

PROCESSO - A. I. Nº 269141.0011/09-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SALES & CIA. LTDA. (FEIRÃO SUPERMERCADO)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0102-02/10
ORIGEM - INFAS SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 29/09/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0315-11/10

EMENTA: ICMS. 1. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, ou, se ainda se encontram em estoque, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário. Com base em revisões procedidas pelo autuante os valores dos débitos relativos às infrações 2 e 3 foram reduzidos, resultando na manutenção parcial dessas imputações. Infrações parcialmente caracterizadas. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Em face da constatação de diferenças tanto de entradas omitidas como de saídas através de auditoria de estoques, sendo correta a exigência do imposto com base no valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. **c)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante auditoria de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Com as revisões procedidas pelo autuante os valores dos débitos relativos às infrações 4 e 5 foram reduzidos, resultando na manutenção parcial dessas imputações. Infrações parcialmente caracterizadas. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. O autuado não atendeu à intimação no prazo regulamentar para apresentação dos arquivos magnéticos, percentual de 1%, sobre o ocorridas no período, pre-

Lei nº 7.014/96. Infração caracterizada, com adequação, de ofício, da data de ocorrência e de vencimento. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, tendo em vista a Decisão constante do Acórdão JJF Nº 0102-02/10, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para cobrar ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, no importe total de R\$296.666,62, em razão das imputações a seguir descritas:

INFRAÇÃO 1 - Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis - exercício de 2006. Lançado crédito tributário no valor de R\$6.079,24, acrescido de multa de 70%.

INFRAÇÃO 2 - Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado - exercícios 2006 e 2007. Lançado crédito tributário no importe de R\$41.413,55, acrescido da multa de 70%.

INFRAÇÃO 3 - Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado - exercícios 2006 e 2007. Lançado crédito tributário na quantia de R\$12.227,64, acrescido de multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 - Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária- a das operações de 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 - exercícios de 2006 e 2007. Lançado crédito tributário no valor de R\$2.431,89, acrescido de multa de 70%.

INFRAÇÃO 5 - Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis anteriormente efetuadas, sem a emissão de documentos fiscais, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em sua escrita, o que autoriza a cobrança de imposto por presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado - exercício de 2007. Lançado crédito tributário no quantitativo de R\$10.223,74, acrescido de multa de 70%.

INFRAÇÃO 6 - Deixar de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas - exercícios de 2006 e 2007. Lançado crédito tributário no importe de R\$30.287,78, acrescido de multa de 60%.

INFRAÇÃO 7 - Recolher a menos ICMS face erro na aplicação da mercadorias regularmente escrituradas, sendo utilizada a alíquota

Created with



nitroPDF professional

download the free trial online at nitropdf.com/professional

exercícios 2006 e 2007. Lançado crédito tributário no importe de R\$6.567,29, acrescido de multa de 60%.

INFRAÇÃO 8 - Utilizar indevidamente crédito fiscal de ICMS, ante a falta de entrada da mercadoria no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado, ressaltada a ausência de prova inequívoca de devolução de mercadorias - contribuinte emitiu notas fiscais de entrada a título de devolução, em nome de si mesmo - exercícios de 2006 e 2007. Lançado crédito tributário na quantia de R\$9.651,01, acrescido de multa de 150%.

INFRAÇÃO 9 - Deixar de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e posteriormente deterioradas, nos meses de maio, agosto a dezembro de 2007. Lançado crédito tributário no valor de R\$7.286,66, acrescido de multa de 60%.

INFRAÇÃO 10 - Utilizar indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, sendo a compra de mercadoria, junto a contribuinte inscrito, efetuada através de nota fiscal de entrada, ao invés de nota fiscal emitida pelo remetente - dezembro de 2007. Lançado o crédito tributário na quantia de R\$147,06, acrescido de multa de 60%.

INFRAÇÃO 11 - Deixar de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de maio, julho, agosto, outubro e novembro de 2007. Lançado o crédito tributário na quantia de R\$4.435,23, acrescido de multa de 60%.

INFRAÇÃO 12 - Deixar de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de outubro de 2005, maio, junho, setembro a novembro de 2006 e fevereiro de 2007. Lançado crédito tributário no valor de R\$6.282,43, acrescido de multa de 60%.

INFRAÇÃO 13 - Deixar de recolher o ICMS referente à aquisição de mercadorias de produtor rural ou extrator não inscrito no cadastro estadual do ICMS, na qualidade de responsável solidário, referindo-se a aquisições de produtos resultantes do abate do gado bovino e suíno junto a produtor não inscrito cujo estabelecimento não atendia às disposições da legislação sanitária federal e estadual. Além do ICMS normal, também é devido o imposto por antecipação tributária, por tratar-se de produtos incluídos no Anexo 88, nos meses de março e dezembro de 2005 e de janeiro a maio e junho a dezembro de 2006 e de fevereiro, abril, maio, agosto, outubro e dezembro de 2007. Lançado o crédito tributário na quantia de R\$85.150,14, acrescido de multa de 60%.

INFRAÇÃO 14 - Deixar de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no Anexo 88 - novembro de 2006. Lançado o crédito tributário no importe de R\$6.747,14, acrescido de multa de 60%.

INFRAÇÃO 15 - Efetuar o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior, relacionadas no Anexo 88, nos meses de fevereiro, abril, outubro e dezembro de 2006 e setembro de 2007. Lançado crédito tributário no quantitativo de R\$4.286,60, acrescido de multa de 60%.

INFRAÇÃO 16 - Deixar de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido(s) mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, relativos aos meses de janeiro a dezembro de 2005, sendo lançada a multa por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de R\$63.449,22.

O autuado, por seu representante legal, apresentou impugnação alegando que é cumpridor de suas obrigações fiscais, mas por trab

não dispor, à época, de um programa gerador do arquivo deixou de informar apenas o art. 54 do SINTEGRA, obrigação acessória, quantidades de um ou outro produto, gerando distorções nos estoques quantitativos, por falha humana ou desconhecimento da legislação, jamais por dolo ou má-fé, entendia não se apresentar como necessário.

Assegurou que todas as mercadorias relacionadas nas Declarações de Estoques possuem notas fiscais de entradas, sejam elas oriundas de transferências, devoluções de clientes ou de compra direta dos fabricantes/fornecedores.

Prossseguiu, guerreando, apenas, parte das exigências imputadas, porquanto não se pronunciou a respeito das infrações 4, 6, 8 e 14, insurgindo-se em relação às numeradas como 1, 2, 3, 5, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 15 e 16.

Ao final, postulou que parte do Auto de Infração seja considerado nulo e cobrado somente o que é devido.

O autuante, ao prestar a informação fiscal de praxe (fls. 444/446), asseverou que, após analisar a defesa e documentos com ela juntados, acolhia parcialmente as argumentações defensivas, isto em relação às imputações 02, 03, 04 e 05, reduzindo os valores lançados originalmente, conforme quadro demonstrativo anexado, mantendo integralmente as demais, e sugerindo o julgamento pela procedência, em parte, do Auto de Infração.

Após intimação para tomar ciência da informação fiscal e receber cópia dos demonstrativos resultantes da revisão fiscal, o autuado apresentou manifestação, às fls. 461/463, renovando as suas teses defensivas, apenas no que tange às infrações 1, 7, 11, 12, 13 e 16.

Às fls. 653/654, o autuante voltou a se pronunciar acerca da manifestação do autuado, reiterando os termos da informação fiscal, ressaltando que: “*o autuado continuou a discorrer genericamente sobre omissão de outros produtos sem apresentar documentação que possa elidir alguma infração*”, acrescentando que nenhuma das argumentações apresentadas pelo autuado mudaria o seu Parecer emitido na informação fiscal anteriormente prestada.

Ao decidir, a Junta de Julgamento Fiscal, de plano, observou que o contribuinte deixou de se pronunciar a respeito das Infrações 6, 8 e 14, portanto, consideradas subsistentes, insurgindo-se em relação às de nºs 1, 2, 3, 5, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 15 e 16, que seriam examinadas juntamente com a Infração 4, sobre a qual, apesar de inexistir contestação, houve ajuste em decorrência dos novos elementos trazidos aos autos, correlacionados com os levantamentos quantitativos de estoque.

O acórdão da JJF, após detalhar item por item, manteve integralmente as imputações de nºs 1, 7, 9, 10, 11, 12, 13 e 15, considerando-as procedentes e não elididas pelo sujeito passivo.

Por outro lado, julgou a JJF procedente em parte as demais imputações, com base nos seguintes fundamentos, *verbis*:

“Observo que no que diz respeito às Infrações 02 e 03 o lançamento decorreu da falta de recolhimento do imposto, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, sendo que no primeiro item foi lançado o crédito tributário na condição de responsável solidário, e o segundo de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Dos produtos levantados, o contribuinte se insurgiu sobre a mercadoria açúcar cristal levantado no exercício de 2006 e cerveja skol, referente ao exercício de 2007. No caso de açúcar cristal, argüiu que compra a mercadoria mencionado em sacas de 50 kg, comercializa parte desse produto em sacas na sua embalagem original (50kg), e parte é destinada ao consumidor final em embalagens de 2kg e 1 kg, demonstrando tais alegações através de planilhas e notas fiscais de entradas, que juntou aos autos. Argumentou que para efeito de cálculo do imposto o pacote de 2kg custa R\$ 2,00 e não de R\$ 3,30 consoante consignou o autuante. Argüiu que a diferença entre o livro de Inventário e estoque real é de 8.108 pacotes com 2 kg. cada.

Saliente que o autuante cotejou os documentos fiscais e as planilhas apresentadas pelo contribuinte com o seu levantamento e reconheceu que efetivamente houve o equívoco alegado. Ela 57.033 kg excluiu 48.925 kg, lançados por engano comprovado pelo contrôl omissão de entradas passou a ser de 8.108 sacos de 2 kg (57.033 - 48.925). 3,30 utilizado para os cálculos do imposto pelo autuante está correto, visto

última entrada do exercício, consignado na Nota Fiscal nº19.091 de 15/05/2006, onde consta o referido valor unitário de R\$ 3,30. Com as alterações acima, em 2006, a infração 02 sofreu uma redução de R\$ 27.446,92, ficando o valor lançado reduzido de 32.814,89 para R\$5.367,97 (32.814,89-27.446,92). Já o item da Infração 03 teve uma redução de R\$ 5.369,63, ficando o montante consignado reduzido de R\$6.580,31 para R\$1.210,68 (6.580,31 – 5.369,63). Quanto ao exercício de 2007 não houve discordância em relação ao lançamento relativo à mesma mercadoria. No entanto, ocorreram incorreções no levantamento relativo ao produto cerveja skol lt de 350 ml, porque fora apurada originariamente omissão de entradas de 29.460 unidades, contudo o contribuinte trouxe aos autos a Nota Fiscal nº603231 provando a aquisição de 28.512 unidades não consideradas pelo autuante em seu levantamento originário. O autuante reconheceu o engano e corretamente excluiu tais quantidades do seu primeiro levantamento e reduziu este item das duas infrações, conforme planilhas às fls.450 e 451. Excluiu dos citados itens das Infrações 02 e 03 o valor de R\$4.362,34 de cada um deles e excluiu tais valores dos totais lançados atinentes às duas infrações, ficando a Infração 02 reduzida de R\$8.598,66 para 4.236,32 (8.598,66-4.362,34) e a 03 de R\$5.647,34 para R\$1.285,00, (5.647,34-4.362,34), conforme demonstrativo da informação fiscal à fl.446.

Quanto à Infração 04, foi lançado o crédito tributário em razão da falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo lançado o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entradas. Dos itens levantados que compuseram esta infração no exercício de 2007, foi apurada como sendo operação de entradas sem documento fiscal, a quantidade de 3.600 litros de leite longa vida alimba. Entretanto a defesa colacionou aos autos diversas notas fiscais contendo referidos produtos em quantidades superiores às quantidades mencionadas acima, demonstrando que não houve entradas sem nota fiscal, às fls. 415 a 419. Diante das comprovações, o autuante elaborou nova planilha e excluiu do total da infração as referidas quantidades registradas em seu levantamento indevidamente, cujo valor de R\$1.034,28 (fl.75), foi deduzido do total da infração, ficando assim essa infração reduzida de R\$2.431,89 para R\$1.397,61, consoante planilha à fl.453.

No que se refere à Infração 05, foi lançado o crédito tributário pela falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis anteriormente efetuadas, sem a emissão de documentos fiscais, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em sua escrita. Das mercadorias objeto do levantamento que totalizam a referida infração no exercício de 2007, foi apurada como sendo operação de entradas sem documento fiscal, a quantidade de 15.000 kg de “arroz pop tipo 1”. O sujeito passivo acostou aos autos a nota fiscal nº13066 (fl.410), não considerada no levantamento pelo autuante, comprovando que não houve a omissão de entradas dessas mercadorias, as quantidades acima foram adquiridas comprovadamente com documento fiscal correspondente. O autuante acolheu as provas e corretamente elaborou nova planilha (fl. 454) excluiu deste item da acusação, o valor de R\$3.391,50, lançado indevidamente, ficando esta infração reduzida de R\$ 10.223,74 (fl.78) para R\$6.832,24, (fl. 454).

O contribuinte foi intimado para tomar ciência da informação fiscal e para receber cópia desta e dos novos demonstrativos elaborados pelo autuante, às fls. 444 a 454, bem como da concessão do prazo de 10 dias para se pronunciar, se quisesse. Se manifestou, não se pronunciou em relação aos ajustes processados atinentes às infrações 02 a 05, se insurgiu apenas em relação à infração 01, contudo não trouxe qualquer elemento que pudesse modificar a autuação conforme esclarecido acima ao tratar da referida acusação.

Saliento que com os ajustes realizados consoante demonstrado, as cinco infrações ficaram assim formatadas:

Infração	Data Ocorr.	Data Vencim.	Base de Cálculo	Aliq.	Vl.Histórico
2	31/12/2006	9/1/2007	31.576,30	17,00	5.367,97
2	31/12/2007	9/1/2008	24.919,53	17,00	4.236,32
3	31/12/2006	9/1/2007	7.121,65	17,00	1.210,68
3	31/12/2007	9/1/2008	7.558,83	17,00	1.285,00
4	31/12/2007	9/1/2008	8.221,24	17,00	1.397,61
5	31/12/2007	9/1/2008	40.189,65	17,00	6.832,24''

No que concerne à infração 16, a JJF, assim decidiu:

“Quanto à Infração 16, o sujeito passivo deixou de fornecer arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

O contribuinte disse em sua defesa que tem consciência de que deixou de atender a legislação, e que assim o fez, por não dispor à época de um programa gerador do arquivo.

Verifico que nesta infração a imputação se referiu ao fato de o contribuinte ter repassado informações através dos arquivos magnéticos, contendo omissões atinentes ao registro 54 e 60R, situação não sanada.

O contribuinte foi intimado no dia 13/01/2009 para corrigir inconsistências de 10 dias de prazo, como manda o § 5º do art. 708-B do RICMS/BA. Vencido o prazo a infração, consubstanciada na falta de entrega, à fiscalização, de arqui

Created with

 nitroPDF® professional
download the free trial online at nitropdf.com/professional

intimação, com a aplicação da multa de 1% do valor das saídas de mercadorias no período considerado, prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuante, por equívoco, indicou como dispositivo legal infringido o art. 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96, quando o correto seria a alínea “j”. Não atentou para a alteração do dispositivo dada pela Lei nº 10.847/07, com efeitos a partir de 28.11.07, que deu nova redação ao inciso XIII-A, caput do art.42 da Lei do ICMS do Estado da Bahia. Do mesmo modo, por engano, consignou no Auto de Infração, como sendo datas de ocorrências os últimos dias dos meses de janeiro a dezembro de 2005, e de vencimento, o nono dia dos meses subsequentes, relativo ao mesmo período.

Ressalto que, vencido o prazo de 30 dias da intimação para corrigir inconsistências dos arquivos, no dia 13/02/2009, os campos: data de ocorrência e data de vencimento do Auto de Infração, deverão ser considerados com a indicação correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não fornecido ou do arquivo com a correção dos erros indicados, neste caso específico, dia 14/01/2009, por ter deixado o contribuinte de fornecer os arquivos magnéticos exigidos mediante intimação com as informações ou prestações realizadas relativas aos Registros 54 e 60R.

Constato que no lançamento em discussão a infração foi descrita de forma clara, estando fundamentada nos demonstrativos, livros e documentos fiscais, enquanto que o autuado não trouxe nenhuma prova de existência de qualquer equívoco ou falha técnica no lançamento efetuado pelo autuante, que caracterizou a infração de forma detalhada. Saliento que o art. 683 do RICMS/97 estabelece a possibilidade de o contribuinte utilizar sistema eletrônico de processamento de dados, sendo que as condições específicas quanto à manutenção e ao fornecimento do arquivo magnético estão disciplinadas nos artigos 686 e 708-B.

Entendo ter ficado caracterizada a falta de atendimento à intimação específica, na forma descrita, o que caracteriza o acerto da multa aplicada. Considerando que em conformidade com o art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96, o fornecimento de arquivo magnético faltando informações sobre as operações realizadas, sujeita o contribuinte ao pagamento da multa de 1% sobre o valor das operações ou prestações realizadas, fica mantida também esta infração.”

Nesse passo, a JJF acolheu a revisão do lançamento efetuado pelo autuante e julgou pela Procedência em Parte do Auto de Infração, quantificando-o no valor de R\$187.250,40, acrescido das multas 60% sobre R\$153.686,01, 70% sobre R\$23.913,38 e 150% sobre R\$9.651,01, referente ao ICMS e da multa por descumprimento de obrigação acessória no importe de R\$63.449,22, recorrendo, em obediência à legislação vigente, a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Foram acostados ao PAF (fls. 684/690) extratos do SIGAT, por meio dos quais se comprova o pagamento integral do débito, com os benefícios da Lei nº 11.908/10.

VOTO

Consoante detalhadamente explicitado no Relatório, reporta-se este PAF a dezesseis infrações, sendo objetos do Recurso de Ofício apenas as imputações de nºs 2, 3, 4, 5 e 16, quais sejam:

INFRAÇÃO 2 - Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado - exercícios 2006 e 2007.

INFRAÇÃO 3 - Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de docu omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regim

apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado - exercícios 2006 e 2007.

INFRAÇÃO 4 - Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária- a das operações de 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 - exercícios de 2006 e 2007.

INFRAÇÃO 5 - Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis anteriormente efetuadas, sem a emissão de documentos fiscais, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em sua escrita, o que autoriza a cobrança de imposto por presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado - exercício de 2007.

Quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado – 2007.

INFRAÇÃO 16 - Deixar de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido(s) mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, relativos aos meses de janeiro a dezembro de 2005, sendo lançada a multa por descumprimento de obrigações acessórias.

Assim, após exame integral da proceduralidade, considero que as infrações identificadas com os nºs 2, 3, 4 e 5 se reportam a matéria eminentemente fática, encontrando-se o julgamento de primeira instância embasado em provas documentais e no reconhecimento, pelo autuante, na oportunidade da sua informação fiscal, dos fatos suportes alinhados na defesa, chancelando as sustentações do autuado, de tudo resultando os ajustes e correções efetuadas pelo auditor e acatados, de forma integral, na Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, acompanhada do demonstrativo de débito, corrigido às fls. 670, a qual, no ensejo, reputo incensurável, por quanto em estrita consonância com as normas vigentes, no particular resultando Parcialmente Procedente o Auto de Infração.

Outrossim, no que tange à infração 16, alinho-me ao entendimento da JJF, a qual procedeu à correção do equívoco praticado no lançamento tributário, elegendo como datas de ocorrência os últimos dias dos meses de janeiro a dezembro de 2005, e de vencimento, o nono dia dos meses subsequentes dentro do mesmo período.

Vale salientar que, nos casos de se atribuir ao contribuinte a falta de cumprimento de determinada intimação, aplicando-lhe a respectiva multa, só se considera ocorrida a infração no primeiro dia útil subsequente ao termo final do prazo fixado pela autoridade fazendária competente, isso porque, durante o transcurso do prazo, não há descumprimento da intimação e, por conseguinte, inexiste infração.

Nesse sentido dispõe OTE-DPF-3005, item 6:

“6 – Caso o contribuinte não entregue o arquivo solicitado ou o apresente ainda com inconsistências, deve ser lavrado Auto de Infração em razão do não atendimento à intimação, conforme referido no item 2 desta orientação gerencia, hipótese em que deverá ser anexada ao Auto de Infração a intimação não atendida.

6.1 – Na lavratura de Auto de Infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento do Auto de Infração deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com correção dos erros indicados.

6.2 – Tratando-se de infração relacionada à omissão de informação ou divergência mencionadas nos subitens 1.1 e 1.2, os campos ‘data de ocorrência’ e ‘data de vencimento’ do Auto de Infração, deverão ser preenchidos com a data de envio do respectivo arquivo.”

Detalhando o caso concreto, como a última intimação entregue 13/01/2009 (fl. 19), o prazo fixado de trinta dias findou-se em 13/02/16/02/2009 (segunda feira), primeiro dia útil subsequente, considera

devendo tal data constar dos campos “data de ocorrência” e “data de vencimento”, do quadro demonstrativo da infração 16 – 16.12.15 (fls. 07 do Auto de Infração).

De tudo isso, resulta irrepreensível a Decisão da JJF, na linha de acolher a revisão do demonstrativo de débito efetuado pelo autuante (fls. 446), importando na redução do valor total do Auto de Infração para R\$250.699,62, em conformidade com as provas apresentadas pelo sujeito passivo.

Concludentemente, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício advindo da 2ª JJF, ratificada a Decisão e mantido o valor ali fixado para as imputações rotuladas como 2, 3, 4 e 5 e a correção das datas de ocorrência e vencimento da infração 16 do Auto de Infração em epígrafe, por se encontrar em estrita obediência aos ditames legais, devendo homologar os valores efetivamente pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 269141.0011/09-9, lavrado contra SALES & CIA. LTDA. (FEIRÃO SUPERMERCADO), devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$187.250,40, acrescido das multas 60% sobre R\$153.686,01, 70% sobre R\$23.913,38 e 150% sobre R\$9.651,01, previstas no artigo 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “f”, III, VII, “a” e “b”, V, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$63.449,22, prevista no inciso XIII-A, alínea “j” do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios consoante estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de setembro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOT - REPR. DA PGE/PROFIS