

A. I. N° - 269133.0603/14-3
AUTUADO - SILVER INDÚSTRIA DE BICICLETAS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ CÍCERO DE FARIAS BRAGA
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 07.07.2015

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0097-02/15

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. RAICMS. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. **a)** IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. **b)** IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Infrações não elididas. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS INTERNAS. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. O pleito do contribuinte de que houve erro na escrituração fiscal digital não elide a autuação. Mantido o lançamento. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** CONSTATAÇÃO DE IRREGULARIDADE TRIBUTÁRIA CONSISTENTE EM OMISSÃO DE SAÍDAS. Este fato constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. **b)** FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA INTERNA. Inconsistência total da defesa em decorrência de falta de prova dos fatos que alterou no propósito de elidir ou minimizar os efeitos do procedimento fiscal em relação a tais infrações. Infrações caracterizadas parcialmente. Rejeitadas as preliminares de nulidades; não apreciada a alegação de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, e não acolhido o pedido de redução das multas pelo descumprimento da obrigação principal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 26/06/2014, para exigência de ICMS no valor de R\$821.541,95, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 01 – 02.01.01 – Deixou de recolher o ICMS no valor de R\$388.709,23, nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses janeiro, julho a dezembro de 2013, conforme demonstrativo à fl. 11. Em complemento consta: Dados extraídos da EFD.

INFRAÇÃO 02 – 03.01.01 - Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$1.323,84, nos prazos regulamentares, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses fevereiro a maio de 2013, conforme demonstrativo e documentos às fls. 13 a 15.

INFRAÇÃO 03 - 07.12.01 - Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, no total de R\$284.402,92, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas

subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de julho a dezembro de 2013, conforme demonstrativo às fls. 17.

INFRAÇÃO 04 – 04.05.01 - Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$90.982,88, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, relativo ao exercício de 2013, conforme demonstrativos às fls. 24 a 145. Em complemento consta: *1) Por tratar-se de empresa que fabrica bicicletas, agregamos os quadros e bicicletas por considerarmos neste levantamento que os quadros para bicicletas adquiridos são transformados em bicicletas, não sendo possível entretanto correspondência individualizada, ou seja, determinado modelo de quadro não irá produzir determinado modelo de bicicleta, mas sim diversos entre centenas de modelos de bicicletas. 2) Encontra-se anexado a este PAF CD contendo os demonstrativos e levantamentos do estoque (anexo 05) em sua totalidade, tendo sido entregue cópia ao contribuinte.*

INFRAÇÃO 05 - 04.05.11 - Deixou de proceder a retenção do ICMS, no total de R\$56.123,08, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício conforme demonstrativos às fls. 79 a 83. Em complemento consta: *"Como o contribuinte só vende bicicletas que ele mesmo fabrica, então suas omissões de saídas necessariamente são de bicicletas que ele mesmo produz."*

O autuado, através de seu advogado legalmente constituído, fls. 151 a 166, impugnou o lançamento com base nas seguintes razões defensivas.

Aduz que as infrações apontadas não representam a realidade fática, pois não foi convertida de forma eficiente ao mundo jurídico implicando em um lançamento tributário equivocado que deve ser revisto.

Observa que no campo da infração 04, a multa aplicada teria como base legal o art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e diz que com a alteração da Lei nº 11.899 de 30 de Março de 2010, este inciso foi alterado incluindo-se nele diversas alíneas, o que diz não ter sido observado pelo autuante, culminando, no seu entender, em claro cerceamento de defesa, pois não sabe o porque efetivamente de ser sancionado com tal penalidade, diferente do ocorrido nas demais infrações.

Com base nisso, argüiu a nulidade da autuação por cerceamento de defesa, com fulcro no artigo 18, incisos II e IV, alínea "a", do RPAF/99, com base no argumento de que não foi observado o disposto no artigo 129, § 1º, do Código Tributário Estadual. Sobre o tema traz à baila decisão administrativa do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro.

No mérito, impugnou as infrações nos seguintes termos.

INFRAÇÃO 01 – 02.01.01

Transcreveu os artigos 2º, I, e 32, da Lei nº 7.014/96, e artigo 332, inciso I, do RICMS/97, para arguir que houve um equívoco na declaração da EFD quando do envio da competência 01/2013, pois não foi informado o crédito de ICMS apurado sobre o estoque de 2012 que a empresa fez jus por ter saído do Simples Nacional.

Para fundamentar esta alegação, demonstrou no corpo da peça defensiva o novo cálculo que considera correto, e aduz que estes são os valores que devem ser retificados no SPED ref. 01/2013, levando-se em consideração os cálculos abaixo, além dos descritos na planilha de crédito de ICMS anexa (doc. fl. 203).

FATO GERADOR: 31/01/2013

BASE DE CÁLCULO CORRETA: R\$85.264,65

VALOR HISTÓRICO CORRETO: R\$14.494,99

APURAÇÃO DO ICMS - DÉBITO DO IMPOSTO
ICMS DESTACADO NAS NF DE VENDA: R\$49.481,85
ICMS DIFERENCIAL DE ALIQUOTAS: R\$576,94
TOTAL ICMS DÉBITO: R\$50.058,79

APURAÇÃO DO ICMS - CRÉDITO DO IMPOSTO
ICMS APROVEITADO NAS NF DE COMPRA: R\$11.953,85
ICMS CREDITADO SOBRE ESTOQUE: R\$23.609,95
TOTAL ICMS CRÉDITO: R\$35.563,80

APURAÇÃO DO ICMS – DÉBITO MENOS CRÉDITO
R\$50.058,79 – R\$35.563,80 = R\$14.494,99

Igualmente, demonstrou que os valores apurados pelo autuante, baseados nas informações antigas são:

APURAÇÃO DO ICMS - DÉBITO DO IMPOSTO
ICMS DESTACADO NAS NF DE VENDA: R\$49.513,67
ICMS DIFERENCIAL DE ALIQUOTAS: R\$65,60
TOTAL ICMS DÉBITO: R\$49.579,27

APURAÇÃO DO ICMS - CRÉDITO DO IMPOSTO
ICMS APROVEITADO NAS NF DE COMPRA: R\$11.674,69
ICMS CREDITADO SOBRE ESTOQUE: R\$0,00
TOTAL ICMS CRÉDITO: R\$11.674,69

APURAÇÃO DO ICMS – DÉBITO MENOS CRÉDITO
R\$49.579,27 – R\$11.674,69 = R\$37.904,58

Por conta disso, considerou imperiosa a revisão do débito apurado considerando os novos cálculos apresentados, pelo que invocou o art. 149, IV do CTN.

INFRAÇÃO 02 – 03.01.01

De acordo com o explicado no tópico anterior, repete que o erro no envio dos arquivos do SPED implicou em diferenças indevidas no recolhimento do imposto.

Observa que consoante os registros corretos, não houve recolhimento a menor do imposto com relação aos Fatos Geradores - FG ocorridos em 31/03/2013, 30/04/2013 e 31/05/2013 parcelados através da Denúncia Espontânea de fls. 15. Acostou às fls. 205 a 220 cópias das NF's devolvidas, visando comprovar os cálculos a seguir apresentados.

Cálculos referentes ao FG de 31/03/2013:

DEMONSTRAÇÃO DOS CÁLCULOS

FATO GERADOR: 31/03/2013 – VALORES CORRETOS

APURAÇÃO DO ICMS - DÉBITO DO IMPOSTO
ICMS DESTACADO NAS NF DE VENDA: R\$64.285,92
ICMS DIFERENCIAL DE ALIQUOTAS: R\$211,82
TOTAL ICMS DÉBITO: R\$64.497,74

APURAÇÃO DO ICMS - CRÉDITO DO IMPOSTO
ICMS APROVEITADO NAS NF DE COMPRA: R\$18.433,43
TOTAL ICMS CRÉDITO: R\$18.433,43

APURAÇÃO DO ICMS – DÉBITO MENOS CRÉDITO
R\$64.497,74 – R\$18.433,43 = R\$46.064,31

VALOR PARCELADO EM DENÚNCIA ESPONTÂNEA Nº 600000.1460/13-0 (ANEXO): R\$46.064,31

Assim, explica que o valor parcelado (R\$46.064,31) foi exatamente o valor que a empresa tinha apurado de ICMS devedor, **não restando diferenças a serem recolhidas.**

Para efeito de comparação demonstrou os cálculos do Auto nº 269133.0603/14-3, a saber:

FATO GERADOR: 31/03/2013 – VALORES APURADOS PELO FISCAL

APURAÇÃO DO ICMS - DÉBITO DO IMPOSTO

ICMS DESTACADO NAS NF DE VENDA: R\$64.370,22
ICMS DIFERENCIAL DE ALIQUOTAS: R\$211,81
TOTAL ICMS DÉBITO: R\$64.582,03

APURAÇÃO DO ICMS - CRÉDITO DO IMPOSTO
ICMS APROVEITADO NAS NF DE COMPRA: R\$18.433,49
TOTAL ICMS CRÉDITO: R\$18.433,49

APURAÇÃO DO ICMS – DÉBITO MENOS CRÉDITO
 $R\$64.582,03 - R\$18.433,49 = R\$46.148,54$

Desta forma, frisa que o valor antigo (R\$46.148,54) menos o valor parcelado (R\$46.064,31) corresponde exatamente R\$84,23, que é a diferença que está sendo cobrada indevidamente no Auto de Infração ora questionado.

FG de 30/04/2013:

FATO GERADOR: 30/04/2013 – **VALORES CORRETOS**

APURAÇÃO DO ICMS - DÉBITO DO IMPOSTO
ICMS DESTACADO NAS NF DE VENDA: R\$68.049,28
TOTAL ICMS DÉBITO: R\$68.049,28

APURAÇÃO DO ICMS - CRÉDITO DO IMPOSTO
ICMS APROVEITADO NAS NF DE COMPRA: R\$27.537,64
TOTAL ICMS CRÉDITO: R\$27.537,64

APURAÇÃO DO ICMS – DÉBITO MENOS CRÉDITO
 $R\$68.049,28 - R\$27.537,64 = R\$40.511,64$

VALOR PARCELADO EM DENÚNCIA ESPONTÂNEA Nº 600000.1460/13-0 (ANEXO): R\$40.511,64

Observa que o valor parcelado (R\$40.511,64) foi exatamente o valor que a empresa tinha apurado de ICMS devedor, não restando diferenças a serem recolhidas.

Para efeito de comparação demonstrou os cálculos da infração, a saber:

FATO GERADOR: 30/04/2013 – **VALORES APURADOS PELO FISCAL**

APURAÇÃO DO ICMS - DÉBITO DO IMPOSTO
ICMS DESTACADO NAS NF DE VENDA: R\$67.919,60
ICMS DIFERENCIAL DE ALIQUOTAS: R\$800,36
TOTAL ICMS DÉBITO: R\$68.719,96

APURAÇÃO DO ICMS - CRÉDITO DO IMPOSTO
ICMS APROVEITADO NAS NF DE COMPRA: R\$27.778,73
TOTAL ICMS CRÉDITO: R\$27.778,83

APURAÇÃO DO ICMS – DÉBITO MENOS CRÉDITO
 $R\$68.719,96 - R\$27.778,83 = R\$40.941,23$

Ou seja, chama a atenção de que o valor que foi errado (R\$40.941,23) menos o valor parcelado (R\$40.511,64) dá exatamente R\$429,59, que é a diferença que está sendo cobrada indevidamente no Auto de Infração.

FG ocorrido em 31/05/2013:

FATO GERADOR: 31/05/2013 – **VALORES CORRETOS**

APURAÇÃO DO ICMS - DÉBITO DO IMPOSTO
ICMS DESTACADO NAS NF DE VENDA: R\$67.537,68
TOTAL ICMS DÉBITO: R\$67.537,68

APURAÇÃO DO ICMS - CRÉDITO DO IMPOSTO
ICMS APROVEITADO NAS NF DE COMPRA: R\$29.766,03
TOTAL ICMS CRÉDITO: R\$29.766,03

APURAÇÃO DO ICMS – DÉBITO MENOS CRÉDITO
 $R\$67.537,68 - R\$29.766,03 = R\$37.771,65$

VALOR PARCELADO EM DENÚNCIA ESPONTÂNEA Nº 600000.1460/13-0 (ANEXO): R\$37.771,65

Desse modo, diz que o valor parcelado (R\$37.771,65) foi exatamente o valor que a empresa tinha apurado de ICMS devedor, não restando diferenças a serem recolhidas.

Para efeito de comparação demonstrou os cálculos a seguir:

*FATO GERADOR: 31/05/2013 – **VALORES APURADOS PELO FISCAL***

APURAÇÃO DO ICMS - DÉBITO DO IMPOSTO

ICMS DESTACADO NAS NF DE VENDA: R\$67.537,68

ICMS DIFERENCIAL DE ALIQUOTAS: R\$176,04

TOTAL ICMS DÉBITO: R\$67.713,72

APURAÇÃO DO ICMS - CRÉDITO DO IMPOSTO

ICMS APROVEITADO NAS NF DE COMPRA: R\$29.766,03

TOTAL ICMS CRÉDITO: R\$29.766,03

APURAÇÃO DO ICMS – DÉBITO MENOS CRÉDITO

R\$67.713,72 – R\$29.766,03 = R\$37.947,69

Assim, diz que o valor antigo (R\$37.947,69) menos o valor parcelado (R\$37.771,65) dá exatamente R\$176,04, que é a diferença que está sendo cobrada indevidamente no Auto de Infração.

Reafirma seu pedido de revisão do débito apurado, considerando que os dados analisados pelo ilustre fiscal eram viciados, pelo que invocou o art. 149, IV, do CTN.

INFRAÇÃO 03 - 07.12.01

Alega que a infração imputada decorreu nas infrações anteriores, pois o arquivo enviado equivocadamente pelo SPED deixou de revelar a realidade apresentada na suposta infração, eis que não foram contabilizadas as Notas Fiscais - NF's, totalmente devolvidas (Docs. fls. 205 a 220).

Demonstrou o cálculo de apuração do montante realmente entende devido referente ao FG de 30/10/2013:

DEMONSTRAÇÃO DO CÁLCULO

*FATO GERADOR: 31/10/2013 – **VALORES CORRETOS***

ICMS RETIDO NAS NF SAIDAS: R\$56.785,75

(-) ICMS SOBRE NF DE DEVOLUÇÃO DE VENDAS: R\$3.170,64

ICMS RETIDO A SER RECOLHIDO: R\$53.615,11

*FATO GERADOR: 31/10/2013 – **VALORES APURADOS PELO FISCAL***

ICMS RETIDO NAS NF SAIDAS: R\$56.785,75

(-) ICMS SOBRE NF DE DEVOLUÇÃO DE VENDAS: R\$1.732,60

ICMS RETIDO A SER RECOLHIDO: R\$55.053,15

Pugnou pela revisão da apuração do imposto e da penalidade aplicada.

INFRAÇÃO 04 – 04.05.01

Alega que os dados extraídos da EFD de fls. 75 a 97 dos autos, não condizem com a realidade fática, pois ocorreu equívoco na declaração do seu inventário na EFD enviada ao SPED.

Esclarece que tal erro ocorreu no cadastramento dos produtos, que acabou por “embaralhar” os códigos de alguns itens.

A título de exemplo, alega que foi informado na EFD referente ao inventário de 2012 (precisamente ao fim da fl. 84 dos autos), que a bicicleta BIC.SILVER MULEKA 18V LILAS/BCO A26 F QAC, de código nº 3888, possuía a quantidade de 860, o que é irreal, eis que nem caberia fisicamente no estoque da empresa.

Ressalta que o valor atribuído de R\$6,34 destoa das demais bicicletas, deixando clara a impossibilidade de se considerar o arquivo apresentado.

Aponta que na fl. 58 consta o item 26 RBX SPARK VB PTO SEMI FOSCO qualificado como “quadro”, porém, na Nota Fiscal nº 4889 (doc. fl. 199), resta claro que se tratam de “cubos”. Diz que o mesmo vale para o item CBP2 GENOVA 200 VIOLETA (fl. 59), também classificado como “quadro”,

quando em verdade trata-se de Engrenagem Tripla, o que é devidamente comprovado pela Nota Fiscal nº 66466, também anexa (docs. fls. 200 a 201).

Informa que consoante o novo levantamento dos inventários de 2012 e 2013 (docs. fls. 222 a 261) os cálculos mudaram, não podendo ser mantida a enorme quantidade de saídas sem a emissão de documentos fiscais, tampouco o valor do preço médio encontrado às fls. 98 e seguintes.

Diz que de acordo com a escrituração refeita da empresa o preço médio dos produtos caiu de R\$185,38 para R\$176,59, bem como a apuração de possíveis saídas de mercadorias sem escrituração que saiu de 2.887 para 284. Ressalta que muito embora este número tenha sido encontrado, ele não representa efetivamente que a empresa vendeu produtos sem nota fiscal.

Alega que não houve tempo hábil para uma apuração mais precisa deste ponto, considerando o prazo exíguo para apresentação de sua defesa, havendo inclusive a possibilidade da ocorrência de furto, o que diz está sendo apurado.

Com isso, diz que o valor da base de cálculo de acordo com a nova apuração sai de R\$535.193,41 para R\$50.151,56, pelo que, pugna pela revisão deste item, inclusive para desconsiderar a multa aplicada.

INFRAÇÃO 05 - 04.05.11

Salienta que no tocante à esta infração, aplica-se todo o raciocínio já apresentado à infração de nº 04, considerando que esta infração derivou do mesmo equívoco de escrituração ali apontado.

Por conta disso, considerou necessária a realização de revisão fiscal para se considerar o novo cálculo de retenção do ICMS no valor de R\$5.260,46, desconsiderando-se a multa aplicada.

Em sequência, comenta sobre as questões doutrinárias acerca do efeito confiscatório da multa aplicada no percentual de 60% do valor do imposto (art. 42, II da Lei nº 7.014/96), descrita nas infrações 01.02.05, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da mesma. De igual modo, no tocante às infrações nºs 03 e 04, após destacar que em relação à penalidade imposta (multa de 150%), é unânime o entendimento da jurisprudência de que multas fixadas em 100% ou mais do valor do imposto são inconstitucionais por violar o princípio ao não confisco do art. 150, IV da CF/88.

Ao final, pugna pelo recebimento de sua defesa, para:

- *Anular a multa apontada no item “II” desta peça, por violação à ampla defesa e contraditório;*
- *Autorizar a retificação das informações acima mencionadas no SPED através da transmissão de novas EFD's, nos termos do parágrafo único do art. 251 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia - Dec. nº 13.780/2012;*
- *Dar provimento às modificações apontadas para corrigir os valores dos impostos;*
- *Anular/reduzir as multas aplicadas, consoante exposto nos itens IV e V.*

Na informação fiscal às fls. 295 a 298, o autuante rebateu as razões defensivas fazendo as seguintes considerações:

Quanto a alegação de cerceamento de defesa, por enquadramento incorreto da multa da infração 04, argumenta que tal alegação não pode prosperar, visto que como pode ser observado em sua defesa nas fls. 160 e 161 deste PAF, em relação à citada infração, o contribuinte entendeu perfeitamente do que estava sendo acusado (Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado), conforme descrito no Auto de Infração, como também nos demonstrativos e levantamentos constantes no Anexo 05. Transcreveu o artigo 19 do RPAF/99, para mostrar que a falta no auto de infração da menção da alínea “g” no texto da multa aplicada (Art. 42, III da Lei nº 7.014/96) não trouxe nenhum prejuízo ao contribuinte, no que tange a sua defesa, conforme ficou constatado neste PAF.

No mérito, rebateu a defesa nos seguintes termos.

INFRAÇÃO 01 – 02.01.01

Sobre a alegação de equívoco na declaração da EFD quando do envio da competência 01/2013, aduz que por se tratar de escrituração de crédito fora do prazo, entende que o contribuinte deverá solicitar autorização do titular da repartição fazendária, conforme artigos 314 e 315 do RICMS/12 - Decreto nº 13.780/12, não sendo possível a seu ver utilização do crédito no âmbito deste PAF. Transcreveu os artigos 314 e 315 do RICMS/97 para fundamentar este argumento.

INFRAÇÃO 02 – 03.01.01

Sustenta que não pode prosperar as alegações de erro no envio dos arquivos SPED, implicando em diferenças indevidas no recolhimento do imposto acima mencionadas, visto que, no Anexo (docs. fls. 205 a 220) constam notas fiscais de devolução, referente ao mês de outubro de 2013 e os fatos geradores contestados são dos meses de março, abril e maio todos de 2013.

INFRAÇÃO 03 - 07.12.01

Observa que de novo o contribuinte alega que enviou equivocadamente arquivo do SPED de outubro de 2013, sem a contabilização das notas fiscais que foram totalmente devolvidas, conforme Anexo (docs. fls. 205 a 220), sendo todas as notas fiscais do mês de outubro de 2013, como constatado acima. Entretanto, não concordou com tal pleito por entender que não pode ser apreciado no âmbito deste PAF, pois trata-se de utilização extemporânea de crédito fiscal, e portanto deverá o contribuinte solicitar autorização ao titular da inspetoria fazendária, conforme art. 315 do RICMS/12 - Dec. nº 13.780/12.

INFRAÇÃO 04 – 04.05.01

Concordou com a defesa no sentido de que pode ter ocorrido equívoco na declaração do seu inventário na EFD enviada ao SPED e que tal erro ocorreu no cadastramento dos produtos, o que acabou embaralhando os códigos de alguns itens, entretanto discordou com as alterações solicitadas em seus inventários de 2012 e 2013, por entender que neste caso não cabem mais retificações.

Quanto ao apontado na defesa, fl. 161, acolheu o pedido do autuado em desconsiderar os itens abaixo discriminados no levantamento de entradas:

"... 26 RBX SPARK VB PTO SEMI FOSCO qualificado como "quadro", porém, na Nota Fiscal 4889 (DOC.01), resta claro que se tratam de "cubos". O mesmo vale para o item CBP2 GENOVA 200 VIOLETA (fl. 59), também classificado como "quadro", quando em verdade trata-se de Engrenagem Tripla, o que é devidamente comprovado pela Nota Fiscal nº 66466, também anexa (Doc. 01)."

INFRAÇÃO 05 - 04.05.11

Salienta que se trata de infração derivada do entendimento aplicado na infração 04.

Sobre as questões doutrinárias acerca do efeito confiscatório da multa aplicada à infração, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da multa aplicada pelo órgão julgador, que estão explanadas nas folhas 162 a 166 deste PAF – Processo Administrativo Fiscal, a seu ver não cabem apreciação na esfera Administrativa.

Conclui pela Procedência do Auto de Infração.

Constam às fls. 301 a 304, documentos extraídos do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Relatório Débito do PAF”, referente a parcelamento reconhecida, no valor de R\$ 351.438,63.

Considerando que:

As infrações **04 – 04.05.01** e **05 - 04.05.11** foram apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias (BICICLETAS), relativo ao exercício de 2013, conforme demonstrativos às fls. 24 a 145, e referem-se a omissão de saídas de mercadorias tributadas e a

falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, respectivamente.

Considerando que na peça defensiva o autuado aponta que na fl. 58 consta o item 26 RBX SPARK VB PTO SEMI FOSCO qualificado como “quadro”, porém, na Nota Fiscal nº 4889 (Doc. fl. 199), resta claro que se tratam de “cubos”. Diz que o mesmo vale para o item CBP2 GENOVA 200 VIOLETA (fl. 59), também classificado como “quadro”, quando em verdade trata-se de Engrenagem Tripla, o que é devidamente comprovado pela Nota Fiscal nº 66466, também anexa (Docs. fls. 200 a 201).

Considerando que na informação fiscal o autuante acolheu o pedido do autuado em desconsiderar os itens acima citados, porém deixou de apresentar em sua informação fiscal o levantamento quantitativo de estoques refeito, com a indicação do débito remanescente por força das alterações procedidas.

Diante disso, e visando dotar o Estado da certeza quando ao crédito tributário objeto do lançamento tributário em questão.

Conforme despacho de fl. 306, foi proposto pelo Relator e decidido pelos demais membros desta Junta de Julgamento Fiscal, na Pauta Suplementar do dia 24/10/2014, baixar o presente processo em diligência à INFAZ DE ORIGEM, para que o Auditor Fiscal autuante, adote as seguintes providências:

- Reprocessasse o levantamento quantitativo às fls. 24 a 145, ou seja, refizesse as planilhas que instruem as infrações acima citadas, desconsiderando os itens acima citados, e ao final, apresente os respectivos demonstrativos dos débitos para cada infração.

Foi recomendado que, cumprida a diligência pelo autuante, fosse intimado o sujeito passivo, fornecendo-lhe, sob recibo, no ato da intimação cópia da informação fiscal (fls. 295 a 298), 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.

O autuante atendendo ao pedido do órgão julgador acostou ao processo o levantamento quantitativo refeito, fls. 311 a 346, com a diminuição do débito da infração 04 para o valor de R\$81.055,76 e da infração 05 para o valor de R\$40.072,38, através do Demonstrativo Estoques Omissões de Saídas – Débitos ICMS Normal e ICMS Não retido por substituição tributária e levantamento das Entradas, refeitos. Conforme Intimação à fl. 310, o sujeito passivo cientificado com a entrega dos citados demonstrativos, com a reabertura do prazo de defesa por 30 dias, conforme determinado pelo órgão julgador.

Às fls. 348 a 356, o autuado se manifesta sobre a informação fiscal de fls. 295/298, com base nos argumentos a seguir expostos.

I - TÓPICO 01 FL. 295 - DO VÍCIO DE FORMA/DA INVOCAÇÃO DO DIREITO A AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO/DA TEORIA GERAL DO PROCESSO

Sobre a informação do autuante à fl. 295: *“Entretanto, tal alegação não pode prosperar, visto que como podemos observar em sua defesa nas fls. 160 e 161 deste PAF, em relação à infração 04, que o contribuinte entendeu perfeitamente do que estava sendo acusado(...)”*, o autuado observa que tal afirmação demonstra desconhecimento da Teoria Geral do Processo, pois uma alegação preliminar não pode ser rebatida com um argumento de mérito. Ou seja, que tal situação decorre de princípio básico do direito processual: o princípio da eventualidade.

Argumenta que em relação a incorreções do trabalho fiscal, o § 1º do artigo 18 do RPAF/99, prevê a atitude saneadora a ser tomada pela autoridade autuante, mas que, no caso, não foi corrigido o Auto de Infração, devendo, por isso, ser comunicado para manifestar-se sobre esta modificação.

II - TÓPICO 02 FL. 296 – RELATIVO À INFRAÇÃO 01

Quanto ao argumento do autuante de que, por se tratar de escrituração de crédito fora do prazo o contribuinte deverá solicitar autorização do titular da repartição fazendária, conforme artigos 314 e 315 do RICMS/12 – Dec. nº 13.780/12, não sendo possível utilização do crédito no âmbito deste PAF, o sujeito passivo destaca que o seu pedido na defesa foi de retificação do arquivo transmitido, não havendo, no seu entender, razão para não ser acolhido sob pena de causar enriquecimento ilícito do Estado, ainda mais se tratando de crédito da mesma natureza a ser compensado. Reitera seu pedido formulado na defesa. Sobre este tema transcreve lição do Prof. Paulo de Barros Carvalho.

III - TÓPICO 03 FL. 297 – RELATIVO À INFRAÇÃO 02

Neste ponto, requer o autuado a retificação da peça de defesa, pois as Notas Fiscais referidas (fl. 156) referem-se à defesa da Infração nº 03. Assim, pugna pela desconsideração da frase: *“Anexo(Doc. 03) seguem as NF's devolvidas, comprovando os cálculos a seguir apresentados”*

Neste sentido, tal qual ocorreu na infração 02, pleiteia o autuado a retificação do arquivo transmitido.

IV - TÓPICO 04 FL. 297 – RELATIVO À INFRAÇÃO 03

Aduz que como já relatado nas infrações anteriores pugna para que esta Corte aceite a nova apresentação do arquivo do SPED.

V - TÓPICO 05 FL. 298 – RELATIVO À INFRAÇÃO 04

Argui que como já informado na defesa, os dados extraídos da EFD de fls. 75 a 97 dos autos, não condizem com a realidade fática, pois ocorreu equívoco na declaração do seu inventário na EFD enviada ao SPED.

Quanto a alegação do autuante à fl. 298: *“não podemos concordar com as alterações solicitadas em seus inventários de 2012 e 2013, pois acreditamos que neste caso não cabem mais retificações”*, frisa que na diligência de fl. 306 os membros da Junta de Julgamento Fiscal buscam *“dotar o Estado da certeza quanto ao crédito tributário objeto do lançamento tributário em questão”*, por tal motivo determinaram a realização da diligência.

Indaga: *“Se o Sr. Auditor não concorda em apurar os inventários corretos continuamos em um “Estado de incerteza” quanto à constituição do crédito. Como poderá então o contribuinte ser devedor de crédito tributário inexistente?”*

Salienta que não há razão sequer para arbitramento, pois a prova está nos autos, assim como os cálculos abalizados pelo novo inventário (doc. 04 da peça de defesa).

Reafirma que o equívoco na EFD transmitida gerou uma interpretação distorcida de possíveis Fatos Geradores, que em verdade não ocorreram como descrito no Auto de Infração guerreado.

Afirma que consoante o novo levantamento dos inventários de 2012 e 2013 os cálculos mudaram, não podendo ser mantida a enorme quantidade de saídas sem a emissão de documentos fiscais, tampouco o valor do preço médio.

Repete que de acordo com a escrituração refeita da empresa o preço médio dos produtos caiu de R\$185,38 para R\$176,59, bem como a apuração de possíveis saídas de mercadorias sem escrituração que saiu de 2.887 para 284.

Com isso, diz que o valor da base de cálculo de acordo com a nova apuração sai de espantosos R\$535.193,41 para R\$50.151,56, como já demonstrado na defesa.

Com base nisso, pugna pela revisão da suposta infração, inclusive para desconsiderar a multa aplicada.

VI - TÓPICO 06 FL. 298 – RELATIVO À INFRAÇÃO 05

Pondera que tal infração deve ser revista, pois decorre do entendimento a ser aplicado na suposta infração 04.

VII – TÓPICO 07 FL. 298 - DA IMPERIOSIDADE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO A APRECIACÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Sobre este tópico, comenta que sobre o artigo art. 167, I e III do RPAF/99, para questionar: “*Poderia um servidor da SEFAZ, com base em um decreto do Governador (tal qual o RPAF/99), solicitar a imediata apreensão de carros e levá-los a hasta pública por falta de pagamento de IPVA? Será que os servidores da SEFAZ iriam cumprir essa determinação teratológica?*” E responde que não, à luz de lições de renomados professores de direito.

Ressalta que, caso este Egrégio Tribunal Administrativo acate a determinação unilateral do Exmº Sr. Governador constante no art. 167, III do RPAF/99, estará indubitavelmente infringindo de maneira inquisitória o direito fundamental expresso no art. 5º, LV, da CF/88.

Por derradeiro, cita o posicionamento do STF através do enunciado nº 473 da súmula do STF e da Súmula 347.

Pelo acima alinhado, pugna pela declaração de inconstitucionalidade do art. 167, I e III do RPAF/99 para que se possa analisar a declaração de inconstitucionalidade mencionada na defesa sobre o efeito confiscatório da multa aplicada.

Conclui requerendo:

- Anular a multa apontada no item “II” da defesa, por violação à ampla defesa e contraditório;
- Autorizar a retificação das informações acima mencionadas no SPED através da transmissão de novas EFD's, nos termos do parágrafo único do art. 251 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia - Dec. nº 13.780/2012;
- Dar provimento às modificações apontadas para corrigir os valores dos impostos;
- Anular/reduzir as multas aplicadas, por serem nitidamente inconstitucionais.

O autuante presta informação fiscal, fls. 389 a 391, tecendo as seguintes considerações:

1) Em relação ao **item I da defesa (fl. 349)**, entende, que não assiste razão ao contribuinte, pois, consta na (fl. 296) na informação fiscal, referente ao tópico I e cuja cópia o contribuinte recebeu, a citação da alínea g) que foi omitida no Auto de Infração no texto da multa aplicada (Art. 42, III da Lei nº 7.014/96) e sobre a qual o mesmo não manifestou.

2) Sobre o **Item II (fl. 350) - Relativo à Infração 01**, mantém a sua opinião já exposta anteriormente (fls. 296 a 297), por se tratar de escrituração de crédito fora do prazo a que supostamente teria direito o contribuinte e que foi percebido pelo mesmo, posteriormente à fiscalização realizada, o contribuinte deverá solicitar autorização do titular da repartição fazendária, conforme artigos 314 e 315 do RICMS/12 - Dec. nº 13.780/12, não sendo possível a meu ver utilização do crédito no âmbito deste PAF (Processo Administrativo Fiscal), só após adotado o procedimento constante no art. 315 do RICMS/12.

3) No que se refere ao **Item III (fls. 350 e 351) - Relativo à Infração 02**, mantém a autuação, pois, apesar do defendente reconhecer o equívoco de considerar em sua defesa notas fiscais de devolução do mês de outubro Anexo (Doc. 03), quando na realidade os fatos geradores em questão referem-se aos meses de março, abril e maio todos de 2013, mesmo assim não seria possível a retificação da EFD (Escrituração Fiscal Digital) para inclusão de notas fiscais não registradas, após iniciada a ação fiscal.

4) Em relação ao **Item IV (fl. 351) - Relativo à Infração 03**, sustenta que não procede o pedido de revisão solicitado pelo contribuinte, alegando que as notas fiscais de devoluções, que se encontram no anexo (Doc. 03) (fls. 205 a 209) não teriam sido contabilizadas, visto que, as mesmas se encontram no levantamento de entradas (que teve como origem os arquivos da EFD enviados pelo contribuinte) no demonstrativo (Anexo 05) na fl. 50 (Nota Fiscal nº 2538), fl. 51 (Nota Fiscal

nº 2538) e fl. 52 (Notas Fiscais nºs 01, 02 e 14) e mesmo que o contribuinte não tivesse registrado estas notas fiscais, só seria possível a revisão com nova apresentação de arquivo da EFD, antes do início da ação fiscal.

5) Sobre o **Item V (fls. 351 e 352) - Relativo à Infração 04**, quanto a solicitação para revisão dos inventários de 2012 e 2013, sob a alegação de equívoco ocorrido no cadastramento dos produtos, o que acabou embaralhando os códigos de alguns itens, diz que, a seu ver nesta situação, após o início da fiscal, não cabem mais retificações.

6) No que tange o **Item VI (fl. 352) - Relativo à Infração 05**, mantém a autuação por tratar-se de infração derivada do entendimento aplicado na infração 04.

7) Após análise do **Item VII (fls. 352 a 355)** que trata da: "**DA IMPERIOSIDADE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO A APRECIACÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**", ratifica o seu entendimento explanado na 1ª informação fiscal (fl. 298), de que não cabem ser apreciadas na Esfera Administrativa questões doutrinárias acerca do efeito confiscatório da multa aplicada à infração, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da multa aplicada.

Em função de todos os argumentos acima expostos, solicita que seja julgado procedente este Auto de Infração.

VOTO

Analisando a preliminar de nulidade, da infração 04, arguida pelo sujeito passivo, relativa ao enquadramento da infração no artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, sem a indicação da alínea correspondente ao fato apurado, verifico que realmente o autuante olvidou de citar a alínea "g", consoante consta no referido dispositivo legal, in verbis:

III - 100% (cem por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, apurando-se a ocorrência de:

(...)

g) outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque.

Contudo, de acordo com o artigo 19 do RPAF/99, "*A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.*"

Neste caso, está evidente o enquadramento legal, tanto que o autuado entendeu perfeitamente o motivo da autuação, qual seja omissão de saídas detectada por meio de levantamento quantitativo, e em suas razões meritórias exerceu o seu direito de defesa apontando equívocos no aludido trabalho fiscal que será analisado por ocasião do exame do mérito. Portanto, o simples fato de não constar a alínea "g" no enquadramento legal da infração, não causou prejuízo à defesa, não sendo motivo para que seja decretada a nulidade da autuação.

Assim, depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art. 39 do RPAF/99, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos respectivos elementos de provas representados nos levantamentos, demonstrativos e documentos fiscais e CD, constantes nos autos, necessárias à demonstração dos fatos argüidos, todos entregues a preposto do contribuinte autuado, ficando rejeitada a preliminar de nulidade requerida nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Isto posto, passo agora a analisar o mérito das infrações impugnadas.

Infração 01 – 02.01.01

Versa sobre acusação de que o autuado deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses janeiro, julho a dezembro de 2013, cujos valores lançados no demonstrativo de débito encontram-se na planilha “Demonstrativo do ICMS a Recolher – 2013” à fl. 11 dos autos, ou seja, correspondem aos valores declarados na EFD (Escrituração Fiscal Digital) pelo autuado e não recolhidos.

O lançamento foi impugnado com base na alegação de que ocorreu de sua parte erro na EFD, tendo demonstrado no corpo da peça defensiva o novo cálculo que considera correto em relação ao mês 01/2013, e aduz que estes são os valores que devem ser retificados no SPED ref. 01/2013, levando-se em consideração os cálculos que apresentou na defesa, além dos descritos na planilha de crédito de ICMS anexa (doc. fl. 203).

Antes de adentrar no exame do mérito, cabe analisar o significado EFD - Escrituração Fiscal Digital: é um arquivo digital, que se constitui de um conjunto de escriturações de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Receita Federal do Brasil, bem como de registros de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte. Este arquivo deverá ser assinado digitalmente e transmitido, via Internet, ao ambiente SPED.

Constitui-se em um arquivo digital, com um conjunto de informações referentes às operações, prestações de serviços e apuração de impostos do contribuinte, e substitui os seguintes livros Fiscais: Registro de Entradas; Registro de Saídas; Registro de Inventário; Registro de Apuração do ICMS; Registro de Apuração do IPI; Controle do Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP.

Os arquivos da EFD têm periodicidade mensal e devem apresentar informações relativas a um mês civil ou fração, ainda que as apurações dos impostos (ICMS e IPI) sejam efetuadas em períodos inferiores a um mês, segundo a legislação de cada imposto. Está previsto na legislação tributária que os contribuintes do Estado da Bahia devem apresentar a EFD até o dia 25 do mês subsequente ao fato gerador.

Portanto, pelo acima alinhado, caracteriza-se como documento fiscal extemporâneo aquele que for objeto de escrituração fora dos prazos regulamentares.

No caso, observa-se no demonstrativo acima que basicamente a diferença de maior relevância diz respeito ao crédito fiscal sobre o estoque no valor de R\$23.609,95. Sobre a alegação de erro na declaração da EFD quando do envio da escrituração do mês questionado, por se tratar de escrituração de crédito fora do prazo, comungo com o autuante no sentido de que o contribuinte deverá solicitar autorização do titular da repartição fazendária, conforme artigos 314 e 315 do RICMS/12 - Dec. nº 13.780/12, não sendo possível utilização do crédito neste processo. (*Art. 315. A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314 dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte.*)

Sendo assim, quanto ao pedido para revisão do débito, indefiro tal pedido com fulcro no art. 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, pois, os valores apurados pela fiscalização estão baseados na EFD, e o autuado não trouxe nenhum documento para comprovar sua alegação de erro de escrituração digital.

Cabe consignar que o sujeito passivo, no tocante a esta infração, reconheceu parcialmente a infração e recolheu o débito no total de R\$350.804,65, conforme atesta o extrato do SIGAT à fl. 304.

Infração 02 – 03.01.01

Trata de exigência do ICMS em decorrência de recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$1.323,84, nos prazos regulamentares, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses fevereiro a maio de 2013, conforme demonstrativo e documentos às fls. 13 a 15.

Ao defender-se o autuado alegou que ocorreu erro no envio dos arquivos do SPED, implicando em diferenças indevidas no recolhimento do imposto, pois em relação aos Fatos Geradores - FG ocorridos em 31/03/2013, 30/04/2013 e 31/05/2013 ocorreram operações de devolução de mercadorias, conforme documentos às fls. 205 a 220 referentes à cópias das NF's devolvidas.

Em que pese o autuado ter demonstrado que as diferenças são originárias das notas fiscais às fls. 205 a 220, não pode prosperar sua alegação de erro no envio dos arquivos SPED, pois as notas fiscais de devolução de fato se referem ao mês de outubro de 2013 e os fatos geradores contestados são dos meses de março, abril e maio todos de 2013.

Sobre a alegação de erro na declaração da EFD quando do envio da escrituração dos meses questionados, por se tratar de escrituração de operações fora do prazo, comungo com o autuante no sentido de que o contribuinte deverá solicitar autorização do titular da repartição fazendária, conforme artigos 314 e 315 do RICMS/12 - Decreto nº 13.780/12, não sendo possível utilização do crédito neste processo. (**Art. 315.** *A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314 dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte.*)

Cabe consignar que o sujeito passivo, no tocante a esta infração, reconheceu parcialmente a infração e recolheu o débito no valor de R\$633,98, conforme atesta o extrato do SIGAT à fl. 304.

Infração 03 - 07.12.01

Diz respeito a acusação de falta de recolhimento do ICMS retido, no total de R\$284.402,92, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

O débito encontra-se demonstrado à fl. 17, cujo referido demonstrativo estão discriminados os valores mensais do ICMS-ST não recolhidos nos meses de julho a dezembro de 2013.

O lançamento foi impugnado pelas mesmas razões dos itens anteriores, ou seja, que houve erro no arquivo do SPED enviado equivocadamente sem constar a contabilização das Notas Fiscais - NF's, totalmente devolvidas, referente ao fato gerador do mês de outubro de 2013 (Docs. fls. 205 a 220).

Conforme comentado nos itens antecedentes, não pode ser atendido neste processo o pleito do contribuinte, por se tratar de utilização extemporânea de crédito fiscal, que deverá o contribuinte solicitar autorização ao titular da inspetoria fazendária, conforme art. 315 do RICMS/12 - Decreto nº 13.780/12.

Infração 04 – 04.05.01

No tocante a este item, o fato descrito no auto de infração faz referência à falta de recolhimento do ICMS, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis (BICICLETAS), efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e conseqüentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque.

Consoante o esclarecimento constante na descrição do fato, trata-se *de empresa que fabrica bicicletas, sendo agregado os quadros e bicicletas por considerar a fiscalização neste levantamento que os quadros para bicicletas adquiridos são transformados em bicicletas, não sendo possível entretanto correspondência individualizada, ou seja, determinado modelo de quadro não irá produzir determinado modelo de bicicleta, mas sim diversos entre centenas de modelos de bicicletas, tudo de conformidade com o CD contendo os demonstrativos e levantamentos do estoque (anexo 05) em sua totalidade, que foi cópia ao sujeito passivo para o exercício da ampla defesa e do contraditório.*

Portanto, pelo lançamento do item ora em discussão exige-se ICMS, face a constatação de omissão de saídas de mercadoria (BICICLETAS) apurada através de levantamento quantitativo de estoques, e encontra-se devidamente demonstrado às fls. 24 a 145, no qual, constam especificadas e relacionadas as quantidades das entradas e das saídas e o número dos respectivos documentos fiscais; os estoques inicial e final, o demonstrativo de estoque, e a demonstração de apuração do

débito. Eis os levantamentos fiscais que fundamentam a infração: Demonstrativo consolidado – fl. 25; Levantamento das entradas – fls. 26 a 60; Levantamento das saídas – fls. 61 a 74; Inventário de 31/12/2012 – fls. 75 a 86; Inventário de 31/12/2013 – fls. 87 a 97; e Levantamento dos preços médios unitários – fls. 98 a 145.

O cálculo do débito da infração foi feito em perfeita conformidade com a Portaria nº 445/98, qual seja, com base nas operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos.

O levantamento que resultou na autuação fiscal é composto de diversos quadros demonstrativos que explicitam todo o trabalho realizado, inclusive por meio de magnético (CD à fl. 23), nos quais o Fisco especifica o produto 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 Saída, no Registro de Inventário. E, foi com base nesse procedimento que restou constatada de saídas de mercadorias tributadas, 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.

Quanto aos números consignados no trabalho fiscal, verifico que o autuado na peça defensiva apenas alegou que os dados extraídos da EFD constantes no inventário de fls. 75 a 97 dos autos, não condizem com a realidade fática, pois ocorreu equívoco na declaração do seu inventário na EFD enviada ao SPED, destacando os itens relativos a bicicleta BIC.SILVER MULEKA 18V LILAS/BCO A26 F QAC, de código nº 3888; item 26 RBX SPARK VB PTO SEMI FOSCO qualificado como “quadro”, porém, na Nota Fiscal nº 4889 (Doc. fl. 199), consta que se trata de “cubos”; o item CBP2 GENOVA 200 VIOLETA (fl. 59), também classificado como “quadro”, quando em verdade trata-se de Engrenagem Tripla, o que é devidamente comprovado pela Nota Fiscal nº 66466, também anexa (Docs. fls. 200 a 201).

Aduza ainda que consoante o novo levantamento dos inventários de 2012 e 2013 (Docs. fls. 222 a 261) os cálculos mudaram, não podendo ser mantida a enorme quantidade de saídas sem a emissão de documentos fiscais, tampouco o valor do preço médio encontrado às fls. 98 e seguintes, e que de acordo com a escrituração refeita da empresa o preço médio dos produtos caiu de R\$185,38 para R\$176,59, bem como a apuração de possíveis saídas de mercadorias sem escrituração que saiu de 2.887 para 284. Sobre os demais itens alegou que não houve tempo hábil para uma apuração mais precisa deste ponto, considerando o prazo exíguo para apresentação de sua defesa, havendo inclusive a possibilidade da ocorrência de furto, o que está sendo apurado.

Por conta disso, admitiu que o valor da base de cálculo de acordo com a nova apuração sai de R\$535.193,41 para R\$50.151,56, pelo que, pugna pela revisão deste item, inclusive para desconsiderar a multa aplicada.

Constato que na informação fiscal o autuante concordou com a defesa no sentido de que ocorreu equívoco na declaração do seu inventário na EFD enviada ao SPED e que tal erro ocorreu no cadastramento dos produtos, o que acabou embaralhando os códigos de alguns itens, entretanto discordou com as alterações solicitadas em seus inventários de 2012 e 2013, por acreditar que neste caso não cabem mais retificações.

Quanto aos erros pontuais apontados na defesa fl. 161, o autuante acolheu o pedido do autuado em desconsiderar no levantamento de entradas o itens relativos a: 26 RBX SPARK VB PTO SEMI FOSCO e CBP2 GENOVA 200 VIOLETA, tendo, a pedido do órgão julgador, refeito o levantamento quantitativo inicial de fls. 25 a 145, no que resultou nos papéis de trabalho às fls. 311 a 346, com a diminuição do débito para o valor de R\$81.055,76.

Desta forma, dada a mensurabilidade de que é dotado o levantamento quantitativo por espécie, somente o erro aritmético ou a alocação de valores comprovadamente irreais, podem elidir o feito ou determinar o reajustamento do crédito tributário para determinar seu “quantum” real. Em razão de assertiva, os efeitos do referido processo de exame fiscal se quedam apenas à apresentação de prova suficiente capaz de contrariar os dados constantes de sua elaboração. No caso dos autos, restou comprovada a iniciativa da defesa de reverter a seu prol parcialmente o resultado do procedimento, dada a existência de prova das alegações que aduziu aos autos.

Mantenho em parte o lançamento do item em comento, pois a metodologia de apuração do débito obedeceu ao roteiro de auditoria de estoques, e o débito foi calculado seguindo os procedimentos previstos na Portaria nº 445/98, tendo o sujeito passivo logrado êxito na comprovação de erro no trabalho fiscal que foi acolhido pelo autuante, exceção das alegações acima ponderadas, que acolho integralmente para concluir o meu voto em relação a este item da autuação, pela subsistência parcial no valor de R\$81.055,76.

Infração 05 - 04.05.11

A situação deste item é reflexa do item anterior, e foi apurada com base nas diferenças do mesmo levantamento quantitativo, referindo-se a falta de retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais.

Desta forma, restando comprovado que houve erro no levantamento quantitativo, ao ser refeito, resulta na alteração do débito para o valor de R\$40.072,38.

Por derradeiro, quanto aos aspectos constitucionais abordados na peça defensiva em relação a legislação tributária estadual constante no enquadramento legal de cada infração, destaco a regra estabelecida pelo art. 167, I do RPAF/99 que retira do órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de Lei, decreto ou ato normativo.

Portanto, não é esta Junta de Julgamento Fiscal o foro apropriado para a discussão de uma possível ilegalidade de norma tributária estadual, como argüido pelo autuado, e a jurisprudência e a doutrina citada na defesa não se aplica aos fatos narrados no auto de infração objeto deste processo.

Quanto ao pedido para redução ou cancelamento de todas as multas aplicadas pelo descumprimento da obrigação principal, ressalto a legalidade das mesmas, tendo em vista que estão previstas no artigo 42, II, “b”, “e” e “f”, V “a” e III, da Lei nº 7.014/96, não podendo ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que as penalidades impostas estão vinculadas às infrações cometidas, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Sobre a alegação defensiva de confiscatoriedade da multa no tocante às infrações 03 e 04, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no artigo 42, incisos III e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$795.564,13, alterando-se o demonstrativo de débito das infrações 04 e 05, recomendando a homologação dos valores recolhidos:

INFRAÇÃO	VL. INICIAIS	VL. JULGADOS	MULTA
01 - 02.01.01	388.709,23	388.709,23	60%
02 - 03.01.01	1.323,84	1.323,84	60%
03 - 07.12.01	284.402,92	284.402,92	150%

04 - 04.05.01	90.982,88	81.055,76	100%
05 - 04.05.11	56.123,08	40.072,38	60%
TOTAIS	821.541,95	795.564,13	

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

Data Ocorr.	Data Vencido	B. Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr. do Débito
31/12/2013	09/02/2014	476.798,59	17	100	81.055,76
				TOTAL	81.055,76

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

Data Ocorr.	Data Vencido	B. Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr. do Débito
31/12/2013	09/02/2014	235.719,88	17	60	40.072,38
				TOTAL	40.072,38

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269133.0603/14-3**, lavrado contra **SILVER INDÚSTRIA DE BICICLETAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$795.564,13**, acrescido das multas de 60% sobre R\$430.105,45, 100% sobre R\$81.055,76 e 150% sobre R\$284.402,92, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “b”, “e” e “f”, III e V, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2015.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA – JULGADOR