

A. I. Nº - 269193.0166/13-5
AUTUADO - AYRES MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - GERALDO BARROS RIOS
ORIGEM - INFAZ CRUZ DAS ALMAS
INTERNET - 10/07/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0141-03/14

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo, sendo o valor das entradas omitidas superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto calculado sobre o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. **b) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro, desacompanhada de documentação fiscal, e o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. **Infrações subsistentes. 2. ARQUIVO MAGNÉTICO. INFORMAÇÕES COM DADOS DIVERGENTES DOS CONSTANTES NOS DOCUMENTOS FISCAIS CORRESPONDENTES. MULTA.** De acordo com os elementos constantes nos autos, houve entrega de arquivos magnéticos contendo informações com divergências em relação às operações ou prestações constantes nos documentos fiscais. **Infração comprovada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. b) ESTORNO DE DÉBITO SEM COMPROVAÇÃO.** Infrações não impugnadas. **5. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA.** Ficou comprovado o descumprimento da obrigação acessória, sendo devida a multa exigida. **Infração caracterizada. 6. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS,**

PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Infração não contestada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/12/2013, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$274.284,07, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entradas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, no exercício de 2010. Valor do débito: R\$86.140,18. Multa de 100%.

Infração 02: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro 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, no exercício de 2010. Valor do débito: R\$67.911,34. Multa de 100%.

De acordo com a descrição dos fatos, esta infração não se confunde com a anterior. Naquela presume-se que as mercadorias cujas entradas estão omitidas foram adquiridas com o resultado da venda de mercadorias sem emissão de nota fiscal; o fato gerador se dá nas saídas sem documento fiscal. Aqui, o fato gerador se dá na entrada de mercadorias da substituição tributária desacompanhada de documento fiscal. Os demonstrativos que compõem a infração foram elaborados a partir do Sintegra do contribuinte enviados à SEFAZ.

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 MVA, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, no exercício de 2010.

Consta na descrição dos fatos, que se trata de antecipação tributária que deveria ter sido feita nas entradas de mercadorias.

Infração 04: Forneceu arquivos magnéticos enviados pela internet através do Programa Validador/Sintegra com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviço realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes, nos meses de fevereiro de 2009 a janeiro de 2010. Multa no valor total de R\$42.303,62.

Infração 05: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de substituição tributária, enquadradas no Anexo 88 do RICMS-BA/97, nos meses de fevereiro, abril e dezembro de 2009. Valor do débito: R\$7.885,20. Multa de 60%.

Infração 06: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010. Valor do débito: R\$4.413,61. Multa de 60%.

Infração 07: Estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, nos meses de fevereiro, março, junho de 2009. Valor do débito: R\$35.953,71. Multa de 60%.

De acordo com a descrição dos fatos, o autuado não apresentou os documentos comprobatórios dos estornos de débito (Notas Fiscais que comprovem o ICMS destacado a mais ou de modo indevido).

Infração 08: Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), nos meses de fevereiro a junho, agosto a dezembro de 2009; Janeiro a agosto e outubro a dezembro de 2010. Exigida multa de R\$140,00 em cada mês, totalizando R\$3.080,00.

Infração 09: Multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, com fins de comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Valor do débito: R\$8.674,59.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 203, apresentou impugnação às fls. 170 a 195, alegando que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, por seu preposto fiscal, imputou ao autuado a prática das infrações de números 01, 02, 03, 04 e 08 descritas no auto de infração em comento. Que o autuante, ao atribuir as referidas infrações ao defendente: a) não comprova a efetiva entrada das mercadorias e o seu recebimento no estabelecimento autuado, uma vez que não apresenta qualquer documento que prove que o autuado efetivamente adquiriu as mercadorias objeto da ação fiscal, configurando ilegitimidade passiva; b) apresenta relação de notas fiscais obtidas junto ao SINTEGRA, mas não apresenta as cópias das notas fiscais respectivas, configurando cerceamento do direito de defesa por falta de provas. O autuante, ao imputar a infração à autuada, se utiliza do Sistema SINTEGRA para elaborar uma relação de notas fiscais de mercadorias que, supostamente, teria entrado no estabelecimento da empresa autuada sem, contudo, apresentar as provas do efetivo ingresso de tais mercadorias.

No tocante à imputação de número 04, diz que o autuante descreve no corpo do auto de infração que os demonstrativos que comprovam a infração foram elaborados a partir do confronto dos registros Sintegra com os dados constantes dos livros afins, ou seja, da divergência entre os dados do Sintegra e os livros fiscais.

Alega que o autuante deixou de observar que os dados informados mediante arquivos magnéticos estavam em conformidade com as correspondentes notas fiscais, de modo que a divergência entre o valor das saídas lançado no livro Registro de Apuração de ICMS e o informado nos arquivos magnéticos decorreu de erro na escrituração do citado livro sem, contudo, deixar de recolher o ICMS devido, insubsistindo a imputação baseada no artigo nº 708-B do RICMS/BA, por absoluta falta de motivo. Ressalta que o fiscal aplicou a multa de maneira equivocada, porque o defendente entende que deveria se limitar a aplicação da multa de 1% por descumprimento de obrigação acessória sobre o valor das operações realizadas. Neste sentido, cita o Acórdão CJF Nº 0077-11/13.

Afirma que o Código Tributário Nacional, Lei Complementar à Constituição, ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, eleva os princípios gerais de direito de forma a trazê-los à aplicação prática e imprescindível como forma de proteger o contribuinte. Que se evidencia tal afirmativa principalmente no artigo 112 do CTN quando usa-se o princípio do *in dubio pro contribuinte*. Por isso, alega que a JJF, ao decidir sobre lavratura de auto de infração, nunca deverá resolver de plano, sem qualquer aprofundamento quanto à real existência do fato gerador.

Prosseguindo, o defendente comenta sobre a instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo, citando o art. 2º do RPAF/BA. Diz que a função fiscal, exercícios do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento está sujeita à obediência ao princípio da reserva

legal, e que não podem prosperar as imputações de infração por ofensa aos princípios de direito que norteiam as normas jurídicas, base para a atividade de lançamento fiscal a que está adstrito o agente público. Entende que o caso “*sub examine*”, devido aos vícios que possuem levará fatalmente a decretação da sua nulidade.

Apresenta preliminar de nulidade alegando ilegitimidade passiva. Diz que o autuante não comprovou a efetiva entrada das mercadorias e o seu recebimento respectivo no estabelecimento autuado, uma vez que não apresentou qualquer documento que prove que o autuado efetivamente adquiriu as mercadorias objeto da ação fiscal, configurando ilegitimidade passiva. Transcreve ementa do ACÓRDÃO JF N° 0034-04/09. Diz que, após análise comparativa entre a relação de notas fiscais elaborada pelo autuante e o livro de Registro de Entrada de mercadorias da autuada (2009 e 2010) em anexo (Doc 04) não há sequer uma nota fiscal que tenha sido registrada quando da sua “pseuda entrada”, fato que reforça o entendimento da empresa autuada de que a imputação teve como base o Sistema SINTEGRA, posto que não há provas de que o autuado é o destinatário das referidas mercadorias, não sendo, portanto, a empresa autuada parte legítima para figurar no pólo passivo da referida relação tributária.

Frisa que qualquer pessoa que tivesse acesso aos dados cadastrais da empresa e tivesse interesse em fraudar o Fisco poderia se utilizar dos dados para adquirir mercadorias em nome do autuado. Entende que não é um caso isolado ou algo impossível de ocorrer, e que tal entendimento é de fácil constatação quando se verifica que no livro de Registro de Entrada de 2009 e 2010 foram efetuados 3431 (três mil, quatrocentos e trinta e um) registros de notas fiscais de entrada, enquanto que o autuante apresenta relação de entradas não escrituradas no referido livro. Afirma que não existe o menor motivo para o autuante, com base em mera relação de notas do SINTEGRA, presumir que houve omissão de entrada de mercadoria tributável.

Deste modo, o autuado argüi ilegitimidade passiva, dizendo que não é responsável pela suposta obrigação tributária imputada pelo autuante, diante do equívoco na atribuição da responsabilidade pelo recolhimento do imposto, que o autuante não comprova com documentos apresentados que as mercadorias entraram, efetivamente, na empresa autuada.

Comenta sobre o princípio da verdade material e diz que o autuante poderia verificar se as terceiras vias das notas fiscais de compra em nome do autuado foram recolhidas pelos Postos Fiscais de entrada e enviadas para o CFAMT; os comprovantes de pagamento das compras efetuadas, seja através de duplicata a pagar, depósitos bancários, cheques, entre outras formas; o carimbo dos Postos Fiscais por onde circulou as mercadorias e o registro das notas fiscais de entrada na Bahia no sistema CFAMT.

Quanto à falta de anexação de notas fiscais, transcreve ementas do ACÓRDÃO JF N°0361-03/09, Acórdão JF 1852/08, Acórdão JF N° 0108-01/04 e do ACÓRDÃO CJF N° 0077-11/08. Reproduz o art. 18 do RPAF/BA e conclui que o processo de fiscalização não pode representar uma tarefa inquisitorial, cujas provas a serem produzidas beneficia tão somente aos interesses arrecadatórios do Estado em detrimento do contribuinte.

A respeito das infrações 01, 02, 03 e 08, alega que o autuante, antes de fazer tão grave imputação, deveria levar em consideração o que o constituinte originário pensou em relação aos princípios constitucionais de proteção ao contribuinte e assim, analisar diversos documentos que poderiam comprovar se as mercadorias entraram ou não no estabelecimento autuado, documentos estes que se presentes no processo não deixariam dúvidas de que, de fato, a empresa comprou as mercadorias. Indica os documentos que entende comprovar a entrada real das mercadorias na empresa autuada, e diz que é fácil para o autuante verificar se tais documentos fazem parte dos arquivos, se a empresa adquiriu as mercadorias, porque os documentos estão no Dossiê da empresa na SEFAZ, e se o imposto é devido, o contribuinte deverá efetuar o pagamento.

Sobre a prova por presunção em matéria de Direito tributário, cita lições do Professor Clélio Berti, transcrevendo também, ensinamentos do Professor Paulo de Barros Carvalho, destacando

ainda, o posicionamento da Professora Suzy Gomes Hoffmann em sua obra: “Teoria da Prova no Direito Tributário”.

Afirma que a imputação fiscal é desprovida de elementos comprobatórios, como exige o RPAF, Dec. Nº 7.629/99, em seus artigos 2º, caput, 18, inciso IV, alínea “a” e 41, inciso II, que transcreveu, citando decisões do CONSEF pela nulidade de Autos de Infração em que restou caracterizado que não foram juntados ao processo os documentos fiscais relativos à não escrituração.

O defendente argüi prejudicial de validade e eficácia da peça básica do processo administrativo fiscal instaurado; requerendo, com amparo no princípio do contraditório pleno e amplo, assegurado pela Magna Carta (art. 5º, LV, CF/88), que a prejudicial seja apreciada e decidida, com fundamentação própria e específica. Pugna pela total nulidade da autuação, e se assim não entender esse Órgão Julgador, no mérito, julgue o Auto de Infração improcedente quanto às infrações 01, 02, 03, 04 e 08.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 274/275 dos autos, ressaltando que em relação às infrações 05, 06 e 07 o contribuinte não apresentou contestação. Quanto às preliminares de nulidade, diz que embora o defendente não especifique, parece querer referir-se à Auditoria de Estoques. Entende ser um equívoco lamentável considerar que “o Sistema Sintegra emite relação de notas fiscais atribuindo a responsabilidade ao autuado pelo recolhimento do imposto”.

Salienta que os registros Sintegra são informados pelo contribuinte e que só encontrou divergências deles em comparação com os livros fiscais quanto às vendas de mercadorias com CFOP 5.102, no exercício 2009, e isto inviabilizou a auditoria de estoques daquele ano, sendo objeto de autuação específica (infração 4).

Sobre anexar as notas fiscais neste PAF, afirma que não faria sentido apensar cópias das milhares de Notas Fiscais de compras e vendas que estão relacionadas nos demonstrativos que lastreiam as imputações deste contencioso, quando o interessado detém as originais e pode, nelas, dirimir quaisquer dúvidas em relação a tais demonstrativos. Quanto à caracterização do ilícito tributário, informa que foram anexadas as cópias, com citações no corpo do Auto, nas infrações afins (a exemplo da infração 5). Diz que o RPAF, não dá qualquer guarida a esse tipo de alegação, como se vê no art. 142 do referido Regulamento.

Também informa que todas as Notas Fiscais constantes nos demonstrativos estão registradas nos livros próprios; basta que se compare tais relações com as cópias anexadas pelo próprio contribuinte a partir da fl. 212 deste PAF. Diz que se tem a sensação de que se tomou uma defesa de outro Auto de Infração e utilizou-se neste, com adaptações.

Em relação à multa aplicada por divergências nos Registros Sintegra afirma que está correta: 5% de tais divergências limitada a 1% das saídas, conforme prevê o art. 42 XIII-A-3º da Lei 7.014/96. Diz que as citações dos vários julgados deste Conselho, além de normas e doutrinas diversas, ou não tratam de temas pertinentes a este PAF ou em nada enfraquecem as imputações aqui contidas.

Quanto ao mérito, comenta que o autuado atacou tão somente a infração 4, e o faz alegando que “a divergência entre o valor das entradas lançadas no livro Registro de Entradas e o informado nos arquivos magnéticos decorreu de erro na escrituração do citado livro”. Diz que este é mais um equívoco contido na peça defensiva, já que as divergências encontradas referem-se às saídas e não às entradas, como se vê no demonstrativo à fl. 68 deste processo. Finaliza pedindo da procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

O defendente apresentou preliminar de nulidade alegando ilegitimidade passiva. Disse que o autuante não comprovou a efetiva entrada das mercadorias e o seu recebimento respectivo no estabelecimento, afirmando que não foi apresentado qualquer documento que prove que o

autuado efetivamente adquiriu as mercadorias objeto da ação fiscal, configurando ilegitimidade passiva.

Como se trata de levantamento fiscal efetuado com a documentação apresentada pelo contribuinte, não se constatando nos autos qualquer informação de que foram utilizadas notas fiscais obtidas por meio do CFAMT ou SINTEGRA, não há como acatar a alegação defensiva, haja vista que não restou configurada a alegada ilegitimidade passiva. Acrescenta-se que tal alegação defensiva também será tratada quando da apreciação do mérito da autuação fiscal.

Rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

No mérito, as infrações 01 a 03 serão analisadas conjuntamente, tendo em vista que tratam de exigência do imposto decorrente de levantamento quantitativo de estoques, exercício de 2010, sendo constatado:

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entradas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, no exercício de 2010.

Infração 02: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro, 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, no exercício de 2010.

De acordo com a descrição dos fatos, esta infração não se confunde com a anterior. Naquela presume-se que as mercadorias cujas entradas estão omitidas foram adquiridas com o resultado da venda de mercadorias sem emissão de nota fiscal; o fato gerador se dá nas saídas sem documento fiscal. Aqui, o fato gerador se dá na entrada de mercadorias da substituição tributária desacompanhada de documento fiscal. Os demonstrativos que compõem a infração foram elaborados a partir do Sintegra do contribuinte enviados à SEFAZ.

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 MVA, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, no exercício de 2010.

Consta, na descrição dos fatos, que se trata de antecipação tributária que deveria ter sido feita nas entradas de mercadorias.

O defendente alegou que o autuante: a) não comprova a efetiva entrada das mercadorias e o seu recebimento no estabelecimento autuado, uma vez que, não apresenta qualquer documento que prove que o autuado efetivamente adquiriu as mercadorias objeto da ação fiscal, configurando ilegitimidade passiva; b) apresenta relação de notas fiscais obtidas junto ao SINTEGRA, mas não apresenta as cópias das notas fiscais respectivas, configurando cerceamento do direito de defesa por falta de provas; c) o autuante, ao imputar a infração à autuada, se utiliza do Sistema SINTEGRA para elaborar uma relação de notas fiscais de mercadorias que, supostamente, teria entrado no estabelecimento autuado sem, contudo, apresentar as provas do efetivo ingresso de tais mercadorias.

Não assiste razão ao defendente, haja vista não foi exigido ICMS a título de presunção de omissão de saídas por falta de registro dos documentos fiscais obtidos por meio do CFAMT ou SINTEGRA, e sim, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques. O autuante informou que os demonstrativos que compõem a infração foram elaborados a partir do Sintegra do autuado enviados à SEFAZ, ou seja, foram utilizados os dados que já eram do conhecimento do autuado.

No caso de entradas não registradas, sempre que o autuado aponta indícios de que as aquisições de mercadorias foram efetuadas por terceiros, este Órgão Julgador tem determinado a realização de diligência para que sejam apurados os fatos. Mas não pode ser feita apuração pelo simples fato de o contribuinte alegar que não fez as compras. Em relação às cópias de notas fiscais quando retidas pela fiscalização do trânsito de mercadorias nos postos fiscais deste Estado, tal fato indica que as mercadorias circularam no território baiano. Mas essa não foi a situação apurada no presente PAF, nas infrações 01 a 03, que tratam de levantamento quantitativo de estoques.

O levantamento quantitativo de estoques tem como objetivo conferir as entradas e saídas de mercadorias em confronto com o inventário registrado no livro próprio, em um determinado período, e como consequência, no presente processo, na infração 01, houve a constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis em valor inferior ao das entradas, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entradas, conforme demonstrativos elaborados pelo autuante, anexados aos autos, sendo cumprido o roteiro de uma auditoria de fiscal, que pode ser realizada através de contagem física ou físico-documental, podendo ser aplicado a qualquer estabelecimento atacadista ou varejista.

No levantamento quantitativo, além dos dados referentes aos estoques iniciais e finais, são elaborados três demonstrativos: a) dois analíticos, com a indicação das quantidades e dos preços unitários, um relativo às saídas de mercadorias e outro relativo às entradas; b) um demonstrativo sintético, consolidando os dados constantes nos demonstrativos analíticos, com a apuração das diferenças de estoques e o imposto devido, tudo com base nos livros e documentos fiscais do autuado.

O inventário deve representar o estoque físico, de acordo com a contagem realizada no final do exercício, ou seja, o Registro de Inventário tem o objetivo de arrolar as mercadorias, matérias primas e os produtos intermediários e demais materiais existentes no estabelecimento quando do levantamento, que deve ser realizado no final do exercício, para ser consignado no balanço da empresa.

Quanto à infração 01, constatou-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo, sendo o valor das entradas omitidas superior ao das saídas. Neste caso, deve ser exigido o imposto calculado sobre o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas.

Assim, considerando que foram apuradas diferenças no levantamento quantitativo de estoques, a exigência do imposto em relação à omissão de entradas de mercadorias tributáveis é 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, consequentemente, sem pagamento do imposto, conforme prevê § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96 c/c o art. 7º, inciso II da Portaria 445/98.

A Infração 02 trata da falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, no exercício de 2010.

Na descrição dos fatos consta a informação de que esta infração não se confunde com a anterior. Naquela presume-se que as mercadorias tributáveis cujas entradas estão omitidas foram adquiridas com o resultado da venda de mercadorias sem emissão de nota fiscal; e o fato gerador se dá nas saídas sem documento fiscal. Aqui, o fato gerador se dá na entrada de mercadorias sujeitas à substituição tributária desacompanhada de documento fiscal.

Tratando-se de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, em relação à omissão de entradas dessas mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros, desacompanhada de documentação fiscal, conforme art. 15, inciso I, alínea “a”, Portaria 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.

A Infração 03 se refere à 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 MVA, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, no exercício de 2010.

Na descrição dos fatos consta a informação complementar de que se trata de antecipação tributária que deveria ter sido feita nas entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Neste caso, é devido o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, previstos no Anexo 88 do RICMS/97 relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada na infração 02, conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria 445/98.

Concluo pela procedência das infrações 01 a 03, tendo em vista que o defendente, apesar de ter impugnado a exigência fiscal, não apresentou qualquer elemento capaz de comprovar o não cometimento das irregularidades apuradas mediante levantamento fiscal, com a documentação fornecida pelo contribuinte.

Infração 04: Forneceu arquivos magnéticos enviados pela internet através do Programa Validador/Sintegra com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviço realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes, nos meses de fevereiro de 2009 a janeiro de 2010.

Em relação às informações prestadas por meio de arquivo magnético, é responsabilidade exclusiva do Contribuinte a escrituração fiscal e a remessa desses arquivos magnéticos ao banco de dados da SEFAZ, devendo espelhar com fidedignidade os documentos fiscais, e sobre quaisquer inconsistências, equívocos ou divergências, apurado quando da realização de levantamento fiscal, cabe ao autuado indicar objetivamente, apresentando a correspondente documentação fiscal, o que não ocorreu no caso em exame.

O arquivo magnético é recebido e submetido a teste de consistência, 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, conforme § 6º do art. 708-A do RICMS/BA.

Consta às fls. 75/76, intimação assinada pelo autuado para apresentação de novo arquivo magnético, com a informação de que em relação aos arquivos anteriormente apresentados foram constatadas inconsistências, conforme indicado nas mencionadas intimações.

O defendente alegou que o autuante deixou de observar que os dados informados mediante arquivos magnéticos estavam em conformidade com as correspondentes notas fiscais, de modo

que a divergência entre o valor das saídas lançado no livro Registro de Apuração de ICMS e o informado nos arquivos magnéticos decorreu de erro na escrituração do citado livro sem, contudo, deixar de recolher o ICMS devido, insubsistindo a imputação baseada no artigo nº 708-B do RICMS/BA, por absoluta falta de motivo. Ressalta que o fiscal aplicou a multa de maneira equivocada, porque o defendente entende que deveria se limitar a aplicação da multa de 1% por descumprimento de obrigação acessória sobre o valor das operações realizadas.

Na informação fiscal, o autuante esclarece, quanto ao argumento defensivo de que “a divergência entre o valor das entradas lançadas no livro Registro de Entradas e o informado nos arquivos magnéticos decorreu de erro na escrituração do citado livro”, que este é mais um equívoco contido na peça defensiva, já que as divergências encontradas referem-se às saídas e não às entradas, como se vê no demonstrativo à fl. 68 deste processo, e nas intimações às fls 75/76 constam outras divergências, além daquelas já referidas.

Concordo com o posicionamento do autuante, haja vista que o demonstrativo à fl. 68 indica as divergências. No caso em exame, após a constatação das inconsistências, o contribuinte foi intimado a apresentar os arquivos com a necessária correção, e o fato foi reconhecido nas razões de defesa. Portanto, não há dúvida de que o autuado entregou os arquivos magnéticos com inconsistências, e quando intimado a regularizar os mencionados arquivos, as inconsistências não foram corrigidas, nem foram apresentadas quaisquer justificativas. Se foram constatadas omissões, a fiscalização intimou o contribuinte apontando essas irregularidades encontradas, houve a concessão do prazo, mediante intimação, e mesmo assim, não houve a necessária regularização, deve ser aplicada penalidade.

Para a irregularidade apurada, a multa aplicável é a constante na alínea “i” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, com a seguinte redação: *“5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso”*.

Concluo pela subsistência deste item do presente Auto de Infração, haja vista que o autuante calculou a penalidade de 5% e exigiu o valor correspondente a 1% por ser o limite (fl. 68), conforme previsto na mencionada alínea “i” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

De acordo com as razões de defesa, não houve impugnação às infrações 5, 6, 7 e 9. Assim, considero procedentes os itens não contestados, considerando que inexistente lide a ser decidida quanto aos mencionados itens da autuação fiscal.

Infração 08: Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), nos meses de fevereiro a junho, agosto a dezembro de 2009; Janeiro a agosto e outubro a dezembro de 2010.

O autuado não apresentou qualquer elemento para contrapor a acusação fiscal, ficando comprovado o descumprimento da obrigação acessória, haja vista que apenas requereu que a mencionada infração fosse julgada improcedente.

Não acato a alegação defensiva, haja vista que a entrega de DMA com omissão de dados ou valores divergentes, impede a realização dos controles fiscais, não permitindo apurar, inclusive, se o imposto recolhido corresponde ao efetivo movimento de mercadorias e serviços com incidência do ICMS. O contribuinte deveria providenciar, espontaneamente, o envio da DMA retificadora, regularizando a situação, antes da ação fiscal.

Considerando que ficou comprovado o descumprimento da obrigação acessória, concluo que é devida a multa exigida. Infração subsistente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº269193.0166/13-5**, lavrado contra **AYRES MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$220.225,86**, acrescido das multas de 60% sobre R\$66.174,34 e de 100% sobre R\$154.051,52, previstas no art. 42, incisos II, “d ”; III, VII, “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$54.058,21**, previstas no art. 42, incisos II, “d”, XIII-A, “i”; XVIII, “c” da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2014

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA