

A. I. Nº - 180642.0003/11-3
AUTUADO - M5 INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - MARIA CRISTINA DÓREA DANTAS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 22. 11. 2012

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0272-01/12

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) OPERAÇÕES DE ENTRADAS E DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Exigência do imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a de operações de entradas, com base na presunção legal de que a falta de registro de entradas destas mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações de vendas anteriormente realizadas e também não contabilizadas, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção. Efetuada correção no cálculo do imposto. Infração subsistente em parte. **b) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. c) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO.** Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Autuado apresenta elementos de prova que elidem parcialmente as infrações. Refeitos os cálculos. Reduzidos os débitos. Infrações 2 e 3 parcialmente subsistentes. **3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA.** De acordo com o RICMS/BA, o contribuinte que utiliza escrituração por sistema de processamento de dados, está obrigado a apresentar o arquivo magnético com registro fiscal de suas operações, e quando devidamente intimado, possui prazo de 30 (trinta) dias para corrigir as inconsistências apontadas em relatório diagnóstico, estando prevista na legislação do ICMS a aplicação da multa de 1% sobre o valor das operações realizadas pelo contribuinte, em razão da falta de apresentação dos arquivos magnéticos. Infração caracterizada. **4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO.** Multa por descumprimento de obrigação acessória.

Infração reconhecida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/09/2011, exige ICMS, no valor total de R\$116.909,69, mais multas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias, no montante de R\$ 15.026,18, em razão das seguintes irregularidades imputadas ao autuado:

Infração 1 - Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$113.463,11, acrescido da multa de 70%, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no exercício fechado de 2007;

Infração 2 - Falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$2.553,00, acrescido da multa de 70%, devido na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2007;

Infração 3 - Falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$ 893,58, acrescido da multa de 60%, 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 a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, no exercício fechado de 2008;

Infração 4 - Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Refere-se aos meses de janeiro e dezembro de 2007 e de 2008. Foi indicada multa no valor de R\$15.015,30, equivalente a 1% do valor das saídas efetuadas em cada período;

Infração 5 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de dezembro de 2007. Foi indicada multa de R\$ 10,88, equivalente a 1% do valor das entradas não registradas.

O autuado apresentou defesa (fls. 533 a 546) e, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração por ausência de prova. Diz que está havendo uma inversão do ônus da prova, uma vez que é dever do Fisco provar as infrações, conforme previsto no art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 333, I, do Código de Processo Civil (CPC). Sustenta que não estão presentes nos autos todas as provas que respaldam as acusações, prejudicando a verificação dos dados e valores apresentados, o que diz acarretar a nulidade do Auto de Infração, consoante o disposto no art. 18, II, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF-BA). Para embasar seus argumentos, transcreve jurisprudência do Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco.

Ao adentrar no mérito, discorre sobre os arquivos magnéticos do Registro Tipo 60 e, em seguida, afirma que a autuante considerou os lançamentos correspondentes a descontos (DESC) e cancelamentos (CANC) como se fossem vendas, conforme comprovam os documentos de fls. 551 a 555. Diz que esses equívocos distorcem a realidade e, dessa forma, se faz necessária a realização de diligência ou perícia para confirmar o alegado, conforme quesitos que apresenta.

Assevera que o trabalho efetuado pela autuante despreza as determinações fixadas na Portaria 445/98, que estabelece o agrupamento dos itens afins. Transcreve o disposto no art. 3º da citada Portaria e, em seguida, diz que a autuante efetuou um levantamento de estoque parcial, no qual foram considerados apenas os itens que eram convenientes à conclusão pretendida, a qual apontava omissão de entradas. Reitera que, seguindo as determinações da mencionada Portaria, a autuante deveria ter considerado todos os códigos nos exercícios fiscalizados, bem como agrupado os itens de espécies de mercadorias afins. Frisa que se autuante tivesse procedido assim, não teria concluído pela existência de omissão ou, no mínimo, de valores muito menores. Protesta pela realização de perícia para confirmar a veracidade de seus argumentos.

