

A. I. Nº - 233055.1201/13-6
AUTUADO - REILUX COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - SERGIO TERUYUKI TAIRA
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 08.04.2015

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0038-02/15

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração não elidida. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Fato não contestado. **c)** BENS DE USO E CONSUMO. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL DE SAÍDA. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NORMAL. Comprovado que o documento fiscal que originou o lançamento foi lançado como tributado nos livros fiscais. Infração não elidida. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Tendo sido constatado no mesmo exercício, diferenças tanto de entradas omitidas como de saídas através de auditoria de estoques, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, no caso sobre as saídas omitidas, a qual constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Ante a constatação no item anterior, é devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. Infração não elidida. 4. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. EXTRAVIO DE DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. Mantida a multa. Rejeitadas as preliminares de nulidades; negado o pedido para realização de diligência fiscal; e não acolhido o pedido para redução da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO:

O Auto de Infração em lide lavrado em 16/12/2013, reclama ICMS e MULTA no valor total de R\$336.971,98, sob acusação de cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 - 01.02.05 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$5.168,29, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro, março, abril, junho, outubro e novembro de 2008, janeiro a maio, julho, novembro de 2009, janeiro, fevereiro, abril a junho, agosto, outubro a dezembro de 2010, abril, junho a setembro, e dezembro de 2011, conforme demonstrativo à fl.71, 83, 84 e 102.

Infração 02 - 01.02.02 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$1.218,53,, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de março, maio e junho de 2008, julho a setembro de 2009, janeiro, maio, agosto a dezembro de 2011, conforme demonstrativo às fls.41, 45 e 55.

Infração 03 – 02.01.03 - Deixou de recolher ICMS no valor de R\$56.152,46, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de fevereiro, abril, maio, outubro a dezembro de 2008, janeiro, março a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, janeiro a março, maio, agosto a dezembro de 2011, conforme demonstrativos às fls.106 a 143.

Infração 04 – 01.02.74 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$120,64, referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra Unidade da Federação ou do exterior, no mês de abril de 2011, conforme demonstrativo à fl.157.

Infração 05 – 04.05.02 - Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$148.992,89, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechados (2008, 2009, 2010, 2011), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas, conforme demonstrativos às fls.162 a 320, e CD à fl.161.

Infração 06 – 16.03.02 – Extravio de documentos fiscais, sendo aplicada multa formal no valor de R\$4.600,00. Data da ocorrência: 18/10/2013. Em complemento consta: *Deixou de apresentar todas as notas fiscais de aquisição do exercício de 2008, alegando não ter sido encontrado.*

Infração 07 – 07.01.05 - Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, no valor de R\$120.719,17, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referentes às aquisições de mercadorias sem documentação fiscal, referente aos exercícios de 2008 a 2011, conforme demonstrativos às fls.144 a 156.

O sujeito passivo por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresenta defesa às fls. 1.241 a 1.254, com base nos seguintes fatos e fundamentos.

Em preliminar, suscitou a nulidade da autuação por entender que a intimação para efetuar o pagamento do débito ou apresentar defesa para o auto de infração não atendeu aos requisitos previstos no art. 46 do Regulamento de Processo Administrativo Fiscal – RPAF, combinado com o disposto no § 3º do art. 8º do mesmo diploma legal.

Além disso, alega que não houve atendimento ao disposto no § 4º do art. 28 do RPAF-BA, pois não foram entregues as cópias dos termos lavrados na ação fiscal, assim como de todos os demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante.

Ressalta que a análise dos documentos apresentados demonstra apenas a existência dos seguintes elementos no auto de infração: a) Auto de infração; b) demonstrativo do débito das infrações; c) relatório de DEMONSTRATIVO DO LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE DE 2008, 2009, 2010 e 2011; d) relatório DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO DOS PREÇOS MÉDIOS DAS MERCADORIAS – OMISSÃO DE ENTRADAS, para 2008, 2009, 2010 e 2011; e) relatório DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO DOS PREÇOS MÉDIOS DAS MERCADORIAS – OMISSÃO DE SAÍDAS, para 2008, 2009, 2010 e 2011; f) relatório DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO DOS PREÇOS MÉDIOS DAS MERCADORIAS – OMISSÃO DE SAÍDAS (VALOR DO INVENTÁRIO + MVA), para 2008 e 2009; g) relatório DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO DOS PREÇOS MÉDIOS DAS MERCADORIAS – OMISSÃO DE SAÍDAS (ENTRADAS + MVA), para 2008, 2009, 2010 e 2011; h) relatório DEMONSTRATIVO DOS CRÉDITOS INDEVIDOS MERCADORIA SUJEITA A ANTECIP. TRIBUTÁRIA, para 2008, 2009, 2010 e 2011; i) relatório DEMONSTRATIVO DOS CRÉDITOS INDEVIDOS (MATERIAL DE CONSUMO), para 2008, 2009 e 2011; j) relatório MERCADORIAS TRIBUTADAS LANÇADAS COMO NÃO TRIBUTADAS/ISENTAS, para 2008, 2009, 2010 e 2011; k) relatório DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO DAS ANTECIPAÇÕES TRIBUTÁRIAS DAS OMISSÕES DE ENTRADAS DE MERCADORIAS, para 2008, 2009, 2010 e 2011; l) relatório DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO DOS PREÇOS MÉDIOS DAS MERCADORIAS – OMISSÃO DE ENTRADAS (SAÍDAS - MVA), para 2009, 2010 e

2011; m) relatório DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO DOS PREÇOS MÉDIOS DAS MERCADORIAS – OMISSÃO DE ENTRADAS (ESTOQUE FINAL), para 2010 e 2011; n) relatório DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO DOS PREÇOS MÉDIOS DAS MERCADORIAS – OMISSÃO DE ENTRADAS (ESTOQUE INICIALCORRIGIDO), para 2010; o) relatório DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO DOS PREÇOS MÉDIOS DAS MERCADORIAS – OMISSÃO DE SAÍDAS (ESTOQUE FINAL + MVA), para 2010 e 2011; p) relatório DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO EDETUADOS A MAIOR RELATIVO ÀS ANTECIPAÇÕES PARCIAIS, para 2011; q) relatório CÁLCULO DOS PERCENTUAIS DE VENDAS TRIBUTADAS E NÃO TRIBUTADAS/ISENTAS, para 2011.

Reproduz os artigos 41, I, II, 44, I, II, III, e 12, todos do RPAF/99, para sustentar que deveria lhe ter sido fornecida uma das vias originais, com suas folhas numeradas em sequência crescente e rubricadas e na ordem cronológica de juntada.

Aduz que a ausência de elementos necessários para que conheça da ação e a imperfeição nos fornecimentos de todas as folhas que compõem o processo administrativo fiscal acarreta a nulidade do ato praticado, prejudicando os posteriores que dele sejam diretamente dependentes ou consequentes, nos termos do § 3º do art. 18 do RPAF-BA.

Acrescenta que as peças processuais, bem como os demonstrativos e planilhas elaborados pelo autuante, autuado e diligentes ou peritos, referente a processo administrativo fiscal, deverão ser apresentadas em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, em arquivo em formato texto ou tabela, conforme o caso, onde conste cópia exata da peça apresentada.

Observa que não há opção de escolha em ser em papel ou em arquivo eletrônico, pois o mandamento é de apresentação em papel e em arquivo eletrônico.

Além disso, diz que nenhum disco de armazenamento de dados com arquivos eletrônicos que representam as peças processuais, bem como os demonstrativos e planilhas elaborados pelo autuante, lhe foi apresentado, o que diz ter prejudicado a análise das infrações, especialmente dos itens 03, 05 a 07, prejudicando, por via de consequência de exercer o seu direito de defesa.

No mérito, formulou sua defesa na forma que segue.

INFRAÇÃO 01 – 01.02.05 – CRÉDITO FISCAL INDEVIDO – MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

O autuado reconheceu a procedência do lançamento de ofício.

INFRAÇÃO 02 – 01.02.02 – CRÉDITO FISCAL INDEVIDO – MATERIAL DE USO OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO

Alega que o lançamento de ofício contém equívocos, conforme se verifica nos livros Registro de Entradas, os valores escriturados estão indicados na coluna “ESCRITURADO” com os lançamentos efetuados no auto de infração e os escriturados no livro RAICMS. Entende que a infração é parcialmente procedente, no valor de [R\$147,98], conforme demonstrativos às fls.1.244 a 1.245.

Assim, reconhece a procedência parcial deste item.

INFRAÇÃO 03 – FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS REFERENTE A OPERAÇÃO TRIBUTADA REGISTRADA COMO NÃO TRIBUTADA

Destaca que a autuação trata da análise dos itens de mercadorias registrados em Cupom Fiscal, a partir do registro 60R do arquivo Sintegra.

Aponta que a análise da tabela apresentada às fls.1.245 a 1.248, através de comparativo entre os Registros 60A x 60R, demonstra que os valores não guardam paridade nas informações, o que caracteriza erro de informação nos arquivos.

Alega que ocorreu erro nos registros fiscais tipo **60R** em relação à situação tributária indicada no campo **07** do registro. Frisa que essa situação pode ser comprovada com a análise comparativa dos valores acumulados a cada mês por situação tributária nos registros fiscais tipo **60A** em relação aos valores acumulados nos registros fiscais tipo **60R** para cada situação tributária. Teoricamente, diz que os valores devem ser iguais. Apresenta uma tabela, fls.1.245 a 1.248, que demonstra que os valores não guardam paridade nas informações, o que caracteriza, no seu

entender, erro de informação nos arquivos.

Assim, entende que os arquivos devem ser retificados para posterior análise.

INFRAÇÃO 04 – UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO A MAIS REFERENTE ANTECIPAÇÃO PARCIAL

Foi reconhecida a procedência do lançamento de ofício.

INFRAÇÃO 05 – OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTADAS MEDIANTE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO POR ESPÉCIE DE MERCADORIAS

Salienta que os erros apontados a seguir tiveram como informações os mesmos elementos utilizados pelo auditor fiscal, especialmente os arquivos Sintegra, e que estes estão na posse da SEFAZ, sendo desnecessários trazê-los aos autos, haja vista que a impressão dos conteúdos é ato insano. Para exemplificar o tamanho da alegada insanidade, a média de páginas impressas por arquivo é de 220. Considerando 48 arquivos, seriam impressas 10.560 páginas. Dessa forma, espera que os julgadores e o próprio auditor não aleguem falta de prova de suas alegações em razão da ausência de documentos probatórios.

Assim, diz que diversos são os erros que estão presentes nos levantamentos, conforme discriminação às fls.1.249 a 1.259, a saber:

a) Erro no quantitativo do inventário inicial de cada exercício fiscal:

Apresenta planilhas com o código das mercadorias, a descrição das mercadorias e o quantitativo das diferenças entre os informados nos demonstrativos e os apurados pela empresa dos estoques iniciais de 2007 a 2010.

b) Erro no quantitativo das entradas em cada exercício fiscal:

Apresenta planilhas com o código das mercadorias, a descrição das mercadorias e o quantitativo das diferenças entre as entradas informadas nos demonstrativos e as apuradas pela empresa nos anos de 2008 a 2011.

c) Erro no quantitativo das saídas em cada exercício fiscal:

Apresenta planilhas com o código das mercadorias, a descrição das mercadorias e o quantitativo das diferenças entre as saídas informadas nos demonstrativos e as apuradas pela empresa nos anos de 2008 a 2011.

d) Erro no quantitativo do inventário final de cada exercício fiscal:

Apresenta planilhas com o código das mercadorias, a descrição das mercadorias e o quantitativo das diferenças entre os informados nos demonstrativos e o apurado pela empresa dos estoques finais de 2008 a 2011.

Além dos erros acima, diz ter identificado também:

a) Erro na importação dos dados do arquivo Sintegra e que prejudicam os levantamentos realizados. Apresenta um demonstrativo com as mercadorias de códigos 11714 - Cabo Flex SIL 04,0 mm preto rolo com 100 mts. e 11714 - Cabo Flex SIL 04,0 mm branco rolo com 100 mts., alegando que os valores aparecem multiplicados por 100 (cem) nos demonstrativos.

b) A inclusão de bens ou mercadorias destinadas a uso ou consumo no levantamento realizado, citando a nota fiscal de nº 27750 de 05/08/2009 que foi escriturada com CFOP 1556. Alega que não pode mostrar a relação de notas fiscais utilizadas pelo auditor fiscal para quantificação das entradas no levantamento realizado, haja vista que esse tipo de relatório não foi apresentado em nenhum dos exercícios fiscais auditados.

c) Erro no quantitativo a partir da análise do valor unitário. Diz que a análise do valor unitário da mercadoria (valor total da mercadoria dividido pela quantidade) demonstra que há erro na unidade de medida realizada. Cita a Portaria nº 445 de 1998, art. 3º, inciso II, e que os erros apontados são suficientes para invalidar os levantamentos realizados e, por conseguinte, dever ser aplicado o disposto no art. 18, § 1º do RPAF BA, requerendo a nulidade do lançamento de

Requer redução ou o cancelamento da multa, pois de fato os documentos não foram encontrados e não houve dolo, fraude ou simulação, nem tampouco implicou em falta de recolhimento do imposto, a teor do § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014, de 1996.

G – INFRAÇÃO 07 – 07.01.05 – FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA REFERENTE À OMISSÃO DE ENTRADA DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Ressalta que o lançamento desta infração decorre dos levantamentos fiscais realizados para a Infração 05, aplicando todos os argumentos defensivos ali presentes, pela nulidade do lançamento de ofício para a infração.

Ao final, requer a análise das preliminares argúidas e o acatamento das mesmas, e que superada tais preliminares, pugna pela:

- a) procedência das infrações 01 e 04,
- b) procedência parcial da infração 02
- c) para a infração 03, diligência para refazimento do levantamento após intimação para correção das inconsistências;
- d) nulidade das infrações 05 e 07;
- e) redução ou cancelamento da multa para a infração 06.

À fl.1.284 consta o Anexo Demonstrativo de Débitos Reconhecidos para Pagamento, referente às infrações 01, 02 e 04, no total de R\$5.506,92, e cópia do Documento de Arrecadação Estadual – DAE devidamente quitado.

Na informação fiscal às fls. 1.286 a 1.292, o autuante transcreveu os artigos 8º, §§ 3º e 4º, 12, 28, I e II, 29, 41, I e II, 44, I e II, e 46, do RPAF/99, para sustentar que o pedido de nulidade na preliminar não procede, pois o disposto no art. 46 do RPAF-BA, foi atendido, sendo fornecidas cópias de todos os demonstrativos e levantamentos elaborados no encerramento da ação fiscal, conforme informados em sua defesa nas folhas 1.242 e 1.243 deste processo. Quanto ao disposto no art. 8º, § 3º, está claro que não se refere ao Auto de Infração, mas sim a defesa, informação fiscal, diligências, perícias recursos, parecer da Procuradoria Geral do Estado e outras manifestações do contribuinte e do autuante, bem como os demonstrativos e planilhas elaborados pelo autuante, autuado e diligentes ou peritos. Com relação ao § 4º do art. 28 e do art. 41 do RPAF-BA, diz que todos os demonstrativos e levantamentos elaborados foram entregues juntamente como o Auto de Infração, porém em mídia (CD) (fl. 161). Quanto aos Termos de Início de Fiscalização e do Termo de Encerramento de Fiscalização, do Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, frisa que estão dispensados, conforme disposto no art. 29 do RPAF-BA. Com relação ao art. 44 do RPAF-BA citado, afirma que ele foi atendido conforme disposto. No tocante ao art. 12 citado, o PAF atende o disposto no artigo, com folhas numeradas e rubricadas, observada a ordem cronológica de juntada. Observa que o entendimento do autuado de que todas as 3 (três) vias do Auto de Infração deveriam ter a mesma numeração e rubricadas é equivocado. Aduz que a alegação de que não recebeu nenhum disco de armazenamento de dados com arquivos eletrônicos que representem as peças processuais, bem como os demonstrativos e planilhas elaboradas pelo autuante, e que isso prejudicou imensamente a análise das infrações, especialmente a 03, 05 e a 07, não procede, pois no início da preliminar (folhas 1.242 e 1.243) afirma ter recebido os demonstrativos e relatórios.

Quanto ao mérito, formulou sua informação nos seguintes termos:

Infração 01 - Crédito Fiscal Indevido - Mercadoria Sujeita ao Regime de Substituição Tributária.

Destaca que o autuado reconhece a procedência do lançamento.

Infração 02 - Crédito Fiscal Indevido - Material de Uso ou Consumo do Estabelecimento.

Observa que o autuado cita o livro Registro de Entradas, porém apresenta um demonstrativo informando os dados do livro Registro de Apuração do ICMS, no qual, apresenta os créditos registrados no CFOP 1556 e 2556. Porém, diz que os valores creditados indevidamente referem-se às aquisições registradas no CFOP 1102, 2102 e 1556, conforme demonstrativos e cópias do livro Registro de Entradas (fls.41 a 63).

Infração 03 - Falta de Recolhimento de ICMS referente a operação tributada registrada como não tributada.

Informa que o autuado foi intimado para correção dos arquivos Sintegra (fls.12 a 39), e que após a correção os arquivos estavam compatíveis com o livro Registro de Apuração do ICMS. Frisa que embora tenham ocorrido erros no registro 60R, conforme alega o autuado, o demonstrativo não foi feito baseado neste registro. Assim, entende que a alegação da necessidade dos arquivos serem retificados para uma análise posterior não procede, pois não alteraria o resultado. Considerou que tendo em vista que o autuado havia sido intimado para correção dos arquivos Sintegra (fls. 12 a 39), e conforme informação do autuado ainda apresenta divergência de valores, pode a empresa ser autuada com base no art. 42, inciso XIII-A, alínea "i" da Lei nº 7.014 de 04/12/1996, no valor de R\$ 533.560,22 (quinhentos e trinta e três mil, quinhentos e sessenta reais e vinte e dois centavos), que representa 5% do valor das diferenças informadas pelo autuado de R\$10.671.204,34, se assim entender o CONSEF.

Infração 04 - Utilização de Crédito a mais referente Antecipação Parcial.

Reconhece a procedência do lançamento.

Infração 05 - Omissão de Saída de Mercadorias Tributadas mediante Levantamento Quantitativo por Espécie de Mercadorias.

Quanto a alegação de erros no quantitativo do inventário inicial e do inventário final, diz que o autuado apresenta somente demonstrativos com as diferenças por ele apurado. Informa que as diferenças apuradas pelo autuado não podem ser levadas em consideração, pois o mesmo foi baseado na informação do arquivo Sintegra, e não dos livros Registro de Inventário (fls. 321 a 1.237), com deveria.

Quanto ao erro na importação dos dados do arquivo Sintegra referente o estoque inicial e final das mercadorias de códigos 11714 - Cabo Flex SIL 04,0 mm preto rolo com 100 mts. e 11714 - Cabo Flex SIL 04,0 mm branco rolo com 100 mts., com a alegação de que os valores aparecem multiplicados por 100 (cem) nos demonstrativos, justifica que decorre da conversão de rolo para metro. Frisa que ao analisar as entradas e saídas, verifica-se que elas se encontram em metros, portanto os estoques iniciais e finais também devem ser convertidos em metro, conforme pode ser verificado nos livros Registro de inventário de 2008 (fls.440) e Registro de Inventário de 2009 (fls.590).

Com relação a Nota Fiscal nº 27750, de 05/08/2009, de aquisição de “cimento”, em que foi lançada no CFOP 2556, analisando as aquisições, verificou que a empresa compra com frequência a mesma quantidade de “cimento” para revenda. Porém, diz que como o autuado foi beneficiado com a inclusão desta nota fiscal, pois com isso a omissão de entradas foi reduzida e conseqüentemente a cobrança do ICMS - ST foi cobrado a menor, não houve prejuízo ao autuado. Porém, ressalta que se o CONSEF entender que a nota deva ser excluída, o demonstrativo será refeito.

Frisa que a alegação de erro no quantitativo a partir da análise do valor unitário, não procede, pois apresenta um demonstrativo que não tem nada a ver com as planilhas e demonstrativos apresentados junto ao auto de infração.

Quanto a alegação de erros no quantitativo das entradas e saídas, a considerou meramente com intuito protelatório, pois apresenta demonstrativos somente as diferenças por ele apurado, não apresentando quantidades que foram informados a maior ou a menor e as notas fiscais que

deixaram de ser incluídas ou que deveriam ser excluídas do demonstrativo.

Infração 06 - Falta de apresentação de Documentos Fiscais - Multa por descumprimento de obrigação acessória.

Diz que não é de sua competência reduzir ou cancelar a multa.

Infração 07 - Falta de recolhimento de ICMS devido por Antecipação Tributária referente à omissão de entradas de mercadorias Sujeitas ao regime de Substituição Tributária.

Salienta que o lançamento desta infração decorre do levantamento quantitativo de estoque realizado na Infração 05, portanto entende ser devido o débito.

Conclui pelo julgamento procedente do Auto de Infração.

Encontram-se acostados às fls. 1.295 a 1.298, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento da parcela reconhecida, no valor de R\$5.506,92.

Constam nos autos, que em relação às infrações 03, 05 e 07, considerando que os autos evidenciam a divergência entre o arquivo Sintegra para o livro Registro de Inventário, haja vista que o autuante informou que considerou na auditoria de estoques, os estoques inicial e final constantes no arquivo Sintegra, enquanto que o autuado sustenta que deveria ser levado em conta o livro Registro de Inventário.

Considerando ainda que o autuante em sua informação fiscal informou que o autuado foi intimado para correção dos arquivos Sintegra (fls. 12 a 39), e que após a correção os arquivos não estavam compatíveis com o livro Registro de Apuração do ICMS, ainda apresenta divergência de valores, inclusive sugerindo aplicação de multa com base no art. 42, inciso XIII-A, alínea "i" da Lei nº 7.014 de 04/12/1996, no valor de R\$ 533.560,22, correspondente a 5% do valor da diferenças informadas pelo autuado de R\$10.671.204,34.

Foi proposto pelo Relator e decidido pelos demais membros desta Junta de Julgamento Fiscal, conforme despacho de fl.1.300, na Pauta Suplementar do dia 28/03/2014, baixar o presente processo em diligência à INFAZ DE ORIGEM, para que o auditor fiscal autuante, adotasse as seguintes providências:

- a) Intimasse o sujeito passivo para corrigir os arquivos magnéticos dos exercícios fiscalizados, com a concessão do prazo de 30 (trinta) dias, na forma prevista no artigo 708 do RICMS/97.
- b) Após o atendimento da providência anterior, refizesse as planilhas que instruem as infrações acima citadas, apresentando os respectivos demonstrativos dos débitos para cada infração, se fosse o caso.

Foi recomendado que cumprida a diligência pelo autuante, deveria ser intimado o sujeito passivo, fornecendo-lhe, sob recibo, no ato da intimação cópia da informação fiscal, e dos novos elementos acostados aos autos por ocasião da revisão fiscal, além de cópia deste despacho, concedendo o prazo de 30 (trinta) dias para sobre eles se manifestar, e, em seguida, ser remetido o PAF ao autuante para nova informação fiscal.

À fl.1.304 consta um Recibo de Entrega de Documentos, referente a:

- ✓ Uma mídia com todas as planilhas e demonstrativos do levantamento quantitativo de estoque do período de 2008 a 2011;
- ✓ Cópia da diligência solicitada pela 2ª JF;
- ✓ Cópia da informação fiscal do autuante.

Em 04/02/2014, o autuante presta informação fiscal às fls.1.306 a 1.312, por força do pedido de diligência, onde inicialmente transcreveu os artigos 8º, §§ 3º e 4º, 12, 28, I e II, 29, 41, I e II, 44, I e II, e 46, do RPAF/99, para repetir que o pedido de nulidade suscitado na defesa não procede. No mérito transcreveuipsis literis os termos de sua informação fiscal às fls.1.286 a 1.292.

À fl.1.313 consta uma Intimação solicitando ao autuado a correção dos arquivos magnéticos em conformidade com os documentos e os livros fiscais de 01/2008 a 12/2011, inclusive o Registro 74 (Inventário).

À fl.1.314 consta um CD contendo todas as planilhas e demonstrativos do levantamento quantitativo refeito, e às fls.1.315 a 1.490, o levantamento quantitativo refeito impresso.

O autuado se manifesta às fls.1.492 a 1.497, em razão do cumprimento da diligência solicitada pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, e diz que para facilitar, abordará tão somente as infrações impugnadas até então, quais sejam, as infrações 02, 03, 05, 06 e 07, alegando que:

A - INFRAÇÃO 02 – 01.02.02 – CRÉDITO FISCAL INDEVIDO – MATERIAL DE USO OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO

Observa que o auditor fiscal não entendeu suas alegações de demonstrativos.

Apresenta o mesmo quadro constante às fls.1.244 a 1.245, e as respectivas provas (cópias das páginas dos livros fiscais), onde a coluna “LANÇAMENTO” representa o valor lançado nos respectivos livros Registro de Entradas e a coluna “ESCRITURADO” representa o valor lançado no livro Registro de Apuração do ICMS.

Diz que o auditor fiscal apurou os valores de créditos indevidos a partir do livro Registro de Entradas, porém os valores não foram totalmente transferidos para os respectivos livros de apuração, consequentemente não foram totalmente utilizados para reduzir o ICMS devido nos respectivos meses.

Assim, sustenta que a infração é parcialmente procedente, alcançando tão somente o crédito indevido utilizado para reduzir o valor do débito conforme demonstrado na impugnação.

B – INFRAÇÃO 03 – FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS REFERENTE A OPERAÇÃO TRIBUTADA REGISTRADA COMO NÃO TRIBUTADA

Esclarece que trata da análise dos itens de mercadorias registrados em Cupom Fiscal, a partir do registro 60R do arquivo Sintegra.

Informa que acusou erro nos registros fiscais tipo 60R em relação à situação tributária indicada no campo 07 do registro, e que essa situação pode ser comprovada com a análise comparativa dos valores acumulados a cada mês por situação tributária nos registros fiscais tipo 60A em relação aos valores acumulados nos registros fiscais tipo 60R para cada situação tributária. Teoricamente, entende que os valores devem ser iguais.

Considerou inverídica a informação do auditor fiscal de que os erros não interferem na infração, visto que, a infração trata de divergência na tributação das mercadorias e é justamente por causa do erro na tributação das mercadorias que ocorrem as divergências entre os registros tipos 60A e 60R.

Também discordou da informação do autuante de que o intimou para correção dos arquivos, mediante intimação, e não o fez. Afirma que as correções para os erros apontados pela fiscalização foram corrigidos, os demais não, por falta de conhecimento dos erros.

Lembra que a intimação para correção de erros em arquivo Sintegra deve ser acompanhada de “listagem diagnóstico” indicativa das irregularidades encontradas pela fiscalização (art. 261, § 2º do RICMS-BA).

Afirma que não consta na “Listagem Diagnóstico” apresentada porventura pelo auditor fiscal nenhuma menção à divergência apontada como causadora dos erros apontados na infração.

Assim, diz que até o momento nenhuma intimação para correção dos arquivos com “Listagem Diagnóstico” que contemple todos os erros dos arquivos lhe foi apresentada.

C – INFRAÇÃO 05 – OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTADAS MEDIANTE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO POR ESPÉCIE DE MERCADORIAS

Lembra novamente que as alegações sobre erros nos levantamentos repercutem na Infração 07, haja vista ser esta o lançamento de ofício para exigência de ICMS-ST decorrente de omissão de entrada de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária.

Salienta que os erros apontados a seguir tiveram como informações os mesmos elementos utilizados pelo auditor fiscal, especialmente os arquivos Sintegra, e que estes estão na posse da SEFAZ, sendo desnecessário trazê-los aos autos, por entender que a impressão dos conteúdos é ato insano. Apenas para exemplificar o tamanho do arquivo, diz que a média de páginas impressos por arquivo é de 220. E que, considerando 48 arquivos, seriam impressas 10.560 páginas. Dessa forma, espera que os julgadores e o próprio auditor não aleguem falta de prova das alegações da autuada em razão da ausência de documentos probatórios.

Resume os diversos erros apontados que diz presentes nos levantamentos.

- a) erro no quantitativo do inventário inicial de cada exercício fiscal;
- b) erro no quantitativo das entradas em cada exercício fiscal;
- c) erro no quantitativo das saídas em cada exercício fiscal;
- d) erro no quantitativo do inventário final de cada exercício fiscal;
- e) erro no quantitativo a partir da análise do valor unitário, conforme exemplo apresentado na imagem apresentada na impugnação anterior.

Frisa que os erros apontados são exemplificativos, mas são suficientes para invalidar os levantamentos realizados e, por conseguinte, deve ser aplicado o disposto no art. 18 do RPAF-BA.

Chama a atenção de que o alcance do disposto no § 1º do art. 18, deve ser entendido levando em conta a função do “parágrafo” no texto legal.

Destaca novamente que os textos legais são articulados com observância dos princípios previstos no art. 10 da Lei Complementar nº 95, de 1998.

Além disso, diz que segundo o item 10.2.2.2 do Manual de Redação da Presidência da República, os parágrafos constituem, na técnica legislativa, a imediata divisão de um artigo, ou, como anotado por Arthur Marinho, “(...) *parágrafo* sempre foi, numa lei, disposição secundária de um artigo em que se explica ou modifica a disposição principal”.

Assim é que, como disposição secundária da norma principal que trata das nulidades, o § 1º do art. 18 traz em si uma norma que considera muito interessante, destacando a expressão “desde”.

Observa que eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais não tornam nulo o lançamento de ofício. Porém, existem três condições para isso: *que no auto de infração ou na notificação fiscal seja possível determinar (1) a natureza da infração, (2) o autuado e (3) o montante do débito tributário.*

Aduz que se essas condições estão atendidas, então as incorreções e omissões devem ser corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente a teor do § 1º do art. 18 do RPAF-BA:

No caso, diz que no auto de infração não é possível determinar o montante do débito tributário em razão das diversas (e não eventuais) incorreções ou omissões, ou seja, que o lançamento de ofício diante das inconsistências apontadas (e comprovadas), não se conhece o montante do débito tributário, tornando-o nulo.

Diz, ainda, que o auditor fiscal, assim como a empresa autuada, trazem informações que os arquivos utilizados para tal levantamento apresentam erros comprovados, os quais, não apontam com segurança o valor do possível crédito tributário.

Assim, requer a nulidade do lançamento de ofício para a infração.

D – INFRAÇÃO 06 – 16.03.02 – FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS – MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA

Mantém o pedido de redução ou cancelamento da multa, informando que de fato os documentos não foram encontrados e não houve dolo, fraude ou simulação, nem tampouco implicou em falta de recolhimento do imposto, conforme teor do § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014, de 1996:

E – INFRAÇÃO 07 – 07.01.05 – FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA REFERENTE À OMISSÃO DE ENTRADA DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Repete que o lançamento desta infração decorre dos levantamentos fiscais realizados para a Infração 05, e que portanto são válidos todos os argumentos defensivos ali presentes.

Requer a nulidade do lançamento de ofício para a infração.

Finaliza, dizendo que superada as preliminares anteriormente arguídas, requer:

- a) procedência das infrações 01 e 04,*
- b) procedência parcial da infração 02;*
- c) para a infração 03, diligência para refazimento do levantamento após intimação para correção das inconsistências;*
- d) nulidade das infrações 05 e 07;*
- e) redução ou cancelamento da multa para a infração 06.*

O autuante presta informação fiscal, fls.1.502 a 1.504, e destaca que lhe foi solicitado pelo CONSEF uma diligência para que intimasse o sujeito passivo para corrigir os arquivos magnéticos dos exercícios fiscalizados concedendo o prazo de 30 (trinta) dias, na forma do art. 708 do RICMS/97. Informa que foi dado o prazo, porém o autuado não se manifestou. Diz que foram refeitas as planilhas em virtude de um erro no levantamento quantitativo de estoque detectado pelo autuado quando da primeira defesa apresentada. Informa, ainda, que após cumprida a diligência foi fornecida cópia da informação fiscal e das novas planilhas ao sujeito passivo, concedendo prazo de 30 (trinta) dias para se manifestar.

Quanto às alegações apresentadas pelo sujeito passivo, entende que têm o intuito meramente protelatório, pois contestou as infrações, mas não apresentou nenhum documento que sustentasse suas alegações.

Infração 02 - Crédito Fiscal Indevido - Material de Uso ou Consumo do Estabelecimento.

Reafirma que o autuado apresenta um demonstrativo no qual informa lançamentos efetuados no livro Registro de Entradas e a escrituração do livro Registro de Apuração do ICMS dos CFOP 1556 e 2556, porém os valores creditados indevidamente referem-se não somente às aquisições registradas no CFOP 1556 e 2556, mas também lançadas no CFOP 1102 e 2102 conforme demonstrativos e cópias do livro Registro de Entradas (fls.41 a 63).

Infração 03 - Falta de Recolhimento de ICMS referente a operação tributada registrada como não tributada.

Observa que o autuado novamente foi intimado para correção dos arquivos Sintegra (fls. 1.313), porém não foi feito o detalhamento das divergências, pois além de não interferir no resultado não foi utilizado na fiscalização o registro 60R, e também porque as divergências foram detectadas pelo próprio autuado. Portanto, aduz que não poderia alegar falta de conhecimento dos erros. Salienta que quando da primeira defesa apresentada o autuado detectou as divergências, porém não efetuou as devidas correções. Informa que concedido o prazo de 30 (trinta) dias conforme intimação (fl. 1.313) para a correção dos arquivos a mesma não foi atendida. Salienta que a grande maioria das vendas destas mercadorias foram lançadas no CFOP 5403, conforme se verifica nos demonstrativos (fls. 106 a 143).

Infração 05 - Omissão de Saída de Mercadorias Tributadas mediante Levantamento Quantitativo por Espécie de Mercadorias.

Quanto a alegação de erros no quantitativo do inventário inicial e do inventário final, diz não proceder, pois foi levado em consideração pelo autuante as quantidades informadas no livro Registro de Inventário. Informa que as diferenças apuradas pelo autuado não podem ser levadas em consideração, pois o mesmo foi baseado na informação do arquivo Sintegra, e não nos livros Registro de Inventário (fls. 321 a 1.237).

Quanto a alegação de erros no quantitativo das entradas e saídas, considerou que são meramente com intuito protelatório, pois acusa que há diferenças nas quantidades, mas não apresenta documentos fiscais (notas fiscais) em que determinadas mercadorias foram lançadas em maior ou menor quantidades, ou que deixaram de ser lançadas ou ainda que foram lançadas indevidamente no demonstrativo. Quanto ao erro no quantitativo a partir da análise do valor unitário, aduz que o autuado não demonstrou.

Infração 06 - Falta de apresentação de Documentos Fiscais - Multa por descumprimento de obrigação acessória

Repete que não é de sua competência reduzir ou cancelar a multa.

Infração 07 - Falta de recolhimento de ICMS devido por Antecipação Tributária referente à omissão de entradas de mercadorias Sujeitas ao regime de Substituição Tributária.

Repisa que o lançamento desta infração decorre do levantamento quantitativo de estoque realizado na Infração 05, portanto entende ser devido o débito.

Conclui pela procedência total do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, analisando a preliminar de nulidade de que a intimação para efetuar o pagamento do débito ou apresentar defesa para o auto de infração não atendeu aos requisitos previstos no art. 46 do Regulamento de Processo Administrativo Fiscal – RPAF, combinado com o disposto no § 3º do art. 8º do mesmo diploma legal, observo que não assiste razão ao autuado, uma vez que a ciência da autuação ocorreu através do próprio auto de infração, conforme consta na fl.05 subscrita por preposto do autuado. Ou seja, no ato da ciência do auto de infração foram fornecidos todos os levantamentos e demonstrativos, nos quais constam a assinatura de preposto da empresa atestando o recebimento de uma cópia, relativos a cada infração, inclusive um CD contendo os papéis de trabalho do levantamento quantitativo (recibo à fl.161). Quanto a arguição defensiva sobre a exigência de entrega de documentos em papel impresso e em disco de armazenamento de dados, ressalto que esta diz respeito às peças processuais como defesa, informação fiscal, diligências, perícias, recursos, parecer da Procuradoria Geral do Estado e outras manifestações do contribuinte e do autuante. No caso específico do levantamento quantitativo que serviu de base para as infrações 05 e 07, a simples entrega do CD contendo os levantamentos fiscais, ao contrário do alega o autuado, não impediu o exercício da ampla defesa e do contraditório, como será visto mais adiante no presente.

Também não cabe a alegação de que não houve atendimento ao disposto no § 4º do art. 28, e aos os artigos 41, I, II, 44, I, II, III, e 12, todos do RPAF/99, visto os autos contém todos demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante (docs.fls.41 a 320), todos entregues ao autuado, os quais servem como elementos de provas necessárias à demonstração dos fatos apurados na ação fiscal.

Portanto, não vislumbro nos autos a alegada ausência de elementos necessários para que o sujeito passivo exercesse a ampla defesa e o contraditório, uma vez que, repito, foi entregue ao autuado o CD à fl.161 contendo todos os demonstrativos fiscais das infrações 05 e 07, e também foram entregues cópias impressas de todos os papéis de trabalho, inclusive das demais infrações,

o que torna descabida a preliminar de que nenhum disco de armazenamento de dados com arquivos eletrônicos que representam as peças processuais, bem como os demonstrativos e planilhas elaborados pelo autuante, lhe foram apresentados.

Portanto, a esta altura processual não assiste razão ao sujeito passivo em sua alegação de cerceamento ao direito da ampla defesa e não atendimento ao devido processo legal, tendo em vista que:

a) o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, cujas multas exigidas estão fundamentadas em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam cada item da autuação.

b) a acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, inclusive constando o devido esclarecimento sobre o procedimento fiscal e a origem da cada infração apurada, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Os demonstrativos elaborados pelo autuante identificam de forma bastante clara as infrações, tendo em vista que estão identificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto dos levantamentos que geraram a exigência tributária em questão.

c) nas informações fiscais o autuante justificou satisfatoriamente todas as questões levantadas nas defesas, anexando documentos e refazendo demonstrativo do débito (infrações 05 e 07), merecendo ressaltar que o prazo de defesa foi reaberto, tendo o autuado recebido cópia da mesma e dos demonstrativos fiscais.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Com relação ao pedido formulado pelo sujeito passivo para conversão do processo em diligência, rejeito tal pedido, porque já se encontram no processo todos os elementos de minha convicção e, além disso, tal providência é desnecessária em vista das outras provas produzidas, de acordo com o artigo 147, inciso I, alínea “a” e inciso II, alínea “b”, do RPAF/99. Ademais, acorde o artigo 145, do RPAF/99, “o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade”, o que não foi feito pelo contribuinte em sua peça de defesa. Além do mais, visando a certeza do crédito tributário das infrações 03, 05 e 07, ante a alegação defensiva de erros no arquivo magnético apresentado à SEFAZ, o PAF foi convertido em diligência a pedido desta 2ª JF, a qual foi atendida pelo autuante.

No mérito, das sete infrações contempladas no Auto de Infração não existe lide quanto aos débitos nos valores de R\$5.168,29 e R\$120,64, relativos às infrações: 01 - 01.02.05 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária; e 04 - 01.02.74 - Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação, respectivamente. Portanto, ante o reconhecimento do autuado, subsistem as citadas infrações 01 e 04, inclusive constam às fls. 1.295 a 1.298, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento da parcela reconhecida, no valor de R\$5.506,92, correspondente a R\$5.168,29 + R\$ 120,64 e R\$217,99, este último parte reconhecida da infração 02 – 01.02.02.

Quanto às demais infrações, passo a analisá-las tomando por base tudo o que constam nos autos.

Infração 02 - 01.02.02 – Apropriação indevida de crédito fiscal de ICMS referente aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

Os valores lançados encontram-se discriminados no levantamento fiscal às fls.41, 45 e 55.

Na defesa o autuado reconheceu a procedência parcial do lançamento nos valores de R\$136,64 e R\$91,10, conforme demonstrativo às fls.1.244 a 1.245, argumentando que estas importâncias se referem aos CFOPs 1556 e 2556, e que tais valores estão escriturados no RAICMS e correspondem exatamente com os valores constantes na coluna “Escriturado” do livro Registro de Entradas.

Considerando que na informação fiscal o autuante esclareceu que os valores lançados neste item se referem não somente aos CFOPs citados, mas também aos CFOPs referentes às aquisições registradas no CFOP 1102, 2102 e 1556, conforme demonstrativos e cópias do livro Registro de Entradas (fls.41 a 63). Ocorre que ao analisar o levantamento fiscal de fls.41, 45 e 55, constatei que, apesar de constar os CFOPs citados, os produtos de fato foram adquiridos para consumo do estabelecimento. Ademais, o autuado ao se manifestar sobre a referida informação fiscal limitou-se a reiterar seu argumento, sem, contudo, apresentar qualquer documento para elidir a informação do autuante, entendendo que não foi elidida a infração.

Mantido integralmente o lançamento do débito deste item.

Infração 03 – 02.01.03

A imputação concerne à falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O autuado expressou seu entendimento de que o lançamento trata da análise dos itens de mercadorias registrados em Cupom Fiscal, a partir dos Registros 60A X 60R do arquivo Sintegra, os quais não guardam paridade por erro de informação no arquivo magnético nos registros fiscais tipo 60R em relação à situação tributária indicada no campo 07 do registro.

Analizando os demonstrativos de fls.106 a 143, intitulado de “Mercadorias Tributadas Lançadas como não Tributadas/Isentas”, constato que o débito lançado no valor de R\$56.152,46, diferentemente do que entendeu o autuado, não foi baseado no Registro 60R, conforme explicou o autuante na informação fiscal.

Ou seja, o débito apurado concerne a operações de saídas com o CFOP 5403; 6202; 5102, cujo levantamento fiscal contém a discriminação dos dados dos documentos fiscais, permitindo que fosse elidida a imputação mediante apresentação das provas de que a tributação foi feita corretamente, o que não ocorreu por parte do autuado. Logo, é descabido o argumento defensivo de que a infração trata de divergência na tributação das mercadorias por erro na tributação das mercadorias decorrente de divergências entre os registros tipos 60A e 60R.

Portanto, como frisou o autuante, não obstante ter ocorrido erros no Registro 60R, pelo acima alinhado, o demonstrativo de apuração do crédito tributário acima indicado não foi feito baseado neste registro.

Quanto a alegação defensiva de que os arquivos precisam ser retificados, verifico que, segundo informação do autuante, durante a ação fiscal, foi expedida intimação para correção dos arquivos Sintegra (fls.12 a 39) e fornecida a listagem diagnóstico e concedido o prazo de 30 dias, e reintimado conforme documento de fl.40. Além disso, na fase de instrução do processo, mediante diligência determinada por esta 2ª JF, o processo foi baixado em diligência, sendo dada a oportunidade ao autuado para proceder a correção dos arquivos que alegou se encontrarem com erros, porém, não foi atendida a intimação expedida para esse fim, conforme documento à fl.1.313.

Sendo assim, também não tem sentido o argumento defensivo de que não foi intimado para correção dos arquivos, mediante intimação.

Considerando que o débito foi apurado tomando por base o que fora informado nos arquivos magnéticos, e diante desta afirmação do autuante de que após a correção na ação fiscal dos aludidos arquivos estavam compatíveis com o livro Registro de Apuração do ICMS, concluo que restou caracterizada a infração em comento.

Registro que, tendo em vista que o autuado havia sido intimado para correção dos arquivos Sintegra (fls. 12 a 39), e conforme sua informação o arquivo magnético apresentado continha divergências de valores, comungo com o autuante no sentido de que é cabível nova ação fiscal para aplicação da multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea "i" da Lei nº 7.014 de 04/12/1996, no valor de R\$ 533.560,22 (quinhentos e trinta e três mil, quinhentos e sessenta reais e vinte e dois centavos), correspondente a 5% do valor da diferenças informadas pelo autuado de R\$10.671.204,34.

Desta forma, nos termos do artigo 21 do RPAF/99, fica representada a autoridade competente para que seja programada uma nova ação fiscal, obedecendo a legislação que rege a matéria com vista a aplicação da multa acima, observado o prazo decadencial.

Infrações 05 - 04.05.02 e 07 - 07.01.05

Quanto à infração 05, o débito foi apurado mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em exercício fechado (2008, 2009, 2010, 2011), e diz respeito a apuração de omissão de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas.

Já a infração 07, decorrente do mesmo levantamento quantitativo e período, se refere a constatação da falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, na condição de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias sem documentação fiscal.

Examinando os papéis de trabalho às fls.162 a 320, e CD à fl.161, respectivamente, constato que o levantamento que resultou na autuação fiscal é composto de diversos quadros demonstrativos que explicitam todo o trabalho realizado, nos quais a fiscalização especifica os produtos objeto da exigência fiscal, bem como as quantidades, e os demais dados necessários e considerados, e se baseia nas notas fiscais de entradas e saídas, nos livros de Registro de Entradas e Saídas, no Registro de Inventário, informadas no arquivo magnético (SINTEGRA).

E, foi com base nesse procedimento que restou constatada omissão de saídas de mercadorias tributadas, e falta de antecipação tributária, sendo exigido o imposto de acordo com o que preceitua a Portaria nº 445/98.

Portanto, em razão de sua natureza objetiva e matemática, a contestação do levantamento quantitativo deve ser feita mediante indicação precisa dos erros detectados e/ou apresentação de novo levantamento evidenciando e justificando as diferenças encontradas.

O autuado exerceu a ampla defesa, tendo em sua peça defensiva demonstrado perfeitamente o entendimento do real motivo da autuação ao informar os parâmetros utilizados de acordo com os seus respectivos códigos que foram extraídos do arquivo magnético por ele informado à SEFAZ, e impugnou o levantamento quantitativo apontando equívocos nas quantidades dos estoques inicial e final; e nas entradas e nas saídas.

Não acolho tais alegações, pois nas planilhas apresentadas pelo autuado e transcritas no corpo da impugnação, contém somente o código das mercadorias, a descrição das mercadorias e o quantitativo das diferenças entre os informados nos demonstrativos e os apurados pela empresa. Para elidir de modo válido o trabalho fiscal, deveria o autuado ter apontado nos levantamentos feitos pelo autuante quais os documentos apresentam quantidade erradas, inclusive apresentando os respectivos elementos de provas.

Quanto aos erros relativos às mercadorias de códigos 11714 - Cabo Flex SIL 04,0 mm preto rolo com 100 mts. e 11714 - Cabo Flex SIL 04,0 mm branco rolo com 100 mts., sob alegação de que os valores aparecem multiplicados por 100 (cem) nos demonstrativos, esta questão foi devidamente esclarecida pelo autuante na informação fiscal de que decorre da conversão de rolo para metro, e

o autuado ao se manifestar sobre a mesma, não apresentou nada em sentido contrário.

Relativamente a alegação de inclusão de bens ou mercadorias destinadas a uso ou consumo no levantamento realizado, citando a nota fiscal de nº 27750 de 05/08/2009 que foi escriturada com CFOP 1556, não cabe a alegação de que não pode mostrar a relação de notas fiscais utilizadas pelo auditor fiscal para quantificação das entradas no levantamento realizado, visto que, ao contrário do alegado, o sujeito passivo recebeu cópias dos levantamentos fiscais, conforme já apresentado por ocasião da análise das preliminares de nulidades. Saliento que este equívoco não tem influência no valor lançado que foi apurado com base na omissão de saída.

Sobre o alegado erro dos valores unitários, não foi apresentado qualquer demonstrativo acompanhado dos respectivos documentos fiscais, em comparação com o trabalho fiscal, razão porque não há como prosperar tal alegação.

Ressalto que o autuado diante de suas alegações, entendeu que seria aplicável o alcance do disposto no § 1º do art. 18, do RPAF/99, para que as incorreções e omissões fossem corrigidas e suprimidas por determinação o órgão julgador.

Diante disso, visando dotar o Estado da certeza do crédito tributário em discussão, e considerando que o autuado havia sido intimado para correção dos arquivos Sintegra (fls. 12 a 39), e que os autos revelam que ao retransmitir os arquivos estes continuaram com inconsistências, a pedido desta 2ª JF, conforme despacho de fl.1.300, o processo foi baixado em diligência para fosse expedida intimação ao sujeito passivo para corrigir os arquivos magnéticos dos exercícios fiscalizados, com a concessão do prazo de 30 (trinta) dias, e que após o atendimento, fossem refeitas as planilhas que instruem estes itens da autuação, apresentando o respectivo demonstrativo do débito.

O autuante atende ao órgão julgador, informando que, conforme documento à fl.1.313, o sujeito passivo foi intimado para corrigir os arquivos magnéticos dos exercícios fiscalizados concedendo o prazo de 30 (trinta) dias, porém o autuado não se manifestou. Diante disso, o autuante refez as planilhas iniciais em virtude de um erro no levantamento quantitativo de estoque detectado pelo autuado quando da primeira defesa apresentada, resultando nos demonstrativos às fls.1.315 1.490, nos quais foram confirmados os mesmos valores apurados nos levantamentos constante no CD à fl.161, exceção do débito da infração 07, do ano de 2009, em que foi apurado inicialmente o valor de R\$ 2.319,39, e ao ser refeito o levantamento das entradas este valor foi majorado para a importância de R\$4.088,37, superior ao valor originalmente lançado.

Nestas circunstâncias, não tendo o autuado retransmitido o arquivo magnético que alegou conter erros, foi correto no procedimento da fiscalização em apurar o débito com base nos arquivos existentes no banco de dados da SEFAZ, uma vez que, o não atendimento à intimação para correção dos arquivos magnéticos, caracterizou um total desinteresse em provar o fato alegado.

Mantidos os débitos dos itens em comento.

Infração 06 – 16.03.02

Trata da aplicação de multa no valor de R\$4.600,00, sob acusação de que o deixou de apresentar notas fiscais de aquisição do exercício de 2008, sob alegação de extravio.

Na peça de defesa o sujeito passivo admitiu que de fato os documentos não foram encontrados, e requereu redução ou o cancelamento da multa, sob alegação de que não houve dolo, fraude ou simulação, nem tampouco implicou em falta de recolhimento do imposto.

No que concerne à redução da multa, pleiteada pelo autuado, o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas à multa por descumprimento de obrigação acessória, conceder redução ou cancelamento da mesma, desde que fique comprovado que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação e não implique falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA.

Esta discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo a infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento da multas aplicada.

No presente caso, considerando a inexistência de demonstração da não ocorrência de dolo, haja vista tratar de uma questão subjetiva, restou evidenciado neste processo que no exercício de 2008 houve falta de recolhimento do imposto em todos os itens contemplados no auto de infração, razão porque, não há como contemplar o pedido do impugnante para de redução ou cancelamento da multa.

Portanto, a redução ou a relevação da penalidade, nos termos do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, por constituir faculdade subjetiva do órgão julgador, não está ele obrigado a acolher pedido dessa natureza, ainda que presentes os pressupostos exigidos, nem a declinar expressamente os motivos pelos quais não o fizera.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **233055.1201/13-6**, lavrado contra **REILUX COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$332.371,98**, acrescido das multas de 60% sobre R\$62.659,92; 70% sobre R\$105.484,52, e de 100% sobre R\$164.227,54, previstas no artigo 42, II, “a”, III, IV, “a”, e VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$4.600,00**, prevista no inciso XIX do citado dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor recolhido conforme documentos do SIDAT às fls.1.295 a 1.209.

Recomenda-se a instauração de novo procedimento fiscal, na forma sugerida pelo Relator, devendo ser observado no prazo decadencial.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de março de 2015.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA – JULGADOR