

A. I. Nº - 380214.0011/09-2
AUTUADO - M C COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE PRODUTOS FRIGORIFICADOS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO BARBOSA DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 11.12.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0236-04/14

EMENTA: ICMS. 1. DIFERIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO RESPONSÁVEL. **a)** PARTES RESULTANTES DO ABATE DE GADO BOVINO. O ICMS diferido deve ser recolhido pelo contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer o termo final, na condição de substituto tributário. Infração caracterizada. **b)** PARTES RESULTANTES DO ABATE DE GADO SUÍNO. A acusação trata de nota fiscal emitida pela própria pessoa jurídica fiscalizada, cujo número foi especificado no corpo do Auto de Infração, com cópia anexada ao PAF. Infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. **b)** “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. O contribuinte alegou o pagamento do tributo quando das saídas, mas não trouxe provas aos autos. Infrações caracterizadas. Alteração da multa da infração 03 para o art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, no que concerne às ocorrências anteriores a novembro de 2007. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração parcialmente elidida após revisão fiscal. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. O sujeito passivo juntou cópia do livro de Registro Entradas, que comprova a efetiva escrituração de algumas notas, fato que levou à redução do valor devido na revisão fiscal. Infração parcialmente elidida. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. 5. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE ENTRADAS E NO REGISTRO DE APURAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Não há contradição nos termos da autuação fiscal, nem mesmo impropriedade terminológica na sua descrição. O texto é claro, inteligível, e o levantamento elaborado – cujos números não foram especificamente impugnados – não suscita dúvidas. Infração caracterizada. 6. 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. **a.1)** Nos relatórios das omissões de saídas de mercadorias tributáveis foram incluídos itens enquadrados no regime de substituição tributária. Infração parcialmente elidida após a retirada dos mesmos. **a.2)** A sociedade empresária não apontou especificamente o alegado erro cometido na auditoria e não indicou o motivo exato que a levou a entender que o trabalho de fiscalização agride a Portaria 445/98. A simples negativa do cometimento do ilícito não desonera o sujeito passivo do ônus de afastar a presunção relativa de legitimidade do ato administrativo (art. 143, RPAF/99). Infração caracterizada. **b)** SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **b.1)** MERCADORIAS ISENTAS E / OU NÃO TRIBUTÁVEIS. Os arquivos magnéticos serviram como elementos meramente subsidiários na fiscalização, cujos demonstrativos abarcaram todas as operações do autuado. Infração caracterizada. **b.2)** MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. No caso de omissão de operações de saídas de mercadorias isentas ou não sujeitas à incidência do imposto, ou seja, com fase de tributação encerrada, esgotada, exaurida, deve ser aplicada a multa de R\$ 50,00, por descumprimento de obrigação acessória (Lei 7.014/96, art. 42, XXII). Infração caracterizada, com a conversão do valor exigido para penalidade por descumprimento de obrigação acessória. 7. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS RECOLHIMENTOS E OS LANÇAMENTOS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O autuante contemplou as irregularidades na apuração do imposto, com o intuito de alcançar o saldo correto. Os ilícitos constatados, crédito indevido, diferenças de alíquotas de operações com material destinado ao consumo e diferenças de alíquotas de operações com material destinado ao ativo fixo, foram lançados na auditoria da conta corrente do ICMS. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Deferido o pleito de diligência ou perícia fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 11/09/2009 e exige ICMS, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor histórico total de R\$ 745.789,81, sob a acusação do cometimento das irregularidades abaixo relacionadas.

Infração 01 - Falta de recolhimento, na qualidade de responsável solidário, do imposto referente à aquisição de mercadorias de produtor rural ou extrator não inscrito no Cadastro desta Secretaria da Fazenda (levantamento às fls. 53 a 55). Refere-se a tributo diferido nas aquisições de gado bovino remetido para abate no Matadouro Municipal de Itabuna, que, segundo a autoridade fiscal, não atende à legislação sanitária estadual nem federal, nos termos do art. 125, III, “a”, item

06 c/c art. 347, I e 348, § 1º, I do RICMS/1997/BA. Valor exigido de R\$ 545.751,00 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

Infração 02 - Recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e / ou do exterior relacionadas no Anexo 88 do RICMS/1997/BA (levantamento às fls. 56 a 80). Exigência de imposto incidente sobre operações com os produtos indicados no citado Anexo, sem recolhimento ou com recolhimento a menor, conforme demonstrativo mencionado, com fundamento no art. 353 do RICMS/1997. Valor cobrado de R\$ 8.026,12 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

Infração 03 - Recolhimento a menor do imposto exigido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades federativas, adquiridas com o fim de comercialização (abril de 2004 a maio de 2008, demonstrativo às fls. 81 a 127). Valor exigido de R\$ 5.320,83 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

Infração 04 - Falta de recolhimento do tributo, em razão de ter o autuado praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (demonstrativo às fls. 140 a 175). Valor exigido de R\$ 19.571,29 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96.

Infração 05 - Falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo pagamento do imposto diferido. Aquisição de partes resultantes do abate de suíno de pessoa não inscrita no Cadastro de Contribuintes do imposto, destacando o tributo no documento fiscal como responsável solidário e não efetuando o recolhimento. Nota fiscal número 07382, de 19/09/2005, cujas informações encontram-se especificadas à fl. 166. Valor exigido de R\$ 794,75 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

Infração 06 - Entrada de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal (levantamento às fls. 167 e 168). Multa de 10% sobre o valor das operações, na quantia de R\$ 2.066,90, prevista no art. 42, IX da Lei 7.014/96.

Infração 07 - Entrada de mercadorias não sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal (levantamento às fls. 167 e 168). Multa de 1% sobre o valor das operações, na quantia de R\$ 157,29, prevista no art. 42, XI da Lei 7.014/96.

Infração 08 - Recolhimento a menor, em função de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Entradas de Mercadorias (RE) e os escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS, demonstrativo à fl. 641). Valor exigido de R\$ 930,45 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96.

Infração 09 - Falta de recolhimento do imposto, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, a omissão de maior expressão monetária, a das saídas tributáveis. Valor exigido de R\$ 128.420,85 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96.

Infração 10 - 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 estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado. Multa de R\$ 50,00, prevista no art. 42, XXII da Lei 7.014/96.

Infração 11 - Falta de retenção e conseqüente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saída enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento na escrita, apurado através de levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado. Valor exigido de R\$ 4.959,84 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96.

Infração 12 - Falta de recolhimento do imposto, constatada pela apuração de diferenças tanto de entradas quanto de saídas, sendo exigido o tributo 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 contabilizá-las, efetuou o pagamento das mesmas com recursos provenientes de saídas realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. Valor exigido de R\$ 23.355,99 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96.

Infração 13 - Falta de recolhimento do ICMS no (s) prazo (s) regulamentar (es), referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. A metodologia utilizada para apurar a quantia lançada está descrita à fl. 1.050. Valor exigido de R\$ 6.384,50 e multa de 50%, prevista no art. 42, I “a” da Lei 7.014/96.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 810 a 841, através de advogado regularmente constituído, nos termos do instrumento de mandato de fl. 842.

Após aduzir a tempestividade da peça e transcrever as infrações imputadas, assevera que o autuante pautou o seu trabalho exclusivamente em dados obtidos de arquivos magnéticos do sistema SINTEGRA, relativos ao período compreendido entre 01/01/2004 e 31/12/2008.

Segundo afirma, a autoridade fiscal, por intermédio de outra auditoria, lavrou um Auto de Infração que envolveu o intervalo temporal de 01/01/2003 a 31/12/2007 (fls. 850 a 854). O mencionado Auto, na sua infração 01 (fl. 850), aplicou penalidade por descumprimento de obrigação acessória relativa à não entrega de arquivos magnéticos com informações consistentes.

A irregularidade dos arquivos teria sido reiteradamente destacada pelo auditor nas informações fornecidas no processo correspondente ao precitado lançamento de ofício, assim como a possibilidade de falhas do sistema SAFA, já que este software não teria computado as operações realizadas por meio de equipamento emissor de cupom fiscal, que são a maior parte daquelas levadas a efeito pelo estabelecimento no seu dia a dia.

Salienta que os mesmos arquivos magnéticos, julgados não fidedignos e inseguros pelo autuante, serviram como única base informativa na presente ação fiscal, cujos relatórios e demonstrativos utilizados e anexados para fundamentar as exigências foram elaborados com utilização do aplicativo denominado SAFA, o qual é alimentado pelos registros constantes dos arquivos magnéticos do SINTEGRA, e cuja base de dados estaria sujeita a imperfeições, a ponto de “*deixar de fora*” registros que representam a maioria das suas operações diárias, ou seja, aquelas realizadas através de ECF (equipamentos emissores de cupons fiscais).

Citando doutrina e dispositivos do RPAF/99, diz que é inquestionável que houve duplicidade de autuações e inversão de critérios jurídicos, referentes a um período já auditado em outro procedimento. Pondera que o autuante finalizou a primeira ação fiscal concluindo pela imprestabilidade dos registros constantes dos arquivos magnéticos, tendo aplicado, por conseguinte, as penalidades correspondentes. Nessa linha de entendimento, não poderia o preposto do Estado, numa segunda fiscalização, valer-se dos mesmos arquivos magnéticos, principalmente sem o exame da escrita.

Com fundamento no art. 18, I do RPAF/99, em capítulo da peça de defesa que intitulou “*DA INCOMPETENCIA FUNCIONAL DO AUTUANTE*”, relativamente à infração 01, manifesta o entendimento de que a autoridade administrativa fiscal não tem atribuição legal para declarar se o estabelecimento reúne ou não as condições estabelecidas na legislação sanitária. Ademais, não há qualquer referência, nas normas que disciplinam a matéria, à suposta “*obrigatoriedade de certificação pela inspeção federal ou estadual*”, a que se refere o autuante, sem, contudo, fundamentar a sua afirmação.

Requer a nulidade do lançamento de ofício.

No mérito, com relação à primeira infração, entende que não se deve olvidar a natureza beneficiária, dos mecanismos de incentivos fiscais, às atividades comerciais de gêneros de

primeira necessidade, componentes da cesta básica, a exemplo do diferimento do ICMS nas operações internas com animais vivos (aves, gado bovino, bufalino e suíno em pé).

Pondera que todos os estabelecimentos que comercializam produtos de origem bovina e seus derivados, em Itabuna e região, utilizam os serviços do Abatedouro Municipal localizado no Distrito de Ferradas, fruto de pleitos da comunidade.

Assim, a existência de local adequado para o abate de gado bovino nesta região, antes de útil, é extremamente necessária, como primórdio de interesse público. Nesse sentido, tal situação sempre mereceu especial atenção, não somente de si, autuado, mas de toda a sociedade organizada. Destarte, jamais se poderia admitir qualquer negligência por parte do segmento comercial de que faz parte no que diz respeito à otimização dos recursos, sejam tecnológicos ou humanos, no abate de gado bovino.

O Auto de Infração, segundo aduz, não se fez acompanhar de qualquer informação, firmada pela SEAGRI ou Ministério da Agricultura, acerca das condições do estabelecimento abatedouro no período fiscalizado, na forma preconizada no art. 347 do RICMS/1997/BA.

No seu entender, a norma regulamentar que fornece fundamento à acusação ofende a legislação federal e a CF/88 (Constituição Federal).

Não obstante a alegação da autoridade autuante quanto às condições do estabelecimento abatedouro, assevera que, por impositivo legal e constitucional, a competência para inspecionar e fiscalizar o abate de gado bovino se encontra na esfera do Município.

Por outro lado, registra que o encaminhamento do gado bovino para o estabelecimento abatedouro de Itabuna foi efetuado sob a autorização e fiscalização da ADAB – Agência Estadual de Defesa Agropecuária da Bahia, conforme afirma ter comprovado através das Guias de Trânsito Animal, cujo modelo informa ter anexado, expedidas pela autoridade estadual competente, vinculada à SEAGRI (Secretaria de Agricultura).

No que é relativo às infrações de números 02 a 13, pontua que, uma vez desconsiderados os registros do SINTEGRA, na linha de entendimento do próprio autuante, a escrita e a documentação fiscal tendem a espelhar realidade diversa da apontada no Auto de Infração.

Com supedâneo no art. 915, I do RICMS/1997/BA, que estabelece a dispensa do tributo quando o contribuinte houver comprovadamente recolhido o mesmo nas operações de saída posteriores, com relação às infrações 02 e 03, afirma que as saídas das mercadorias ocorreram com tributação normal, inclusive por questão de ordem prática insuspeita: trata-se de itens (derivados de carne bovina, suína etc.) altamente perecíveis, e que já não poderiam se encontrar em estoque no estabelecimento quando da ação fiscal. Argumenta que, além de impor exigência descabida, o autuante cometeu equívoco imperdoável ao desconsiderar os efetivos pagamentos, comprovados no curso da ação fiscal.

Em relação à infração 04, diz que no levantamento elaborado pelo auditor existem operações regularmente tributadas, cujos documentos foram registrados nos livros fiscais próprios. Informa que colacionou cópias de 18 (dezoito) notas fiscais no Anexo denominado “*Conjunto de Documentos*”.

Quanto à infração 05, aduz que as planilhas juntadas às fls. 162 a 164 do PAF [atinentes à quarta imputação] não demonstram a origem das mercadorias (os remetentes), tornando impraticável identificar a condição tributária.

Alega que a “*propalada*” divergência de registros entre os arquivos magnéticos e a escrita fiscal deve ter gerado incorretamente as diferenças encontradas nas infrações 06 e 07.

No tocante à infração 08, além da já mencionada inconsistência de registros da base de dados utilizada pelo autuante, entende que há uma patente impropriedade na descrição da mesma. Isso porque uma eventual divergência entre valores de créditos apurados no livro de Entradas e os

transportados para o livro de Apuração *“implicaria em utilização indevida, a maior ou a menor, de créditos. Situação, portanto, diversa da descrita na infração”*.

Com referência às infrações 09 a 12, reitera as argumentações relativas às inconsistências das informações dos arquivos magnéticos, fato que, segundo alega, atingiu o seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

Passa a expor uma série de situações que reputa irregulares, a saber:

- Nos relatórios das apontadas omissões de saída de mercadorias tributáveis estão incluídos itens enquadrados no regime de substituição, nas operações anteriores ou na entrada no estabelecimento, tais como aparelhos de barbear, coração de frango, leite de coco e outras (infração 09).
- O autuante incorre em bis in idem ao elaborar relatório de omissões de saída de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, já tributados nas operações anteriores ou nas entradas, exigindo, cumulativamente, com aplicação de MVA, *“nova substituição nas saídas”*, a exemplo de mercadorias tais como coração de frango, coxa e s/coxa de frango, botas 7 léguas, frango congelado, aparelhos de barbear, batata frita etc. (infração 11).
- Os relatórios de saídas de mercadorias através ECF (com emissão de cupom fiscal), somente registram datas de operações em dezembro de cada exercício, o que não espelha a totalidade das negociações realizadas nos períodos fiscalizados.
- A exigência contida na infração 12 atenta contra disposições do art. 13, inc. II, “a”, “b” e “c” da Portaria nº 445/1998, *“que disciplina procedimentos aplicáveis aos casos de omissões de entradas em valores superiores aos de omissões de saídas”*, com reflexo direto na exigência contida na infração 09, relativamente ao exercício de 2008.

Com relação à infração 13, alegando também ser improcedente, afirma que se pode constatar, a partir de verificação do *“Anexo Conjunto de Documentos”*, no qual existem cópias do livro RAICMS relativo ao exercício de 2008, efetivamente escriturado e autenticado pelo autuante, que, relativamente ao mês de dezembro do mencionado ano, a apuração da conta corrente normal do ICMS indica saldo credor no valor de R\$ 26.779,06, não restando recolhimento a efetuar.

Destaca que o autuante comete a impropriedade de respaldar sua exigência juntando ao Auto de Infração o documento de fl. 709, que aponta um suposto saldo devedor no valor de R\$ 6.384,50, obtido a partir da reconstituição do livro RAICMS, com o uso do aplicativo SAFA, mais uma vez pautado e alimentado por dados incorretos dos arquivos magnéticos, com inúmeras alterações de lançamentos a débito e crédito, nos meses anteriores e no de referência, sem, contudo, explicar e justificar as respectivas origens.

Requer a produção de provas através de todos os meios admitidos em direito; nova ação fiscal ou perícia (com apresentação de quesitos), a ser realizada por preposto estranho ao feito; nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante ingressa com informação fiscal às fls. 1.043 a 1.052.

Alega que a ausência de arquivo magnético, elemento subsidiário da fiscalização, impossibilitou que o autuado fosse fiscalizado em 2008, razão de aplicação da multa do Auto de Infração 380214.0020/08-3.

Ao contrário do que afirmou o sujeito passivo, destaca que os resultados foram pautados nos livros e documentos fiscais apresentados, devolvidos no término da auditoria, conforme documentos de fls. 801 e 802. Em 2008, o defendente não teria sido fiscalizado, mas intimado mais de uma vez para proceder à correção nos arquivos magnéticos. Como não o fez, foi aplicada a multa. Os trabalhos de fiscalização que resultaram na presente lide, segundo registra no segundo parágrafo da fl. 1.044, foram realizados após o saneamento, devidamente certificado, das informações contidas nos arquivos magnéticos. Portanto, as irregularidades que impossibilitaram a fiscalização em 2008 deixaram de existir.

Em seguida, destaca que não é verdadeira a assertiva de que houve duplicidade de autuações ou inversão de critérios jurídicos, pois a primeira lavratura foi resultante do descumprimento da sobredita obrigação acessória. A segunda fiscalização foi respaldada na Ordem de Serviço número 512281/09, prova de que houve autorização por parte do servidor público competente.

Com relação à alegada incompetência funcional para declarar as condições sanitárias do abatedouro, aduz que foi formulada consulta ao coordenador regional da Agência Estadual de Defesa Agropecuária da Bahia, vinculada à Secretaria da Agricultura (fl. 773), solicitando a informação sobre se o Matadouro Municipal de Itabuna atendia aos requisitos sanitários previstos nas legislações estadual e federal, em conformidade com o art. 347, § 8º, II do RICMS/97/BA. A referida autoridade, detentora da competência funcional, respondeu à consulta informando que o Matadouro Municipal de Itabuna – FRIGOITA, localizado no Distrito de Ferradas, não se encontrava registrado em nenhum órgão de inspeção (fls. 771 e 772). Portanto, pondera que não é o auditor o responsável pela afirmação de que o Frigorífico não atende à legislação. A obrigatoriedade da certificação estadual e federal está consubstanciada no art. 125, III, “a”, item 6 c/c arts. 347, I e 348, § 1º, I do RICMS/97/BA.

Quanto ao mérito, no que diz respeito à infração 01, reafirma a necessidade de o estabelecimento observar as disposições das legislações sanitárias estadual e federal, o que não ocorre, conforme ciência da SEAGRI, através do documento OF GT 127/09, de fls. 772 e 773, bem como mensagem anexada à fl. 771. Ressalta que existem três tipos de inspeção: a municipal, a estadual e a federal, sendo que o abatedouro não atende aos requisitos da legislação estadual, tampouco da federal. Assinala que o autuado “*opta pelo abate em Itabuna para não incorrer no frete do gado até a cidade*”, onde tem abatedouro legalizado, expondo a população a indesejado risco de contaminação e consumo impróprio.

A seguir, assevera que o patrono do contribuinte desconhece ser impossível auditar sem a análise dos livros e documentos fiscais. Os dados do SINTEGRA, corrigidos e validados, foram usados como elementos de subsídio à fiscalização. O sujeito passivo não teria apontado qualquer inconsistência nos levantamentos constantes do PAF.

No que concerne à infração 02, contestando a argumentação do impugnante, alega que nas operações com os produtos constantes do Anexo 88 não ocorre tributação nas saídas.

Relativamente à infração 03, sublinha que alguns dos itens comercializados no estabelecimento são derivados de carne bovina, suína etc., pois o leque de mercadorias do contribuinte equivale ao de um supermercado. Pondera que o mesmo, historicamente, registra saldo credor na apuração do tributo, sendo que em nenhum mês do período fiscalizado recolheu ao Erário sob o código 0759 (ICMS normal). Assim, cabe ao sujeito passivo a prova de que efetuou o recolhimento nas saídas subseqüentes. No período de 01/01/2004 a 31/12/2008 consta um único recolhimento, ocorrido em janeiro de 2004, referente a dezembro de 2003, mas estornado, conforme cópias de livro fiscal de fls. 518 a 708.

No tocante à infração 04, entende que a exigência deve ser mantida, pois, apesar de na defesa terem sido juntadas cópias de notas com o destaque do imposto para alguns produtos relacionados no levantamento fiscal, não foi apresentado o livro Registro de Saídas de Mercadorias que comprovaria os respectivos lançamentos.

Entende que não procede a afirmação, concernente à infração 05, de que a planilha de fl. 166 não demonstra a origem dos produtos. Observa que se trata de nota fiscal emitida pelo defendente, com número especificado no corpo do Auto de Infração, cuja cópia está anexada à fl. 742.

Com relação à infração 06, afirma que o impugnante juntou cópia do Livro de Entradas (fls. 971 a 973), que demonstra o registro das notas fiscais 317.850, 253.532 e 041.531, reduzindo o valor devido de R\$ 2.066,90 para R\$ 1.495,46, nos termos do levantamento de fls. 1.053 e 1.054.

No que se refere à infração 07, assinala ser improcedente a razão de defesa, já que das cópias do livro Registro de Entradas, juntadas às fls. 971 a 973, não consta nenhuma das notas listadas no levantamento de fls. 167 e 168.

Idêntico posicionamento assume em face das razões defensivas referentes à infração 08, visto que nos “*totalizadores*” dos livros de Entradas e de Apuração, de abril de 2006, pode ser facilmente constatada a diferença indicada (fl. 641).

Prossegue argumentando que as infrações 09, 10, 11 e 12 foram devidamente demonstradas nos levantamentos anexados ao processo. No que tange às mercadorias enquadradas no regime de substituição, não ocorreu “*bis in idem*”, uma vez que o valor cobrado decorre da presunção de omissão de saídas, por ter adquirido mercadoria de terceiro sem documentos fiscais, apurada mediante levantamento de estoques. Quanto ao fato de os registros de operações efetuadas através de cupons fiscais estarem com a data de 31 de dezembro de cada ano, “*foi opção da autuada*”, o importante, nos seus dizeres, é a completude, que foi certificada após a informação datada de 20/05/2009, consoante expediente de fl. 726.

No que se refere à infração 13, diz que não procede o argumento de defesa e informa que a escrituração fiscal do contribuinte apresenta saldo credor em todo o período fiscalizado, razão pela qual os créditos indevidos foram lançados na apuração, com o intuito de alcançar os valores corretos. As infrações apuradas, crédito indevido (fls. 26/49), diferenças de alíquotas de operações com material destinado ao consumo (fls. 128/136) e diferenças de alíquotas de operações com material destinado ao ativo fixo (fls. 137/139), foram lançadas na auditoria da conta corrente do imposto, encontrando-se o valor devido de R\$ 6.384,50.

Ratifica os termos do lançamento, com exceção da infração 06, que restou diminuída, e requer a procedência parcial do Auto de Infração.

Na pauta de 25 de fevereiro de 2010, a 5ª JF - Junta de Julgamento Fiscal - converteu o feito em diligência, para que fossem juntadas provas, preferencialmente originadas dos sistemas de informática desta Secretaria, de que as inconsistências de informações dos arquivos magnéticos foram corrigidas, com a certificação respectiva, consoante afirmações constantes da informação fiscal. Requereu-se também a demonstração, com algo além do que a correspondência de fl. 726, de que todas as operações com ECF praticadas pelo contribuinte foram contempladas na auditoria, nos termos da alegação também contida na informação fiscal (fl. 1.076).

À fl. 1.078, o autuante assevera que com a perda do seu disco rígido e com a sua transferência para outra unidade desta Secretaria, a diligência restou prejudicada. Sugere, alternativamente, a intimação do contribuinte para apresentar todos os cupons fiscais que entenda estarem ausentes dos levantamentos elaborados.

Em 29 de junho de 2010, de acordo com o documento de fl. 1.080, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JF) converteu novamente o PAF em diligência, com o objetivo de que fossem juntadas todas as notas fiscais relativas às infrações 06 e 07, e que, caso alguma restasse sem ser trazida aos autos, fosse retirada dos demonstrativos. Foi requerida a intimação do contribuinte para apresentar o livro Registro de Saídas, objetivando o refazimento do levantamento da infração 04, com a retirada da mesma das notas devidamente tributadas e escrituradas.

Na informação de fl. 1.084, elaborada por auditor estranho ao feito, consoante as razões ali expostas (apresentação das notas fiscais 317.850, 726.953 e 139.158), foram mantidos os demonstrativos concernentes às infrações 06 e 07.

No que diz respeito à infração 04, afirma o diligente que o lançamento deve sofrer alteração para expurgar “*os valores de ICMS que já foram efetivamente debitados à época, conforme cópias das páginas dos respectivos livros fiscais*” anexadas. Não apresentou o demonstrativo de débito resultante das modificações que propôs.

O autuado se manifesta às fls. 1.113 a 1.120, reiterando as preliminares de nulidade inicialmente aduzidas e os argumentos relativos às supostas inconsistências dos arquivos magnéticos, estas últimas não abordadas pelo auditor diligente.

Alega que os documentos fiscais que ainda sustentam a infração 04 foram emitidos em substituição a cupons (a tributação ocorreu na totalização do ECF), como demonstram as próprias

cópias do livro Registro de Saídas (RS) acostadas aos autos, das notas e dos cupons (documentos 01 a 08 da manifestação), em razão de que reputa improcedente a exigência.

A infração 06 não contém a identificação dos remetentes, o que torna impraticável identificar a real situação tributária. As divergências, a seu ver, “*devem ser*” originadas das inconsistências dos arquivos magnéticos. Não se conforma com o resultado da diligência, pois a natureza da mesma caracteriza cerceamento de direito de defesa, em razão dos itens “a” a “d” relacionados à fl. 1.117.

Pugna pela nulidade ou improcedência do lançamento de ofício e requer diligência, em relação à qual elenca quesitos.

O autuante presta informação às fls. 1.142 a 1.144, na qual alega que na sua manifestação no processo após a impugnação (1ª informação fiscal), faltou apreciar as substituições de cupons por notas. O auditor estranho ao feito, na diligência, pontuou que das dezoito notas apenas nove continham destaque do imposto.

De acordo com as razões expostas à fl. 1.143, acata parcialmente a alegação de substituição de cupom por nota fiscal, expendida pelo sujeito passivo na manifestação, especificando as dúvidas remanescentes após os trabalhos de diligência (penúltimo parágrafo da fl. 1.142 e primeiro e segundo parágrafos da fl. 1.144), e pede que a infração 04 (02.01.03) seja reduzida de R\$ 19.571,29 para R\$ 19.424,61, enquanto a 06 (16.01.01) de R\$ 2.066,90 para R\$ 1.495,46.

No dia 26 de maio de 2011 (fl. 1.147), a 4ª JJF converteu mais uma vez o feito em diligência, para que fosse elaborado novo demonstrativo da infração 04, retiradas do levantamento da infração 07 as notas devidamente escrituradas e expurgadas da auditoria de estoques da infração 09 as operações / mercadorias com fase de tributação encerrada.

Nos termos das planilhas de fls. 1.149 a 1.186 e da informação de fls. 1.187/1.188, a infração 04 foi reduzida para R\$ 19.424,61, a 06 para R\$ 1.495,46 e a 09 para R\$ 103.539,80 (R\$ 28.170,16 em 2004, R\$ 17.321,25 em 2005, R\$ 29.794,08 em 2006, R\$ 17.172,43 em 2007 e R\$ 11.081,88 em 2008). A infração 07 restou modificada para R\$ 157,34.

Devidamente intimado (fl. 1.180), o autuado se manifesta às fls. 1.193 a 1.202, apontando a tempestividade da peça, bem como reiterando a preliminar de nulidade e as argumentações expostas na defesa concernentes aos dados originários de arquivos magnéticos (referindo-se às infrações diligenciadas, inclusive a de número 09).

Com relação à infração 04, pondera que o diligente deixou de considerar documentos fiscais devidamente lançados, que só não tiveram destaque de imposto porque foram emitidos em substituição a cupons fiscais (fls. 1.123 a 1.140).

Afirma também que não corresponde à verdade a informação do auditor de que o livro Registro de Saídas não foi apresentado. Descrevendo a infração (operações tributáveis como não tributáveis), pergunta: “*como poderia afirmar que as operações foram regularmente escrituradas, se não tivesse examinado o Livro RSM*”?

Repete as razões de impugnação referentes às infrações 06 e 07, que teriam sido objeto de exame meramente parcial do diligente, manifestando inconformismo com a juntada posterior das notas de nºs 317.850, 726.953 e 139.158, fato que teria cerceado o seu direito de defesa.

Pleiteia nulidade, improcedência e produção de provas através de todos os meios admitidos, reiterando a imprescindibilidade de perícia, com juntada de quesitos.

Na informação de fl. 1.204, o auditor fiscal autuante, ratificando a procedência parcial do Auto, sublinha que o sujeito passivo foi intimado de todos os incidentes processuais e que a preliminar de nulidade não merece ser acolhida, pois o cumprimento da diligência afastou quaisquer dúvidas.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal apreciou a lide no dia 03/11/2011. Entretanto, o julgamento foi anulado pela 3ª Câmara e os autos retornaram a esta instância para nova decisão.

VOTO

Conforme exposto no Relatório acima alinhavado, a auditoria e a reclamação de tributo dos quais resultou o presente lançamento de ofício, no que concerne às infrações 02 a 04 e 06 a 13, foram levados a efeito com base exclusivamente em arquivos em meio magnético. Tais arquivos foram tidos como inconsistentes em outro procedimento, fato que ensejou a lavratura do Auto de Infração de fls. 850 a 854 (primeira imputação).

Veja-se que a situação versa sobre transmissões via SINTEGRA, sistema de informática utilizado em larga escala pelo fisco à época, o qual não possui a força probante e o valor legal conferidos, por exemplo, ao atual SPED (Sistema Público de Escrituração Digital).

Trata-se de mero elemento subsidiário da escrita, cuja ausência nos presentes autos e na fiscalização ensejou as incongruências mencionadas pelo defendente, não saneadas ao longo do processo, apesar das diversas conversões do PAF em diligência.

A infração 13, por exemplo, resulta de supostos ilícitos constatados pelo auditor nos arquivos do SINTEGRA, crédito indevido (fls. 26/49), diferenças de alíquotas de operações com material destinado ao consumo (fls. 128/136) e diferenças de alíquotas de operações com material destinado ao ativo fixo (fls. 137/139), lançados na auditoria de conta corrente do ICMS para fins de apuração.

Na pauta de 25 de fevereiro de 2010, em busca da verdade material, a 5ª JJF - Junta de Julgamento Fiscal - converteu o feito na primeira das diligências, para que fossem juntadas provas, preferencialmente originadas dos sistemas de informática desta Secretaria, de que as inconsistências de informações dos arquivos magnéticos, objeto de autuação anterior, foram sanadas, com a certificação respectiva.

Requeru-se também a demonstração, com algo além do que a correspondência de fl. 726, de que todas as operações com ECF praticadas pelo contribuinte foram contempladas nos demonstrativos, o que se fez em virtude da alegação contida na informação fiscal (fl. 1.076).

À fl. 1.078, o autuante afirmou que, com a perda do seu disco rígido e com a sua transferência para outra unidade desta Secretaria da Fazenda, a diligência restou prejudicada.

É inegável a presença de vício insanável, tendo em vista a agressão ao devido processo legal e a inconsistente motivação fática do ato administrativo, sem as quais seria possível cogitar a legitimidade e o respaldo jurídico do mesmo, oportunizando a todos os envolvidos (contribuinte, diligentes, julgadores etc.) analisar as imputações com vistas ao deslinde da contenda.

Voto pela nulidade das infrações 02 a 04 e 06 a 13.

Entretanto, como restei vencido nesta votação (da preliminar de nulidade das infrações 02 a 04 e 06 a 13), julgarei o mérito respectivo, como determina o parágrafo único do art. 154 do RPAF/1999.

Com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF/1999, tenho que todos os elementos aptos a formar a convicção dos membros deste órgão estão nos autos, pelo que decido não ser necessária a realização de outra diligência.

Com relação à infração 01, a auditoria tomou por base operações de entrada registradas pelo próprio contribuinte, consoante as planilhas de fls. 53 a 55, cujos dados não foram extraídos de softwares, mas de livros e documentos fiscais, objeto de intimação no dia 02/04/2009 (fl. 25).

Cabe esclarecer que o impugnante em nenhum momento negou a ocorrência dessas entradas, ao contrário, restringiu as argumentações de mérito àquelas que serão analisadas na apreciação de mérito.

A competência concernente aos fatos que ensejaram a acusação foi exercida por servidor público estranho aos quadros desta Secretaria da Fazenda.

Desse modo, rejeito a preliminar de nulidade concernente a esta imputação, assim como à de nº 05, posto que fundamentada, esta última, em nota devidamente juntada ao processo.

No mérito da imputação 01 (falta de recolhimento, na qualidade de responsável solidário, do imposto referente à aquisição de mercadorias de produtor rural ou extrator não inscrito), noto que

o art. 347, I, RICMS/97/BA, cuja constitucionalidade não pode ser apreciada neste foro (art. 167, I, RPAF/99) e cuja alegada antinomia com a legislação federal o defendente não logrou êxito em demonstrar, estatui que o imposto deve ser lançado, uma vez ocorrido o momento previsto como termo final do diferimento. O inciso II do § 8º do mesmo artigo – com expressa referência ao art. 125, III, “a”, item 6.1, abaixo transcrito – estabelece a necessidade de comunicação da Secretaria da Agricultura à SEFAZ quando o abatedouro deixar de observar as disposições relativas à legislação sanitária.

(...)

6.1 - nas saídas para abate em estabelecimento de contribuinte localizado neste Estado que atenda a legislação sanitária estadual e federal, fica dispensado o lançamento e o pagamento do imposto diferido, bem como o referente à operação própria, observado o disposto no § 8º do art. 347;

(...).

Em virtude dos mencionados artigos do RICMS/BA/1997, que regulam aqueles da Lei 7.014/1996, os documentos que a sociedade empresária denominou Guias de Trânsito Animal não possuem força legal para afastar a incidência do imposto, uma vez que foram constatados os fatos previstos na hipótese de incidência.

O imposto diferido deve ser recolhido pelo contribuinte em cujo estabelecimento se verificar o termo final, na condição de substituto tributário.

Conforme a exposição do Relatório supra, foi formulada consulta ao coordenador regional da Agência Estadual de Defesa Agropecuária da Bahia, vinculada à Secretaria da Agricultura (fl. 773), com a solicitação de informação sobre se o Matadouro Municipal de Itabuna atendia ou não aos requisitos sanitários previstos nas legislações estadual e federal. A referida autoridade da SEAGRI, detentora da competência funcional por diversas vezes questionada pelo impugnante, como se a mesma tivesse sido exercida pelo autuante, o que não ocorreu, respondeu informando que o Matadouro Municipal de Itabuna – FRIGOITA, localizado no Distrito de Ferradas, não se encontrava registrado em nenhum órgão de inspeção (fls. 771 e 772).

Portanto, está cristalinamente demonstrada a responsabilidade do sujeito passivo pelo pagamento do tributo ora exigido, porquanto infringidos os dispositivos legais e regulamentares que regem a matéria, em especial aqueles acima mencionados.

Infração 01 caracterizada.

A infração 05 (falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo pagamento do imposto diferido) tem como fundamento de fato a operação descrita na nota fiscal número 07382, de 19/09/2005, cujas informações e cálculos encontram-se pormenorizados à fl. 166.

O impugnante respaldou a sua insurgência no alegado fato de que as planilhas juntadas às fls. 162 a 164 do PAF não demonstram a origem das mercadorias (os remetentes), o que supostamente tornou impraticável identificar a condição tributária. Ocorre que as mesmas (planilhas), são atinentes à quarta imputação.

A referida nota foi emitida pela própria pessoa jurídica fiscalizada, cujo número restou especificado no corpo do Auto de Infração, com cópia anexada à fl. 742.

Infração 05 caracterizada.

Passo à análise de mérito dos itens 02 a 04 e 06 a 13 do lançamento de ofício, em obediência ao parágrafo único do art. 154 do RPAF/1999.

No que se refere às infrações 02 e 03, que são relacionadas, respectivamente, ao recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação tributária e parcial (levantamentos às fls. 56 a 127), o autuado tenta afastar a cobrança do imposto sob a alegação de que as saídas foram regularmente escrituradas e tributadas, fato que não conseguiu comprovar documentalmente.

Não há como o contribuinte se eximir da obrigação tributária principal atinente à infração 02 com base no suposto fato de que tributou quando das vendas, pois não comprovou o pagamento do imposto nas saídas de mercadorias cuja fase de tributação foi encerrada nas entradas. Como dito, excetuando-se a mera afirmação de ter adimplido em momento posterior, não foi trazido ao processo qualquer elemento que demonstrasse o pagamento do tributo, seja nas entradas, seja nas saídas.

Em relação à infração 03, nenhum recolhimento além daqueles já considerados às fls. 86 a 127 foi comprovado.

A antecipação parcial é prevista no art. 352-A do RICMS/97, incidindo nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização (“caput” do artigo). No caso concreto, por não haver previsão de multa específica anteriormente a novembro de 2007, deve-se aplicar – neste período (até 11/2007) - a de 60%, capitulada na alínea “F” do inciso II do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, prevista para todo e qualquer caso em que se configure infração diversa das expressamente previstas nos demais tópicos do art. 42, que importe descumprimento de obrigação tributária principal, caso não haja dolo.

Infrações 02 e 03 caracterizadas.

Em relação à infração 04 (falta de recolhimento do tributo, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (demonstrativo às fls. 140 a 175)), o defendente afirmou que no levantamento elaborado pelo auditor existiam operações regularmente tributadas, cujos documentos foram registrados nos livros fiscais próprios. Assegurou ter colacionado cópias de 18 (dezoito) notas fiscais no Anexo denominado “*Conjunto de Documentos*”.

O processo foi diversas vezes diligenciado com o fim de sanear eventuais falhas e alcançar a verdade material, em obediência ao art. 2º do RPAF/99, o que culminou na informação de fls. 1.187/1.188, na qual a infração em exame foi reduzida de R\$ 19.571,29 para R\$ 19.424,61.

Não acato a argumentação esposada na manifestação de fls. 1.193 a 1.202, de que o diligente deixou de considerar documentos fiscais devidamente lançados, que só não tiveram destaque de imposto porque foram emitidos em substituição a cupons fiscais. Com efeito, o contribuinte juntou cópias de notas e cupons às fls. 1.123 a 1.140, nas quais constato que há correlação de valores, como de fato alegou. Entretanto, o levantamento que consubstanciou a última revisão fiscal – de fls. 1.149 a 1.169 – não exige o ICMS por documentos fiscais, mas por itens designados nos mesmos.

Uma vez que ocorreu a revisão, levando-se em consideração as operações regularmente escrituradas, fica prejudicado o entendimento inicial do autuante – consignado na informação fiscal – de que a exigência deveria ser mantida, pois, apesar de na defesa terem sido juntadas cópias de notas com o destaque do imposto para alguns produtos relacionados no levantamento, não foi apresentado o livro Registro de Saídas (RS). Tal raciocínio mostra-se improcedente, em face dos motivos acima aduzidos.

Infração 04 parcialmente elidida, de R\$ 19.571,29 para R\$ 19.424,61.

Quanto à infração 05 (falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo pagamento do imposto diferido), alegou o defendente que as planilhas juntadas às fls. 162 a 164 do PAF não demonstram a origem das mercadorias (os remetentes), tornando impraticável identificar a condição tributária.

Não lhe assiste razão, pois a acusação trata de nota fiscal (07382, de 19/09/2005) emitida pela própria pessoa jurídica fiscalizada, cujo número foi especificado no corpo do Auto de Infração, com cópia anexada à fl. 742.

Infração 05 caracterizada.

Com relação à infração 06 (entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal (levantamento às fls. 167 e 168)), o impugnante juntou cópia do

Livro de Entradas (fls. 971 a 973), que comprova o efetivo cômputo das notas fiscais 317.850, 253.532 e 041.531, o que levou o auditor fiscal a reduzir o valor devido de R\$ 2.066,90 para R\$ 1.495,46, nos termos do levantamento de fls. 1.053 e 1.054, revisão chancelada na conclusão dos trabalhos da terceira diligência, de fls. 1.170 a 1.171, e desde já acolhida.

Infração 06 parcialmente elidida, de R\$ 2.066,90 para R\$ 1.495,46, nos termos da planilha de fls. 1.149 a 1.171.

A infração 07 trata de entradas de mercadorias não sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal (levantamento às fls. 167 e 168). Foi aplicada a multa de 1% sobre o valor das operações (art. 42, XI da Lei nº 7.014/96).

O contribuinte impugnou afirmando que o demonstrativo fiscal não indicou os remetentes das mercadorias, “*tornando impraticável identificar a real situação tributária*”. Data vênia, tal assertiva não é verídica, tendo em vista o fato de que no citado levantamento, de fls. 167/168, estão discriminadas as notas fiscais, com os seus respectivos números, CNPJ dos emissores, datas, meses, exercícios sociais, unidades federativas de origem e situações (tributável ou não tributável).

Infração 07 mantida.

A oitava infração diz respeito ao recolhimento a menor, em virtude de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Entradas de Mercadorias e os escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS, demonstrativo à fl. 641).

Não há qualquer contradição nos termos da autuação fiscal, nem mesmo impropriedade terminológica na sua descrição, como quis argumentar o defendente. O texto é claro, inteligível, e o levantamento elaborado – cujos números não foram especificamente impugnados – não deixa margens para dúvidas.

Infração 08 caracterizada.

No que concerne à infração 09 (falta de recolhimento do imposto, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de produtos em exercícios fechados, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis), esta Junta constatou que nos relatórios das omissões de saídas de mercadorias tributáveis foram incluídos itens enquadrados no regime de substituição tributária. Por essa razão, o feito foi convertido em diligência, solicitando-se o expurgo das operações ou mercadorias com fase de tributação encerrada.

Disso resultou a revisão especificada na fl. 1.188, que acolho parcialmente, com a modificação do valor exigido de R\$ 128.420,85 para R\$ 92.457,92 (R\$ 28.170,16 em 2004, R\$ 17.321,25 em 2005, R\$ 29.794,08 em 2006, R\$ 17.172,43 em 2007).

Tendo em vista a cumulação com o imposto (de mesma natureza) lançado na infração 12, a cifra de R\$ 11.081,88, relativa a 2008, deve ser expurgada.

Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas, através de levantamento quantitativo de estoques, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária.

A totalidade das operações ocorridas no período fiscalizado foi contemplada no lançamento e não existem contradições ou irregularidades entre as infrações 09 e 13.

Infração 09 parcialmente elidida.

As razões de defesa da infração 10 (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 estoques por espécies de

produtos em exercício fechado), concernentes aos relatórios de saídas de mercadorias através de ECF, que, segundo o autuado, só contemplaram as operações dos meses de dezembro de cada ano, assim como a alegada inconsistência das informações em meio magnético, já foram apreciadas em sede de julgamento preliminar e não acolhidas.

Quanto à alegação de que não foram observadas ou computadas as vendas através de cupons, ou todas elas, concluo que não é verdadeira, pois o próprio reconhecimento da improcedência parcial da infração 04 foi fruto da constatação de que algumas notas tinham relação com cupons fiscais, ou seja, foram emitidas em substituição aos mesmos.

Foram concedidas diversas oportunidades ao impugnante de trazer à lide eventuais pagamentos, aquisições, vendas ou quaisquer fatos desconstitutos, modificativos ou extintivos da pretensão estatal, que não tivessem sido considerados na autuação. A simples negativa do cometimento do ilícito não desonera a sociedade empresária do ônus de afastar a presunção relativa de legitimidade do ato administrativo (art. 143, RPAF/99).

Infração 10 caracterizada.

Passo ao julgamento do mérito da infração 11.

Esta, na sua descrição, acusa falta de retenção e consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento na escrita, apurado através de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Com fundamento no art. 4º, III da Portaria 445/1998, concluo que no caso de omissão de operações de saídas de mercadorias isentas ou não sujeitas à incidência do imposto, ou seja, com fase de tributação encerrada (código 3, fls. 258, 311, 386, 449 e 516), esgotada, exaurida, a exemplo de macarrão, biscoito e iogurte, entre outros (fl. 311), deve ser aplicada a multa de R\$ 50,00, por descumprimento de obrigação acessória (Lei nº 7.014/96, art. 42, XXII).

Os produtos foram codificados com o código 3 nas citadas folhas, o que pressupõe o pagamento por antecipação tributária, que inclusive foi objeto de exigência na infração 2 (costela suína salgada, fls. 56 a 258).

Portanto, reputo caracterizada a infração 11 e converto a obrigação principal em acessória, no valor de R\$ 50,00 por exercício social (R\$ 250,00 ao todo), estatuída na Lei nº 7.014/96, art. 42, XXII.

Com relação à infração 12 (falta de recolhimento do imposto, constatada pela apuração de diferenças tanto de entradas quanto de saídas, sendo exigido o tributo 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 contabilizá-las, efetuou o pagamento das mesmas com recursos provenientes de operações de saída realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício), o autuado limitou-se a argumentar que a mesma atenta contra disposições do art. 13, inc. II, “a”, “b” e “c” da Portaria nº 445/1998, “*que disciplina procedimentos aplicáveis aos casos de omissões de entradas em valores superiores aos de omissões de saídas*”.

Todavia, em afirmação de cunho meramente genérico, não apontou especificamente o suposto erro cometido na auditoria e não indicou o motivo exato que o levou a entender que o trabalho de fiscalização agride a Portaria no artigo precitado. Consoante o que já foi acima assinalado, a simples negativa do cometimento do ilícito não desonera o sujeito passivo do ônus de afastar a presunção relativa de legitimidade do ato administrativo (art. 143, RPAF/99).

Infração 12 caracterizada.

Com referência à infração 13 (falta de recolhimento do ICMS no (s) prazo (s) regulamentar (es), referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios), a defesa foi no sentido de que, a partir da verificação do “*Anexo Conjunto de Documentos*”, que contém cópias do livro RAICMS

relativo ao exercício de 2008, efetivamente escriturado e autenticado pelo autuante, relativamente ao mês de dezembro do mencionado ano, a apuração da conta corrente normal do ICMS indica saldo credor no valor de R\$ 26.779,06, não restando recolhimento a efetuar.

Em verdade, a razão encontra-se com o auditor fiscal, pois o mesmo contemplou as irregularidades na apuração do imposto, com o intuito de alcançar o saldo correto, que não é aquele apontado pelo contribuinte, de R\$ 26.779,06. Os ilícitos constatados, crédito indevido (fls. 26/49), diferenças de alíquotas de operações com material destinado ao consumo (fls. 128/136) e diferenças de alíquotas de operações com material destinado ao ativo fixo (fls. 137/139), foram lançados na auditoria da conta corrente do ICMS, chegando-se ao valor devido de R\$ 6.384,50.

Infração 13 caracterizada.

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

VOTO VENCEDOR (quanto à preliminar de nulidade - Infrações 02 a 04 e 06 a 13).

Peço vênia para discordar do voto do colega relator deste PAF, com base na livre apreciação da prova, de que disponho, na qualidade de julgadora deste processo, quanto à nulidade das infrações 02 a 04 e 06 a 13, haja vista que a lavratura do Auto de Infração obedeceu aos ditames do art. 39 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), além de estar acompanhado dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, e das provas necessárias à demonstração dos fatos argüidos. Outrossim, as infrações mencionadas estão descritas de forma clara, o que possibilitou entendimento por parte do contribuinte, que pode exercer o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, sem nenhum óbice à busca da verdade material.

Ocorre que o sujeito passivo, foi anteriormente autuado, por meio do Auto de Infração nº 380214.0020/08-3, de 27 de setembro de 2008, por não ter corrigido, no tempo regulamentar concedido pela fiscalização, à época, os seus arquivos magnéticos que apresentavam divergências em relação à escrituração dos livros e documentos fiscais. Friso que naquela ocasião, pela impossibilidade de realização de Auditoria Fiscal-contábil, foi aplicada a multa adequada à situação fática, pela não correção dos arquivos magnéticos, com o conseqüente encerramento da ação fiscal.

Posteriormente, em nova ação fiscal, iniciada em 02/04/2009, e encerrada em 11/09/2009, um ano após a lavratura do Auto de Infração acima mencionado, consoante o Termo de Apresentação de Informações em Meio Magnético, fls. 24 e 25, o contribuinte foi intimado para apresentar o arquivo magnético referente ao exercício de 2008, no prazo de 10 dias úteis, por ter sido detectado a falta do Registro 74 (Inventário), ausente em dezembro de 2008. Contudo, apesar da inconsistência do arquivo magnético, relativo ao exercício de 2008, pela falta do Registro 74, o contribuinte forneceu à fiscalização, os livros e documentos fiscais daquele exercício, como pode ser constatado pelo documento de fls. 803/804 (protocolo de entrega).

Não tendo havido impedimento à realização da ação fiscal, esta foi iniciada e concluída com este Auto de Infração, no qual foram detectadas as irregularidades aqui apontadas, fruto da realização de auditoria fiscal, baseada nos livros e documentos fiscais apresentados pelo contribuinte e devolvidos ao término da fiscalização, conforme documentos de fls. 801 e 802.

Ressalto que este processo administrativo fiscal foi realizado depois de saneada as divergências dos arquivos magnéticos, haja vista que o contribuinte procedeu à correção e retransmissão dos mesmos à Secretaria de Fazenda Estadual. Somente após a regularização dos dados dos arquivos magnéticos, o autuante realizou a fiscalização em lide, sendo que na fiscalização anterior o período abarcado foi de 01/01/2003 a 31/12/2007, e resultou unicamente na multa pela falta de entrega dos arquivos magnéticos devidamente corrigidos.

Saliento que as infrações 08 e 13 estão fundamentadas na escrituração, feita pelo próprio contribuinte nos seus livros fiscais.

Desse modo, considero que os argumentos relativos à nulidade da autuação não devem prosperar, posto que o Auto de Infração encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, e não houve prejuízo para o impugnante que entendeu a autuação e seus fundamentos, além do que eventuais incorreções foram corrigidas no decorrer da instrução processual, devendo-se passar à análise do mérito da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **380214.0011/09-2**, lavrado contra **M C COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE PRODUTOS FRIGORIFICADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 702.446,17**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 6.384,50, 60% sobre R\$ 580.247,76 e 70% sobre R\$ 115.813,91, previstas no art. 42, I, “a”, II, “a”, “d” e “f” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$ 1.952,75**, previstas no art. 42, IX, XI e XXII da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE / RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA/VOTO VENCEDOR
(Quanto à nulidade - Infrações 02 a 04 e 06 a 13).