Destaca que comercializa com mercadorias tributadas a alíquota de 17%, 12% e até 0%, bem como com mercadorias isentas e com o pagamento do ICMS por substituição tributária. Afirma que, assim, a autuante não poderia ter presumido que a omissão era decorrente de mercadorias tributadas unicamente a 17%.

A autuante prestou informação fiscal (fls. 564 a 571), na qual contesta os argumentos defensivos, esclarecendo que a ação fiscal teve início em 08/07/2011, com a entrega de duas intimações, sendo uma intimação para apresentação de livros e documentos fiscais (fl. 06) e outra intimação para correção das inconsistências apuradas pela fiscalização nos arquivos magnéticos –Sintegra – Convênio 57(fl. 7 a 45), referente aos exercícios de 2007 e 2008.

Reporta-se sobre a infração 01, consignando que o autuado alega que os lançamentos de “CANC” e “DESC” foram interpretados erroneamente pela Fiscalização, pois foram considerados como vendas.

Frisa que houve sim este erro, porém incorrido pelo contribuinte ao elaborar seus “Arquivos Magnéticos”, pois não observou a legislação vigente ao registrar indevidamente os descontos (DESC) e cancelamentos (CANC) no Registro 60R, onde deve constar apenas o Identificador da Situação Tributária/ Alíquota do ICMS, ou seja: F – Substituição Tributária, I – Isenta, N – Não incidência, 17% (ou outra alíquota).

Assevera que os “CANC” e “DESC” devem sim constar no Registro 60A, mas não no Registro 60R, tendo em vista que os registros 60R são utilizados pelo SAFA para fazer o levantamento quantitativo de estoque. Acrescenta que anexou parte dos arquivos magnéticos do contribuinte onde comprova o erro cometido por ele (fls. 581 a 583). Diz que o autuado deveria ter feito seus arquivos magnéticos de acordo com a legislação vigente, ou seja, o Convênio ICMS 33/04 (fls. 584 a 586).

Salienta que corrigiu o Levantamento Quantitativo que deu origem a infração 01, retirando todos os Registros 60R com “DESC” e “CANC”, (fls. 572 a 580), porém, mesmo assim foi constatada diferença em algumas mercadorias.

Esclarece que foi feito novo demonstrativo com as quantidades corrigidas, ficando alterado o valor do ICMS originalmente exigido de R\$113.463,11 para R\$2.158,63. Registra que foi mantida a exigência referente à omissão de entradas, tendo em vista que a omissão de saídas apurada permaneceu em valor inferior.

Ressalta que foram apresentados ao autuado os levantamentos de estoque antes da consolidação do Auto de Infração, para que este verificasse e, se fosse o caso, justificasse as diferenças, contudo, o autuado não se manifestou.

Quanto à infração 02, observa que decorreu do mesmo erro que gerou a Infração 01, sendo feitas as devidas correções e elaborado novo demonstrativo com as quantidades corrigidas, ficando alterado o valor do ICMS exigido de R\$893,58 para R\$6,33.

Relativamente à infração 03, registra que também decorreu do mesmo erro que gerou a infração 01, tendo efetuado as devidas correções e elaborado novo demonstrativo com as quantidades corrigidas, ficando alterado o valor do ICMS exigido de R\$2.553,04 para R\$18,09.

No que concerne à infração 04, consigna que diz respeito à imposição de multa de 1% sobre os meses de janeiro a dezembro de 2007 e janeiro/dezembro de 2008, referente à falta do Registro 74, tendo sido o autuado devidamente intimado para efetuar as correções (fl. 07, item -1.a).

Salienta que também foi anexada a intimação um relatório do SCAM (fls. 42 a 45) do dia 06/07/2011, onde o autuado não informou o Registro 74, razão de ter sido intimado. Acrescenta que decorrido o prazo de trinta dias concedido na intimação, o contribuinte não efetuou as correções necessárias.

Registra que foram anexados, após este prazo, vários relatórios do SCAM, conforme descrição que apresenta, comprovando a falta dos Registros 74.

Destaca que exerce uma atividade vinculada, tendo o contribuinte descumprido as determinações dos artigos 686 e 708-B, do RICMS/BA. Acrescenta que em função disso, foi imposta a multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 9.159/04, e artigo 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96.

Com relação à infração 05, assevera que deve ser mantida, pois o autuado não apresentou impugnação.

Finaliza opinando pela procedência parcial do Auto de Infração, com as devidas correções realizadas.

O autuado se manifestou (fls. 616 a 625), reiterando todos os termos da defesa inicial. Acrescenta que apesar do enorme esforço e o trabalho da autuante para salvar a autuação, e independentemente de reconhecimento e respeito o Auto de Infração não deve prosperar, devendo ser anulado por completo, por faltar liquidez e certeza, ou seja, o fundamental.

Aponta como indicio de iliquidez e incerteza o resultado apresentado pela autuante na informação fiscal.

Questiona que quem garante mais uma vez que os valores estão corretos. Diz restar claro e incontestável que o Auto de Infração deve ser declarado nulo e não sendo este o entendimento do órgão julgador, protesta pela realização de perícia, sem a qual não haverá certeza dos números apontados como devidos.

No que tange infração 04, descreve a infração e questiona como poderia se defender adequadamente quando na verdade a acusação inicial foi específica quanto à falta de entrega do arquivo magnético.

Afirma estar diante de uma afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Diz que se defendeu do que foi acusado, provando cabalmente que havia entregado os arquivos magnéticos.

Assinala que pretende a autuante mudar a acusação especificando que a autuação foi decorrente da falta de apresentação do Registro de Inventário em meio magnético, entretanto, em nenhum momento indicou ou apontou essa irregularidade na inicial. Aduz que novamente a dúvida perpetrada na manifestação, pois a falta do Registro 74 a que se refere a autuante diz respeito ao registro de inventário mensal ou anual. Afirma que a informação fiscal, neste item, serve apenas para demonstrar a violação do princípio constitucional e por essa razão deve ser anulado.

Destaca que para que não paire dúvidas acerca do seu procedimento, junta o doc. 03, para provar a improcedência da acusação.

Alega que a multa imposta afronta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, invocando, nesse sentido, o entendimento doutrinário e jurisprudencial que traz à colação.

Conclui requerendo que sejam anuladas as exigências fiscais do Auto de Infração em discussão pela sua falta de clareza, imprecisão e ausência de provas, cerceando o seu direito de defesa ou, no mérito, sejam julgadas improcedentes.

A autuante se pronunciou (fls. 634 a 637), consignando que o Auditor Fiscal da Secretaria da Fazenda ao constatar que o contribuinte comprova na defesa apresentada a existência de alguma

falha no Auto de infração tem por obrigação fazer a correção. Portanto, não se trata de “*salvar o Auto de Infração*”, mas sim de uma questão de justiça.

Reporta-se sobre o que disse na informação fiscal referente ao erro incorrido pelo autuado ao elaborar seus “Arquivos Magnéticos”, não observando a legislação vigente, registrando indevidamente os descontos (DESC) e cancelamentos (CANC) no Registro 60R, onde deve constar apenas a o Identificador da Situação Tributária/ Alíquota do ICMS, ou seja, F – Substituição Tributária, I – Isenta, N – Não incidência, 17% (ou outra alíquota). Diz que os “CANC” e “DESC” devem sim constar do Registro 60A, mas não do Registro 60R, visto que os registros 60R são utilizados pelo SAFA para fazer o levantamento quantitativo de estoque. Registra que foi feita a correção no Levantamento Quantitativo que deu origem a infração 01, sendo excluídos todos os Registros 60R com “DESC” e “CANC”, (fls. 572 a 580), contudo, mesmo assim foi constatada diferença em algumas mercadorias.

Menciona que o autuado alega na sua manifestação que “*quem garante que mais uma vez os valores estão corretos?*”

Frisa que com esta afirmativa só pode supor que o autuado não leu a informação fiscal de fls. 564 a 571, onde está amplamente demonstrada a correção dos lançamentos de mercadorias com “CANC” e “DESC”.

Reproduz o que disse na informação fiscal com relação aos novos valores que surgiram com a correção efetuada relativamente às infrações 01, 02 e 03, conforme demonstrativos e esclarecimentos que menciona.

Assinala que relativamente à infração 01 foi feita a correção no Levantamento Quantitativo, tendo retirado todos os Registros 60R com “DESC” e “CANC”, (fls. 572 a 580), contudo, mesmo assim foi constatada diferença em algumas mercadorias. Acrescenta que foi elaborado novo demonstrativo com as quantidades corrigidas, ficando alterado o valor do ICMS exigido de R\$113.463,11 (fl. 602) para R\$2.158,63, (fls. 603 a 605). Ressalta que foi mantida a exigência referente à omissão de entradas, em razão de a omissão de saídas apurada ainda continuar em valor inferior (fls. 610/611).

Quanto à infração 02, salienta que ocorreu em consequência do mesmo erro que gerou a infração 01, sendo feitas as correções e novo demonstrativo com as quantidades corrigidas, ficando alterado o valor do ICMS exigido de R\$893,58 (fl. 606) para R\$6,33 (fl. 607).

No que tange à infração 03, registra que também ocorreu em consequência do mesmo erro que gerou a infração 01, tendo sido feitas as devidas correções e elaborado novo demonstrativo com as quantidades corrigidas, ficando alterado o valor do ICMS exigido de R\$2.553,04 (fl. 608) para R\$18,09 (fl. 609).

Quanto à infração 04, frisa que mais uma vez, pode supor que o autuado não leu a informação fiscal e numa tentativa de confundir este Conselho questiona como poderia se defender adequadamente quando na verdade a acusação inicial foi específica quanto a falta de entrega do arquivo magnético.

Salienta que na defesa inicial o impugnante tenta descaracterizar esta infração questionando que se fosse isso verdade, como a autuante poderia obter as informações necessárias para imputar a infração 01.

Afirma que tendo em vista os esclarecimentos constantes às fls. 568 a 570 dos autos, o impugnante parte para uma nova estratégia, alegando mudança na infração, o que em momento algum ocorreu, pois desde a fl. 02 do presente processo consta na infração 04 o enquadramento - artigos 686 e 708-B do RICMS e a multa indicada – artigo 42, inciso XIII-A.

Sustenta que, desse modo, resta comprovado o correto procedimento com referência a infração 04, a qual deve ser mantida na sua totalidade.

Com relação à infração 05, assevera que deve ser mantida, haja vista que o autuado não apresentou impugnação, tanto na defesa inicial quanto na manifestação posterior.

Finaliza opinando pela procedência parcial do Auto de Infração, com as devidas correções realizadas.

A 1ª JF, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do processo em diligência à INFAZ VAREJO(fl. 646), a fim de que fossem adotadas as seguintes providências: 1 – que fosse elaborado demonstrativo segregando as operações tributáveis das isentas, não tributáveis ou com o imposto pago por substituição tributária, praticadas pelo autuado relativamente ao período fiscalizado; 2 – que, considerando os dados apurados no item acima e partindo do valor que remanesceu após a informação fiscal, fosse refeita a apuração do imposto exigido na Infração 1, utilizando o critério previsto na Instrução Normativa 56/07, da Superintendência da Administração Tributária (SAT); 3 – que fosse elaborado um novo demonstrativo de débito para a infração 01.

No cumprimento da diligência a autuante se pronunciou (fls. 650/651), esclarecendo que no início da fiscalização, em 08/07/2011, o contribuinte foi intimado (fls. 06 a 09), para apresentação de livros e documentos fiscais no prazo de 48 horas e correção do Arquivo Magnético no prazo de 30 dias. Acrescenta que o Auto de Infração foi lavrado 26/09/2011 e no dia 04/11/2011 o contribuinte apresentou defesa. Diz que após a defesa foram efetuadas as devidas correções, decorrentes das provas apresentadas pelo contribuinte, sendo os valores alterados, conforme comprovam os demonstrativos de fls. 603 a 605, 607 e 609. Registra que no dia 15/02/2012, novamente o contribuinte impugnou os valores apresentados nos novos demonstrativos, sob a alegação de que comercializa mercadorias tributadas, substituídas e isentas ou não tributadas. Assinala que prestou nova informação fiscal às fls. 634 a 637, onde apresentou reafirmou e comprovou os novos valores apresentados.

Quanto à solicitação contida na diligência, consigna que o contribuinte não comercializa mercadorias isentas ou não tributadas, como alega em sua defesa. Acrescenta que na exigência do imposto as mercadorias tributadas e as mercadorias sujeitas a substituição tributária foram separadas, como consta dos relatórios anexados aos autos.

Conclui dizendo que em virtude do esclarecimento acima não foram elaborados novos demonstrativos solicitados pelo CONSEF, visto que os demonstrativos constantes do Auto de Infração (fls. 603 a 605, 607, 609) já atendem a solicitação, entretanto, mesmo assim os demonstrativos foram anexados novamente ao presente processo.

Cientificado sobre o resultado da diligência o autuado acusou o recebimento(fl. 660/661), contudo, não se manifestou.

Consta às fls. 640/641 extrato do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, referente ao pagamento do valor do débito reconhecido.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir crédito tributário no valor total de R\$131.935,87, relativo a cinco irregularidades atribuídas ao autuado.

Inicialmente, cabe-me apreciar a nulidade do lançamento de ofício arguida pelo impugnante com fundamento no art. 18, II, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF-BA), sob o fundamento de não estarem presentes nos autos todas as provas que respaldam as acusações, prejudicando a verificação dos dados e valores apresentados e inversão do ônus da prova, uma vez que é dever do Fisco provar as infrações, conforme previsto no art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 333, I, do Código de Processo Civil (CPC).

O exame dos elementos acostados aos autos permite constatar que não procede a arguição defensiva, haja vista que a autuação está fundamentada em lançamentos da escrita fiscal do próprio contribuinte, cujos valores foram demonstrados às fls. 47 a 63, 64/65 e 66/67, dos autos.

Em verdade, os dados obtidos pela Fiscalização foram fornecidos pelo próprio contribuinte através de arquivos magnéticos, sendo-lhe assegurado o direito de ampla defesa, o qual foi exercido

plenamente, com a identificação de equívocos no levantamento levado a efeito pelo autuante, os quais foram reconhecidos quando da informação fiscal, inclusive com a redução substancial do valor do débito originalmente apontado no Auto de Infração, conforme será visto na apreciação do mérito.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida, haja vista que inocorreu quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/BA, especialmente a do inciso II, invocada pelo autuado.

No que concerne ao pedido de realização de perícia para comprovação das razões defensivas, não vislumbro necessidade ou indispensabilidade de sua realização, para solução do litígio. A perícia consiste em exame realizado por técnico ou pessoa habilitada - perito - dotada de conhecimentos especializados sobre determinada matéria. Na realidade, o perito supre a insuficiência de conhecimentos específicos sobre a matéria objeto da lide por parte do julgador. Efetivamente, não é o caso do Auto de Infração em exame, haja vista que a matéria é de amplo conhecimento dos julgadores. Indefiro, portanto, o pedido de realização de perícia, com fulcro no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

No mérito, verifico que o autuado alega que a autuante considerou nos arquivos magnéticos do Registro Tipo 60 os lançamentos correspondentes a descontos (DESC) e cancelamentos (CANC) como se fossem vendas, equívocos estes que distorcem a realidade. Alega ainda que a autuante desprezou as determinações fixadas na Portaria 445/98, que estabelece o agrupamento dos itens afins. Argumenta também que comercializa mercadorias tributadas a alíquota de 17%, 12% e até 0%, bem como com mercadorias isentas e com o pagamento do ICMS por substituição tributária, razão pela qual não poderia a autuante ter presumido que a omissão era decorrente de mercadorias tributadas unicamente a alíquota de 17%.

Vejo que na informação fiscal a autuante admitiu a existência de erro, entretanto, atribuiu ao contribuinte o equívoco, em razão de ter elaborado seus arquivos magnéticos em desconformidade com a legislação do ICMS vigente, pois registrou indevidamente os descontos “DESC” e cancelamentos “CANC” no Registro 60R, onde deveria constar exclusivamente o Identificador da Situação Tributária/ Alíquota do ICMS, no caso, F – Substituição Tributária, I – Isenta, N – Não incidência, 17% (ou outra alíquota).

O exame das razões defensivas, contestação da autuante e demais elementos acostados aos autos, permite-me concluir que assiste razão à Fiscalização, haja vista que, efetivamente, os cancelamentos “CANC” e descontos “DESC”, devem ser registrados no “Registro 60A”, e não no “Registro 60R”, conforme procedido pelo contribuinte, o que implicou na distorção do resultado apresentado no levantamento quantitativo de estoque levado a efeito pela autuante. Observo que a autuante trouxe aos autos a comprovação dos equívocos incorridos pelo contribuinte, conforme elementos acostados aos autos.

Verifico que a autuante efetuou as correções no levantamento quantitativo, excluindo todos os “Registros 60R” com descontos “DESC” e cancelamentos “CANC”. Contudo, mesmo com tais exclusões remanesceram diferenças em alguns itens de mercadorias arroladas no levantamento, o que resultou em valores menores em relação aos originalmente exigidos nas infrações 01, 02 e 03 – todas referentes a levantamento quantitativo de estoque – conforme discorro a seguir.

No que tange à infração 01, exige-se ICMS por presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas, prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, sob o fundamento de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos das referidas mercadorias com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção legal. Portanto, trata-se de presunção legal relativa cujo ônus da prova da improcedência cabe ao contribuinte e não ao Fisco, conforme aduzido pelo impugnante.

Constato que com as correções realizadas pela autuante, inclusive no tocante às quantidades de mercadorias, ainda permaneceu como diferença de maior expressão monetária, a das operações de entrada, passando o valor do ICMS originalmente exigido no Auto de Infração de R\$113.463,11 para R\$2.158,63.

Cabe registrar que esta Junta de Julgamento Fiscal, em razão de o autuado haver alegado que comercializava mercadorias amparadas por isenção, não tributáveis e com o imposto pago por substituição tributária, converteu o feito em diligência, a fim de que fosse observado pela autuante o critério da proporcionalidade previsto na Instrução Normativa nº 56/07, editada pela Superintendência da Administração Tributária (SAT).

Ocorre que a autuante cumprindo a diligência esclareceu que o contribuinte não comercializa mercadorias isentas ou não tributadas, como alegara em sua defesa, e que as mercadorias tributadas e sujeitas à substituição tributária foram separadas, conforme os relatórios anexados aos autos, o que realmente resta comprovado.

Quanto à aplicação pela autuante da alíquota de 17%, observo que a exigência do pagamento do imposto de que cuida este item da autuação está embasada no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem pagamento do imposto. Ou seja, realização de operações de saídas de mercadorias sem documentação fiscal, situação na qual o RICMS/97 estabelece que é aplicável a alíquota de 17% (art. 632, VII, c/c art. 50, I) e não outras alíquotas, conforme aduzido pelo impugnante.

Diante disso, a infração 01 é parcialmente subsistente no valor de R\$2.158,63.

No respeitante às infrações 02 e 03, observo que sendo constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo.

Assim é que, no caso da infração 02 a exigência diz respeito à falta de recolhimento de ICMS, devido na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício de 2007.

Verifico que com as correções efetuadas pela autuante, excluindo acertadamente todos os “Registros 60R” com descontos “DESC” e cancelamentos “CANC”, o valor originalmente exigido no Auto de Infração foi reduzido.

Entretanto, constato que na informação fiscal a autuante incorreu em equívoco ao consignar que o valor do ICMS deste item da autuação foi reduzido de R\$893,58 para R\$6,33, pois, verdadeiramente, o valor correto é o que se encontra no novo demonstrativo que elaborou acostado aos autos (fl. 609), o qual aponta como devido o ICMS no valor de R\$18,09. Relevante registrar que o novo demonstrativo foi entregue ao contribuinte, inexistindo, desse modo, qualquer ofensa ao seu direito de ampla defesa e do contraditório.

Diante disso, a infração 02 é parcialmente subsistente no valor de R\$18,09.

No que tange à infração 03, a exigência diz respeito à falta de recolhimento de ICMS, 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 a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, estando diretamente vinculada com a infração 02.

Vale dizer que as correções feitas pela autuante no levantamento quantitativo de estoques, na infração 02, resultaram, por consequência, na redução do valor do ICMS originalmente apontado no Auto de Infração na infração 03.

Porém, constato que também nesta infração a autuante incorreu em equívoco ao prestar a informação fiscal, pois, consignou que o valor do ICMS deste item da autuação foi reduzido de R\$2.553,04 para R\$18,00. Em verdade, o valor correto é o que se encontra no novo demonstrativo que elaborou acostado aos autos (fl. 607), o qual aponta como devido o ICMS no valor de R\$6,33. Também aqui cabe registrar que o novo demonstrativo foi entregue ao contribuinte, inexistindo, desse modo, qualquer ofensa ao seu direito de ampla defesa e do contraditório.

Apesar de não ter afetação quanto à validação do lançamento de ofício, haja vista que nenhum prejuízo trouxe para o contribuinte, cabe-me registrar que neste item da autuação foi indicado no Auto de Infração como sendo referente ao exercício de 2008, quando, na realidade, diz respeito ao exercício de 2007. Importante consignar que os papéis de trabalho elaborados pela autuante indicam claramente se tratar do exercício de 2007, mesmo porque não poderia ser diferente, tendo em vista a relação direta desta infração com a infração 02, a qual foi consignada corretamente no Auto de Infração como sendo referente ao exercício de 2007. Ademais, o contribuinte foi cientificado e recebeu cópia dos referidos demonstrativos, tendo exercido plenamente o seu direito de ampla defesa.

Dessa forma, a infração 03 é parcialmente subsistente no valor de R\$6,33.

No que concerne à infração 04, observo que decorreu da falta de fornecimento de arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, tendo sido indicada a multa de 1% sobre o valor das operações ocorridas no período fiscalizado.

Verifico que o contribuinte foi intimado (fls. 06 a 09), para corrigir os erros constantes nos arquivos magnéticos identificados na Listagem Diagnóstico, no prazo de 30 (trinta) dias, contudo, não atendeu a solicitação.

Saliento que em relação à obrigatoriedade de entrega dos arquivos magnéticos, o art. 708-A do RICMS/97 estabelece que:

“Art. 708-A. O contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar o arquivo de que trata este capítulo, referente ao movimento econômico de cada mês, a partir do mês de outubro de 2000, inclusive, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas”.

Vale observar que o arquivo magnético fornecido pelo contribuinte é recebido e submetido a teste de consistência, e por isso, a legislação prevê que a sua recepção pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95.

No presente caso, após a constatação das inconsistências, o contribuinte foi intimado, quando foram indicadas pormenorizadamente quais as inconsistências e irregularidades encontradas, para que tivesse condições de efetuar os ajustes necessários, procedimento que não adotou apesar de ter sido concedido o prazo de 30 (trinta) dias, na forma do § 5º do art. 708-B do RICMS/97.

Diante disso, considerando que o procedimento fiscal foi efetuado com observância da legislação do ICMS, quanto à necessidade de intimação específica ao contribuinte para a necessária correção dos arquivos, conforme acima exposto, e se as inconsistências não foram sanadas, isto equivale à falta de entrega dos arquivos, o que conduz à subsistência da autuação.

Quanto à infração 05, verifico que o autuado reconheceu e efetuou o pagamento do valor do débito apontado neste item da autuação, conforme comprovante acostado aos autos.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento realizado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **180642.0003/11-3**, lavrado contra **M5 INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.183,05**, acrescido das multas de 70% sobre R\$2.176,72 e 60% sobre R\$6,33, previstas, respectivamente, no artigo 42, incisos III e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, com os devidos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação tributária acessória, no valor total de **R\$15.026,18**, previstas nos incisos XIII-A, “j”, e XI, do mesmo dispositivo legal, com os acréscimos moratórios conforme previsto na Lei nº 9.837/05, cabendo a homologação do pagamento efetuado.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de novembro de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR