

A. I. Nº - 280080.0067/05-5
AUTUADO - FRATELLI VITA BEBIDAS LTDA.
AUTUANTE - FRANCISCO NOBRE DE OLIVEIRA
ORIGEM - SAT/DAT NORTE/COFEP
INTERNET - 20.08.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0192-02/08

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Tendo em vista os esclarecimentos prestados na informação fiscal de que a diferença é decorrente de apropriação indevida de crédito fiscal, inovando a acusação fiscal, foi reaberto o prazo de defesa por 30 (trinta) dias, mediante intimação, conforme determinado no julgamento da 2ª CJF que culminou com a anulação do julgamento anterior. Infração não elidida. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXERCICIO FECHADO. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Constatando-se diferenças de entradas através de levantamento quantitativo, é devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Infração caracterizada. b) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS ISENTAS/NÃO TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MULTA. Mantida a multa. 3. LIVROS FISCAIS. MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. a) REGISTRO DE ENTRADAS. ESCRITURAÇÃO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. b) LIVRO RUDFTO. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. Matéria já foi objeto de julgamento no Acórdão JJF nº 0410-02/05 e CJF nº 0146-12/06. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/03/2005, reclama débito no valor total de R\$453.636,10, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$2.731,22, no mês de dezembro de 2003, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, conforme documentos às fls. 154 a 156.
2. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributadas, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurada através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, relativa aos exercícios de 2003 e 2004, sendo aplicada multa no valor total de R\$100,00, conforme demonstrativos e documentos às fls. 07 a 38.
3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$193.847,70, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, relativo aos exercícios de 2003 e 2004, conforme demonstrativos e documentos às fls. 07 a 38.
4. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, no valor de R\$256.727,18, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechados (2003 e 2004), conforme demonstrativos e documentos às fls. 07 a 38.
5. Escrituração do livro Registro de Entradas, em desacordo com as normas regulamentares, em razão da falta do resumo mensal das operações e da totalização por CFOP, referente ao mês de janeiro de 2004, sujeitando à multa no valor de R\$ 140,00.
6. Falta de atendimento a intimação, expedida em 18/02/2005, para apresentação do livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, sujeitando-se à multa no valor de R\$90,00.

O sujeito passivo por seu representante legal, em sua impugnação às fls. 78 a 86, argüiu a nulidade do lançamento consubstanciado no Auto de Infração a pretexto de cerceamento de defesa, com base nas seguintes preliminares:

1. Ausência de fundamentação legal – entende que houve omissão quanto à indicação dos artigos ou dos artigos da lei que veiculam as normas jurídicas supostamente incidentes, pois consta no Auto de Infração apenas a indicação de dispositivos regulamentares e do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.
2. Descrição imprecisa da infração 01 – alega que a data da ocorrência indicada de 11/02/03 e a data de vencimento de 12/10/03 estão incompatíveis com a acusação fiscal, tendo em vista que a sua submissão ao regime de apuração do ICMS que prevê o recolhimento até o 9º dia do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores, bem assim, o fato de que as folhas do Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS colacionados aos autos referem-se ao mês de dezembro de 2003, período diverso da infração descrita.

No mérito, aduz a improcedência da infração 01, sob o fundamento de que em relação ao período de dezembro de 2003, os documentos constantes nos autos demonstram a exatidão entre o valor registrado e o valor recolhido de R\$ 1.802,59, conforme documentos às fls. 94 a 101.

Quanto as infrações 03 e 04, assevera que todas as operações comerciais de compra e venda realizadas no período pelo estabelecimento foram devidamente documentadas através de notas fiscais e regularmente escrituradas nos livros fiscais competentes, tendo acostado cópias do

Registro de Entradas e Registro de Saídas, e diversas notas fiscais de entradas e de saídas (docs. fls. 102 a 143) visando demonstrar a insubsistência das citadas infrações.

Com relação às infrações 02, 05 e 06, salienta que se tratam de ocorrências referidas de inadimplemento de obrigação acessória, não decorrentes de conduta dolosa, fraudulenta ou simulada, as quais, não ensejaram falta de recolhimento do tributo. Com esse argumento pede a aplicação do disposto no artigo 158 do RPAF/99.

Por fim, requer sejam acolhidas as preliminares de nulidades, ou se rejeitadas, seja julgado improcedente o Auto de Infração, e no tocante às infrações 02, 05 e 06, que sejam canceladas ou reduzidas as multas com base no art. 158 do RPAF/99.

O autuante em sua informação fiscal às fls. 149 a 152 esclareceu que a sua ação fiscal decorreu da Ordem de Serviço nº 503806/05, e rebateu a preliminar de nulidade de cerceamento de defesa de que a simples menção de artigo do Regulamento do ICMS não tem validade, citando o artigo 96 do CTN, onde está definido que a expressão “legislação tributária” compreende as leis, decretos e as normas complementares.

Salienta que na fundamentação de cada uma penalidade foi indicado o dispositivo do RICMS/BA que está em consonância com a Lei nº 7.014/96 e na Lei Complementar nº 87/96.

Quanto a infração 01, justificou o equívoco cometido dizendo que o lançamento foi feito automaticamente utilizando o Sistema SAFA que gera os arquivos para o Sistema SEAI sem a sua intervenção. Informa que a data correta do débito do mês de dezembro de 2003 deve ser 31/12/03 e o vencimento da obrigação tributária o dia 09/01/2004, conforme documentos às fls. 44 a 56.

Por outro lado, diz que a diferença apurada de R\$2.731,22 refere-se a aproveitamento de crédito sobre a tomada de serviços (fl. 45), não apresentada nos arquivos magnéticos, considerado indevido em virtude do autuado não ter apresentado a comprovação de tal operação, tudo conforme documentos de fls. 54 a 156.

Em seguida, explica que as infrações 03 e 04 são originárias de apuração de diferenças em auditoria de estoques nos exercícios de 2003 e 2004, cujos demonstrativos encontram-se às fls. 06 a 38, com detalhamento nos arquivos constantes no CD-ROM juntado ao processo e entregue ao autuado conforme termos às fls. 40 a 43.

Informa que o demonstrativo das omissões do ano de 2004 encontra-se à fl. 34, enquanto que o relativo ao ano de 2003 foi anexado à informação fiscal às fls. 158 a 161, e destaca que os documentos apresentados pelo autuado não são suficientes para afastar a acusação fiscal de omissões de entradas e de saídas de mercadorias.

No que concerne às demais infrações, o preposto fiscal justifica a origem para a aplicação das respectivas multas formais, quais sejam: Infração 02: omissão de saídas de mercadorias isentas/não tributadas apurada na auditoria de estoques dos anos de 2003/2004; Infração 05: escrituração do livro Registro de Entradas sem efetuar o resumo mensal das operações referentes ao mês de janeiro de 2004, e ainda a falta de totalização da CFOP; Infração 06: falta de atendimento a intimação constante à fl. 71 para a apresentação do livro RUDFTO. Assevera que o apelo do contribuinte autuado no artigo 198 do RPAF/99 não invalida a acusação fiscal.

Concluindo, observa que o autuado não juntou provas de suas alegações que afastem as acusações fiscais, e pede a manutenção integral do Auto de Infração.

Consta às fls. 163 a 164 que o sujeito passivo foi cientificado do teor da informação fiscal e dos novos elementos acostados aos autos, porém, sem qualquer manifestação de sua parte.

Através do Acórdão JJF nº 0410-02/05 (fls. 168 a 172), esta Junta julgou procedente todas as infrações, com a adequação da multa da infração 02, com base no entendimento de que, a partir do momento que foi comprovada a entrega dos levantamentos e demonstrativos de apuração do

débito e esclarecida cada infração, foi assegurado ao sujeito passivo o direito de fazer a sua impugnação do lançamento mediante a apresentação das provas que as acusações fiscais foram imputadas indevidamente, e o autuado não apresentou nenhuma prova em sentido contrário.

O sujeito passivo em seu Recurso Voluntário às fls. 184 a 191, reiterou suas razões de defesa anteriores quanto a nulidade da infração 01, relativamente à sua tese de que à vista de incompatibilidade de datas de ocorrência indicada e o efetivo vencimento, ocorreu alteração da descrição fática da infração. Quanto às demais infrações, questionou os documentos constantes nos autos, arguiu inexistência das condutas tipificadas e pediu o cancelamento de todas as multas por descumprimento de obrigação acessória.

A PGE/PROFIS em seu Parecer à fl. 202 opinou pela nulidade da decisão recorrida, por concordar com as razões recursais de que ao prestar a informação fiscal o autuante alterou os fatos que motivaram a caracterização da infração, pelo que deveria ser reaberto o prazo de defesa, visando resguardar os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Por conta disso, conforme Acórdão nº 0146-12/06 (fls. 205 a 210), a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, concluiu pela existência de nulidade na decisão recorrida, por entender que não foram colacionados aos autos os resumos de apuração do levantamento quantitativo, bem como, por ter ocorrido inovação pelo autuante quando, ao prestar sua informação fiscal, alterou os fatos concernentes à infração 01, sem a reabertura do prazo de defesa.

O processo foi encaminhado para o autuante cumprir o determinado no Acórdão acima citado, tendo se manifestado às fls. 218 a 222, e esclarecido a origem do lançamento da infração 01, argumentando que não houve inovação da autuação, e que a sua intenção teve o fito de explicar o fato e facilitar ao autuado a identificação da origem da diferença apurada.

Quanto às infrações 02, 03 e 04, o autuante, após demonstrar a forma de apuração e fazer uma ilustração da composição das omissões e respectivos valores, disse que todos os dados foram obtidos a partir dos arquivos magnéticos, informando que tudo consta em arquivos do CD disponibilizado ao autuado (fl. 74), por economia processual, entendendo que isto não causou cerceamento de defesa ou representou qualquer obstáculo à ampla defesa.

Conclui que nenhum demonstrativo ou resumo de apuração dos levantamentos quantitativo há de ser acrescentados, pois todos os elementos indispensáveis ao conhecimento do recorrente encontram-se nos autos.

Conforme Processo nº 001792/2007-5, o autuado declara que, aproveitando o benefício instituído pela Lei nº 10.328/06, efetuou o pagamento do valor integral do débito relativo às infrações 05 (16.04.06) e 06 (16.04.01), conforme DAE à fl. 225.

Em 22/03/2007, o patrono do autuado requereu que o autuante ordenasse a exibição dos arquivos magnéticos que contém as planilhas anexas ao auto de infração, e que em atenção aos princípios de verdade real e da economia processual, seja determinada a suspensão do presente processo até o julgamento do Auto de Infração nº 280080.0082/06-2, bem como a exibição dos arquivos magnéticos ora requeridos.

O autuante à fl. 242, reiterou sua informação à fl. 210, item 10, no sentido que consta no processo devidamente visado pelo representante do contribuinte, a confirmação do recebimento de arquivo em CD Room, no qual, foram fornecidos em meio magnético todos os dados a que se refere o auto de infração. Afirma que os dados solicitados em planilha impressa constam do citado CD. Informando que esse entendimento foi esposado pela Supervisão da IFEP-Sul, encaminhou o processo para o Inspetor Fazendário para sua apreciação.

O Inspetor Fazendário da IFEP Sul apresentou um Recibo de Arquivos Eletrônicos/Documentos, devidamente assinado pelo preposto do autuado (fl. 243), declarando que foi entregue ao autuado,

nova cópia em mídia eletrônica dos demonstrativos gerados pelo SAFA referente aos exercícios de 2003 e 2004, contendo os levantamentos das entradas, das saídas e dos preços unitários médios, com a reabertura do prazo de defesa por 10 (dez) dias para a manifestação do sujeito passivo.

O sujeito passivo às fls. 245 a 247 se manifestou dizendo que houve manifesta violação ao princípio do contraditório, pois foi ofertado o prazo de 10 (dez) dias e não de 30 (trinta) conforme prevê o RPAF. Requereu a concessão do prazo de 30 (trinta) dias para sua manifestação.

Na fase de instrução visando a instrução do processo para fins de julgamento, foi verificado que realmente na reabertura do prazo de defesa não foi concedido o prazo estipulado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal (fl. 210), sendo decidido na pauta suplementar 11/12/2007, retornar o processo à Infaz de origem para que, mediante intimação, fosse reaberto o prazo de defesa, devendo, no ato da intimação, ser entregue cópia do despacho de diligência à fl. 251 e concedido o prazo de 30 (trinta), para o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Consta às fls. 254 a 255 uma manifestação do contribuinte datada de 07/12/2007, data essa, posterior ao despacho de diligência, sem qualquer prova de que dito documento realmente foi entregue na citada data. Nesta manifestação, o patrono do autuado dizendo que, diante do enorme volume de operações a se analisar, não será possível concluir a diligência no prazo estipulado, pelo que requereu dilação do prazo por mais 60 (sessenta) dias.

Em 08/01/2008, mediante intimação (fl. 257/8), foi cientificado o autuado do despacho à fl. 251, reabrindo o prazo de defesa por 30 (trinta) dias.

Em 18/02/2008, o autuado se manifestou às fls. 262 a 265, argüindo que analisando os arquivos que compõem o auto de infração, verificou a existência de erros e inconsistências no SINTEGRA, tendo juntado os relatórios, por amostragem, contendo as inconsistências às fls. 266 a 499, relativas a: inscrição inválida para a Bahia; conteúdo do relatório inválido; série de nota fiscal inválida; número de inscrição estadual contendo o complemento NO, ME, e o sistema Sintegra não aceitou estas informações no ato da transmissão.

Diz que quando da transmissão dos dados pelo SINTEGRA, o funcionário responsável pelo procedimento, observando os equívocos existentes, procedeu a imediata retificação diretamente na tela do computador e transmitiu as informações, mas não as corrigiu na base de dados do autuado, gerando à fiscalização a tomada de informações equivocadas.

Por conta disso, concluiu pela necessidade de se realizar nova diligência para que a SEFAZ disponibilize os relatórios de declaração do SINTEGRA do período objeto da autuação.

Além disso, requer a realização de perícia contábil, para cotejar os dados do SINTEGRA com os dados reais das notas fiscais de entradas e saídas de mercadorias e respectivos livros fiscais.

Por fim, requereu: a) seja baixado o processo em diligência para que o órgão da Secretaria da Fazenda disponibilize os relatórios das declarações apresentadas pela empresa por meio do Sistema SINTEGRA, para análise comparativa com os dados utilizados pela fiscalização, concedendo o prazo de 60 (sessenta) dias; b) que em não se adotando a providência anterior, que seja deferido o prazo de 90 (noventa) dias, contados da intimação do deferimento, para realização de perícia contábil nos livros fiscais.

Preposto fiscal estranho ao feito analisou a manifestação do autuado, e disse que os arquivos magnéticos transmitidos se referem ao período de 01/01/2003 a 31/12/2004, e foram transmitidos em conformidade com o Conv. 57/95 e alterações posteriores.

Sobre o relatório de crítica do Sintegra emitido em 30/01/2008, explicou que nesse intervalo de tempo (2003 a 2008), várias versões do programa Sintegra foram colocadas à disposição do

contribuinte. Salienta que os arquivos magnéticos gerados, validados e transmitidos pela SEFAZ na versão de 2003 e 2004, se submetidos à versão 2008 serão rejeitados caso algum dos campos que passaram a ser validados contenham erros. Diz que isto foi exatamente o que ocorreu no caso do autuado.

Em seguida, informou a lista das versões do programa SINTEGRA do período, registrando que a última versão é a que deve ser utilizada, a saber: março de 2008 = versão 5.2.4; 29/05/2007 = versão 5.2.3; 12/01/2006 = versão 5.2.0 (uso obrigatório a partir de 22/02/2006); 04/02/2005 = versão 5.1.0 (uso obrigatório a partir de 01/01/2006); 29/03/2004 = versão 5.0.3; 08/03/2004 = versão 5.0.2; 03/06/2003 = versão 4.1.0 (esta nova versão aceita tanto os antigos CFOP's quanto os novos respeitando-se o período de sua vigência); 19/03/2003 = versão 4.0.5.

Quanto ao pedido para realização de perícia contábil, o informante frisa que sendo o autuado usuário do SEPD – Sistema Eletrônico de Processamento de Dados, regulado pelo Conv. 57/95, está obrigado a transmitir mensalmente a movimentação das entradas e saídas de mercadorias em meio magnético, como de fato transmitiu, sendo, portanto, perfeitamente possível efetuar o levantamento quantitativo de estoques fechado, com precisão e rapidez, pois o roteiro utilizado visa comprovar a igualdade de uma equação algébrica que envolve as seguintes variáveis: estoque inicial (EI) + entradas (E) = saídas (S) + estoque final (EF), sendo que o desbalanceamento dessa equação é interpretada como omissão de entrada quando $(EI+E) > (S+EF)$, ou omissão de saída quando $(EI+E) < (S+EF)$. Conclui dizendo que é desnecessária a realização da perícia contábil requerida na defesa, pois a contabilidade registra somente os valores das notas fiscais sem as quantidades.

Concluindo, quanto ao pedido para que sejam disponibilizados os relatórios apresentados pelo autuado, o preposto fiscal diz que tratam de informações que o próprio autuado transmitiu para a SEFAZ e estão em sua posse. Salienta ainda que caso o autuado não esteja mais com os seus arquivos magnéticos do período, devido a sinistro ou perda fortuita, ele pode cotejar as informações constantes nos papéis de trabalho, fornecidos pelo fiscal autuante.

O processo foi submetido a Pauta Suplementar do dia 10/04/2008, sendo decidido pela conversão do mesmo à Infaz de origem para que fossem adotadas as seguintes providências: AUTUANTE: providenciasse a impressão de todos os levantamentos (entradas e saídas de mercadorias) e dos demonstrativos, de que cuida a auditoria de estoques, que estão contidos no CD ROM à fl. 27. ÓRGÃO PREPARADOR DA INFAZ: após o cumprimento da diligência pelo autuante, mediante intimação, reabrisse o prazo de defesa por 30 (trinta) dias para o exercício da ampla defesa e do contraditório, devendo, no ato da intimação, ser entregue cópia deste despacho e de todos os levantamentos e demonstrativos juntados aos autos pelo autuante.

Na informação prestada por preposto fiscal estranho ao feito (fl. 511), foi informado que deixou de atender a solicitação do órgão julgador pelos seguintes motivos: a) “*A quantidade de páginas estimadas a serem impressas ultrapassa a casa das 7.000 (sete mil); b) As unidades fazendárias não reúnem condições operacionais para a impressão de tal quantidade de páginas.*”

Acrescentou que a não impressão das 7.000 páginas em nada prejudica a busca da verdade material do objeto da autuação, por entender que o próprio autuado em sua manifestação à fl. 237, requereu tão-somente a exibição dos arquivos magnéticos que contém as planilhas anexas, face a inviabilidade de se realizar o cotejo de todos os documentos fiscais com as planilhas impressas.

O informante encaminhou o processo ao Inspetor da IFEP SUL sugerindo que fosse feita gestão junto ao órgão julgador no sentido de demonstrar que os princípios da economicidade e da celeridade, além das razões acima, apontam para a não impressão das planilhas.

O Inspetor Fazendário – IFEP Sul se manifesta à fl. 512, onde corrobora as informações prestadas anteriormente, entendendo que não há porque imprimir os documentos constantes no despacho de diligência, pois já fora entregue ao autuado, por duas vezes, um CD autenticado contendo todos os demonstrativos e planilhas relacionadas com o lançamento fiscal. Frisa que os representantes do sujeito passivo solicitaram tão-somente os documentos gravados em meio magnético, porque facilitariam a análise e a consequente identificação das inconsistências porventura identificadas.

Salienta que o entendimento do CONSEF, é que os demonstrativos gravados em meios magnéticos devidamente autenticados substituem as páginas impressas, e não há nos autos demanda do autuado requerendo que os documentos sejam impressos.

Finaliza dizendo que caso seja imprescindível a impressão dos demonstrativos e planilhas gravados no CD de fl. 74, no âmbito da INFAS Sul não há condições operacionais para levá-la a efeito, sugerindo que dito trabalho seja feito pela DTI.

VOTO

Pelo que foi relatado, todos os fatos discutidos no presente processo foram julgados por esta Junta (Acórdão JJF nº 410/02-05), tendo o sujeito passivo interposto Recurso Voluntário, resultando na decisão constante no Acórdão CJF nº 0146-12/06, qual seja:

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Existência de nulidade na Decisão questionada porque se deixou de colacionar aos autos os resumos de apuração do levantamento quantitativo efetuado, bem como, ocorreu inovação pelo autuante quando, ao prestar informação fiscal, alterou os fatos concernentes à infração 1 e não foi reaberto o prazo de defesa. A ausência desses elementos invalida a Decisão de 1ª Instância. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova decisão em relação às infrações 1, 3, 4 e 5. Recurso PROVIDO. Decisão unânime.

Observo que o autuado efetivou o pagamento das multas indicadas nos itens 05 e 06 nos valores de R\$140,00 e R\$90,00, respectivamente, em razão do descumprimento de obrigação acessória, relativas a: escrituração do livro Registro de Entradas, em desacordo com as normas regulamentares, qual seja, falta do resumo mensal das operações e da totalização por CFOP, referente ao mês de janeiro de 2004; e falta de atendimento a intimação, expedida em 18/02/2005, para apresentação do livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, pois a matéria já foi objeto dos julgamentos que resultaram nos citados Acórdãos.

Portanto, trata este processo de novo julgamento em relação às infrações 01, 02, 03 e 04.

Preliminarmente, observo que o sujeito passivo pleiteou que fosse determinada a suspensão do presente processo até o julgamento do Auto de Infração nº 280080.0082/06-2, por ter havido duplicidade de lançamentos de notas fiscais, bem como ordenasse a exibição dos arquivos magnéticos que contém as planilhas anexas ao auto de infração.

Não há porque atender o pedido para suspensão do julgamento deste processo, pois, tratam de processos em nome de estabelecimentos distintos, não significando que os eventuais erros verificados em um processo possam ser estendidos para o outro.

Sobre o pedido para entrega dos relatórios das declarações apresentadas pela empresa por meio do Sistema SINTEGRA, o arquivo magnético que lhe foi entregue (fl. 243) contém todas as informações necessárias para o esclarecimento sobre a lide. Por esse motivo, indefiro o pedido para realização de perícia, com fulcro no art. 147, I, do RPAF/99.

Também não foi acolhido o pedido do autuado para prorrogação do prazo de defesa por 90 (noventa), pois a ação fiscal (intimações, recebimentos e análise de documentos, e conclusão

fiscal) durou aproximadamente 40 (quarenta) dias, enquanto que o contribuinte, entre a data de ciência do auto de infração até a data do julgamento, teve mais de 03 (três) anos, sem comprovar qualquer fato impeditivo para apresentar qualquer demonstrativo para contraditar o trabalho fiscal. Além disso, o procurador presente na Sessão de Julgamento informou que a empresa ainda está conferindo os levantamentos fiscais, sem conclusão até esta data.

No que tange às nulidades argüidas, analisando a preliminar relativa a ausência de fundamentação legal, observo que os fatos descritos no corpo do Auto de Infração estão em perfeita sintonia com os dispositivos da legislação tributária, notadamente do Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, descritos no enquadramento de cada infração, e em momento algum, tais disposições regulamentares, impediu o contribuinte de exercer a ampla defesa e o contraditório, ressaltando-se que para fins de definição da norma aplicável a fiscalização deu cumprimento ao citado Regulamento, cujos artigos são originários de norma complementar, lei, convênios, tratados, etc.

Quanto a preliminar de que houve descrição imprecisa da infração 01, observo que realmente o contribuinte teve razão suficiente para essa alegação, pois ela foi indicada apenas que se refere ao desencontro entre o imposto recolhido e o escriturado do RAICMS. Este tipo de descrição está previsto no sistema automatizado do auto de infração (SEAI) da SEFAZ, e, normalmente, é utilizado em autuação na hipótese de o contribuinte declarar no Registro de Apuração do ICMS o valor devido do imposto mensal, e ao ser confrontado com o documento de arrecadação (DAE) recolhido, ser evidenciada divergência de valor entre o declarado e o recolhido. Além disso, foi apontado que a datas da ocorrência e do vencimento da obrigação tributária estavam incompatíveis com a acusação fiscal, no que também tem razão o contribuinte. Porém, em ambos os casos, o preposto fiscal em sua informação fiscal supriu tal omissão e incorreção esclarecendo o real motivo da autuação e efetiva data do fato gerador, ou seja, que o lançamento da importância de R\$ 2.731,22, refere-se a aproveitamento de crédito fiscal sobre a tomada de serviços (fl. 45), não apresentada nos arquivos magnéticos, e não comprovada tal operação, conforme documentos de fls. 54 a 56, e que a ocorrência foi constatada no mês de dezembro de 2003, data de ocorrência 31/12/2003 e a data do vencimento o dia 09/01/2004. Disso decorrente, por ocasião da apreciação do Recurso Voluntário interposto pelo autuado, entendeu a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, com base em parecer da PGE/Profis, que entendeu que houve inovação do fulcro da autuação, e não ter concedido o prazo de 30 (trinta) dias, incorreu o julgamento de primeira instância em cerceamento de defesa. Assim, considero ultrapassadas tais argüições, pois, neste processo, estas questões foram devidamente resolvidas com a reabertura do prazo de defesa de defesa por 30 (trinta) dias, conforme documentos às fls. 251, 257 e 158.

Observo, ainda, que a lavratura do Auto de Infração obedeceu ao disposto no artigo 39, do RPAF/99, eis que, contém todos os elementos esclarecedores da acusação fiscal, tais como a descrição do fato, o enquadramento legal, os valores de cada período, a multa aplicada, o demonstrativo detalhado do débito, além do Anexo do demonstrativo de débito, no qual, constam a tabela de redução de multa, tabela de correção dos acréscimos legais, demonstrativos das omissões, levantamentos de entradas e de saídas, cálculo do preço unitário médio, de que trata a auditoria de estoques, inclusive um CD-ROM com as planilhas da auditoria de estoques, todos entregues ao autuado para a ampla defesa e o contraditório.

Assim, concluo que no plano formal, com o saneamento do processo, não restou inobservância de qualquer exigência contida na legislação tributária que impedissem o sujeito passivo de exercer com plenitude o seu direito de defesa, razão porque, rejeito as preliminares argüidas na defesa fiscal por não se enquadrar o pedido do contribuinte em nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF/99, e passo a analisar o mérito da lide.

A infração 01 foi descrita no auto de infração como recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$2.731,22, no mês de dezembro de 2003, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, sendo esclarecido no curso do processo que esta divergência decorreu do aproveitamento de crédito sobre a tomada de serviços (fl. 45), não apresentada nos arquivos magnéticos, considerado indevido em virtude do autuado não ter apresentado a comprovação de tal operação, tudo conforme documentos de fls. 54 a 156.

Pelos documentos que instruem este item, bem assim, pelos esclarecimentos do autuante, a infração está devidamente caracterizada, já havia sido julgada procedente no processo anterior, tanto que a PGE/Profis (fl. 202), ao se manifestar sobre o citado julgamento, não foi contra a constituição do crédito tributário em questão, opinando, que em virtude da inovação na descrição do fato, seria necessária apenas a reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) dias, o que efetivamente ocorreu conforme intimação à fl. 257 a 258. Mantida a infração, pois da forma como foi posta está devidamente caracterizada, e o autuado não apresentou nenhum documento para elidi-la.

As infrações 02, 03 e 04 foram apuradas através de levantamento quantitativo de estoques, conforme documentos às fls. 07 a 38, 74, e 154 a 161, cujo fulcro da acusação fiscal de que cuida a infração 02 foi de omissão de saídas de mercadorias isentas e/não tributadas, enquanto que o item 03, a acusação reside na responsabilidade do autuado como contribuinte solidário, por ter adquirido mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, desacompanhadas da documentação fiscal competente. Já o item 04, trata de antecipação tributária sobre os mesmos produtos de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido da MVA.

Todas as citadas infrações estão documentadas com os respectivos elementos de provas, quais sejam, demonstrativos, levantamentos, cópia de livro fiscal e esclarecimentos, inclusive CD-ROM relativo a auditoria de estoques e intimações, e são suficientemente esclarecedores das infrações imputadas ao autuado.

No caso das infrações 02 a 04, conforme dito acima, o débito a elas inerente, foi apurado através de levantamento quantitativo de estoques.

O levantamento quantitativo por espécie de mercadorias é uma técnica usualmente adotada pelo Fisco Estadual no desempenho da sua atividade precípua: a fiscalização da circulação de mercadorias. Consiste no comparativo das entradas, saídas e estoques, inicial e final, de mercadorias, relativos a intervalo de tempo delimitado, *in casu*, no período de 01 de janeiro a 31 de dezembro, dos exercícios de 2003 e 2004.

Este tipo de levantamento é um dos mais eficientes meios de se determinar a regularidade da escrita fiscal. É de natureza muito simples, pois consiste no balanceamento das quantidades das entradas e saídas de mercadorias ocorridas num determinado período e executado através dos dados declarados nos livros fiscais e respectivos documentos fiscais. Toma por base a equação matemática: estoque inicial + entradas – estoque final = saídas reais. Quando as saídas reais são maiores do que as saídas declaradas, conclui-se que esta diferença é decorrente de entradas não declaradas. Se ocorrer o inverso, decorre de omissão de saídas.

Esta auditoria deve ser acompanhada do levantamento das entradas e das saídas, dos estoques inicial e final, do demonstrativo do preço unitário médio, e de um resumo intitulado de demonstrativo das omissões. As quantidades das entradas e das saídas correspondem com os documentos fiscais emitidos; as quantidades dos estoques são as que se encontram declaradas no Registro de Inventário, enquanto os preços unitários são determinados em função da ocorrência de diferenças de entradas ou de saídas. Esta apuração pode ser feita examinando-se cada documento fiscal, ou, mediante uma depuração das quantidades e valores informados no arquivo

magnético que é entregue por força do art. 708-A do RICMS/97. A depender do volume de operações realizadas pelo contribuinte e da quantidade das mercadorias escolhidas para a auditoria, estes levantamentos podem resultar em um número elevado de folhas. Já o resumo (demonstrativo das omissões), pode ser expresso em uma ou duas folhas.

Tratando-se de verificação aritmética, ressalta-se seu caráter objetivo, que, por esse motivo, deve ser atacado também de forma objetiva, com o apontamento de eventuais equívocos que possam macular o trabalho fiscal. Para contestá-lo, de modo válido, basta que o sujeito passivo confira o levantamento elaborado pelo fisco, com base nos mesmos elementos utilizados e demonstre as incorreções porventura existentes.

O levantamento que resultou na autuação fiscal é composto de diversos quadros demonstrativos que explicitam todo o trabalho realizado, nos quais o Fisco discrimina os produtos objeto das exigências, bem como as quantidades, e os demais dados necessários e considerados, e baseia-se nas notas fiscais de entradas e saídas, nos livros de Registro de Entradas e Saída, no Registro de Inventário, tudo declarado no arquivo magnético. E, foi com base no procedimento citado acima que restou constatada diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Portanto, para que o sujeito passivo possa se defender objetivamente, apontando eventuais incorreções, torna-se necessário que lhe sejam entregues as planilhas detalhadas contendo as quantidades das entradas e das saídas, por item de mercadoria auditada, e dos estoques inicial e final, e a demonstração do preço unitário médio, que tanto podem ser entregues através de papel impresso ou em disco de armazenamento de dados.

No presente processo, na fase de instrução entendeu-se que, diante do que consta no Acórdão CJF nº 0146-12/06, deveriam ser impressos os levantamentos fiscais, sendo solicitada diligência nesse sentido, à Infaz de origem. Conforme esclarecimentos prestados às fls. 551 e 512, por fiscal estranho ao feito e ratificado pelo Inspetor Fazendário da Ifsep-Sul, da desnecessidade de tais cópias, pois, por duas oportunidades foram entregues ao sujeito passivo o arquivo magnético, destacando o arquivo constante à fl. 243, que contém todos os levantamentos fiscais, observando, inclusive que o autuado requereu tão-somente a exibição dos arquivos magnéticos que contém as planilhas anexas, face a inviabilidade de se realizar o cotejo de todos os documentos fiscais com as planilhas impressas. Com base nessas informações, estou convencido de que realmente o arquivo magnético entregue ao autuado, contém todos os levantamentos fiscais, e lhe propicia que exerça a ampla defesa e o contraditório conferindo o trabalho fiscal e apontando eventuais erros na sua elaboração.

Quanto a conclusão da 2ª CJF de que não foram colacionados os resumos de apuração do levantamento quantitativo, entendo que tais resumos tratam-se dos demonstrativos intitulados de “DEMONSTRATIVO DAS OMISSÕES”, e estes já se encontravam nos autos desde o primeiro julgamento, e foram entregues cópias ao contribuinte, conforme se verifica nos documentos às fls. 34/37, 158/161 e 163/164, além dos demonstrativos de cálculo do imposto de cada omissão verificada (entrada ou saída).

Além disso, também foram entregues impressos os demonstrativos de cálculo em função de cada omissão constatada, quais sejam: OMISSÃO DE SAÍDAS MERCADORIAS ISENTAS /NÃO TRIBUTADAS (fls. 11/13 e 26/27); ENTRADAS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO – ICMS ANTECIPADO (fls. 14/16 e 28/30) e ENTRADAS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO – ICMS ANTECIPADO (fls. 17/19 e 31/33)

Assim, considerando que o auto de infração está instruído com todos os elementos formais para a sua validade, inclusive demonstrativos não contraditados por outros da mesma natureza, ficando

a recorrente embasada em meras alegações de caráter formal, sendo, portanto, insuficientes para contestar o levantamento fiscal, entendo estar devidamente constituído o direito da Fazenda Estadual ao crédito tributário, de todas as infrações imputadas, em especial as infrações apuradas através da auditoria de estoques, razão porque, considero procedentes todas as infrações em comento, haja vista a norma prevista no art. 140, do RPAF/99.

Por fim, repito que não verifiquei em momento algum que houvesse ocorrido cerceamento de defesa argüido pelo sujeito passivo, cujo lançamento ocorreu através do Auto de Infração na forma prevista no artigo 38 e 39 do RPAF/99, e o mesmo teve a oportunidade de elidir cada infração trazendo aos autos os documentos necessários para esse fim, inclusive teve várias oportunidades ao ser intimado pela repartição fazendária a tomar conhecimento da informação fiscal e dos documentos que instruem os autos, e das informações prestadas por fiscal estranho ao feito.

Ante o exposto, rejeito as nulidades argüidas, e no mérito voto pela PROCEDÊNCIA o Auto de Infração, devendo ser homologado o quantum já recolhido.

VOTO DISCORDANTE

Peço vênia para discordar do nobre relator no tocante ao item 1º deste Auto.

São incontáveis as situações do mundo prático que podem dar motivo à falta de pagamento de tributos ou ao seu pagamento a menos. Cumpre ao agente do fisco descrever a natureza do fato concreto por ele constatado. A descrição deve ser feita com objetividade, precisão e clareza. Obviamente, a descrição não pode ser genérica, dizendo simplesmente que houve falta de pagamento ou pagamento a menos, como também não pode relatar uma coisa em vez de outra – a descrição do fato deve conter elementos que identifiquem perfeitamente qual o fulcro da autuação.

No caso do item 1º deste Auto a imputação é esta: o contribuinte “Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS”.

Ou seja, teria sido constatada divergência entre os valores pagos de acordo com os documentos de arrecadação (os chamados DAEs) e os saldos devedores indicados no livro de apuração do imposto.

O contribuinte alega como preliminar que o lançamento carece de fundamentação. Apela para os princípios da legalidade estrita, da tipicidade cerrada, da ampla defesa e do contraditório e para regras específicas do COTEB e do RPAF. Assinala a incompatibilidade entre a “data da ocorrência” (11 de fevereiro de 2003) e a “data do vencimento” (12 de outubro de 2003). Observa que, sendo o seu estabelecimento enquadrado no regime normal de apuração do imposto, o prazo de pagamento dos tributos é o dia 9 do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores, de modo que o prazo de recolhimento do imposto relativo ao mês de fevereiro de 2003 não poderia expirar em 12 de outubro, 7 meses depois. Aduz que, por outro lado, se houvesse de prevalecer a data de vencimento indicada no Auto, então os fatos teriam ocorrido em setembro. Alega ainda que as datas apontadas no Auto estão em descompasso com as páginas dos livros fiscais anexadas aos autos pelo autuante, que se referem ao mês de dezembro. Pede a nulidade do lançamento.

Ao prestar a informação, o fiscal autuante reconheceu que o contribuinte tem razão quanto à questão das datas, porém põe a culpa no SAFA (o sistema utilizado pelo fisco nas auditorias fiscais), que gera os dados para o SEAI (sistema de emissão de Autos de Infração), dizendo que os lançamentos são feitos “sem intervenção do Autuante”, apresentando por isso erro de indicação da data, com reflexo no cálculo dos acréscimos moratórios. Informa que a data correta para a

ocorrência “deve ser” 31 de dezembro de 2003, e 9 de janeiro de 2004 para o vencimento. Quanto ao mérito, explica que a diferença em discussão se refere a aproveitamento de crédito sobre tomada de serviços de transporte não apontada nos arquivos magnéticos, conforme se depreende dos demonstrativos do livro de apuração gerados pelo sistema e juntados à informação fiscal, tendo em vista que “A recorrente não apresentou prova de tomada destes serviços” (*sic*).

Este Auto foi objeto de julgamento anterior nesta Junta, sendo que a decisão foi anulada pela 2ª Câmara, retornando os autos para novo julgamento.

De acordo com o que foi descrito no item 1º do Auto de Infração (fl. 1), teria sido constatada divergência entre os valores pagos de acordo com os documentos de arrecadação e os saldos devedores indicados no livro de apuração do imposto, relativamente a um fato ocorrido no dia 11 de fevereiro de 2003, vencendo o prazo do cumprimento da obrigação no dia 12 de outubro de 2003.

Já de acordo com a informação fiscal (fls. 150-151), a diferença em discussão se refere a aproveitamento de crédito fiscal relativo a serviços de transporte não constantes nos arquivos magnéticos, não tendo a empresa apresentado prova da tomada dos aludidos serviços. Quanto às datas, o fiscal diz que a da ocorrência é 31 de dezembro de 2003, e a do vencimento é 9 de janeiro de 2004.

É evidente que houve mudança do fulcro do motivo determinante da autuação. Uma coisa é a constatação de divergência entre os valores dos DAEs e os saldos devedores indicados no livro de apuração do imposto, e coisa bem diversa é a glosa de crédito fiscal de serviço de transporte porque “A recorrente não apresentou prova de tomada destes serviços” (*sic*).

Além de mudança do fulcro da autuação (natureza da infração), houve também mudança de datas. De acordo com o Auto, o fato teria ocorrido em 11 de fevereiro de 2003 e o prazo de pagamento do imposto seria 12 de outubro de 2003 – ou seja, 8 meses depois –, sendo que, na informação fiscal, o autuante diz que o fato ocorreu em dezembro de 2003 e o prazo para pagamento venceu no dia 9 do mês seguinte. O fiscal atribui o erro a falha dos sistemas, o SAFA e o SEAI, dando a entender que os lançamentos seriam feitos “sem intervenção do Autuante”.

Ocorre que a competência para a lavratura de Autos de Infração é do auditor, e não do “sistema”. Além do mais, atribuir ao sistema um erro dessa ordem, indicando uma data de vencimento tão esdrúxula, 8 meses depois do mês de referência, equivale a pretender-se desmoralizar o SAFA e o SEAI, que podem não ser perfeitos, porém de um modo geral são sistemas confiáveis.

O inciso III do art. 39 do RPAF manda que o fiscal autuante descreva os fatos “de forma clara, precisa e sucinta”. Não precisa falar muito. Precisa apenas dizer o que ocorreu, de modo a não deixar margem a dúvidas, juntando-se as provas correspondentes. Isso porque, para que o contribuinte, ao ser acusado, possa defender-se, caso pretenda, precisa ser informado do que foi apurado e quais as consequências jurídicas do fato. Se o fiscal constata uma diferença relativa a aproveitamento de crédito fiscal relativo de serviços de transporte não constantes nos arquivos magnéticos e resolve glosar o crédito porque “A recorrente não apresentou prova de tomada destes serviços”, não pode descrever o fato dizendo que teria constatado divergência entre os valores dos DAEs e os saldos devedores indicados no livro de apuração do imposto.

Incidentes desta natureza constituem óbices à defesa, dificultam o contraditório e são, por isso, incompatíveis com o devido processo legal.

O RPAF, no art. 18, prevê a nulidade dos atos praticados com preterição do direito de defesa:

“Art. 18. São nulos:

.....

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;”

É bem verdade que o § 1º do art. 18 admite correções, porém faz a ressalva de que somente são sanáveis os vícios que consistam em eventuais incorreções ou omissões ou em não-observância de exigências meramente formais – e mesmo assim “desde que seja possível determinar a natureza da infração...”:

§ 1º. As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.”

Ou seja, somente se admite o saneamento de vícios eventuais, e não substanciais. Isso é ressaltado quando se atenta para a ressalva: “desde que seja possível determinar a natureza da infração...”. Havendo mudança da natureza da infração (a chamada “mudança de fulcro” da autuação), o vício deixa de ser “eventual” e passa a ser “substancial”, de fundo.

“Eventual” significa casual, fortuito, accidental, coisa de pouca importância.

Exigências meramente formais (atente-se para o advérbio “meramente”) são aquelas que dizem respeito, apenas, ao modo como o ato é praticado, sem maiores consequências, sem prejuízo para a outra parte.

Houve neste caso prejuízo jurídico para o autuado. É nulo o procedimento fiscal que não atenda ao devido processo legal, ou seja, que não siga os ditames traçados pela legislação, tomando-se o vocábulo “processo” em seu sentido lato, abrangendo o conceito de procedimento.

O lançamento tributário feito por Auto de Infração precisa ser fundamentado. Fundamentar o lançamento não é apenas citar artigos de lei ou regulamento. Fundamentar é descrever o fato, fazer sua prova e apontar a norma legal na qual o fato se subsuma.

O lançamento tributário não é uma “caixa-preta”, em que o fisco atue sozinho, unilateralmente, não importando se os fatos sejam descritos de forma deturpada. O devido processo legal impõe obediência ao contraditório e à ampla defesa. Esses três princípios constituem os mais sagrados direitos da cidadania.

O lançamento do item 1º deste Auto é juridicamente nulo. É inadmissível que se autue o contribuinte, dando-lhe o prazo de 30 dias para “defender-se”, porém ocultando ao seu conhecimento os dados básicos, os elementos fundamentais em que se baseou a autuação.

Por essas considerações, meu posicionamento é pela NULIDADE do lançamento do item 1º deste Auto, com fundamento no art. 18, II, do RPAF. Como, porém, sou obrigado a adentrar no mérito, por força da regra do parágrafo único do art. 154 do RPAF, acompanho a conclusão do nobre relator, inclusive no tocante aos demais itens.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 280080.0067/05-5, lavrado contra **FRATELLI VITA BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$453.306,10**, acrescido das multas de 60% sobre R\$259.458,40 e de 70% sobre R\$193.847,70, previstas no artigo 42, II, “b”, e “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$330,00**, prevista nos incisos XXII, XVIII, “b”, e XX, do citado

dispositivo legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o quantum já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE