

A. I. Nº. - 149269.0001/07-2
AUTUADO - FRUVELE DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
AUTUANTE - LELITA VIEIRA TIGRE DA SILVA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 01. 10. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0325-01/09

EMENTA: ICMS. 1. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS E CONTÁBEIS. O procedimento fiscal tem fundamento na legislação tributária. O RICMS/97, no art. 937, prevê a possibilidade de se calcular o imposto mediante arbitramento, quando o contribuinte não entrega livros e documentos fiscais. Sem o exame dos livros e documentos, não há como se saber se o contribuinte deixou ou não de pagar imposto. Justificado o arbitramento. Atendidos os requisitos legais. Infração caracterizada. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor das operações e prestações realizadas. Infração comprovada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** BEM DESTINADO AO ATIVO PERMANENTE. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infrações comprovadas, tendo a infração 04 sido reconhecida. 4. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. É nulo o lançamento fiscal, pois lavrado em desacordo com o disposto no art. 39, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99, tendo em vista que o método de apuração do modo como conduzido pelo fisco se mostrou prejudicial ao sujeito ativo, não podendo ser objeto de correção por meio de diligência. Infrações 5 e 6 nulas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 30/03/2007, foi efetuado o lançamento do crédito tributário correspondente à exigência de ICMS no valor de R\$23.051,39 e à multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$77.535,74, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – deixou de recolher ICMS, que foi apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil, após devidamente intimado, em relação ao exercício de 2004, sendo exigido imposto no valor de R\$1.262,71, acrescido da multa de 100%;

02 – deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, em relação aos meses de junho a dezembro de 2004 e de janeiro a agosto de 2005, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor das operações de saída e das prestações de serviço realizadas, totalizando R\$70.179,23, conforme demonstrativo anexo;

03 – deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo

imobilizado do próprio estabelecimento, nos meses de julho, novembro e dezembro de 2002, julho a outubro de 2003, março de 2004, fevereiro a abril e agosto de 2005, exigindo imposto no valor de R\$21.176,40, acrescido da multa de 60%, conforme demonstrativo anexo;

04 – deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de outubro e dezembro de 2002, janeiro, maio, julho e dezembro de 2003, com exigência de ICMS no valor de R\$612,28, acrescido da multa de 60%, conforme demonstrativo anexo;

05 – deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de dezembro de 2005, sendo aplicada a multa de 10%, no valor de R\$7.046,23, conforme demonstrativo anexo;

06 – deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de abril de 2006, sendo aplicada a multa de 1%, no valor de R\$310,28, conforme demonstrativo anexo.

O autuado impugnou parcialmente o lançamento tributário às fls. 139 a 149, salientando que sua peça de defesa está respaldada em princípios jurídicos, como o da defesa, da irredutibilidade e da consistência jurídica, além de pareceres, jurisprudência e decisões oriundas do CONSEF, Justiça em primeira, segunda e última instâncias e em determinações do STJ [Superior Tribunal de Justiça] e do STF [Supremo Tribunal Federal]. Objetivando uma melhor análise por parte do julgador, passa a tecer comentários a respeito de cada item da autuação.

Infração 01 – alega que a afirmativa de que “deixara de recolher ICMS” não deve prosperar, tendo em vista que tem como atividade o comércio de frutas, verduras e leguminosas, produtos que em sua maioria são isentos desse imposto. Frisa que é inscrito no regime normal e que a apuração do ICMS é feita através do sistema de conta corrente fiscal, de modo que o enquadramento da infração proposto pela autuante, através do artigo 146 e outros do RICMS/BA em hipótese alguma pode ser ratificado, considerando que existem julgamentos do CONSEF que tornam ineficaz a pretensão fiscal de aplicar a multa prevista no art. 42, inciso IV, alínea “i” da Lei nº 7.014/96.

Argúi que para tanto, deve ser observada a decisão apresentada pelo relator Olavo José Gouveia de Oliva, no Acórdão JJF nº 0114-03/07.

Infração 02 – ressalta que neste caso a autuante não atentou para o fato de que não bastava notificar o contribuinte a apresentar o arquivo magnético, tendo em vista que o Estado deveria fornecer os mecanismos legais que possibilitassem a oportunidade de entrega dos referidos arquivos, já que o estabelecimento se encontrava na situação de “suspensão/processo de baixa”, o que impediu a entrega do arquivo magnético.

O autuado apresenta as seguintes indagações: “Como poderia entregar o arquivo solicitado, se sua inscrição estava na situação cadastral aludida?” e “Quais eram as informações contidas no arquivo magnético que impossibilitava a baixa por parte do Estado?”. Afiança que todos os números, registros, livros e informações necessários e solicitados pela fiscalização foram de fato fornecidos, tanto foi que a autuante utilizou-se desses livros para aplicação da multa.

Versando sobre a multa aplicada, manifesta o entendimento de que o objetivo desse tipo de fiscalização é identificar eventuais distorções entre as informações prestadas por outros contribuintes e aquele que está sob ação fiscal, visando o controle dos números relativos às transações comerciais realizadas, de modo a evidenciar qualquer tipo de sonegação. Assevera que, no entanto, ao determinar a multa fixa de 1% sobre as vendas, estas devem estar restritas às mercadorias tributáveis, já que não se pode admitir que a penalidade incida sobre mercadorias que não sofram incidência do ICMS. Afirma que da análise simplificada do que pretende a Lei, conclui que a multa somente pode alcançar a venda de produtos tributáveis.

Transcreve o art. 133, § 3º do CTN – Código Tributário Nacional e cita Paulo de Barros Carvalho, salientando que a inobservância da obrigação acessória, passa a gerar efeitos como se fosse obrigação principal, bastando para se inferir a idéia daquilo que a Lei pretende alcançar, quando estabelece multa decorrente de obrigação acessória. Em reforço a essa tese, menciona que as multas cobradas por órgãos federais, estaduais e municipais, que têm como base o montante que serve para apuração de tributos, excluem os valores que não são utilizados para sua apuração.

Como ilustração, observa que as multas impostas pela Secretaria da Receita Federal, decorrentes da falta de entrega das declarações, são calculadas sobre o valor do imposto devido; no Estado de São Paulo, a falta de entrega do SINTEGRA gera multa sobre o imposto devido, enquanto que a falta de escrituração implica em multa fixa não vinculada a faturamento; já no Estado do Rio de Janeiro, a multa por falta de entrega do SINTEGRA se baseia no valor do ICMS devido.

Transcreve, em seguida, trecho da palestra proferida pelo então candidato ao Governo do Estado da Bahia, Jacques Wagner, quando foi afirmado que o Estado não pode transformar as multas em fonte de arrecadação, sob pena de condenar o contribuinte ao regime falimentar, considerando, ademais, que o Estado tem a obrigação de promover incentivo ao desenvolvimento.

Argúi que a multa da forma como estabelecida, além de ser inconstitucional, conforme diversos pareceres do STJ e do STF deixa transparecer a intenção do Estado de penalizar o contribuinte de forma sangrenta, pois exige a apresentação de documento que não pode ser entregue por intermédio do *site* da SEFAZ e ainda oferece prazo diverso daquele que é concedido a todo o universo de contribuintes. Diz que a exemplo do que ocorreu na administração anterior, que prorrogou o prazo de entrega do arquivo magnético, também agora foi estabelecido o referido prazo até 31/05/2007. Pugna pela improcedência dessa infração.

Infração 03 – argumenta que as notas fiscais a seguir apontadas não se referiram a bens do ativo imobilizado: 001511, emitida por Solupack Sistemas de Embalagens Ltda.; 061549, de emissão de CTF Technologies do Brasil Ltda., e 9725832, emitida por Officer Distribuidora de Produtos de Informática S/A.

Salienta que não reconhece algumas das notas fiscais apresentadas pela fiscalização, pois comercializa produtos hortifrutigranjeiros, frutas e verduras *in-natura*, enquanto que os produtos vendidos pelas empresas Incalfer do Brasil Ltda., Jetvac Tecnologia de Vácuo e Dânica Termointustrial Nordeste Ltda., se destinam exclusivamente a quem opera com produtos processados, concluindo que as aquisições não foram realizadas pelo impugnante, mesmo porque inexistem nas notas fiscais qualquer indício nesse sentido, a exemplo de assinatura de quem as recebeu, assim como em algumas notas fiscais o endereço diverge daquele do seu estabelecimento, razões pelas quais tais documentos devem ser excluídos da imputação.

Acrescenta que no demonstrativo elaborado pela autuante, constam valores para os quais não são indicadas as notas fiscais correspondentes, o que fragiliza esse elemento de prova.

Infração 04 – concorda com os resultados do levantamento.

Infração 05 – não reconhece as notas fiscais relacionadas, tendo em vista que não identificam o recebedor das mercadorias. Afirmar, por outro lado, que não comercializa os produtos vendidos pelas empresas UNIAGRO Comercial Importadora e Exportadora Ltda., ALCA Atacadista de Alimentos Ltda., STAN Comercial de Alimentos Ltda., JAP Produtos Alimentícios Ltda., NTQ Comercial Ltda., TC Representações Ltda., RICEX Importação e Exportação Ltda., OFFICER Distribuidora de Produtos de Informática S/A, YARA Hanna Comércio e Indústria Ltda. e T & T Distribuidora de Alimentos Ltda.

Alega ser de grande relevância o fato de a autuante ter afirmado na descrição da infração 01 que o contribuinte deixara de apresentar os livros contábeis, as notas fiscais de entrada e de saída e os livros Registro de Entrada e Registro de Saídas de Mercadorias e, no entanto, estar ao mesmo tempo

impondo multa por falta de registro de mercadorias sujeitas à tributação. Aduz que deve ser verificado no julgamento que existe grande incoerência na aplicação das infrações 01 e 05.

Argúi, ainda, que a grande maioria das notas fiscais contém endereço divergente daquele do autuado, o que fortalece a idéia de que algum comerciante inescrupuloso adquiriu mercadorias em seu nome.

Infração 06 – observa que de forma similar ao item anterior, esta imposição e a infração 01 não podem coexistir, devido à contradição que representa a aplicação de multa em decorrência de falta de registro de notas fiscais, quando a primeira infração trata da falta de entrega dos livros.

Requer que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, para que sejam exigidos os valores não contestados na peça defensiva.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 253 a 256, quando tratou a respeito dos diversos aspectos concernentes a cada uma das imputações.

Infração 01 – argúi que o contribuinte solicitara a baixa de sua inscrição estadual, conforme processo nº 141361/2006-2, porém não apresentara os documentos fiscais e contábeis, entregando apenas os livros Registro de Apuração do ICMS, Registro de Saídas e o Registro de Ocorrências, apesar de intimado em 24/01/2007 e 13/02/2007 (fls. 11/12), em relação aos demais documentos.

Salienta que de acordo com o disposto no art. 937, inciso I do RICMS/97, na falta de apresentação ao fisco dos livros fiscais ou da contabilidade, deverá ser realizado arbitramento, uma vez não ser possível a apuração do montante da base de cálculo. Esclarece que na verificação da base de cálculo (fl. 13), foram utilizados os valores tributáveis constantes do livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 26 a 31) relativo ao exercício de 2005, ressaltando que em relação aos demais exercícios não foram constatadas diferenças na apuração pelo arbitramento.

Infração 02 – argumenta que tendo em vista a sua condição de atacadista, o contribuinte foi intimado naquelas oportunidades a entregar os arquivos magnéticos a partir do mês de junho de 2004, referentes ao movimento econômico de cada mês, contendo a totalidade das operações de entrada e saída, obrigação esta prevista no art. 708-A, § 5º do RICMS/97.

Replica que as arguições do autuado são evasivas, tendo em vista que não cita nenhum dispositivo legal que justifique a falta de envio dos arquivos magnéticos. Quanto à alegação defensiva de que a falta de entrega decorreria do fato de se encontrar com sua inscrição estadual na condição de suspensão, assevera que se realmente houvesse a intenção de cumprir essa obrigação, poderia ter sido feita uma alteração de cadastro, com a reinclusão da inscrição, visando a entrega dos referidos arquivos.

Afiança que a finalidade da fiscalização não é a de penalizar o contribuinte, porém não se pode admitir que sejam descumpridas as normas previstas na legislação tributária, sem que sejam aplicadas as sanções correspondentes. Pelo não atendimento às intimações referentes ao envio dos arquivos magnéticos, foi aplicada a multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “g” da Lei nº. 7.014/96.

Infração 03 – no que se refere à alegação defensiva de que as mercadorias concernentes às Notas Fiscais de nº.s 1511, 61549 e 9725832 (cujo número correto é 254670 - fl. 58) não são do ativo imobilizado, salienta que o autuado tem razão no que se refere às duas primeiras notas, por se tratarem respectivamente de material de embalagem e de peças para veículos, de modo que deveriam ter sido classificadas como material de consumo. Quanto à última, no entanto, refere-se a um computador com teclado e mouse. Observa que consta ainda a Nota Fiscal nº. 61548 (fl. 54), que não foi contestada. Ressalta que, entretanto, tendo em vista que o ICMS relativo à diferença de alíquota, tanto no caso de bens do ativo como de material de uso e consumo, tem incidência idêntica, esses fatos não implicam em nenhuma mudança nos valores a serem exigidos.

Contesta a reclamação de que existem valores no demonstrativo para os quais não foram apresentadas as notas fiscais correspondentes, frisando que todas as notas fiscais foram anexadas, sendo suas cópias entregues ao contribuinte, conforme se vê às fls. 42 a 62.

Infração 04 – ressalta que esta imputação não foi contestada, apesar de todas as notas fiscais terem sido fornecidas pelo CFAMT [Sistema de Controle Informatizado de Mercadorias em Trânsito]. Este fato a conduziu a apresentar a seguinte indagação: “*porque as notas fiscais foram aceitas nesta infração e nas demais não?*”. Acrescenta que na infração 03 foi questionada a nota fiscal emitida pela empresa Dânica Termoindustrial Nordeste Ltda. e, no entanto, no caso desta infração consta uma nota fiscal dessa mesma empresa que foi aceita (fls. 38 e 47).

Infrações 05 e 06 – informa que os demonstrativos referentes a estas duas infrações (fls. 63 e 123) se originaram de notas fiscais do CFAMT, que ao serem comparadas com as DMAS [declaração e apuração mensal do ICMS], geraram a exclusão dos documentos fiscais oriundos de outros estados, que haviam sido lançados nos livros fiscais do contribuinte, conforme apontou: Notas Fiscais de nº.s 81201, 84721 e 86047, emitidas pela empresa ALCA Atacadista de Alimentos Ltda., 117158, 20549 e 22655 da UNIAGRO Comercial Importadora e Exportadora Ltda.

Acrescenta que as DMAS de setembro de 2005 a agosto de 2006 foram transmitidas zeradas, porém existem notas fiscais emitidas até o mês de abril de 2006, como se vê no demonstrativo de fl. 123.

Salienta que os sócios do autuado possuem mais duas empresas, do mesmo ramo de atividade, a Agro-Vip Comércio de Gêneros Alimentícios Ltda., I. E. 55.052.157 e a Fruvele Plus Comércio de Gêneros Alimentícios Ltda., I. E. 59.230.461, as quais igualmente não lançam as notas fiscais originárias de outros estados, conforme pesquisa realizada através do CFAMT e do PGF [Planejamento e Gerenciamento da Fiscalização], cujos dados são obtidos a partir dos arquivos magnéticos dos fornecedores.

Observa que muitas das notas fiscais constantes dos demonstrativos têm como destinatária a Fruvele Plus Comércio de Gêneros Alimentícios Ltda., porém constando a inscrição estadual do autuado.

Ratifica a ação fiscal em todos os seus termos, sugerindo a procedência da ação fiscal.

Considerando que na infração 01 foi apontado o exercício de 2004, enquanto que o levantamento à fl. 13 revela se tratar do exercício de 2005, não constando indicação dos estoques inicial e final, e tendo em vista que os valores de entrada das mercadorias dizem respeito apenas aos meses de janeiro a junho constantes no livro Registro de Apuração do ICMS; considerando que nas infrações 05 e 06 foi efetuado um único lançamento, como sendo referentes a 31/12/2005 e 30/04/2006 e tendo em vista que a autuante informa que o levantamento foi feito com base nas DMAS, e que de acordo com os correspondentes demonstrativos e documentos fiscais essas duas imputações se referem a diversas datas de ocorrência.

A 1ª JF, em pauta suplementar (fls. 259/260), deliberou pelo envio do processo à INFAZ ATACADO, para que a autuante adotasse as seguintes providências:

01 – refizesse o demonstrativo do arbitramento da base de cálculo, contemplando todos os meses do exercício de 2005 e, se possível, os estoques inicial e final, seja com base nas DMAS ou nas informações prestadas junto à Secretaria da Receita Federal, elaborando quadro demonstrativo, obedecendo as disposições regulamentares no tocante à metodologia do arbitramento, apontando o débito remanescente, se houvesse;

02 – verificasse se os valores informados por meio das DMAS mês a mês em relação às aquisições interestaduais, têm correspondência com as notas fiscais coletadas através do Sistema CFAMT, quanto ao valor. Havendo divergências, elaborar demonstrativo comparativo entre as operações informadas nas DMAS e os somatórios das notas fiscais, indicando as diferenças, se houver, devendo ser preparados novos demonstrativos de débito para cada período de apuração.

Em seguida, a Repartição Fiscal deveria entregar ao autuado, cópias reprográficas dos novos elementos apresentados pelo diligente e do termo de diligência. Naquela oportunidade, deveria ser informado ao sujeito passivo quanto à concessão do prazo de 10 (dez) dias, para, querendo, se manifestar nos autos. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência à autuante.

Após realizar a diligência, a autuante prestou os seguintes esclarecimentos às fls. 265 a 267:

infração 01 – realmente houve equívoco quando da lavratura do Auto de Infração, tendo sido consignada a data de 31/12/2004, quando a correta é 31/12/2005. No arbitramento foi considerada apenas a entrada de mercadorias tributáveis e na elaboração do demonstrativo de fl. 13 utilizou os dados do livro Registro de Apuração do ICMS até junho de 2005, pois esse livro se encontrava escriturado apenas até esse mês, e das DMAS para os demais meses. Esses dados também foram usados nos roteiros de Auditoria da Margem de Valor Agregado e Auditoria da Conta Corrente.

Registra que com base nos dados do Roteiro de Auditoria da Margem de Valor Agregado (fl. 14), que apura apenas as mercadorias tributáveis, elaborou o demonstrativo do arbitramento, que apontou os seguintes resultados: compras no montante de R\$164.780,10; ICMS sobre compras no valor de R\$27.772,59; valor do ICMS sobre vendas de R\$32.352,43; gerando o ICMS (débito – crédito) no importe de R\$4.579,84.

Em seguida indica em um quadro os resumos mensais relativos aos valores das bases de cálculo, dos montantes do ICMS destacado e as folhas do livro Registro de Apuração do ICMS.

Quanto aos estoques inicial e final, ressalta que não constam nas DMAS e nem foi fornecido o livro Registro de Inventário. Afirma desconhecer como obter essas informações junto à Secretaria da Receita Federal, uma vez que não tem acesso ao sistema desse órgão.

infrações 05 e 06 – salienta que os demonstrativos (fls. 63, 64 e 123) não foram feitos com base nas DMAS e sim nas notas fiscais coletadas do Sistema CFAMT. Indica que, por dedução, as Notas Fiscais de nº.s 81.201 (do mês 04/2002), 84.721 (06/2002), 6.047 (03/2003), 117.158 (10/2003), 20.549 (12/2003) e 22.655 (01/2004) foram lançadas pelo autuado em seus registros e, conseqüentemente, não têm relação com as notas fiscais coletadas do CFAMT.

Realça que essas infrações se referem a descumprimento de obrigação acessória, cujo vencimento entendia-se ser quando da constatação da irregularidade pelo preposto fiscal. Porém, atendendo o pedido contido na diligência e como não houve divergência de valores, refez as planilhas correspondentes, apontando os valores dos débitos mês a mês, concernentes às referidas infrações, em conformidade com as relações acostadas às fls. 268 a 270.

Sendo cientificado quanto ao resultado da diligência, o autuado se manifestou às fls. 283/284, solicitando, inicialmente, que todas as notificações e demais comunicações lhe sejam remetidas para seu novo endereço, à Via Urbana, nº 4.600, CIA Sul – CEP 43.700-000 – Simões Filho – BA, sob pena de ser considerado nulo qualquer instrumento remetido para endereço diverso.

Assevera que apesar da orientação deste Conselho para que os levantamentos fossem retificados, tendo em vista a existência de equívocos nos procedimentos, os mesmos não foram sanados, haja vista que ao realizar a diligência a autuante não se utilizou das informações contidas na DMA (infrações 05 e 06), sem justificar a razão para proceder dessa forma.

Contesta a acusação atinente à ocorrência de omissão em sua escrita do lançamento de notas fiscais de entrada, com geração de créditos fiscais de ICMS.

Ressalta que o levantamento feito no período de janeiro a junho de 2003 não identifica os fornecedores, impedindo uma análise criteriosa daquilo que está sendo cobrado. Afirma que tendo em vista que inexistem em seus registros elementos que configurem a comercialização dos produtos indicados na autuação, deve-se supor que tenha ocorrido erro nos dados coletados através do Sistema CFAMT, que não está imune à existência de falhas.

Requer a apresentação dos canhotos das notas fiscais do CFAMT, para que se comprove quem de fato recebeu as mercadorias em questão. Entende que a falta de atendimento a este pedido resultará no cancelamento dos valores levantados, uma vez que faltará a comprovação explícita de que o autuado efetuou as compras.

Reitera o pedido pela improcedência parcial do Auto de Infração.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 301/302, contestando a alegação do contribuinte de que no atendimento da diligência não foram utilizadas as informações constantes das DMAS, no que se refere às infrações 05 e 06, lembrando que conforme já esclarecera na resposta à diligência, foram as notas fiscais do CFAMT que serviram de base para essas infrações, não tendo nenhuma relação com as DMAS.

Reprisa que das notas fiscais coletadas no CFAMT exclua aquelas que por dedução tinham sido informadas através das DMAS, uma vez que no campo “Entradas de outros estados” verificara os valores correspondentes, conforme relacionou, e que perfazem o montante de R\$1.044,54.

Afiança desconhecer a que se refere a insurgência do autuado a respeito da omissão de notas fiscais de entrada em sua escrita, com geração de créditos fiscais de ICMS, uma vez que o contribuinte não vinculou essa alegação a nenhuma infração.

Salienta que não tem fundamento a argumentação do impugnante quanto à falta de identificação dos fornecedores, haja vista que lhe foram fornecidas cópias das planilhas elaboradas, com as respectivas notas fiscais, como pode ser constatado nos documentos de fls. 16, 35, 42, 64 e 123.

Quanto à solicitação de entrega dos canhotos das notas fiscais, afirma ser inviável o seu atendimento, uma vez que as mercadorias originárias de outros estados foram conduzidas por empresas transportadoras. Quanto às notas fiscais oriundas deste Estado (fls. 124 a 136), estão todas com os canhotos assinados, desde quando a responsabilidade pelo transporte nesse caso é do destinatário.

VOTO

Ressalto, inicialmente, que, à exceção das infrações 05 e 06, a respeito das quais tratarei especificamente mais adiante, o lançamento concernente às demais imputações se encontra em perfeita consonância com os fatos apontados e com os elementos trazidos ao processo, de modo que as infrações estão apontadas de forma clara, estando embasados nos demonstrativos elaborados pela fiscalização.

Realço que o direito à ampla defesa e ao contraditório se encontram preservados, já que todos os fatos foram descritos de forma clara e precisa, bem como foram disponibilizadas ao defendente as cópias reprográficas dos demonstrativos elaborados, bem como das notas fiscais utilizadas, o que lhe possibilitou o exercício do contraditório de forma plena.

Deste modo, considero que o procedimento fiscal está legalmente fundamentado e atende as determinações previstas no art. 39 do RPAF/99, além do que, o autuado, exercendo o seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentou impugnação, quando demonstrou ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

A apuração correspondente às infrações 05 e 06 se originou da constatação da falta do registro na escrita fiscal de notas fiscais relativas à entrada no estabelecimento, respectivamente de mercadorias sujeitas à tributação e de mercadorias não tributáveis. Cabe consignar, inicialmente, que tendo sido constatado que fora efetuado um único lançamento no Auto de Infração em relação a cada uma das infrações, isto é, a infração 05 fora consignada com a data de 31/12/2005, enquanto que a infração 06 o fora com a data de 30/04/2006, enquanto que de acordo com os demonstrativos e documentos fiscais essas duas imputações se referem a diversas datas de ocorrência, o processo foi

convertido em diligência, para que a autuante apresentasse os esclarecimentos pertinentes, por serem de extrema importância para o julgamento da lide.

Observe que ao atender ao pedido de diligência a autuante informou que entendia que deveria ser indicado como data de vencimento aquele atinente à constatação da irregularidade por parte do preposto do fisco, no entanto refez as planilhas correspondentes, apontando os valores dos débitos mês a mês.

Não obstante esse fato, concluo que a diligência não se prestou para sanar os equívocos em referência, remanescendo o erro de forma, desde quando, de acordo com os novos demonstrativos, que reprisam aqueles já acostados aos autos às fls. 63, 64 e 123, a infração 05 corresponde a diversas ocorrências relativas aos exercícios de 2002, 2003, 2004 e 2005, tendo o lançamento sido apontado na autuação como se fosse apenas de 31/12/2005. Já a infração 06 se refere a diversas ocorrências dos exercícios de 2005 e de 2006, enquanto que o lançamento se deu com a data de ocorrência de 30/04/2006. Por esta razão, não adentrarei no mérito dessas imputações, haja vista que embora as notas fiscais correspondam a compras efetuadas em diversos períodos, a autuante, ao invés de sugerir a multa devida mensalmente, para fins de cálculo dos acréscimos moratórios, consignou no corpo do Auto de Infração datas de ocorrência diversas.

Saliento que tendo em vista que esse método de apuração implica em prejuízo à Fazenda Pública Estadual e que os documentos fiscais que geraram a exigência tributária permitem que o levantamento do débito seja realizado por período mensal, entretanto a correção do equívoco não pode ser realizada por meio de diligência, haja vista que esse procedimento implicaria em majoração dos valores do crédito tributário, não sendo possível, assim, se aplicar a hipótese do § 1º do art. 18 do Decreto nº. 7.629/99 (RPAF/BA), concluo que a autuação não pode prosperar, por inobservância do devido processo legal.

Desta forma, no que concerne às infrações 05 e 06, o Auto de Infração apresenta vício insanável, nos termos do art. 39, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99. Saliento que o CONSEF vem decidindo nesse sentido, a exemplo dos Acórdãos JJF nº 0145-04/04, JJF nº. 0101-03/07, CJF nº. 0634-11/03, CJF nº. 0649-11/03, CJF nº 0686-11/03 e CJF nº. 0194-11/04, sendo que deste último transcrevo abaixo a ementa e o voto:

“ACÓRDÃO CJF Nº 0194-11/04

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. É nulo o lançamento fiscal pois, lavrado em desacordo com o disposto no art. 39, IV, “a”, do RPAF/99. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

VOTO

Após análise dos autos, verifico que a 4ª JJF fundamentou corretamente sua Decisão em declarar nulo o presente Auto de Infração, uma vez que este fora lavrado em desacordo com o disposto no art. 39, IV, “a”, do RPAF/99.

Isto porque, embora as notas fiscais se reportem às compras efetuadas pelo contribuinte nos exercícios de 2000 a 2001, os autuantes, ao invés de apurar o imposto devido mensalmente, para fins de atualização monetária e cálculo dos acréscimos legais, consignaram no Auto de Infração como data de ocorrência, a data da sua lavratura. Outrossim, os autuantes exigiram imposto por antecipação das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (bebidas alcoólicas), quando nas notas fiscais constam também mercadorias sujeitas à tributação normal. Ora, tendo em vista que tais ocorrências implicaram em prejuízo à Fazenda Estadual e, por conseguinte, não podem ser sanadas através de diligências, conforme determina o § 1º, do art. 18, do RPAF/99, partilho do entendimento da 4ª JJF no sentido de que a autuação não deve prosperar.

Neste contexto, impõe-se à decretação da Nulidade, e com fundamento no artigo 21, do RPAF recomendando o refazimento do procedimento fiscal a salvo de falhas.

Ante o exposto, considerando que foi devolvida a questão concernente à infração 1, na forma de Recurso de Ofício, e por não constatar nos autos fatos ou fundamentos capazes de alterar o julgado, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter, na íntegra, a Decisão recorrida.”

Diante do exposto, voto pela nulidade das infrações 05 e 06 e represento à autoridade competente, nos termos do art. 21 do RPAF/99, no sentido de programar nova ação fiscal junto ao estabelecimento autuado, para exigir o imposto efetivamente devido, a salvo de falhas.

No que se refere ao pedido do autuado para que as notificações e demais comunicações lhe sejam remetidas para o endereço situado à Via Urbana, nº. 4.600, CIA Sul – CEP 43.700-000 – Simões Filho – BA, sob pena de se considerar nulo qualquer instrumento remetido para endereço diverso, ressalto nada obstar que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda envie as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento do presente processo para o endereço requerido. Ressalvo, no entanto, que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão previstas no art. 108 do RPAF/99.

Na infração 01 foi exigido ICMS apurado por meio de arbitramento, em decorrência da falta de apresentação, por parte do contribuinte, de documentação fiscal e contábil solicitada por meio de intimações. O autuado se insurgiu contra a imposição fiscal, alegando que opera de forma preponderante com mercadorias cujas saídas são isentas do imposto. Acrescentou que é inscrito no regime normal e que a apuração do ICMS é feita através do sistema de conta corrente fiscal, discordando do enquadramento da infração. Citou, ainda, decisão proferida no Acórdão JJF nº. 0114-03/07, deste Conselho de Fazenda.

Em primeiro lugar cabe-me rejeitar a citação ao referido Acórdão, tendo em vista que o mesmo trata de exigência atinente a uma situação totalmente diversa daquela objeto da presente lide. Quanto à alegação de que opera principalmente com mercadorias cujas saídas são beneficiadas por isenção, saliento que ao atender à diligência acima referida, a autuante esclareceu que o levantamento foi efetivado apenas com base nos dados relativos às mercadorias normalmente tributáveis. Já no que se refere à argumentação do impugnante de que apura o imposto por meio do sistema de conta corrente fiscal, este fato por si só não é um impeditivo para a utilização do método do arbitramento, uma vez que foi negado à fiscalização o acesso aos elementos imprescindíveis à realização da auditoria por outros métodos.

Constato que apesar de intimado em duas oportunidades, o contribuinte não apresentou os documentos fiscais e contábeis, disponibilizando apenas os livros Registro de Apuração do ICMS, Registro de Saídas e o Registro de Ocorrências. À luz do art. 937, inciso I do RICMS/97, a falta de apresentação, ao fisco, da contabilidade geral, ou sua apresentação apenas de forma parcial, bem como dos documentos necessários à comprovação de registro em livro fiscal ou contábil, é razão bastante para o arbitramento da base de cálculo. Assim, entendo que a aplicação do arbitramento em lide está plenamente justificada.

Saliento que tendo sido observado que no Auto de Infração tinha sido apontado o exercício de 2004, enquanto que o levantamento correspondia ao exercício de 2005 e que não constava a indicação dos estoques inicial e final, no pedido de diligência foram solicitados os esclarecimentos necessários. Noto que restou elucidado que em verdade a apuração efetivamente se referia ao exercício de 2005, fato este latente no demonstrativo de fl. 13, o qual fora disponibilizado ao contribuinte, o que não representou em nenhum prejuízo nem ao autuado nem ao sujeito ativo da relação jurídico tributária. Quanto à ausência dos estoques inicial e final, a autuante explicou que decorreu da falta de

apresentação por parte do contribuinte dos livros Registro de Inventário. Deste modo, a infração 01 fica mantida integralmente.

A infração 02 decorreu da falta de fornecimento de arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, tendo sido aplicada a multa de 1% sobre o valor das operações ocorridas no período fiscalizado.

Em sua impugnação o autuado alegou que o Estado não disponibilizara os mecanismos legais que possibilitassem a entrega dos referidos arquivos e manifestou o entendimento de que a multa deveria se restringir às mercadorias tributáveis, não podendo admitir que incidisse sobre mercadorias não sujeitas ao ICMS.

A situação aqui em análise diz respeito à falta de atendimento por parte do contribuinte a intimações específicas, acostadas às fls. 11 e 12 dos autos, concernentes à entrega dos arquivos magnéticos relativos às operações e prestações ocorridas no período fiscalizado. No que se refere à alegada falta de condições de cumprimento do quanto solicitado, observo que se essa impossibilidade houvesse decorrido do fato de sua inscrição estadual se encontrar suspensa, caberia ao contribuinte requerer à Inspetoria Fazendária que disponibilizasse as condições necessárias à transmissão dos aludidos arquivos e não simplesmente se omitir, não atendendo as intimações que lhe foram apresentadas.

Realço que de acordo com as citadas intimações, foi concedido ao contribuinte o prazo de cinco dias para a entrega dos arquivos magnéticos, conforme prevê o art. 708-B do RICMS/97. Entendo, assim, ter ficado caracterizada a falta de atendimento às intimações, na forma prescrita, o que caracteriza o acerto da imposição tributária, estando os cálculos apontados no demonstrativo de fl. 16. Ressalto que esse dispositivo regulamentar estabelece a obrigatoriedade de o contribuinte fornecer ao fisco o arquivo magnético quando intimado, o qual deve ser entregue com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte.

Saliento que em conformidade com o art. 42, inciso XIII-A, alínea “g” da Lei nº. 7.014/96, vigente à época da ocorrência dos fatos, a falta de fornecimento de arquivo magnético com as informações referentes a todas as operações realizadas sujeita o contribuinte ao pagamento da multa de 1% do valor das operações ou prestações realizadas, o que torna sem fundamento a alegação defensiva de que a multa deveria incidir apenas em relação às operações e prestações normalmente tributáveis pelo ICMS. Assim, a infração resta perfeitamente caracterizada.

A exigência correspondente à infração 03 diz respeito à apuração do ICMS relativo à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado do estabelecimento. Neste caso o autuado alegou que três das notas fiscais não se referiram a bens do ativo imobilizado; ressaltou que não reconhece algumas notas fiscais, afirmando que não houvera efetuado as aquisições; afiançou que em algumas notas fiscais o endereço não coincide com aquele do seu estabelecimento; e acrescentou que em relação a alguns valores constantes no demonstrativo não são indicadas as notas fiscais correspondentes.

Noto que apesar de ter comprovado a alegação defensiva de que as Notas Fiscais de nº.s 1.511 e 61.549 se referiram a material de uso e consumo, o enquadramento legal nesses dois casos é o mesmo e a cobrança do imposto se dá da mesma forma, de modo que não ocorreu, em vista disso, mudança no fulcro da autuação, nem houve majoração do valor devido, não sendo motivo, portanto, para que seja feita nenhuma alteração. Ressalvo, no entanto, que não existe admissibilidade de utilização do crédito fiscal do ICMS relativo às referidas notas fiscais, em decorrência da vedação expressa no que concerne à aquisição de materiais de uso e consumo, caso em que esse direito somente será admitido a partir de 1º de janeiro de 2011, a teor do disposto no art. 29, § 1º, inciso II da Lei nº. 7.014/96. Quanto à outra nota fiscal, verifiquei que se refere a um computador, estando, portanto, em conformidade com a imputação.

Quanto à insurgência do autuado em relação a uma parcela das notas fiscais, afirmando que não teria adquirida as mercadorias em questão, saliento que tais documentos fiscais foram coletados por

meio do Sistema CFAMT e que este CONSEF já formou jurisprudência quanto à correção do procedimento fiscal baseado nas vias das notas fiscais coletadas pela fiscalização nos postos fiscais de percurso neste Estado. Ademais, de forma contrária à aventada pelo contribuinte, todas as notas fiscais têm como destinatário o seu estabelecimento e mesmo aquelas que indicam a razão social de uma outra empresa do mesmo grupo econômico – Fruvele Plus Dist. Prod. Alim. Ltda. –, apresentam os demais dados (inscrição estadual, CNPJ e endereço) do estabelecimento do autuado.

No que concerne à reclamação de que existem valores no demonstrativo fiscal para os quais não são apontadas as notas fiscais correspondentes, ressalto que descabe tal alegação, haja vista que na planilha em questão todas as notas fiscais se encontram perfeitamente identificadas. Ademais, tanto esse demonstrativo como as cópias reprográficas das notas fiscais foram entregues ao contribuinte (fls. 42 a 62).

Observo que o autuado acatou expressamente a exigência referente à infração 04, que se referiu à falta de recolhimento do ICMS relativo à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento, concordando com o resultado do levantamento.

Deste modo, inexistindo controvérsia em relação a este lançamento, este item da autuação fica mantido integralmente. Ressalvo, entretanto, que se faz necessário efetuar o seguinte ajuste: por equívoco, a exigência que foi consignada no Auto de Infração como se fosse de julho de 2003, quando na realidade correspondente ao mês de julho de 2002 (fls. 35/36).

Diante do exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração, sendo mantidas integralmente as infrações 01, 02, 03 e 04, restando nulas as infrações 05 e 06.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **149269.0001/07-2**, lavrado contra **FRUVELE DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.051,39**, acrescido das multas de 100% sobre R\$1.262,71 e de 60% sobre R\$21.788,68, previstas no art. 42, incisos IV, alínea “i” e II, alínea “f” da Lei nº. 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa decorrente do descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$70.179,23**, prevista no inciso XIII-A, alínea “g”, do mesmo artigo e Lei acima citados, com os acréscimos moratórios estabelecidos na forma da Lei nº 9.837/05. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas, no que se refere às infrações 05 e 06, a teor do art. 21 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de setembro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR