

A. I. N° - 020747.0112/07-7
AUTUADO - BOA NOVA COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA
AUTUANTE - MARIA HELENA DA SILVA RIBEIRO
ORIGEM - INFAZ/METRO
INTERNET - 05.05.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0089-02/10

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Tendo sido constatado no mesmo exercício, diferenças tanto de entradas omitidas como de saídas através de auditoria de estoques, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, no caso sobre as saídas omitidas, a qual constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Revisão fiscal confirma que o levantamento quantitativo foi feito em conformidade com a Portaria n° 445/98. Mantido o lançamento. **2.** DOCUMENTOS FISCAIS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. EXIBIÇÃO INCOMPLETA E EM PADRÃO DIFERENTE DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. MULTA. De acordo com o RICMS o contribuinte que utiliza escrituração por sistema de processamento de dados, está obrigado a apresentar o arquivo magnético com registro fiscal dos documentos fiscais emitidos. Infração caracterizada mediante a constatação de divergências em diversos registros e nos valores informados na DMA. Rejeitada a preliminar de nulidade deste item, tendo em vista que foi devidamente cumprido o devido processo legal com a intimação para regularização no prazo de trinta dias. Rejeitadas a nulidade suscitada na defesa e não acolhido o pedido do contribuinte para redução da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 17/12/2007, reclama ICMS e MULTA no valor total de R\$153.810,83, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$34.584,53, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque relativo ao exercício de 2005, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas tributáveis omitidas, conforme demonstrativos às fls. 54 a 105. Em complemento: “Os arquivos magnéticos utilizados para efetuar este levantamento foram os primeiros enviados pela empresa, que ti influenciam na elaboração deste levantamento.”

2. Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das saídas do estabelecimento em cada período, conforme demonstrativo à fl.667 e documentos às fls.09 a 52. Período: 2005/2006. Multa no valor de R\$119.226,30, prevista no art.42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96. Em complemento: “A empresa foi intimada em 26/07/2007, e, recebeu os demonstrativos das inconsistências para que no prazo legal de 1 (hum) mês fossem corrigidas. No prazo legal dado pela intimação, não fomos atendidos todos os esforços mantidos para que a empresa corrigisse suas informações não obtivemos êxito pois todos os arquivos foram enviados com inconsistências, conforme demonstrativo do SVAM, que estamos anexando ao presente Auto de Infração: daí resultou o lançamento da multa.” (Intimação fls. 21 e 22).

O sujeito passivo através de seu representante legal, em sua defesa às fls.948 a 983, inicialmente teceu comentários sobre os princípios da legalidade objetiva, da verdade material, da inquisitorialidade, da tipicidade cerrada, e em seguida, dizendo que o presente lançamento contém vícios insanáveis, arguiu a nulidade da autuação com base no artigo 18 do RPAF/99. Invocou o parágrafo 1º do citado dispositivo regulamentar para aduzir que o auto de infração possui omissões e incorreções de natureza grave, e as exigências não observadas pela autuante no seu trabalho fiscal não são meramente formais. Mesmo assim, frisa que caso não seja esse o entendimento do órgão julgador, devem ser apreciados e deferidos os pedidos de diligência feitos ao longo de sua peça defensiva.

Como outra preliminar, alega que houve cerceamento de defesa, pois a autuante ao encerrar a ação fiscal forneceu cópia do auto de infração e do demonstrativo de débito, porém, que através de tais documentos não foi possível elaborar sua defesa, por entender que eles não são auto-aplicativos, nem são claros.

Alega que não foram observadas as rotinas previstas na Portaria nº 445/98 (art.3º, III), e nas rotinas relativas no uso do sistema SAFA para apuração do levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, isto porque não foi feita a associação entre os produtos que tem uma ou mais descrições nas notas fiscais de entradas, e que a empresa utiliza outras descrições quando da emissão de notas fiscais de saídas. Transcreveu diversos Acórdãos do CONSEF em que foram julgados nulos autos de infração por cerceamento do direito de defesa.

Ainda como preliminar de nulidade foi alegado que houve falta de descrição clara e precisa da acusação fiscal de que cuida o item 01, ferindo o disposto no art.39, III, do RPAF/99, transcrevendo decisões do CONSEF em que as autuações foram julgadas nulas por falta de certeza do procedimento.

No mérito, alega que a autuante cometeu alguns equívocos, quais sejam.

No caso do item CHARQUE, diz que ocorreram aquisições em diversos fornecedores, sendo que a espécie da mercadoria é a mesma no corpo das notas fiscais, apesar dos fornecedores utilizarem diversas expressões, tendo feito uma relação às fls.968 a 969, contendo nome do fornecedor, nota fiscal e especificação utilizada.

Aduz que por ocasião das saídas também foram usadas várias expressões, que relacionou à fl.970. Reafirma que não foram obedecidas as disposições contidas no artigo 3º da Portaria nº 445/98, e que no caso, a autuante deveria ter levado em conta apenas a expressão CHARQUE.

Quanto ao item relativo a LINGUIÇA, aduz que o levantamento deveria ter sido feito considerando a expressão “linguiça”, pois existem por parte dos fornecedores diversas formas de embalagem com pacotes de 2,5 kg, mas embalados de forma diferentes em caixas.

caixa podem vir 8 pacotes de 2,5 kg ou 4 pacotes de 5 kg ou simplesmente 1 pacote embalado com o total de 20 kg.

Portanto, afirma que não foram observadas as disposições contidas na Portaria nº 445/98, tendo apontado os seguintes equívocos no levantamento fiscal: falta de inclusão de cupons fiscais nº 001 172; lançamento de notas fiscais de entradas emitidas pelo mesmo fornecedor e contendo a mesma espécie de mercadorias cadastradas no levantamento de entradas com códigos diferentes, conforme citações às fls.972 a 973; falta de inclusão da NF nº 1113; lançamento no demonstrativo das saídas de notas fiscais que foram canceladas; erro nas quantidades do estoque final do item lingüiça; falta de lançamento da nota fiscal de saída nº 1664 no item charque.

Por conta dos equívocos apontados, o defendente diz que refez todo o levantamento das entradas e saídas da mercadoria “charque”, obtendo o seguinte resultado: entradas = 14.478; estoque final = 256; saídas reais = 14.222; saídas com notas fiscais = 13.357; e diferença = 865.

Aduz que o resultado apurado expressa omissão de saídas de “Charque” de 865 caixas que ao preço médio de R\$ 170,47 ($R\$ 3.579,95 / R\$ 21 = R\$ 170,47$) perfaz o montante da base de cálculo de R\$ 147.456,55, valor esse, que deve ser reduzido em 58,824% conforme Decreto nº 9.547 de 20/09/2005, resultando na BC = R\$ 60.816,99 que à alíquota de 17% perfaz o imposto de R\$10.338,88, que o reconheceu como devido.

Quanto às demais mercadorias (lingüiça calabresa de diversos tipos), em razão de haver problemas com as embalagens comercializadas e também incorrer o fato da mesma mercadoria ser identificada por mais de uma denominação, requereu uma diligência para que fosse feito novo levantamento com o agrupamento de cada item e a transformação tanto nas entradas como nas saídas para a unidade K (quilo) e para a denominação genérica “lingüiça”, “apresentado ou presunto”.

Ressalta que ainda que reste diferença referente à omissão de saídas com ICMS a recolher, não existe infração, por motivo da mesma no período do início de suas atividades até o mês de dezembro de 2005 possuir saldo credor na conta corrente fiscal superior aos valores mensais acusados no trabalho fiscal. Pede uma diligência para confirmar essa alegação.

Quanto à infração 02, alega que em 26/07/2007 foi intimado a apresentar os arquivos magnéticos com a correção das inconsistências contidos nos mesmos, sendo atendido o pedido do preposto fiscal. Aduz que após esta data, decorridos 90 (noventa) dias das intimações, as mesmas perdem a sua validade jurídica, para efeito de ação fiscal de acordo com o que prevê o artigo 28, § 1º do RPAF/99. Frisa que o procedimento de fiscalização deve ser concluído no prazo de noventa dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente, e que esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso.

Diz que no período de outubro a dezembro de 2007, a autuante de posse dos documentos, livros fiscais e das informações contidas nos arquivos de 2005 realizou a auditoria prevista na Ordem de Serviço nº 516570/07, verificando a conta corrente fiscal do ICMS, a legalidade dos créditos fiscais de ICMS utilizados, os dados contidos nas DMA's, a regularidade dos lançamentos efetuados na escrita fiscal das notas fiscais de entradas e saídas, e concluiu a fiscalização referente aos exercícios de 2005 e 2006, não foi apurada qualquer irregularidade, com exceção do levantamento quantitativo por espécie de mercadorias que está sendo contestado nesta peça defensiva.

Informa que já enviou para o sistema da SEFAZ novos arquivos magnéticos dos exercícios de 2006 e 2007 com correção das inconsistências, no mês de janeiro de 2008.

Com esses argumentos, ressalta que o auto de infração não tem eficácia sendo nulo de pleno direito.

Discordou da data de ocorrência (27/08/2007) consignado no demonstrativo de débito, arguindo que a data deve ser a do envio do arquivo para a SEFAZ.

Além disso, pondera que foi aplicada a multa com a aplicação do percentual de 1% sobre o valor das saídas, quando a multa de 5% sobre as diferenças encontradas resulta em valor menor, conforme pode ser verificado no demonstrativo sintético das diferenças apuradas em notas fiscais – Relatório 102, anexado pela autuante ao auto de infração. Diz que o valor das diferenças constantes neste Relatório importa em R\$ 1.744.147,80, que aplicada a multa de 5% resulta no valor de R\$ 87.207,39. Portanto, assevera que a autuação foi feita de modo equivocado, mudando o fulcro da imputação, ou seja, que a descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável.

No mérito deste item, frisa que a apresentação de arquivos magnéticos com inconsistências à SEFAZ não prejudicou os trabalhos de fiscalização, que não apurou nenhuma irregularidade quanto ao exercício de 2006, razão porque requereu que a multa seja reduzida ou cancelada. Citou vários acórdãos do CONSEF sobre julgamentos em que foram canceladas ou reduzidas multas relativas a arquivos magnéticos.

Requereu diligência por fiscal estranho ao feito para o refazimento do levantamento quantitativo de estoques.

Para comprovar suas alegações juntou cópias de livros fiscais (Registro de Apuração, Saídas e Inventário); notas fiscais de aquisições (fls.985 a 1.040)

Por fim, requer a procedência parcial da infração 01, e a nulidade da infração 02, ou caso contrário a redução da multa para 10% do valor que foi lançado no auto de infração, consoante decisões proferidas através dos Acórdãos JF nº 0075-12/07 e 0125-1/07.

Na informação fiscal às fls.1.131 a 1.132, a autuante ratificou em todos os termos o seu procedimento fiscal, observando que o autuado não apresentou nenhum documento ou argumento capaz para elidir o lançamento tributário.

Solicitou a reabertura do prazo de defesa pelo fato de não ter entregue o Demonstrativo Cálculo das Omissões, tendo anexado o mesmo às fls.1.133 a 1.134.

Quanto ao pedido de nulidade do Auto de Infração, disse não é cabível por está sendo saneado, e constar no auto de infração, o autuado, e o montante do débito.

Esclarece que os documentos analíticos que geraram os débitos apurados estão todos anexos ao processo, e foram entregues cópias ao representante legal da empresa, conforme recibos às fls.55, 61, 63, 81 e 105, referentes ao item 01, e demonstrativo das saídas do ano de 2006, fls.667, que serviu de base para a cobrança da multa do arquivo magnético inconsistente relativo ao item 02.

Explica que a infração 01 foi apurada seguindo todas as rotinas determinadas na legislação vigente. Pondera que a associação de mercadorias é feita quando no livro Registro de Inventário a empresa não discrimina uma mesma mercadoria por tipo, marca, fornecedor, peso, fato que diz não ter ocorrido com a empresa autuada, cujas mercadorias selecionadas conforme demonstrativo às fls.54 a 55, têm códigos diferentes fornecidos pela empresa, informações constantes em seu arquivo magnético, de acordo com o tipo, marca, ou seja: charque pa margem, charque PA Bertim, charque PA Recôncavo, etc. e, em seu livro Registro de Inventário o estoque final de 2005, fls.112, foi escriturado por marca, tipo, não havendo estoque inicial por ser o primeiro exercício de funcionamento da empresa.

Além disso, diz que a associação é feita também quando a empresa associa duas ou mais marcas e tipos em um só título, ou seja, CHARQUE, para evitar distorções. No caso, observa que o levantamento apurou omissão de saídas em valores substanciais por de uma mesma mercadoria (charque – lingüiça), e omissão de ent

(apresentados) de tipos diversos, sendo a omissão de entradas menor que a de saídas, sendo exigido imposto com base no valor das saídas.

Sobre a infração 02, esclarece que iniciou o monitoramento do arquivo magnético, cuja intimação e demonstrativos das inconsistências para as devidas correções foram entregues em 26/07/2008, fls. 21 a 52, não sendo atendida no prazo de 30 dias a intimação que foi expedida, razão porque diz que deve ser mantida a multa que foi aplicada.

Chama a atenção de que a empresa está cadastrada na atividade de comércio atacadista, tem Termo de Acordo conforme Decreto nº 7.799/00, e a fiscalização foi motivada por denúncia de venda de mercadorias sem nota fiscal, conforme documento à fl.20.

Registra que virou prática de algumas empresas de grande movimento apostarem na impunidade de seu atos, não fornecendo os arquivos magnéticos em condições de se efetuar a auditoria de estoque.

Conclui pela procedência do Auto de Infração.

Conforme intimação e AR dos Correios (fls.1.135 e 1.136), o autuado foi cientificado do novo elemento anexado à informação fiscal, e posteriormente, foi novamente intimado, fls.1.138 a 1.139, com a reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta dias).

Atendendo à citada intimação, no prazo estipulado, o autuado se manifestou às fls.1.146 a 1.153 ratificando em todo o seu teor os argumentos constantes de sua defesa inicial, e analisou todas as observações constantes na informação fiscal, ponderando o seguinte:

1. que a autuante não prestou a informação fiscal com clareza e precisão como determina o § 6º do artigo 127 do RPAF/9, e pediu ao órgão julgador que proceda como determina o artigo 140 do mesmo regulamento.
2. sobre a formalização do auto de infração, reafirmou seu pedido de nulidade por cerceamento do direito de defesa por não terem sido obedecidas as rotinas previstas na Portaria nº 445/98 (art.3º, III).
2. considerou indevida a base de cálculo da multa (item 02), por entender que só deve ser utilizado o faturamento do estabelecimento quando o valor da multa de 5% a ser aplicado sobre o valor das diferenças for superior à multa de 1% sobre o faturamento. Por isso, pede a nulidade deste item.
3. que as quantidades do estoque final foram extraídas do livro de inventário que foi escriturado manualmente, e que as informações do arquivo magnético servem apenas como conferência, devendo no seu entendimento prevalecer a escrituração do RI que tem respaldo legal. Contestou a não associação dos produtos e citou vários enganos cometidos no trabalho fiscal. Frisa que o demonstrativo das omissões apresentado na informação fiscal confirma que um mesmo produto, com código diferente, apresentou diferenças na entrada e na saída, o que, no seu entendimento impõe a associação dos mesmos. Acrescenta que no arquivo magnético apresentado constam as nomenclaturas e códigos para o CHARQUE, conforme relação à fl.1.157, e que no livro Registro de Inventários, fls.1.108 a 1.109, também constam discriminados os diversos tipos de charque existentes em 31/12/2005, acompanhando a mesma nomenclatura dada no arquivo magnético.
4. observa que se prevalecer omissão de saídas, não existe infração por motivo de no período do início de suas atividades até o mês de dezembro de 2005, ter saldo credor na conta corrente fiscal, superior aos valores mensais objeto da acusação fiscal. Reitera seu pedido de diligência para confirmar essa alegação e citou parte do voto do Acórdão JF nº 0359-04/07.

No tocante a infração 02, reafirmou seu pedido inicial consoante argumentos constantes na sua defesa, especialmente o contido nas fls.29 a 34, acrescentando que a autuante após realizar a auditoria fiscal-contábil do ano de 2006, cumprindo todos os roteiros, não encontrou nenhuma irregularidade, e ao invés de efetuar a auditoria de estoques, por exiguidade de tempo, optou em aplicar a multa em questão, multa que o CONSEF vem reduzindo a 10% do valor aplicado, conforme Resoluções JJF nº 0075-12/07 e JJF nº 0125-12/07.

Pede que o órgão julgador proceda como determina o art.162 do RPAF, no que concerne a informação de que é prática dos contribuintes não fornecerem os arquivos magnéticos para impedir a realização de auditoria de estoques, constante na folha 1.132.

A autuante se manifesta às fls.1.156 a 1.160, e ratifica todos os lançamentos do auto de infração, reafirmando que o autuado não apresentou nenhum documento ou argumento que elidissem os lançamentos.

Observa que foi reaberto o prazo de defesa através da intimação e AR dos Correios, fls.1.138 e 1.139, e entregue o Demonstrativo de Cálculo das Omissões, saneando a falta de entrega do demonstrativo, apesar de já terem sido entregues, conforme declaração à fl.1.148, todos os documentos analíticos do levantamento efetuado, onde constam mercadorias selecionadas, demonstrativos das quantidades de entradas, saídas, estoques, preço médio, e, as omissões apuradas.

Arguiu que o pedido de nulidade não é cabível, pelo fato de a incorreção ter sido saneada, e, constar do Auto de Infração a sua formalização: a natureza da infração, o autuado e o montante do débito.

Ratificou sua informação de que: todas as notas fiscais anexadas pela defesa foram consideradas no levantamento quantitativo, bem como a nomenclatura foi dada pela Empresa em seu arquivo magnético.

Explicou que foram informadas pelo autuado em seu arquivo magnético as seguintes nomenclaturas e códigos para o CHARQUE que foi comercializado:

Cód.prod.	Descrição produto
17	CHARQUE PA FRISUL CX 30 KG
18	CHARQUE DT FRISUL CX 30 KG
19	CHARQUE PA RECONCAVO CX 30 KG
20	CHARQUE DT RECONCAVO CX 30 KG
21	CHARQUE CUPIM RECONCAVO CX 30 KG
22	CHARQUE COXAO RECONCAVO CX 30 KG
23	CHARQUE DOIS PELOS RECONCAVO CX 30 KG
24	CHARQUE FIGADO RECONCAVO CX 30 KG
25	CHARQUE PA BERTIN CX 30 KG
199	CHARQUE CAPA DE FILE CIA BOI 30X01 KG
205	CHARQUE PA BERTIN 06X05 KG
206	CHARQUE JERKED BEEF PA GMA CX 30 KG
207	CHARQUE JERKED BEEF DT GMA CX 30 KG
268	CHARQUE PA MARGEM 01 X30 KG
269	CHARQUE P A SHEKNAH 01 X30 KG
295	CHARQUE JERKED BEEF PA IMPERIAL CX 30 K
319	CHARQUE JERKED BEEF DT IMPERIAL 01 X30 KG
322	CHARQUE DOIS PELOS CIA DO BOI 30X01 KG

335 CHARQUE DT SHEKNAH 01 X30 KG

337 CHARQUE JERKED BEEF CUPIM GMA 30X01 KG

Diz que no Livro Registro de Inventário, conforme cópias anexadas na defesa, às fls. 1.108 e 1.109, também foram discriminados os diversos tipos de charque existentes em 31/12/2005, não englobando na nomenclatura CHARQUE os diversos tipos existentes naquela data, bem como, acompanhou a mesma nomenclatura existente no arquivo magnético.

Discriminou quais foram o tipos, marcas e códigos de CHARQUE comercializados, e que foram todos considerados em seu levantamento, respeitando a discriminação dada pela Empresa, que as especifica com exatidão em seus diversos códigos e tipos, bem como, todas as rotinas determinadas na legislação vigente, quais sejam:

- FRISUL: 17 - PA; 18 - DT.
- RECÔNCAVO: 19 - PA; 20 - DT; 21 -CUPIM; 22 - COXÃO; 23 - 2 PELOS; 24 - FÍGADO.
- BERTIN: 25 - PA; 205 PA.
- CIA DO BOI: 199 - CAPA DE FILÉ; 322 - 2 PELOS.
- MARGEM: 268 - P A.
- SHEKNAH: 269 - PA; 335 DT
- IMPERIAL: 295 - JARKED BEEF PA; 319 - JARKED BEEFDT.
- GMA: 206 - JARKED BEEF P A; 207 - JARKED BEEF DT; 337 - JARKED BEEF CUPIM.

Destaca que no arquivo magnético o REGISTRO 75 - CÓDIGO DE PRODUTOS E SERVIÇOS - é exigência do Decreto 9.426 de 17 de maio de 2005, para todas as empresas usuários do SEPD, as quais são obrigadas também a apresentar o REGISTRO 54, o qual depende daquele registro para que os produtos comercializados sejam discriminados; e, por força do Decreto 9.068 de 12 de abril de 2004, as empresas que tenham como atividade econômica, *comércio atacadista*, foram equiparadas a usuários de SEPD para emissão de documentos fiscais, estando obrigados ao envio de arquivos magnéticos do Convênio 57/95 a partir de 01 de junho de 2004, inclusive com o REGISTRO 54. Portanto, salienta que as informações prestadas através arquivo magnético NÃO SERVEM APENAS COMO CONFERÊNCIA como afirma a Empresa em sua defesa.

Explica que confrontou os lançamentos do arquivo magnético do período fiscalizado 01/07/2005 à 31/12/2006, com as notas fiscais da Empresa, através do programa desta SEFAZ - SVAM, e, constatou que o exercício de 2005 não apresentava divergências com as notas e livros fiscais.

Frisa que o autuado não apontou nenhuma nota fiscal referente às mercadorias selecionadas, registradas em seus livros fiscais, que deixou de constar do levantamento.

Ressalta que as mercadorias que apresentam omissão de entradas são mercadorias que compõem um mesmo tipo do produto, com um mesmo código; ou seja, os tipos de charque dos códigos 206, 21, 319 e 321 apresentaram omissão de entradas. Os tipos de charque dos códigos 17, 18, 19, 199, 20, 205, 207, 22, 23, 24, 25, 268, 269, 295, 322, 335, apresentaram omissão de saídas; e, de acordo com a Portaria 445 de 10 de agosto de 1998, é lançado o imposto apurado de maior valor monetário, que no levantamento, foi referente às saídas.

Com relação à solicitação de compensação com saldos credores existentes em 2005, diz que é impossível pelo fato da Empresa apresentar seu inventário anual o que não permite verificar as omissões de saídas mensais; além disso, que ocorreram alguns equívocos por parte da Empresa, já que o levantamento refere-se a exercício fechado, portanto, *não apresenta diferenças mensais*, bem como, o fato de a Empresa já ter se beneficiado de todos os seus créditos, vez que, conforme RELAÇÃO DE DAEs - Ano 2008 desta SEFAZ, no mês de março NORMAL - COMÉRCIO, no valor de R\$ 11.491,57, no Sistema INC. E:

os créditos se acumularam em decorrência das saídas omitidas e sem a emissão dos respectivos documentos fiscais.

Quanto à infração 02, diz que feito o monitoramento do arquivo magnético, foi expedida intimação em 26/07/2007, fls. 21 a 52, com os demonstrativos das inconsistências para as devidas correções, não sendo atendida no prazo legal de 01 (hum) mês. Argumenta que a multa foi aplicada, pelo fato dos arquivos terem sido enviados ainda com inconsistências, e portanto, o não atendimento à intimação gerou o lançamento desta multa, que para este caso específico é 1 % do valor das saídas do estabelecimento.

Chamou a atenção de que o estabelecimento está enquadrado como comércio atacadista; tem Termo de Acordo conforme Decreto nº 7.799/00; e teve sua fiscalização motivada por denúncia de venda de mercadorias sem nota fiscal, conforme documento à fl.20, e finalizou ratificando em todos os termos o seu procedimento fiscal.

Tendo em vista as alegações defensivas de que:

- a) não foram observadas as rotinas previstas na Portaria nº 445/98 (art.3, III), e nas rotinas relativas no uso do sistema SAFA para execução do levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, por entender que não foi feita a associação entre os produtos que têm uma ou mais descrições nas notas fiscais de entradas, e que a empresa utiliza outras descrições quando da emissão de notas fiscais de saídas;
- b) foram apontados equívocos no levantamento fiscal concernentes a: falta de inclusão de cupons fiscais nº 001 a 172; lançamento de notas fiscais de entradas emitidas pelo mesmo fornecedor e contendo a mesma espécie de mercadorias cadastradas no levantamento de entradas com códigos diferentes, conforme citadas às fls.972 a 973; falta de inclusão da NF nº 1113; lançamento no demonstrativo das saídas de notas fiscais que foram canceladas; erro nas quantidades do estoque final do item LINGUIÇA; falta de lançamento da nota fiscal de saída nº 1664 no item CHARQUE.

Na Pauta Suplementar do dia 16/09/2008, foi convertido o processo em diligência à ASTEC/CONSEF, para que, in loco, à vista dos livros fiscais, arquivo magnético e respectivos documentos, fosse conferida a auditoria de estoques, tomando por base os “equívocos” apontados na defesa acima descritos, de modo a verificar se seriam cabíveis alterações no trabalho fiscal.

Considerando que, conforme demonstrativo das omissões às fls.1.133 a 1.134, foram levantados produtos que, apesar de conter códigos diferentes, contém a mesma descrição, quais sejam, CHARQUE (códigos 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 199, 205, 206, 207, 268, 269, 295, 319, 321, 322, 335 e 337); LINGUIÇA (códigos 112, 12, 13, 14, 217, 218, 262, 294, 318, 323, e 368); e APRESUNTADO/PRESUNTADO (códigos 220, 222 e 223), após os ajustes nas quantidades dos itens apontados na defesa, procedesse conforme o artigo 3º, inciso III, da Portaria 445/98, ou seja, se cabível, elaborasse demonstrativo das omissões com o agrupamento de cada item reunindo num mesmo item as espécies de mercadorias afins, observando também as questões relacionadas com a unidade de peso de cada produto.

Foi recomendado que concluso o trabalho revisional, fosse emitido parecer sobre as questões acima, e, se fosse cabível, elaborasse novo demonstrativo de débito indicando o real valor do débito a ser exigido neste processo, se fosse o caso.

Além disso, que após cumprida a diligência, fosse intimado o sujeito passivo, fornecendo-lhe, sob recibo, no ato da intimação cópia do Parecer ASTEC/CONSEF e dos novos elementos acostados aos autos por ocasião da revisão fiscal, inclusive cópia deste desnacho de diligência com a reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) dias para sobre e, em seguida, que fosse remetido o PAF ao autuante para nova info:

Conforme Parecer ASTEC/CONSEF nº 057/2009 (fls.1.165 a 1.169), a diligência foi devidamente cumprida, cuja conclusão foi a seguinte:

1. Que para a revisão fiscal, após devidamente intimado, (fls.1.170), o contribuinte autuado apresentou considerações (fls.1.171/1.179), porém não atendeu a todas as solicitações alegando que seus livros e documentos estavam passando por procedimento de fiscalização pela Receita Federal, pedindo prorrogação do prazo para atendimento integral da intimação. Reintimado, (fl.1.180), o autuado reitera alegações de sua defesa (fls. 1.181/1.188) comprovando alguns de seus argumentos, sobre os quais, o diligente se pronunciou conforme segue.
2. De posse dos livros e documentos fiscais disponibilizados e com base no levantamento realizado pelo autuante, relatórios de entradas (fls.58/61), saídas (fls.64/81) e demonstrativo das omissões (fls. 1.133/1.134) realizou os trabalhos solicitados na diligência.
3. Não constatou na elaboração do roteiro de levantamento quantitativo de estoques, por parte da autuante, descumprimento ao preconizado na Portaria 445/98. A ação fiscal obedeceu a um criterioso rigor na seleção de cada item, classificando-os por tipo, espécie, marca e unidade de medida, a mesma utilizada pelo contribuinte. Ressaltou que a denominação do roteiro fiscal é "levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadoria", mesma nomenclatura utilizada pela citada legislação, portanto, não procede a alegação do autuado de que as mercadorias deveriam ser selecionadas por gênero. Transcreveu o art. 3º, inciso III, da Portaria 445/98, dispõe:

Art. 3º - A apuração de débitos do ICMS mediante esse tipo de auditoria requer os seguintes cuidados:

(...)

III - nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item a reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins. (grifo nosso).

Esclareceu que da análise dos livros e documentos apresentados verificou que o contribuinte foi específico e exato na descrição das mercadorias comercializadas em sua escrita fiscal. Diz ter constatado no livro registro de inventário (fls. 106/134), notas fiscais de entradas e de saídas, onde as mercadorias estão descritas pelo tipo e espécie - charque cupim recôncavo, charque PA Bertin, charque PA Frisul, charque DT Frisul, charque cupim recôncavo etc. Além disso, que o mesmo ocorre com o produto lingüiça - lingüiça calabresa Sadia, lingüiça calabresa Josefina, lingüiça calabresa Perdigão. Por outro lado, verificou que as mercadorias inventariadas em 31/12/2005, estão discriminadas por espécie, não foram englobados todos os tipos de carnes com a nomenclatura "CHARQUE", nem os diversos tipos de lingüiça em uma só denominação. Aduz que não se verificam divergências entre a descrição dos produtos utilizada nas notas fiscais de entradas com a descrita quando da emissão das notas fiscais de saídas, ou seja, que é o próprio sujeito passivo quem atribui os códigos associados a cada produto constante dos registros de seus arquivos magnéticos encaminhados à SEFAZ, e que foram utilizados pela autuante, consoante sua informação fiscal fls. 1.157. Por isso, assegura que o procedimento fiscal está conforme a Portaria 445/98, pois, se o contribuinte especifica com exatidão as mercadorias por ele comercializadas, não é cabível agrupamento por gênero. Ressaltou que existe grande variação de preços para produtos do mesmo gênero, como: Charque Jerked beef cupim - caixa R\$197,18; Charque Jerked beef Imperial, caixa R\$160,47; charque PA Margem R\$ 158,46. Observa que a realização da contagem do produto por espécie lhe foi mais favorável, considera

pelos preços maiores.

Com relação às alegações defensivas, o diligente assim se manifestou:

a) Quanto ao lançamento de notas fiscais de entradas emitidas pelo mesmo fornecedor e contendo a mesma espécie de mercadorias cadastradas no demonstrativo de entradas da autuante com códigos diferentes, como é o caso das notas fiscais nº 290, 291, 361, 451, 484, 528 e 52, a diligente correlacionou as notas fiscais citadas com o procedimento do contribuinte e verificou que os itens foram classificados por tipo, marca e a unidade de medida como comercializado pelo autuado. Tomando como exemplo as notas fiscais 290 e 361 (fls. 1189/1190, explicou que a autuante classifica o produto descrito na nota fiscal nº 290, no código "206 Charque Jerked beefPA GMA cx 30 kg"; a nota fiscal nº 361 classificada com a codificação "295 - Charque J erked beef P A Imperial cx. 30 kg". Observa que o primeiro produto é charque ponta de agulha da marca GMA e o segundo é charque ponta de agulha da marca Imperial. Assim, conclui que não se trata de mesmo produto classificado com código diferente e sim em manter-se a coerência obedecendo aos critérios pré-estabelecidos. Analisando-se estas notas verificou que embora o fornecedor não tenha descrito a "marca" é fácil identificar-se tratar-se de produtos diferentes pelo preço atribuído a cada um. O primeiro, nota fiscal 290, valor unitário da caixa R\$152,00 e o segundo, nota fiscal nº 361, valor unitário da caixa R\$14 ,00. Esclarece que a codificação dos produtos para tais notas foi atribuída pelo próprio autuado que assim classificou em seu arquivo magnético. As notas fiscais nº 361, 451, 484 (fls. 1190/1192) referem-se ao produto Charque Beef Ponta de Agulha Imperial, caixa de 30kg, atribuiu-se código 295; as notas fiscais nº 290, 528 e 529 trata-se de Charque Ponta de Agulha da marca GMA, código 206; a nota fiscal nº 291 trata-se de charque Beef, Dianteiro, marca GMA, código 207; as notas fiscais nº 484 e 528 (fls.1192/1193) possuem dois itens, respectivamente: "charque Dianteiro, marca imperial, código 319 e "charque beef Cupim GMA, código 337. Conclui dizendo que não identificou utilização indevida de códigos diferentes para a mesma mercadoria, conforme detalhamento fls. 1234.

b) Relativo à mercadoria Lingüiça:

b.1.) Constatou que assiste razão ao contribuinte referente alegação de que as notas fiscais 110627, 403928, 117156 e as notas 120490, 120491 e 437374 (fls. 1195/1200)" possuem os mesmos produtos e foram lançados pela autuante com códigos diferentes. As 3 última notas também se referem a Lingüiça calabresa Sadia cx. 15 kg - Código 12, e foram lançadas indevidamente como lingüiça calabresa Sadia pacotes de 2,5Kg - Código 318. Informou que realizou o devido ajuste, devendo ser excluído do código 318 a quantidade de entradas de 520 caixas e incluídas no código 12, que tomará a seguinte feição:

Código	Produto	Omissão	Incl/exclusão	Omissão ajustada	Preço médio	Valor Omissões
12	Ling Sad Cx	256	520	776	69,12	53.637,12
318	Ling Sad Pac. 2,5 kg	2187	(520)	1.667	11,92	19.870,64

b.2) – Relativo a nota fiscal 655173, quanto a alegação defensiva de ser indevido código 112 usado pela fiscal visto nº 960404, a diligente identificou que os produtos relacionados nas duas notas fiscais de entradas (fls.1202/1203) possuem unidades de medidas diferentes; na primeira a unidade de medida é pacote, na segunda é caixa, portanto, que acertadamente os códigos atribuídos devem ser diferentes.

b.3) – Sobre a alegação do autuado de que em suas operações comercializa o produto utilizando formas de embalagens em pacotes de 2,5 kg mas, embalados de formas diferentes, em caixas de 15kg. como: 8 pacotes de 2,5kg ou 4 pacotes de 5kg ou simplesmente 1 pacote de 20kg., a diligente observou que pela forma como foi exemplificado, o autuado quis se referir a caixa contendo 20 kg. Quanto a alegação de que algumas vezes, vendeu pacotes de 4 x 2,5kg ou 8 x2,5kg e discriminou no corpo da nota c

segundo o defendente não foi levado em conta pela autuante, esclarece que da análise do relatório de entradas (fls.58/61) e de Saídas (fls.64/81) constata-se que a ação fiscal procedeu conforme o descrito nas notas fiscais de entrada e de saídas, mantendo coerência na descrição das duas operações. Verificou o seguinte: Código 112 - lingüiça calabresa perdigão, pacote de 5 kg; Código 12 - lingüiça calabresa sadia caixa de 15 kg; Código 13 - lingüiça calabresa perdigão caixa de 8x2,5 kg; Código 14 - lingüiça calabresa Josefina perdigão caixa de 20kg. Informa que intimado a trazer aos autos, notas fiscais comprovando que em operações de saídas utilizou pesagens de formas diferentes e desconsideradas pela autuante, o sujeito passivo nada comprovou nesse sentido, o que no seu entendimento não modifica a autuação em função desta alegação.

c) No que tange a alegação de falta de lançamento no demonstrativo de saídas de cupons fiscais de números 01 a 172 emitidos pela autuada no mês de dezembro/2005, diz que o autuado foi intimado a apresentar tais cupons, e disse não ser possível atender, visto que seu ECF não emite a fita detalhe. Traz a título de amostragem cópia de cupons anexados (fls.1203/1204), nos quais, identificou para todos os cupons emitidos o respectivo cancelamento, além de que, em apenas um deles - o de número 14 - consta mercadoria selecionada na ação fiscal. Assim, diz que esta alegação não foi comprovada.

d) Nota fiscal número 1113 referente devolução de vendas e não lançada no demonstrativo elaborado pela autuante – Diz não ter identificado no livro de entradas do autuado (fls. 324/336), o registro desta nota, além da mesma não trazer referencia a qual nota de saída se refere conforme dispõe os incisos I e II do artigo 654 do RICMS/Ba. Conclui que esta alegação não foi comprovada.

e) Referentes notas fiscais de saídas canceladas - autuante apresenta uma série de notas alegando cancelamento. Constatou que algumas em nada alteram o trabalho da fiscal, pois não foram consideradas no levantamento da autuante (fls.1206/1223). Conclui que aquelas que devem ser excluídas (fls. 1224/1232) modificam a infração conforme segue:

Código	Produto	Omissão Saídas/Auto	Exclusão	Omissão Ajustada	Preço Médio	Valor Omissões
17	Charque PA frisul	727	26	701	160,73	112..671,73
19	Charque PA recôncavo	30	10	20	152,67	3.053,40
20	Charque DT Recôncavo	39	10	29	170,98	4.958,42
25	Charque PA Bertin	297	27	270	171,05	46.183,50

Referente ao produto de Código 206 – Charque Jerked Beef PA GMA Cx. 30 Kg , a infração original apurada referiu-se a omissão de entradas de 06 unidades. Com a exclusão de 25 unidades devido a notas fiscais de saídas canceladas (fls.1224), tal infração converte-se em Omissão de Saídas de 19 unidades, conforme segue:

Código	Produto	Entradas	Estoque Final	Saídas Reais	Saídas c/ NF/PAF	Exclusão NF Canceladas	Saídas Reais Ajustadas	Omissão de Saídas
206	Charque Jerked Beef PA Gma	1.041	101	940	946	25	921	19

f) Nota fiscal número 1664 (fls.985) não lançada no levantamento quantitativo de saídas elaborado pela autuante (fls.69 e 78). Diz que restou comprovado que a alegação procede considerando que não identificou tal lançamento. Realizado o ajuste devido, assim repercutirá na infração:

Código	Produto	Omissão Auto	Exclusão Saídas	Omissão Ajustada	Preço Médio	Valor Omissões
18	Charque PA Sheknah	54	3	51	180,21	9.190,71
269	Charque DT Frisul	694	11	683		

g) Relativo as quantidades do inventário final referente ao item - Lingüiça calabresa Josefina, diz que é improcedente alegação do autuado, de que, ao invés do código 13, correto seria 323. Verificou que as quantidades registradas no Livro de Inventário (fls.112) referem – se a “peças” e não “caixas”, portanto a classificação devida é código 323 e foi como procedeu a autuante. Igualmente, diz ter identificado que referente lingüiça calabresa Perdigão existe na ação fiscal classificação distinta para peça de 5 kg e caixas. Informa que está registrado no livro de inventário um saldo final em peça, o que equivale a código 112, pois o código 262 refere-se a quantidades comercializadas em caixa.

Com essas explicações e constatações, a diligente fiscal concluiu que efetuados os ajustes necessários conforme planilha demonstrativa anexa (fls. 1234/1235) o débito da infração 01 que era de R\$34.584,53 passa para R\$ 38.638,79.

Conforme intimação e AR dos Correios (fls.1.240/1), o autuado foi cientificado do Parecer ASTEC/CONSEF, com a concessão do prazo de 10 (dez) dias para sua manifestação.

Às fls.1.244 a 1.246, o sujeito passivo reafirmou em todo o seu teor os argumentos constantes de sua defesa apresentada em 14/01/2008; de sua manifestação apresentada em 07/04/2008; e das considerações prestadas à Auditora Fiscal diligente nas datas de 12/02/2009 e 17/03/2009.

Em seguida, transcreveu o teor da diligência solicitada pela 2ª JJF, destacando que no despacho de diligência foi determinado que na intimação cientificando o resultado da revisão fiscal, deveria ser reaberto o prazo de defesa por 30 (trinta) dias, e que foi concedido apenas o prazo de 10 (dez) dias.

Por conta disso, requereu a reabertura do prazo de defesa para manifestação por 30 (trinta) dias, sob pena de configurar cerceamento do seu direito de ampla defesa.

A autuante (fl.1.250) declarou ciente do resultado da diligência fiscal procedida pela ASTEC, sem emitir qualquer opinião a respeito.

Considerando que na intimação (fl.1.240/1) expedida ao sujeito passivo cientificando sobre a diligência que resultou no Parecer ASTEC/CONSEF nº 057/3009 (docs.fls.1.164 a 1.169), foi concedido o prazo de 10 (dez) dias em desacordo com o prazo estipulado no despacho de diligência à fl.1.164.

Foi proposta pelo Relator e acatada por esta Junta de Julgamento Fiscal, na Pauta Suplementar, converter o processo em diligência à INFAZ de origem, para que, fosse novamente intimado o sujeito passivo, fornecendo-lhe, sob recibo, no ato da intimação cópia do despacho de diligência à fl.1.164, com a reabertura do prazo de defesa por **30 (trinta)** dias para o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Conforme intimação à fl.1.255, foi reaberto o prazo de defesa por 30 (trinta) dias para ciência do resultado da diligência da ASTEC/CONSEF, tendo o autuado se manifestado às fls.1.256 a 1.267, juntando cópias de notas fiscais de aquisições de mercadorias e seu demonstrativo por item de mercadorias das entradas e saídas.

Reafirmou em todo o seu teor os argumentos constantes da sua defesa anterior e de sua manifestação em relação às considerações da auditora fiscal diligente.

Transcreveu na íntegra o teor do pedido de diligência desta 2ª JJF, e as conclusões da diligente, argüindo que a Auditora diligente está completamente equivocada nas suas declarações, argumentando que:

1 – A diligência determinada pela JJF foi para que, “in loco”, à vista dos livros fiscais, arquivo magnético e respectivos documentos; fosse conferida a auditoria de estoques, (Vide Parágrafo 4º da diligência solicitada). Afirma que a diligente não compareceu e

se comercializa as mercadorias em discussão e para verificar os diversos tipos de embalagens dos produtos charque e lingüiça.

O charque dianteiro e ponta de agulha correspondem a 90% dos tipos de charque comercializados e habitualmente não se pede o charque por marca de fabricante. Portanto, frisa que a diligente deveria ter cumprido na íntegra o determinado pela JJF e refeito o levantamento dos produtos documento por documento. Entende que caso não fosse possível fazer o levantamento por motivo de não ter os dados no sistema SAFA utilizado pela autuante, deveria ter devolvido o processo para que o mesmo fosse encaminhado à autuante para a mesma efetuar as correções necessárias ao deslinde da questão.

2 – A diligência determinava que: O auditor diligente deveria “elaborar demonstrativo das omissões com o agrupamento de cada item, reunindo num mesmo item as espécies de mercadorias afins, observando também as questões relacionadas com a unidade de peso de cada produto”. A auditora diligente também não fez o determinado pela JJF. Salaria que os novos demonstrativos deveriam ter sido feitos no mesmo modelo apresentado pela autuante, ou seja, o modelo apresentado pelo sistema SAFA, e que caso não pudesse apresentá-los deveria ser encaminhado o processo para a autuante, dar o parecer sobre a diligência e a mesma apresentar os novos demonstrativos com os mesmos modelos apresentados quando da lavratura do Auto de Infração.

3 - As notas fiscais na sua maioria estão discriminadas por espécie de mercadoria (Charque), por tipo (PA ou Ponta de agulha; DT ou Dianteiro; etc.) e por marca (Bertin; Frisul; Recôncavo, etc.). Sustenta que o levantamento deve ser efetuado por espécie de mercadoria, ou seja, charque, agrupando-se num mesmo item as espécies de mercadorias afins. Logo devem ser agrupados todos os tipos de charque num só item.

4 - A Auditora diligente desconhece as conseqüências dos enganos cometidos pela autuante no levantamento realizado durante a fiscalização, isto porque ela não pode avaliar se o preço médio será influenciado. Aduz que tal conseqüência, só poderá ter seu resultado após as correções efetuadas no levantamento. Diz que a auditora diligente alterou e fez correções nas quantidades de diversos produtos, apurou novas diferenças e emitiu parecer utilizando o preço médio do levantamento realizado pela autuante, o que está totalmente incorreto.

5 [a] - Está completamente equivocada a interpretação da Auditora Diligente, inclusive “vendo” o que não existe no corpo das notas fiscais 290 e 361. Afirma que as notas fiscais de nº 290 e 361 são de emissão do mesmo fornecedor Frimag de Itaperuna Ind. Com. e Dist. de Carnes e Charques Ltda. e constam no seu corpo na coluna discriminação dos produtos a expressão “Jerked Beef P. A. não aparecendo em nenhum outro local qualquer expressão que denominasse a marca do produto. Assim, entende que a autuante não poderia fazer outra conclusão a não ser fazer o levantamento usando a expressão Charque Ponta de Agulha. Admite que pode ter havido um engano no cadastramento por parte da autuada nas informações contidas nos arquivos magnéticos, mas a autuante poderia ter o cuidado de examinando os documentos de per si verificar que se trata do mesmo produto, espécie e tipo. Observa que a alegação da auditora diligente, quanto à diferença de preço não cabe analisar, pois é uma opinião pessoal. As notas fiscais foram emitidas respectivamente em 13/10/2005 e 04/11/2005, portanto com uma diferença de 22 dias e estão sujeitas as oscilações de preços de mercados e também a promoção referente a condições de pagamento.

6 - A auditora está equivocada, visto que não existe no corpo das notas fiscais citadas a marca de nenhum produto e sim o tipo e espécie das mercadorias com o nome Jerked Beef P.A.; Jerked Beef D.T. e Jerked Beef Cupim. Logo, ressalta que a declaração da Auditora Diligente que diz “As notas fiscais 361, 451, 484 (fls. 1.190/1.192) referem-se ao pro Agulha **Imperial**, caixa de 30KG, atribuiu-se código 295; as no

Charque Ponta de Agulha da marca GMA, código 206; a nota 291 trata-se de charque Beef, Dianteiro, marca GMA, código 207; as notas fiscais 484 e 528 (fls. 1.192/1.193) possuem dois itens, respectivamente:” charque Dianteiro, marca imperial, código 319 e “charque beef Cupim GMA, código 337”, é inverídica e trata-se de afirmação pessoal, sem comprovação documental e nem material. Reafirmou que o levantamento contém erros graves, podendo ser refeito pela autuante, agrupando-se todos os tipos de charque num só item.

7 – [b.1] - Os cálculos realizados pela diligente fiscal estão incorretos, tendo em vista que utilizou o valor do preço médio constante do Auto de Infração, quando deveria ser lançado no sistema SAFA utilizado pela autuante, o que resultaria em preço médio diferente. Solicitou que o Auto de Infração seja encaminhado a Auditor Fiscal estranho ao feito para que seja realizado novo levantamento fiscal e revisto todos os lançamentos efetuados, com conferência um por um dos documentos fiscais.

8 [b.2] - Está completamente enganada a diligente, pois o item 1 constante da nota fiscal de nº 655173 emitida por Perdigão Agroindustrial S.A consta nas colunas Código Produto e Descrição dos Produtos respectivamente as expressões 219711 - LCP420 LING CALAB CUR PERD 4PT CX 20 kg e o item 1 constante da nota fiscal 960404 emitida pelo mesmo fornecedor constam nas colunas Código Produto e Descrição dos Produtos respectivamente as expressões LCP420 LING CALAB CUR PERD 4PT CX 2. Dizendo tratar-se do mesmo produto, observa que é usual o cliente pedir 10 K do produto. A caixa vem com 4PT de 5 K cada. A autuada abre a caixa e tira 2PT de 5K cada e vende separado. Assim, diz que não há como fazer um levantamento quantitativo por espécie de mercadorias que é comercializada desta forma a não ser transformando todas as quantidades nas entradas e nas saídas em uma única medida, ou seja, Quilo. Diz que os dados constantes dos arquivos magnéticos não devem ser levados ao pé da letra ao serem examinados, pois o estabelecimento começou suas atividades no mês de agosto de 2005, e o período fiscalizado refere-se aos primeiros 5 (cinco) meses de funcionamento do estabelecimento, o que, no seu entender, pode ter influenciado no sentido de que as operações não fossem registradas nos seus arquivos magnéticos com a exigência minuciosa do RICMS.

9 [b.3] - A declaração da revisora fiscal neste trecho da sua diligência demonstra claramente que a mesma na examinou as notas fiscais de entradas e nem as de saídas e também não compareceu “in loco” ao estabelecimento da autuada para verificar as mercadorias comercializadas pela autuada. Afirma que as notas fiscais de entradas estão anexadas a sua defesa para que seja reexaminada pela autuante ou por auditor estranho ao feito.

10 [c] – Em virtude do equipamento emissor de cupom fiscal utilizado pela autuada possuir memória fiscal e não emitir fita detalhe interna, a diligente para examinar a documentação deveria ter comparecido ao estabelecimento da autuada munida de equipamento fornecido pela Secretaria da Fazenda – “pen drive” para acoplar ao equipamento emissor de cupom fiscal da autuada e através de programa existente nos equipamentos da Secretaria da Fazenda extrair as informações para efetuar as devidas verificações. Requereu o retorno do processo fiscal para que Auditor Fiscal estranho ao feito proceda a devida averiguação utilizando processo atual de fiscalização em equipamentos emissores de cupons fiscais que usam memória fiscal.

Além disso, que a diligente declara que no cupom fiscal de nº 14 anexado pela empresa na sua defesa consta mercadoria selecionada na ação fiscal e não lança no seu demonstrativo a quantidade da mercadoria, bem como, não refaz os cálculos das quantidades e dos preços de tais produtos na conclusão de sua diligência.

11 [d] - Mesmo não sendo encontrado o lançamento da nota fiscal nº 1113 no livro de entradas, entende que a mesma deve ser lançada no levantamento fiscal realizado durante a ação fiscal pois se tratou de operação legal. Assevera que a falta de registro d de penalidade formal. Portanto, sustenta que diligente deveria te

mercadorias constantes da nota fiscal nos demonstrativos e refeitos os cálculos. Nesse sentido, pediu uma revisão fiscal.

12 [e] - O levantamento efetuado pela revisora fiscal não dirime as dúvidas do processo fiscal, isto porque, o preço médio das mercadorias constante nesta diligência é o mesmo do Auto de Infração. Afirmo que a mesma deveria fazer as alterações no sistema SAFA utilizado pela autuante, para calcular o novo preço médio e fornecer à autuada cópia dos demonstrativos de modo igual ao constante do Auto de Infração original. Além disso, salienta que o Auto de Infração original não se refere à omissão de entradas e a diligência transformou produtos que havia omissão de entradas em omissão de saídas. Requer a realização de nova diligência para que a autuante anexe ao processo fiscal os demonstrativos de levantamento de estoques de todos os produtos que a mesma efetuou para que sejam verificados quais os produtos que foi apurada omissão de entradas e que a mesma não anexou ao processo e também não constituiu crédito fiscal e/ou aplicou penalidade formal.

13 [f] - Está comprovado na diligência que a empresa tem razão na sua argumentação, visto que a diligente também não lançou no demonstrativo SAFA as devidas alterações e utilizou o preço médio constante no Auto de Infração. Pede revisão fiscal para que sejam revistos todos os lançamentos efetuados, com conferência um por um dos documentos fiscais e lançamento com os cálculos do preço médio atualizado.

13 [g] – Reafirmou a solicitação de que sejam refeitos os levantamentos efetuados transformando toda a medida em Quilo.

14 – Quanto a conclusão da revisão fiscal, o autuado sustenta que está fartamente comprovado que o levantamento contém inúmeras incorreções, não tem consistência, os dados contidos nos arquivos magnéticos não são confiáveis, portanto não se prestam a servir de base para efetuar levantamento quantitativo por espécie de mercadorias. Entende que o levantamento deve ser à vista de cada documento fiscal e lançados manualmente no sistema de fiscalização adotado pela Secretaria da Fazenda.

Por conta desses argumentos, conclui que o procedimento fiscal não contém elementos suficientes para se determinar com segurança: a base de cálculo utilizada na apuração dos valores e a infração apontada e por isso requer que seja julgada nula a infração 01 contida no Auto de Infração. “

O processo foi submetido a pauta suplementar do dia 25/02/2010 visando a realização de diligência, sendo decidido pela sua desnecessidade, por considerar que os autos contém todos elementos para a decisão sobre a lide, em especial o resultado da revisão fiscal procedida pela ASTEC/CONSEF.

VOTO

O sujeito passivo suscitou, em sua peça impugnatória, a nulidade do lançamento da infração 01, por cerceamento de defesa, a pretexto de que houve falta de clareza e precisão na descrição do fato; que não foi possível elaborar sua defesa em virtude dos levantamentos não serem auto-explicativos; e que o trabalho fiscal não se encontra dentro das formalidades legais, porque não foram observadas as rotinas previstas na Portaria nº 445/98 (art.3º, III), e nas rotinas relativas no uso do sistema SAFA para apuração do levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, isto porque não foi feita a associação entre os produtos que tem uma ou mais descrições nas notas fiscais de entradas, e que a empresa utiliza outras descrições quando da emissão de notas fiscais de saídas.

Com todo o respeito ao Contribuinte, no encargo da defesa, tais argumentos não podem ser acolhidos.

O primeiro deles pelo fato de que a acusação fiscal está efetivamente motivada no auto de infração, ou seja, está claramente especificada com clareza e precisão na descrição dos fatos, contendo no enquadramento legal a capitulação legal da infringência e da multa aplicada. Mais ainda, trouxe a autuante, com o Auto de Infração, os anexos, onde se tem a prova documental inerente a acusação fiscal, mais precisamente os levantamentos e demonstrativo da auditoria de estoques (fls.54 a 105), entregues ao autuado, conforme intimação às fls.1.138 e 1.139, através dos quais, o autuado exerceu seu direito de defesa apontando erros conforme será analisado por ocasião do mérito.

O segundo argumento - que não foram observadas as rotinas previstas na Portaria nº 445/98 (art.3º, III), para fins de determinação da base de cálculo do imposto devido, foi objeto de diligência fiscal esclarecedora, e deixo para apreciar esta arguição por ocasião do exame do mérito.

Portanto, tomando por base o que se encontra na descrição dos fatos, os esclarecimentos do autuante na informação fiscal e tudo o mais que consta no processo, inclusive a revisão fiscal do lançamento procedida por fiscal estranho ao feito, o ato administrativo não foi praticado com preterição do direito de defesa, conforme alegado, pois a acusação fiscal está clara e não deixa dúvida que se refere a exigência de imposto decorrente de diferenças apuradas através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias.

Por estas razões, ficam rejeitadas as arguições de nulidade do Auto de Infração, tendo em vista que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art.39 do RPAF/997, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos efetuados pela autuante com base nas provas constantes às fls.11 a 526, e as incorreções de caráter formal foram corrigidas pelo órgão julgador na fase de instrução do processo.

No mérito, o débito da infração 01, foi apurado através de levantamento quantitativo de estoques, relativo ao exercício de 2005, e encontra-se devidamente demonstrado nos levantamentos às fls.54 a 105, nos quais, constam especificadas as mercadorias selecionadas, e relacionadas as quantidades das entradas e das saídas e o número dos respectivos documentos fiscais; os estoques inicial e final, o demonstrativo de estoque, e a demonstração de apuração do débito.

Observe, ainda, que conforme esclarecido pelo autuante “Os arquivos magnéticos utilizados para efetuar este levantamento foram os primeiros enviados pela empresa, que tinham inconsistências que não influenciam na elaboração deste levantamento.”

Portanto, os demonstrativos e levantamentos constantes nos autos, todos entregues ao autuado, são suficientemente esclarecedores da infração descrita no Auto de Infração, e permitiram que o sujeito passivo exercesse o seu direito de defesa apontando eventuais erros no trabalho fiscal.

Na análise dos documentos que compõem o processo, em especial, as conclusões constantes na revisão fiscal procedida por fiscal estranho ao feito, que as acolho, dado que foram atendidos os questionamentos do órgão julgador, senão vejamos.

Para viabilizar o trabalho revisional, o autuado foi intimado, dia 16/02/2009, conforme termos do documento anexado às folhas 1.170, a elaborar demonstrativo analítico, a partir das planilhas de entradas e saídas de mercadorias elaboradas pela fiscal autuante, apontando quais documentos fiscais entende foram utilizados de forma equivocada, e quais quantidades entendia como representativas de seus estoques.

Decorridos 20 (vinte) dias da primeira intimação, o autuado não atendeu a solicitação do fiscal diligente, inclusive foi reintimado, dia 05/03/2009, conforme intimação à fl 1.180 para que trouxesse ao processo as provas capazes de elidir a autuação. Obs manifestação o autuado atendeu ao solicitado na diligência fis

conclusão de que não teve como elidir a acusação de omissão de receitas ao vender mercadorias sem a emissão do devido documento fiscal conforme fortemente provado nas planilhas demonstrativas de entradas, saídas, preço médio, levantamento das omissões, elaboradas pelo autuante que fazem parte deste processo.

Não acolho a alegação defensiva de que a diligente não compareceu à empresa para verificar como se comercializa as mercadorias em discussão, haja vista que as duas intimações feitas e anexas a este processo estão assinadas pelo próprio sócio da empresa, senhor Antonio Eduardo Lins de Castro, demonstrando que se reuniu com a diligente fiscal para acompanhamento dos trabalhos de diligência, à vista dos documentos que ele próprio apresentou.

Considero equivocado o entendimento do autuado de que a diligência deveria ter sido realizada no pé do balcão de seu estabelecimento. Em respeito às normas vigentes, os trabalhos de fiscalização são elaborados mediante o que foi registrado nos livros e documentos fiscais e contábeis. Trata-se de verificação, em 2009, de operações que já se realizaram (exercícios 2005 a 2007), o que evidentemente o autuado não iria praticar atos de sonegação na presença da autoridade fiscal.

Verifico no presente processo administrativo fiscal, que a revisão fiscal confirmou que todos os princípios jurídicos foram respeitados. O ato administrativo de lançamento fiscal foi executado na mais perfeita observância das normas tributárias e processuais, apresentando a autuante todos os demonstrativos e elementos comprobatórios, desta forma, está dentro dos parâmetros do processo de auditoria fiscal.

Quanto a alegação defensiva de que o levantamento quantitativo deveria ser elaborado por gênero das mercadorias conforme determinado na diligência solicitada pela JJF, houve equívoco do autuado. Conforme despacho de diligência à fl.1.164, o pedido desta JJF foi para que se verificasse se foram observadas as regras previstas na Portaria 445/98, que normatizam a execução de levantamento quantitativo de estoques por *espécie* de mercadorias. Nesse sentido, a revisão fiscal, em seu trabalho de verificação técnica dos procedimentos fiscalizatórios, deu estrito cumprimento à citada portaria. Não vejo como aceitar a simples manifestação de vontade argüida pelo autuado, quanto à hipótese de se fazer a contagem de suas mercadorias, por gênero, ao invés de por espécie, conforme determina a legislação.

A hipótese de contagem por gênero, suscitada pelo autuado, está assim expressa no artigo 3º, Inciso III, da citada Portaria:

Art. 3º A apuração de débitos do ICMS mediante esse tipo de auditoria requer os seguintes cuidados:

I - criterioso rigor na quantificação das mercadorias, considerando-se o estoque inicial, as quantidades entradas, as quantidades saídas e o estoque final, relativamente a cada item objeto do levantamento;

II - atentar par a unidade de medida a ser adotada, que há de ser a mesma utilizada pelo contribuinte para cada espécie de mercadoria: unidade, dúzias, quilos, toneladas, grosas, sacos de “x” quilos, caixas com “x” unidades, metros, litros, etc.;

III - nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item a reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins.

Depreende-se da leitura acima que no caso em comento, o autuado ~
das hipóteses acima elencadas, pois a revisão fiscal confirmou que:

- a) as mercadorias estão especificadas com exatidão;
- b) só existe uma denominação para identificar os produtos que foram objeto das contagens: Charque e Lingüiça;
- c) as mercadorias não comportam diversos subgrupos ou referências. Conforme pode se verificar em cópias anexadas a este processo, as mercadorias estão claramente descritas pelo tipo e espécie, tanto nas notas fiscais de entradas, como nas notas fiscais de saídas e no registro de seu Livro de Inventário. Importante ressaltar que o autuado faz a classificação de sua mercadoria de forma clara. Descreve o produto (charque, lingüiça); diz o tipo (ponta de agulha -PA, dianteiro -DT, cupim) e associa ao seu fornecedor (Bertin, Frisul, GMA, Recôncavo, Perdigão, Sadia). Como exemplo, vale analisar os documentos trazidos pelo próprio contribuinte anexado às folhas 1.269 a 1.277 – controle interno da empresa intitulado “Movimentação por item” onde descreve o produto: Código – 0180. Charque PA Bertin 30 kg e as notas fiscais de entradas associadas (fls. 1278 a 1288). Vale, ainda, analisar como o contribuinte descreve seus produtos nas notas fiscais de Saídas (fls. 1.205 a 1.223). Observo que o autuado registro no livro de inventários os seus produtos especificando as diversas espécies de mercadorias (fls. 1.108). Desta forma, está confirmado que as mercadorias inventariadas em 31/12/2005, estão discriminadas por espécie, não foram englobados todos os tipos de carnes com a nomenclatura “CHARQUE”. Até mesmo, quando em sua manifestação, o contribuinte tenta desqualificar os trabalhos da revisão fiscal, deixa evidente que seu consumidor refere-se ao produto de forma específica ao se referir ao produto CHARQUE (dianteiro – DT? ou Ponta de Agulha – PA?) , Perdigão? ou Sadia? etc.

Retornando a questão suscitada pelo autuado, de que a diligência determinava que o auditor diligente deveria elaborar demonstrativo das omissões com o agrupamento de cada item, reunindo num mesmo item as mercadorias afins, verifico que o autuado só conseguiu ler parte do pedido descrito na diligência: “... Ante as considerações relatadas, converteu-se o processo em diligência à ASTEC/CONSEF, para que, *in loco*, à vista dos livros fiscais, arquivos magnéticos e respectivos documentos, seja conferida a auditoria de estoques, tomando por base os equívocos apontados na defesa acima descritos, de modo a verificar se são cabíveis alterações no trabalho fiscal.” A diligente fiscal, à vista dos livros e documentos apresentados, enfatizou que não tem o menor cabimento reunir os produtos comercializados pela autuada por gênero considerando que foi o próprio contribuinte quem descreveu suas mercadorias por espécie (tipo e marca) em seu arquivo magnético, e registrou em sua escrita fiscal e nas notas fiscais de saídas, atribuindo a codificação utilizada pela fiscal autuante nos trabalhos de fiscalização.

Quanto a alegação de que as notas fiscais 290 e 361 são de emissão do mesmo fornecedor “Frimag de Itaperuna Ind e Com. Dist de Carnes e Charques Ltda, foi esclarecido que constam a discriminação do produto como Jerked Beef P.A., não aparecendo em nenhum outro local qualquer expressão que denominasse a marca do produto. Observo que é o próprio autuado quem associa o código 206 para as notas fiscais número 290, 528 e 529 e código 295 para as notas fiscais 361, 451, 484 (fls.1.190/1.192) conforme foi comprovado pela diligente fiscal mediante verificação no livro de inventários e seus arquivos magnéticos. Ora, se a autuante executou o levantamento quantitativo com base nos documentos fiscais e no arquivo magnético, por uma questão de coerência se conclui que a autuante utilizou o mesmo código referido pela empresa.

Relativa à mercadoria lingüiça, o autuado diz em sua manifestação estarem os cálculos realizados pela auditora diligente incorretos. Restou verificado na revisão fiscal que o autuado não aponta a medida da incorreção. Limita-se a alegar de forma genérica erro no preço médio. Entretanto, ao analisar parágrafo do Parecer Técnico em comento, (item b.1) que descreve tal operação, verifico o acerto do procedimento. Realizou-se inclusão de uma nota que descreve um outro item da contagem, produto com preço médio maior (R\$ 69,12), por tratar-se na unidade “Caixa”, ao invés da unidade “quilos” (R\$ 11,92), se

aqueles registrados originalmente no auto de infração. Ressalte-se que tal inclusão deu-se em atendimento a solicitação defensiva do próprio contribuinte, que alegou serem as notas fiscais 110627, 403928, 117156 e as notas 120490, 120491 e 4373749 (fls.1.195/1.200) descritas com o mesmo produto e foram lançadas pela autuante com códigos diferentes.

Quanto às alegações de divergências relativas à quantidades usualmente comercializadas do produto lingüiça, a revisão fiscal não poderia ter outro procedimento que não fosse manter o exposto no (item b.3) do Parecer Técnico em comento, pois o autuado não traz as provas comprobatórias do alegado. Apesar da intimação solicitando as notas fiscais comprovando que em operações de saídas utilizou pesagens do produto de formas variadas e que foram desconsideradas pela fiscal autuante, nem mesmo em sua última manifestação, o autuado o faz. Não foram apontadas e apresentadas as notas fiscais de saídas que provam o alegado.

Relativo a desconsideração, por parte da autuante, de Cupons Fiscais emitidos pela empresa, verifico que a diligência fiscal comprovou que tais cupons apresentados pelo autuado nada tem a ver com os produtos selecionadas na ação fiscal, conforme documentos às fls.1.203/1.204. Verifico que a única exceção foi considerada na diligência. (documento 04 da folha 1204).

Sobre a nota fiscal referente “devolução de vendas”, de número 1.113, o próprio autuado confirma que é uma nota sem registro em sua escrita fiscal, sem qualquer referência a uma possível venda realizada anteriormente, conforme determinação da legislação em vigor. Quanto a sua solicitação para aplicação de penalidade formal, entendo não cabível.

Relativamente às notas fiscais de saídas que foram canceladas, observo que as notas apresentadas e pertinentes ao processo foram consideradas nos trabalhos de diligência, conforme descrito na diligência, (letra e). Os ajustes foram realizados a partir da planilha demonstrativa elaborada pela autuante, que tiveram alguns produtos com quantidades omitidas diminuídas em função do cancelamento das notas apresentadas e que em nada modificou o preço médio registrado. A única exceção e que foi considerado na diligência fiscal refere-se ao produto de Código 206 – Charque Jerked Beef PA GMA cx. 30Kg, cuja infração original referiu-se a omissão de entradas de 06 caixas e com o cancelamento da nota fiscal de saídas (fls. 1.224) cuja infração converteu-se em Omissão de Saídas de 19 unidades, tudo aritmeticamente demonstrado no Parecer e de acordo com a legislação em vigor.

No que tange à nota fiscal de saída número 1.664 (fls. 985), a diligência confirmou que a inclusão desta nota fiscal diminuiu 3 unidades das quantidades omitidas no produto código 18 e 11 unidades do produto 269, não trazendo qualquer alteração ao cálculo do preço médio.

No que diz respeito às quantidades inventariadas referente ao item - lingüiça calabresa Josefina, a diligência confirmou que o autuado não prova sua alegação de que comercializou este produto na unidade “peças” ao invés de “Caixas”. Todas as notas fiscais apresentadas durante a diligência confirmaram o acerto dos trabalhos realizados durante a ação fiscal.

Com relação a pretensão do autuado para compensação do débito com saldos credores existentes em 2005, considero-a inviável, tendo em vista que o inventário de mercadorias é realizado no final do exercício, não permitindo se verificar, mês a mês, quais as omissões de saídas ocorridas. Por outro lado, a auditoria de estoques por ter sido realizada anualmente, em exercício fechado, não há como se identificar quais as diferenças mensais.

Mantenho o lançamento deste item, pois a metodologia de apuração do débito obedeceu ao roteiro de auditoria de estoques; o débito foi calculado seguindo os procedimentos previstos na Portaria nº 445/98; a revisão fiscal procedeu ajustes que resultaram na majoração do débito; e foram entregues cópias dos demonstrativos ao autuado, podendo exercer a ampla defesa e o contraditório. Além do mais, o sujeito passivo em momento algu que entende correto.

Com relação à segunda infração, acusação fiscal é de que o contribuinte forneceu informações através de arquivos em meio magnético, exigido mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ou seja, no formato e padrão estabelecido na legislação (Convênio ICMS 57/95), gerado através do Programa Sintegra, referente aos exercícios de 2005 e 2006.

Portanto, o motivo determinante para a aplicação da multa foi o descumprimento de obrigação acessória relativa ao fato de que o contribuinte forneceu arquivos em meio magnético, porém, com as inconsistências especificadas às fls.21 e 22.

De acordo com a legislação do ICMS, a qual recepcionou o disposto no Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, é obrigado a apresentar, quando solicitado, a documentação minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição, gabarito de registro (“*layout*”) dos arquivos, listagem dos programas e as alterações ocorridas no exercício de apuração, relativamente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias ou das prestações realizadas, inclusive o inventário das mercadorias, produtos, matérias primas e embalagens (art. 685, combinado com os arts. 708-A e 708-B, do RICMS/97).

O art. 708-B estabelece que: “O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos”. O arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria.

Já § 5º do art. 708-A, incorporado ao RICMS/97-BA, através da Alteração nº 63, em vigor a partir de 18/05/2005, estabeleceu um prazo de 30 dias úteis contados da data do recebimento da intimação para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência.

Assim, todos os contribuintes autorizados ao uso de SEPD, exceto os autorizados somente para escrituração do livro Registro de Inventário, estão obrigados a entregar o arquivo magnético contendo os dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário nos meses em que este for realizado. O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético cancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.

Saliento que conforme disposto no art. 708-A, § 6º do RICMS/BA, a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, ou seja, a apresentação dos arquivos magnéticos sem conter todos os registros caracteriza a falta de sua apresentação, tendo em vista a natureza condicional do seu recebimento, sujeitando o contribuinte à correção posterior das inconsistências acaso verificadas.

No presente caso, ao ser recepcionado o arquivo magnético dos exercícios de 2005 e 2006, foram constatadas as divergências descritas às fls.21 e 22, sendo o contribuinte intimado a corrigir tais inconsistências em 26/07/2007, tendo sido expirado o prazo em 26/08/2007.

Na defesa fiscal, o autuado, após analisar a legislação que trata da obrigatoriedade na entrega do arquivo magnético, impugnou a acusação fiscal, cujos argumentos defensivos passo a analisar.

1. Sobre a alegação de perda de validade da intimação expedida, por noventa dias, e que não houve a prorrogação mediante comu

competente, verifico que a previsão legal, no caso de prorrogação da ação fiscal, é que seja lavrado o Termo de Prorrogação de Fiscalização provando que tal termo tivesse sido lavrado ou colado no livro de ocorrências (RUDFTO) e o contribuinte tivesse tomado conhecimento. No caso, admitindo-se a falta do referido termo, este não invalida o procedimento fiscal, pois, conforme salientado pelo próprio autuado, revelando conhecer os procedimentos de fiscalização, o objetivo de prorrogar a ação fiscal é inibir a espontaneidade do contribuinte em recolher os valores autuados.

2. Quanto a entrega, no mês de janeiro de 2008, dos arquivos magnéticos dos anos de 2006 e 2007, com correção das inconsistências, em nada modifica a imposição da multa, pois, o prazo fixado para tais correções expirou em 26/08/2007.
3. No que tange à data da ocorrência, em processos que trata da aplicação de multa por falta ou entrega de arquivo magnético com inconsistência, havia o entendimento que a data da ocorrência deveria do dia do período que o contribuinte deixou de cumprir a obrigação acessória. Esse entendimento, no âmbito do CONSEF foi modificado, e atualmente deve ser considerado o prazo final fixado na intimação para correção das inconsistências. No presente caso, a data consignada pela fiscalização no demonstrativo de débito está em perfeita consonância com a jurisprudência do CONSEF.
4. Relativamente a alegação de que a entrega dos arquivos de arquivos magnéticos com inconsistências à SEFAZ não prejudicou os trabalhos de fiscalização, que não apurou nenhuma irregularidade quanto ao exercício de 2006, não é suficiente para elidir a aplicação da multa, pois a alegação do autuado reflete uma realidade parcial, uma vez que a fiscalização, para seu trabalho, só utilizou o arquivo magnético do ano de 2005, resultando nas diferenças apontadas na infração 01.
5. No que concerne à redução da multa, pleiteada pelo autuado, o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA. Esta discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo a infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas. No presente caso, não há nos autos provas da inexistência de demonstração da não ocorrência de dolo ou a falta de recolhimento do imposto no período. Portanto, não vejo como contemplar o pedido do impugnante de redução ou cancelamento da multa, ressaltando-se que jurisprudência citada na defesa não se aplica ao presente processo.
6. No que pertine a alegação de que foi aplicada a multa calculada pelo percentual de 1% sobre o valor das saídas, quando a multa de 5% sobre as diferenças encontradas resulta em valor menor, verifico que não assiste razão o autuado. De acordo com o disposto no art. 708-A, § 6º do RICMS/BA, a recepção do arquivo pela SEFAZ, com inconsistências, não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, ou seja, a apresentação do arquivo magnético sem conter todos os registros caracteriza a falta de sua apresentação, tendo em vista a natureza condicional do seu recebimento, sujeitando o contribuinte à correção posterior das inconsistências acaso verificadas, o que não ocorreu, haja vista o não atendimento da intimação expedida para esse fim.

Nestas circunstâncias, observo que a ação fiscal atendeu ao disposto no artigo 708-A do RICMS/07 pois a fiscalização ao recepcionar os arquivos magnéticos com as i
fls.21 e 22, intimou o contribuinte para no prazo de 30 dias úteis, a

corrigido, e como o contribuinte não cumpriu as determinações legais acima descritas, entendo que foi correta a aplicação da penalidade indicada no presente Auto de Infração, por está prevista no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **020747.0112/07-7**, lavrado contra **BOA NOVA COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$34.584,53**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$119.226,30**, prevista no XIII-A, alínea “j”, do citado dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de abril de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR