

A. I. Nº - 113793.0004/09-5
AUTUADO - FEIRA MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - CORIOLANO ALMEIDA CERQUEIRA
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 18/08/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0190-03/10

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, no caso a de saídas. Infração caracterizada. **b)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. O fato de a infração ter sido constatada em dois exercícios não significa a ocorrência de dois ilícitos. Mantida apenas uma penalidade. Infração parcialmente subsistente. **c)** NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensível, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo. Diligência realizada não sanou o vício de procedimento. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime. Vencido o voto da relatora em relação a segunda infração.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2009, exige ICMS não recolhido no valor total de R\$19.017,44 e aplica multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$100,00, em razão de três imputações.

Infração 01. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a 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 2007. Demonstrativos às fls. 14 a 20; 27 a 125; 305 a 588; 592 a 781. ICMS no valor de R\$3.008,94, acrescido da multa de 70%.

Infração 02. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2006 e de 2007. Demonstrativos às fls. 11 a 13; fls. 21 e 202; 590 e 591. Multa no valor de R\$100,00.

Infração 03. 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 desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas à substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Exercício de 2007. Demonstrativos às fls. 23 a 26; 204 a 303; 305 a 588; 582 a 781. ICMS no valor de R\$16.008,50, acrescido da multa de 60%.

O autuante acosta, às fls. 06, e 126 a 187, Intimações Fiscais, com relatório de divergências relativas a arquivos magnéticos; à fl. 190, pedido do contribuinte para prorrogação do prazo em mais trinta dias, para atendimento à intimação fiscal relativa aos arquivos magnéticos; à fl. 191, concessão da prorrogação solicitada pelo contribuinte.

À fl. 192 (volume I) está anexado recibo de entrega assinado pelo contribuinte em 08/07/2009, data da cientificação do Auto de Infração ao contribuinte, de “cópias de todos os demonstrativos e planilhas que compõem o Processo Administrativo Fiscal de nº 113.793.0004/09-5 e um envelope contendo um “CD” gravado, com todas as informações e resultados das aplicações dos procedimentos de auditoria fiscal, com levantamento físico quantitativo de estoque por itens de mercadorias, gravados no nosso Livro Registro de Inventário de Mercadorias em Estoque.”

À fl. 194, consta recibo de devolução, ao contribuinte, de “todos os documentos fiscais e livros fiscais solicitados através de intimação e utilizados na fiscalização da empresa” autuada.

Às fls. 195 a 781 (volumes II a IV), cópias do levantamento quantitativo de estoque realizado.

O autuado impugna o lançamento de ofício às fls. 783 a 785 (volume V) inicialmente transcrevendo as imputações e, em seguida, aduzindo que o Fisco baseou o levantamento fiscal em seus arquivos magnéticos SINTEGRA, deixando de considerar os arquivos relativos às operações com ECF de todos os itens, o que teria gerado omissão de saída de mercadorias, como também o Fisco teria deixado de considerar, nas entradas, transferências de mercadorias entre matriz e filial. Que, dessa forma, teria ficado prejudicado o levantamento e que ele, contribuinte, trazia, como prova do equívoco, listagem de alguns produtos, e que a título de exemplo cita a mercadoria de Código 000000000016, produto “Forro Vipal 200 Dualit 60BR, Auditoria de Estoques Fl. 1/99” que no levantamento do Fisco estaria com “saldo inicial 276, entradas 837,60, saídas 464,40, saldo 00, diferença 649,20” (fls. 784 e 786), e no levantamento dele, contribuinte, estaria com “saldo inicial 276, entradas 837,60, saídas 1.113,60, saldo 00, diferença 00” (fl. 785 e 787).

O sujeito passivo aduz que “esse fato ocorreu em todo o levantamento efetuado, o que requer a autuada nova diligência por parte do autuante para comprovação dos fatos.” Afirma “que a cobrança desse crédito tributário por omissão de entrada ou saída de mercadorias extingue-se por não haver diferença a ser apurada.”

Conclui solicitando “diligência na recontagem do levantamento do estoque por exercício fechado, confirmado a inexistência de omissão de saída e entrada de mercadorias, requer a improcedência do auto de infração na sua totalidade, por ser de inteira Justiça.”

O contribuinte acosta, à fl. 786, demonstrativo que intitula de “Levantamento do Fisco” referente ao produto Código 000000000016, “Forro Vipal 200 Dualit 60BR”, contendo dados relativos a notas fiscais e a cupons fiscais, com a totalização do período, em dezembro/2007, da quantidade de 464,40, dos quais a quantidade de 218,40 consta como relativa a notas fiscais modelo 1, e a quantidade de 246 como relativa a saídas com cupons fiscais (CF).

À fl. 787, documento intitulado “Relatório Kardex”, constando levantamento dele, autuado, com relação de números de notas fiscais; datas de emissão de julho/2006 a outubro/2008, preços e razões soci

ao produto “Forro Vipal 200 Dualit 6.0BR”. Às fls. 788 a 837 o sujeito passivo acosta relatórios com dados de treze produtos que descreve como revestimentos, cabo flexível, pisos, “modlunare intsimp10A250V BR”, “moddecor lun tom2P univ10A 250V IMD 047801 BR”, disjuntor, kit válvula de mictório, tinta argalit acrílica. Às fls. 788, 793, 207, 798, 807, 813, 815, 819, 821, 826 e 829, constam dados relativos a cômputo de cupons fiscais no exercício de 2007.

O autuante presta a primeira informação fiscal às fls. 838 a 840 inicialmente relatando o histórico, com indicação de datas de 27/10/2008 a 05/05/2009, das intimações realizadas ao contribuinte por ele, preposto do Fisco, para apresentação de livros e documentos, e para apresentação de informação em meio magnético no prazo de 30 dias, com a respectiva listagem de diagnóstico das divergências e inconsistências nos arquivos magnéticos do contribuinte, inclusive dados relativos a seus estoques (fls. 06, e 126 a 187).

O representante do Fisco afirma que o sujeito passivo não atendeu a duas intimações para retificação dos seus arquivos magnéticos e que só em 11/12/2008 (fl. 190) o autuado protocolou junto à INFAZ de Feira de Santana um pedido de prorrogação de prazo para atendimento da intimação em trinta dias, sob a alegação de perda dos registros do SINTEGRA por deficiência do seu *software*, e em razão de que estaria redigitando as suas notas fiscais de entradas do período solicitado. Que o pedido de prorrogação do contribuinte foi atendido (fl. 191).

Que então foram realizadas outras duas intimações relativas aos arquivos magnéticos do autuado em 19/02/2009 (fl. 127) e em 12/03/2009 (fl. 126). Que, decorridos todos os prazos, o sujeito passivo não atendeu à solicitação, por intimação, dos arquivos magnéticos, e que em 05/05/2009 foi renovado o procedimento fiscal com a lavratura de Termo de Início de Fiscalização datado de 05/05/2009 (fl. 05), com a quarta intimação apontando, mais uma vez, as inconsistências dos arquivos magnéticos e concedendo novo prazo de trinta dias para que fossem procedidos os ajustes nas inconsistências ali apontadas (fl. 06).

Que apenas em maio/2009 o autuado validou os novos arquivos magnéticos e os transmitiu para esta SEFAZ. Que todos os levantamentos fiscais foram feitos com base nestes novos arquivos magnéticos transmitidos, e dado como corretos pelo autuado. Que a primeira intimação ocorreu no mês 10/2008 e que o contribuinte só veio a atender ao Fisco no mês 05/2009 (fls. 06 e 129).

Que na conclusão dos trabalhos foram entregues cópias de todos os documentos, demonstrativos e planilhas que compõem o presente processo administrativo fiscal, e um envelope contendo um “CD” gravado, com todas as informações e resultados das aplicações dos procedimentos de auditoria fiscal, com levantamento físico quantitativo de estoque por itens de mercadorias, gravados no livro registro de inventário de mercadorias em estoque, com declaração e recibo dos livros e documentos fiscais devidamente assinados pelo autuado (fls. 192 a 194).

O autuante descreve as imputações e aduz que o autuado, em sua impugnação, solicita a realização de diligência na contagem do levantamento do estoque por exercício fechado, para confirmar a inexistência de omissão de saídas e de entradas de mercadorias. Que o sujeito passivo “pretende esclarecer os fatos limitando-se apenas a informar que o preposto fiscal deixou de considerar nas entradas transferências de mercadorias entre estabelecimento matriz e filial e que os arquivos do ECF de todos os itens não foram considerados.” Que todos os procedimentos de auditoria adotados para detectar e apurar o imposto lançado através do Auto de Infração em lide “foram fundamentados nos arquivos magnéticos validados e transmitidos para a SEFAZ combinado com os livros e documentos fiscais emitidos no período e notas fiscais de fornecedores apresentadas a este preposto fiscal, pela autuada, todos os valores e itens de mercadorias foram extraídos dos arquivos magnéticos fornecidos pela autuada.”

O preposto do Fisco relata que em fiscalização realizada r contribuinte, os fatos repetiram-se, os procedimentos fiscais adotac autuado reconheceu o débito então lançado de ofício, quitando-o (

não faz sentido a argumentação do contribuinte quanto a que ele, preposto fiscal, teria deixado de considerar, nas entradas, transferências de mercadorias entre estabelecimento matriz e filial, e que os arquivos do ECF de todos os itens não teriam sido considerados.

Expõe que, caso não fossem consideradas as operações realizadas entre os dois estabelecimento, matriz e filial, como foi dito na impugnação, os valores detectados e apurados no estabelecimento filial teriam sido irreais e que, no entanto, o autuado reconheceu e aceitou como verdadeiros sem quaisquer discussões, e recolheu aos cofres público do Estado o valor principal lançado, com acréscimos e multas, no Auto de Infração nº 113793.0005/09-1A (fls. 841 a 853).

Que a argumentação defensiva está sem sustentação de prova material e que o contribuinte, para trazer a prova material do que alega, deveria ter feito um outro levantamento quantitativo de estoque de mercadoria por itens e confrontá-lo com os demonstrativos e planilhas que lhes foram entregues pelo Fisco, apontando quais foram os itens com erro, ou equívoco, do preposto fiscal autuante. Mas que o contribuinte não o fez, limitando-se a apresentar operações isoladas que não dizem respeito ao Auto de Infração.

Conclui expondo que, pela ausência de provas materiais das alegações defensivas, pela falta de objetividade e de clareza da peça de impugnação, e pela falta de amparo em dispositivo legal, mantém o Auto de Infração na sua totalidade.

Às fls. 859 e 860, considerando as alegações defensivas, a informação fiscal e a documentação constante dos autos esta 3ª JF deliberou, em pauta suplementar, por converter o processo em diligência à INFAZ de origem para que o autuante intimasse o contribuinte para que este indicasse todas as incorreções que porventura identificasse no levantamento fiscal realizado, e não apenas de modo exemplificativo, nos termos do artigo 123 do RPAF/99; e para que o mesmo procedesse a todas as retificações que se fizessem necessárias em seus arquivos SINTEGRA relativos ao período objeto da ação fiscal, concedendo-lhe o prazo de 30 dias previsto na legislação para estas correções.

Foi determinado também que, caso o contribuinte procedesse às retificações, o autuante refizesse o levantamento considerando as quantidades de estoque inicial e final existentes no livro Registro de Inventário do sujeito passivo, acostando aos autos todos os demonstrativos do novo levantamento realizado.

Na mesma Diligência consta que a Inspetoria Fazendária de origem deveria fornecer ao autuado cópia da informação fiscal de fls. 838 a 840, daquela Diligência, e dos documentos acostados ao processo pelo autuante em seu atendimento, reabrindo o prazo para apresentação de impugnação.

À fl. 862 o preposto do Fisco acosta documento cientificando o contribuinte da determinação desta 3ª JF, e do quanto contido na Diligência de fls. 859 e 860. Neste mesmo documento consta recibo do contribuinte com o texto “Recebi o solicitado através de Intimação.”

O contribuinte volta a pronunciar-se à fl. 864 aduzindo que, em atendimento da intimação fiscal, apresenta os documentos solicitados, que discrimina como “1. Planilha de movimentação de entrada e saída todos os produtos - Em Mídia de Armazenamento de dados e papel; 2. Arquivo da Memória do CFC (MFD); - Em Mídia de Armazenamento de dados; 3. Memória da Fita Detalhe extraída do ECF - Em Mídia de Armazenamento de dados.”

O contribuinte diz que, “Quanto aos arquivos do SINTEGRA (Registros 74 –Inventário, e 60-M; 60/A do ECF) fica mantido os anteriormente já entregues quando da defesa sob protocolo 117042/2009-2.”

Conclui aduzindo que, “Diante do exposto a autuada mantém mesma tese da defesa quanto aos fatos e no mérito, requerendo mais uma vez a sua improcedência inteira Justiça.” Cita como anexos “1 Mídia de Armazenamento de dados e papel” e “1 Mídia de Armazenamento de dados”.

O contribuinte anexa mídia CD à fl. 865 e, às fls. 866 a 4.297 (volumes VI a XI), Relatórios impressos com o título “Relatórios Kardex de produtos” citando o período de 01/01/2006 a 31/12/2007, e diversas mercadorias.

O autuante presta a segunda informação fiscal às fls. 4.298 a 4.302 inicialmente relatando o histórico do procedimento fiscal realizado e os termos da Diligência determinada por esta 3ª JF, passando a expor que “o livro registro de inventário é representado pelo registro obrigatório 74 no arquivo magnético SINTEGRA e os “ECF” pelos registros 60R e 61R - e que o Convênio ICMS 57/95 e a nossa legislação interna determina que o registro 74 (INVENTÁRIO) de 31 de dezembro do ano XX deve ser repetido em 01 de janeiro do ano seguinte, tornando-se desnecessário a solicitação de arquivo com registro de exercícios homologados, portanto os estoque iniciais e finais estavam gravados nos arquivos e no livro do inventário e os itens que fizeram parte do levantamento de estoque quantitativo por espécie de mercadorias estão devidamente gravados nos demonstrativos que compõem o PAF das folhas e (nº. 09 a 125 e de nº. 195 a 785) e que também foram entregues ao contribuinte em papel e em mídia “CD” conforme declaração do próprio contribuinte (Doc. 192 e 193 do PAF). Com a afirmativa de que o CD estava: “gravado, com todas as informações e resultados das aplicações dos procedimentos de auditoria fiscal, com levantamento físico quantitativo de estoque por itens de mercadorias, gravados no nosso Livro Registro de Inventário de Mercadorias em Estoque”. Observa-se claramente que o contribuinte nas suas argumentações de defesa em momento algum declara que não recebeu o “CD” gravado e todos os demonstrativos também em papel.”

O preposto do Fisco relata que, decorridos vinte e nove dias da intimação realizada em conformidade com o determinado por esta 3ª Junta, “a empresa autuada dizendo ser planilha de movimentação de entrada e saída de todos os produtos, no dia 17 de março de 2010, fez a entrega de uma caixa de papelão contendo 3.431 folhas de papel ofício soltas, através do protocolo do SAC nº.040654/2010-6, que mais tarde foram organizadas e transformadas em 06 volumes e numeradas de 866 a 4.297 pela Coordenação de Cobrança da INFAZ/FEIRA setor responsável pela preparação e ordenamento do PAF.”

Expõe que, além da caixa de papelão com os milhares de folhas soltas, demonstrando descaso e falta da seriedade que o caso requer, o contribuinte também entregou uma mídia CD onde foi copiado um arquivo em PDF (*Portable Document Format*, ou Formato de Documento Portável) com as entradas e saídas das mercadorias, e a memória fiscal do equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF, sem mencionar o estoque inicial, “de modo confuso para entendimento”.

O representante do Fisco aduz que o contribuinte não transmitiu um novo arquivo de SINTEGRA com as correções devidas nos registros de movimentações de itens 60R, 54 e 61R, pois o contribuinte confirmou, pelo processo SIPRO nº 040654/2010-6, que os registros 60M, 60A e 74 (inventário), dos arquivos magnéticos, estão corretos. Que nas informações prestadas neste processo, após a intimação referente à Diligência desta 3ª Junta, o contribuinte declara apenas que: “Quanto aos arquivos do SINTEGRA (Registro 74 – Inventário, e 60-M; 60/A do EFC) fica mantido os anteriores já entregues quando da defesa sob protocolo nº. 117042/2009-2”, ficando assim entendido que os outros arquivos estão incorretos, a exemplo do 54, 60R, e 61R.

Que o autuado não faz qualquer referência, nem aponta quaisquer erros, nos itens detectados e apurados pelo preposto fiscal quando da lavratura do Auto de Infração demandado, com base no levantamento fiscal realizado, lastreado nas informações contidas nos citados arquivos magnéticos transmitidos pelo autuado para o banco de dados da SEFAZ/BA.

O autuante aduz que o pedido desta 3ª Junta condiciona: “que este indique as incorreções que porventura identifique no levantamento fiscal realizado, e não apenas que o autuado não identificou, nem indicou, quaisquer incorreções realizadas.”

Transcreve o teor do documento apresentado pela empresa à fl. 864, após a intimação, reiterando que o descaso demonstrado pelo sujeito passivo é tão visível, que o contribuinte sequer se deu ao trabalho de assinar a petição acostado ao PAF.

Que assim não foi possível, nem foi preciso, fazer um novo levantamento de conformidade com a solicitação desta 3ª JF, “considerando que no prazo de 30 (trinta) dias concedido através da intimação datada de 17 de fevereiro de 2010, o contribuinte não procedeu quaisquer retificações nem fez quaisquer indicações das incorreções que porventura fossem identificadas no levantamento fiscal realizado, ao contrario, quanto aos arquivos do SINTEGRA (Registro 74 – Inventario, e 60-M; 60/A do EFC) foram mantidos pelo contribuinte e ratificados na integra todos os dados anteriores conforme petição da autuada.”

O preposto do Fisco relata que não foram acostados aos autos demonstrativos de novo levantamento fiscal realizado, porque novo levantamento fiscal só faria sentido se o contribuinte atendesse ao que ficou condicionado na Diligência “Caso o contribuinte proceda às retificações”, o que definitivamente não ocorreu.

O autuante aduz que o Convênio ICMS nº 57/95 estabelece que o contribuinte que proceder a retificação corretiva de arquivo, substituição de informação relativa a documento já informado, deverá enviar novo arquivo magnético completo, utilizando o CÓDIGO 2 “retificação total de arquivo”. Que, no caso do contribuinte autuado, nem foram feitas as retificações, nem foi enviado novo arquivo completo, ou incompleto. Cópia tabela e textos do Manual de Orientação do Convênio ICMS nº 57/95, itens 9.1.3 e 9.1.4, acerca da retificação de arquivos magnéticos por contribuintes de ICMS. Informa que estes procedimentos não foram realizados pelo contribuinte, nas oportunidades que lhe foram dadas para fazê-lo.

Expõe que as 3.431 folhas de papel A-4 entregues pelo sujeito passivo, que mais tarde foram transformadas pela INFAZ em 06 volumes deste PAF com páginas numerados de 866 a 4.297, e às quais foi acostado a um requerimento sem assinatura do contribuinte ou do seu representante legal, portanto, sem autoria (fl. 864), não trazem ao processo quaisquer informações novas que possam ser consideradas, pois nas duas oportunidades que foram dadas ao autuado para realizar um novo levantamento de estoque, e indicar as incorreções e inconsistências que porventura fossem identificadas no novo levantamento fiscal realizado, o autuado não o fez, limitando-se a juntar as mencionadas 3.431 folhas de papel A-4, as quais sem qualquer nexo, ou utilidade, para responder ao questionamento feito por esta 3ª Junta, que o Auditor Fiscal aduz serem: “Houve incorreções no levantamento. Onde? - Houve inconsistências no levantamento. Quais?”

Afirma que as folhas soltas, e o requerimento sem assinatura, portanto, sem autor, não trazem as respostas das indagações desta 3ª Junta.

O preposto do Fisco afirma que a partir da data da intimação, dia 17 de fevereiro de 2010 (fl. 862), não foram transmitidos quaisquer informações ou registros para o Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e serviços - SINTEGRA no banco de dados da SEFAZ/BA, nem para o ambiente de rede de internet denominado Sistema de Contingência do Ambiente Nacional – SCAN, e também não foram disponibilizados quaisquer informações em arquivos magnéticos que pretendessem retificar, ou indicar, incorreções identificadas no levantamento fiscal que resultou na lavratura do Auto de Infração demandado.

Que “o contribuinte limitou-se apenas a imprimir itens de entradas e saídas constantes dos arquivos SINTEGRA, os mesmos itens que foram trabalhados no levantamento anterior, mantido no Item 04 da petição do contribuinte autuado como corretos.”

Que por estas razões ele, preposto do Fisco, mantém o pedido de julgamento pela procedência do Auto de Infração nº 113793.0004/09-5 na sua totalidade, “considera apenas, mais uma vez ganhar tempo, retardando o julgamento do PAF, a fiscalização, deixando de atender as intimações através de pedido de

Conclui mantendo integralmente a autuação e expondo que não foi acostado documento novo ao processo, por parte do preposto fiscal.

Às fls. 4303 a 4305 o preposto do Fisco anexa cópia do recibo de fl. 848, da Declaração de fl. 849, do documento de fl. 862, produzido pelo autuante em cumprimento à Diligência desta 3ª Junta, documentos assinados pelo contribuinte. Anexa também, às fls. 4.306 a 4.308, cópia da informação fiscal de fls. 838 a 840 deste processo.

Submetido a análise em pauta suplementar, foi deliberado o encaminhamento deste processo para julgamento.

VOTO

Preliminarmente, em relação às imputações 01 e 02, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99. Ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido todos os demonstrativos do levantamento fiscal atinente às mesmas, conforme seu recibo à fl. 192, e exercido tempestivamente seu direito de defesa, tendo pronunciado-se por duas vezes neste processo.

Quanto ao pedido de realização de diligência formulado pelo contribuinte, foi realizada diligência por determinação desta 3ª Junta, e o contribuinte foi disto cientificado.

Contudo, em relação à imputação 03 - falta de recolhimento de ICMS no valor de R\$16.008,50, devido 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 terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas à substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, no exercício fechado de 2007, com demonstrativos do levantamento fiscal às fls. 23 a 26; 204 a 303; 305 a 588; 582 a 781 - verifico que persiste vício de procedimento não sanado quando da realização da Diligência determinada por esta 3ª Junta, às fls. 859 e 860, considerando as alegações defensivas, os documentos acostados ao processo, e a necessária busca da verdade material.

O vício consiste em que não consta, nos autos deste processo, planilha do levantamento fiscal que demonstre os cálculos que resultaram no montante da base de cálculo e do imposto no valor de R\$16.008,50, lançado de ofício para a infração 03, embora haja demonstrativos relativos a esta imputação, relativa a antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Também não está comprovado, em especial nos demonstrativos de fls. 23 a 26, que fora deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal.

Prevêem a Súmula nº 01 desta CONSEF, e o artigo 18, inciso IV, alínea “a” e §1º, do RPAF/99:

SÚMULA CONSEF Nº 01

ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.

É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensível, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

RPAF/99:

art. 18. São nulos:

IV – o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para s
a infração e o infrator;

§1º. As eventuais incorreções, ou omissões, e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, (...)

Assim, por falta de certeza e de liquidez quanto ao montante lançado de ofício, nos termos da Súmula nº 01 desta CONSEF, e do artigo 18, inciso IV, alínea “a” e §1º, do RPAF/99, é nulo o presente procedimento fiscal atinente à imputação 03 porque não contém, de forma clara e compreensível, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo lançado de ofício.

Contudo, estudando os documentos do processo, e tendo em vista a possibilidade de existência de irregularidades em relação às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, no exercício objeto da imputação 03, recomendo à autoridade administrativa fazendária a renovação do procedimento fiscal relativo a esta imputação, a salvo de incorreções, nos termos do artigo 155 do RPAF/99.

Deixo de apreciar o mérito da imputação 03, em obediência ao quanto previsto no artigo 154 do RPAF/99, e abordo o mérito das imputações 01 e 02.

A infração 01 trata de falta de recolhimento do imposto no valor de R\$3.008,94, acrescido da multa de 70%, relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a 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 no exercício fechado de 2007, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. O Fisco acosta os demonstrativos fiscais às fls. 14 a 20; 27 a 125; 305 a 588; 592 a 781.

A infração 02 refere-se à aplicação de multa no valor de R\$100,00, em razão de omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2006 e de 2007, com demonstrativos fiscais às fls. 11 a 13; fls. 21 e 22; fls. 195 e 196; 197 e 198; 200 a 202; 590 e 591.

O contribuinte insurge-se contra o levantamento fiscal realizado como um todo expondo, em sua petição de fls. 783 e 785, que ratifica em petição de fl. 864 (ambas no volume V), que:

- o Fisco baseou o levantamento fiscal nos arquivos magnéticos do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias - SINTEGRA dele, autuado;
- no levantamento do Fisco não teriam sido considerados os “arquivos” relativos às operações com equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF de todos os itens, o que teria gerado omissão de saída de mercadorias;
- o Fisco teria deixado de considerar, nas entradas, transferências de mercadorias entre matriz e filial.

O contribuinte, em sua primeira impugnação, aduz “esse fato ocorreu em todo o levantamento efetuado”, diz trazer, como “prova do equívoco” do Fisco, listagem de alguns produtos, e na petição de impugnação cita, título de exemplo, a mercadoria de Código 000000000016, produto “Ferro Vipal 200 Dualit 60BR, Auditoria de Estoques Fl. 1/99” que no levantamento do Fisco estaria com “saldo inicial 276, entradas 837,60, saídas 464,40, saldo 00, diferença 649,20”, e no levantamento dele, contribuinte, estaria com “saldo inicial 276, entradas 837,60, saídas 1.113,60, saldo 00, diferença 00”.

O contribuinte, então, requereu a realização de diligência para verif

Esta 3ª Junta atendeu ao pedido do contribuinte e determinou a realização de diligência, conforme explicitado no Relatório deste Acórdão. Uma vez que o contribuinte reconheceu que o levantamento fiscal foi realizado com base em seus arquivos magnéticos, e na busca da verdade material, esta 3ª Junta solicitou que o Fisco intimasse o contribuinte, mais uma vez, a despeito de todas as intimações anteriores neste sentido e que já constavam neste processo, para que o sujeito passivo retificasse os seus arquivos, possibilitando que o levantamento fiscal fosse realizado com base em dados corretos. E, uma vez que o contribuinte apontou apenas o que ele, contribuinte, denomina de exemplos, esta 3ª Junta determinou também, em consonância com o que preceitua o artigo 123 do RPAF/99, em especial o seu §1º, que o contribuinte apontasse então todos os equívocos que, porventura, houvesse identificado no levantamento quantitativo de estoque.

Como resposta à intimação do Fisco para retificar seus arquivos magnéticos, para que o Fisco considerasse todos os dados já corrigidos, o contribuinte aduziu, à fl. 864, que ratificava os dados referentes aos seus registros 74 (Inventário), e registros 60-A e 60-M, estes dois referentes a seus dados de cupons fiscais. Expôs, ainda, que tais dados já teriam sido entregues quando protocolara sua primeira impugnação, conforme número do Sistema de Protocolo - SIPRO desta SEFAZ que cita, cuja cópia de recibo está acostada à fl. 782 (volume V), juntamente com a primeira impugnação.

Cumpra aqui analisar a primeira afirmação defensiva, quando reconhece que o Fisco baseou o levantamento quantitativo de estoque em seus arquivos SINTEGRA.

Observo, por oportuno, que dentro da modernização administrativa comum e salutar aos países em desenvolvimento, os Estados do Brasil vêm adotando, progressivamente, a informatização de procedimentos fiscais, inclusive com a conseqüente criação de novas obrigações tributárias acessórias para os contribuintes de ICMS.

O ICMS é um tributo que abarca, também, operações interestaduais. Está implementado, no Brasil, a mútua cooperação em assuntos tributários, conforme determina o artigo 199 do Código Tributário Nacional – CTN:

CTN:

art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Assim, os Estados do Brasil, em reunião do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, em 28 de junho de 1995 celebraram o Convênio ICMS nº 57/95, que dispõe sobre a emissão de documentos fiscais e a escrituração de livros fiscais por contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados.

Dois anos depois, em 25 de julho de 1997, em nova reunião o CONFAZ veio a celebrar o Convênio ICMS nº 78/97, que dispõe sobre a implementação do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias - SINTEGRA/ICMS.

Cada Estado Federado adequou sua legislação tributária às normas nacionais do SINTEGRA, e às regras estaduais, inclusive, estão obrigados os contribuintes deste imposto.

É de integral responsabilidade de cada contribuinte a veracidade das informações que transmite a esta SEFAZ, tanto por intermédio de documentos de informações econômico-fiscais, quanto por meio de arquivos magnéticos. E, desde que o contribuinte afirme que enviou dados incorretos, comprovando tais equívocos com a apresentação, ao Fisco, dos dados de seus livros e documentos fisco-contábeis, pode e deve, o contribuinte, retificar arquivos SINTEGRA, ou nos mencionados documentos econômico-retifica seus dados, e o Fisco baseia o levantamento fiscal nas infor-

contribuinte, não poderá este alegar que teria havido erro causado pelo Fisco, e sim caberia ao sujeito passivo, diante de nova oportunidade que esta 3ª Junta lhe concedeu, de retificar os dados de seu arquivo magnético, tê-los retificado, caso houvesse de fato erros nos mesmos, para que o Fisco então pudesse realizar o levantamento com base em dados que seriam então, os que o contribuinte comprovasse como corretos.

Tendo o contribuinte confessado, de forma expressa, que o levantamento fiscal foi realizado com base nas informações que ele, contribuinte, prestou a esta SEFAZ em seus arquivos magnéticos SINTEGRA, tal fato não pode ser imputado como equívoco praticado pelo Fisco, que neste aspecto agiu corretamente.

Quanto à alegação defensiva de que no levantamento do Fisco não teriam sido considerados os “arquivos” relativos às operações com equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF de todos os itens, o que teria gerado omissão de saída de mercadorias, observo que no exemplo trazido aos autos pelo contribuinte à fl. 786, e dados das fls. 788, 793, 207, 798, 807, 813, 815, 819, 821, 826 e 829, está comprovado, pelo próprio sujeito passivo, exatamente o oposto do quanto afirma, porque estão ali computados os dados de vendas, com cupons fiscais, daquele produto, “Forro Vipal 200 Dualit 60BR”, e de outras mercadorias objeto do levantamento fiscal. Assinalo ainda, por oportuno, que em todas as páginas atinentes ao levantamento de saídas da infração 01, neste processo, estão constando, tanto no demonstrativo analítico, quanto na sintetização de dados das saídas, as quantidades de produtos vendidos com a utilização de cupons fiscais. Portanto, esta alegação do contribuinte não reflete a realidade comprovada tanto pelo exemplo trazido na impugnação, quanto pelos demonstrativos do levantamento fiscal acostados aos autos.

Em relação à alegação defensiva de que o Fisco teria deixado de considerar, nas entradas, transferências de mercadorias entre matriz e filial, tal assertiva não está comprovada nos autos deste processo. O contribuinte traz uma relação de dados de operações que ele, sujeito passivo, praticou com terceiros, mas não aponta, de forma objetiva, quais teriam sido as operações entre matriz e filial que não teriam sido consideradas nas entradas, e poderia tê-lo feito, uma vez que recebeu os demonstrativos fiscais, e tem a obrigação tributária acessória da guarda dos documentos referentes às operações comerciais que praticara.

Nos termos dos artigos 123, 142 e 143, todos do RPAF/99, a mera alegação defensiva não exime o contribuinte de comprovar fato que afirme, comprovação esta que poderia ter realizado quando da apresentação de sua impugnação neste processo, a recusa em fazê-lo importando em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Quanto à multa aplicada na Infração 02, esta não foi questionada pelo contribuinte de forma específica, mas o levantamento de estoque foi impugnado como um todo, pelo que a irresignação com esta imputação 02 insere-se no bojo da contestação, por conseguinte existindo controvérsia a ser apreciada por este Conselho. Neste sentido, observo que o artigo 5º, inciso III, da Portaria nº 445/98, que no âmbito deste Estado dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, prevê:

Portaria nº 445/98:

art. 5º. Verificada a omissão de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoque:

III – no caso de omissão de operações de saídas de mercadorias isentas ou não sujeitas a tributação, deve ser aplicada a multa de 1 UP-BA por descumprimento de obrigação acessória (RICMS/97, art. 915, XXII).

O artigo 915 do RICMS/97, em vigor até 31/05/2010, teve sua redação originária alterada a partir de 01/01/2001, quando a aplicação da penalidade de 1 UPF-BA foi substituída pelo valor fixo de R\$40,00, passando este valor a ser o de R\$50,00

31/05/2010, em razão dos sucessivos Decretos Estaduais n°s 7.886/00, 8.413/02 e 12.156/10. Ou seja, nos exercícios objeto da imputação 02, 2006 e 2007, a multa aplicável era a de R\$50,00 por infração.

A previsão regulamentar da aplicação da multa de R\$50,00 equivale à hipótese normativa do inciso 42, inciso XXII, da Lei n° 7.014/96, porquanto é a mesma a descrição da hipótese legal:

Lei n° 7.014/96:

art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

XXII – R\$50,00 (cinquenta reais), em caso de descumprimento de obrigação acessória sem penalidade prevista expressamente nesta Lei.

Uma vez que o Fisco detectou a omissão de saídas isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2006 e de 2007, estando os demonstrativos do levantamento fiscal comprovando as infrações, e não tendo, o contribuinte, apresentado provas em contrário, é correta a aplicação das penalidades.

Acerca da argumentação, levantada de ofício em sessão de julgamento, de que deveria ser aplicada apenas uma vez a penalidade de R\$50,00, por estar caracterizado o cometimento de apenas uma infração, embora em exercícios distintos, observo que, de fato, a multa deve ser aplicada pelo cometimento de cada infração.

Porém, a infração foi constatada duas vezes, porque, neste tipo de auditoria, computa-se a quantidade total anual das mercadorias isentas e/ou não tributadas, e após a comparação de quantidades anuais, seja em exercício aberto, ou em exercício fechado, é que se detecta se houve, ou não, a omissão ora imputada. Ou seja, os fatos da vida, que lastreiam o fato gerador da obrigação tributária, ocorreram em dois exercícios distintos.

Portanto, a infração foi cometida duas vezes, uma vez em cada exercício. Com a devida vênia, constato que inexistente base legal para que seja punido, o descumpridor da obrigação tributária, apenas uma vez.

Observo que o prazo decadencial para apuração de débito tributário é de cinco anos. Por conseguinte, pode-se apurar, em um único Auto de Infração, a mesma infração em relação a um, ou a até cinco exercícios. Pelo raciocínio esposado em sessão, se fosse realizado o levantamento de estoque em relação a cada um dos cinco exercícios, em Autos de Infração distintos, a multa seria aplicada cinco vezes, uma vez a cada Auto de Infração, a não ser que fossem todos julgados em uma mesma sessão; mas se em um único Auto de Infração fosse verificado o cometimento da infração em cinco exercícios distintos, então a mesma multa, pelo mesmo motivo, seria aplicada apenas uma vez. Inexistiria razoabilidade na aplicação deste critério.

Pode-se raciocinar, inclusive, que o contribuinte reincide, em exercícios consecutivos, na prática de ato contrário à legislação tributária. E, em razão de reincidência, não há porque ser contemplado com redução de multa.

Observo, também que em situação semelhante, atinente ao descumprimento de mesma obrigação acessória em meses distintos, a 1ª CJF, no Acórdão n° 0394-11/07, assim se posicionou, por unanimidade, quanto à aplicação da multa no valor fixo de R\$140,00 por cada infração, cometidas em meses distintos:

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0394-11/07

EMENTA: ICMS. 1. (...). 2. DOCUMENTOS DE INFORMACÃO - DECLARAÇÃO E APURAÇÃO MENSAL DO ICMS.

DADOS. MULTA. Modificada a Decisão recorrida.

*infração cometida. Infração subsistente. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO.
Decisão unânime.*

VOTO

(...)

No tocante à infração de nº 02, discordo do entendimento consignado no acórdão da JJF, uma vez que a multa por descumprimento de obrigação acessória, (...), em atendimento ao Princípio da Isonomia e de acordo com o entendimento atual desta Câmara deve ser aplicada por infração cometida. Sob este enfoque restabeleço o valor imputado originalmente para a infração em tela, R\$280,00.

Por conseguinte, entendo que deve ser mantida a imputação tal como lançada de ofício, aplicando-se a multa no valor total de R\$100,00.

Diante do exposto, voto PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$3.108,94. Conforme já exposto neste voto, recomendo o refazimento da ação fiscal, a salvo de incorreções, em relação ao quanto indicado na imputação 03.

VOTO VENCEDOR – ITEM 2º

Darei um voto discordante quanto ao item 2º deste Auto.

Primeiramente, devo justificar a razão de suscitar essa questão de ofício. É que os aspectos relativos à estrita legalidade não precisam ser impugnados pelo autuado. O julgador tem o dever de conhecer e aplicar a lei. O que cabe ao autuado impugnar, caso considere que deva fazê-lo, são os fatos, sob pena de se ter como verdadeiro aquilo de que é acusado. Já no tocante ao direito aplicável, a vontade do autuado não tem a menor influência, sendo irrelevante se ele concorda ou discorda, de modo que, verificado o fato, o preceito legal incide, independentemente de haver ou não impugnação.

O fato objetivamente constatado pela fiscalização no caso do item 2º foi este: saídas de mercadorias isentas ou não tributáveis efetuadas sem emissão de Notas Fiscais. O fato foi apurado mediante levantamento quantitativo de estoques. Como o auditor fez o levantamento de dois exercícios, aplicou duas multas.

Aí está o problema, pois considero que o cometimento é um só: o contribuinte efetuou saídas de mercadorias isentas ou não tributáveis sem emissão de Notas Fiscais.

O fiscal considerou uma multa por cada exercício porque o levantamento foi feito por exercício. Aí pergunto:

a) e se o levantamento fosse por mês, ele aplicaria 24 multas?

b) e se o levantamento fosse operação por operação, ele aplicaria quantas mil multas?

Quem se der o trabalho de analisar o art. 42 da Lei nº 7.014/96 notará que, sempre que o legislador pretende que a multa seja aplicada por documento, por livro, por evento ou por exercício, a lei diz isso. Só a título de exemplo, note-se a redação dos incisos XIV, XVIII (alíneas “a” e “d”), XXIV e XXV: o legislador, nesses casos, deixa claro que a multa será aplicada relativamente a cada evento, mediante expressões como “por cada” ou “havendo tantas infrações quantos forem os...”. Quando o legislador não diz que a multa é por documento, por exercício, etc., é porque o fato deve ser considerado como um “cometimento continuado”.

Considero, por essas ponderações, que o ilustre fiscal se equivocou ao estimular duas multas pelo mesmo fato, qual seja, a saída de mercadorias cujas operações são : exercícios de 2006 e 2007. O fato de a infração ser constatada em do

o contribuinte cometeu dois ilícitos. A infração é uma só. Sendo assim, deve ser mantida apenas uma das multas, a última, relativa ao exercício de 2007, no valor de R\$ 50,00.

Quanto ao mais, acompanho o voto da nobre relatora.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 113793.0004/09-5, lavrado contra **FEIRA MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.008,94**, acrescido da multa de 70% prevista no inciso III do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, em redação vigente à época dos fatos geradores das obrigações tributárias objeto das imputações; além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$100,00**, prevista no inciso XXII do artigo 42 da mencionada Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Recomenda-se o refazimento da ação fiscal, a salvo de incorreções, em relação ao quanto indicado na imputação 03.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA/ voto vencido- infração 2

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/ Voto Vencedor – infração 2.