mesmas” Notas constam no demonstrativo à fl. 345 como sendo de números 4034, 4305, 4306 e 15335. Como, porém, os valores coincidem, embora fora de ordem, considero escusável o vício.

Noto, por fim, que, para o nobre fiscal autuante, todos os meses do ano têm 30 dias, o que não é exato. Cumpre proceder-se às devidas correções, levando as datas das ocorrências para o último dia de cada mês.

O demonstrativo do débito do item 5º deverá ser refeito com base nas seguintes indicações:

ITEM	DATA OCORR.	NOTA FISCAL	ICMS	
			VALORES ORIGINÁRIOS	VALORES REMANESCENTES
5º	31.03.01	932919	100,88	100,88
		45474	97,22	–
		521779	1.363,21	–
		Somas	1.561,31	100,88
	31.03.02	169263	688,70	688,70
		122509	400,96	400,96
		122862	3.037,21	–
		123186	1.330,44	–
		123187	538,42	–
		123188	1.118,17	–
		36743	1.366,45	1.366,45
		36744	1.363,35	1.363,35
Somas			9.843,70	3.819,46
	30.04.02	94482	210,81	–
		175206	976,26	–

		124397	1.804,60	—
		Somas	2.991,67	—
31.05.02	5610	878,13	—	
	5611	371,54	—	
	5612	526,52	—	
	5613	942,97	—	
	5614	378,91	—	
	5615	470,18	—	
		Somas	3.568,24	—
31.07.02	4384	139,02	—	
		Somas	139,02	—
30.09.02	20682	3.094,96	—	
	70743	3.273,67	—	
		Somas	6.368,63	—
31.10.02	21213	2.475,97	—	
	21219	618,99	—	
		Somas	3.094,96	—
31.05.03	2405	78,00	78,00	
		Somas	78,00	78,00
30.06.03	1697	3.004,33	3.004,33	
	15122	1.121,47	—	
	32147	39,10	—	
		Somas	4.164,90	3.004,33
31.07.03	4384	1.593,07	—	
		Somas	1.593,07	—
30.09.03	26167	130,00	—	
	26406	282,36	—	
		Somas	412,36	—
31.10.03	4034	723,99	723,99	
	43061 (4306)	217,76	217,76	
	430511 (4305)	434,49	434,49	
	1533511 (15335)	434,49	434,48	
		Somas	1.810,72	1.810,72
		Total		8.813,39

O 6º item do Auto de Infração diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de divergência entre o valor recolhido e o escriturado no livro de apuração do imposto. O autuado, na defesa, pôs em dúvida a liquidez do lançamento, porém depois requereu o pagamento do débito com os benefícios da Lei nº 10.328/06, reconhecendo o fato. Não consta que haja erro do lançamento. Mantenho o lançamento.

Quanto à reclamação da defesa, de que as multas estipuladas nos itens 1º, 2º e 6º são exorbitantes, configurando confisco, tenho a dizer que este órgão não tem competência para apreciar a legalidade ou constitucionalidade do direito posto.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 118973.0001/06-0, lavrado contra **FRUTOSDIAS MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 54.962,32**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 12.382,73 e de 70% sobre R\$ 42.579,59, previstas no art. 42, incisos II, “b”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias,

totalizando R\$ 28.569,88, previstas nos incisos IX e XIII-A, “g”, do art. 42 da supracitada lei, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR