

A. I. N° - 170623.0083/12-8
AUTUADO - DISMEL COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - SUELI SANTOS BARRETO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/08/2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0107-01/18

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÕES TANTO DE SAÍDAS QUANTO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS DO REGIME NORMAL DE TRIBUTAÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE A DIFERENÇA DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA, A DAS SAÍDAS. Diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, a fim de que Auditor Fiscal estranho ao feito realizasse revisão fiscal do lançamento, verificando e analisando, especialmente, as alegações defensivas atinentes à existência de mercadorias arroladas na autuação sujeitas ao regime de substituição tributária, bem como os preços médios, por produto, que foi aplicado sobre a quantidade omitida, apresentado pela autuante no cumprimento da diligência anteriormente solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, restou cumprida. O diligenciador excluiu do levantamento levado a efeito pela autuante, os valores referentes às mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, mantendo corretamente no levantamento, os valores relativos às mercadorias cuja tributação ocorre normalmente. No tocante aos preços médios, o diligenciador apurou que os demonstrativos de preços médios constantes no CD, estão corretos, portanto, utilizáveis na apuração da base de cálculo e, conseqüentemente, do imposto. Acolhida a decadência referente ao exercício de 2008. Infração 1 parcialmente procedente. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MULTA SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO NA ENTRADA DAS MERCADORIAS, MAS CUJAS SAÍDAS POSTERIORES FORAM TRIBUTADAS NORMALMENTE.** Fato demonstrado nos autos. Mantido o lançamento. **3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. MULTAS. a) FALTA DE ENTREGA À FISCALIZAÇÃO DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS SOLICITADOS MEDIANTE INTIMAÇÃO.** Falta de entrega de informações mediante arquivo magnético, e arquivo apresentado com inconsistências, não sendo apresentado o Registro 74 (estoques inicial e final). A entrega de arquivos com inconsistências equivale à falta de entrega. **b) FALTA DE ENTREGA [ENVIO] DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS À REPARTIÇÃO, PELA INTERNET.** Falta de entrega de arquivos magnéticos nos prazos previstos na legislação. Infrações caracterizadas. Multas cumulativas. **4. LIVROS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO.** Infração descrita de forma imprecisa, não indicando sequer qual ou quais

livros não teriam sido entregues. Além disso, o valor da multa aplicada, tendo havido uma só intimação, não tem previsão legal, nos termos do inciso XX, do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Lançamento nulo, por falta de certeza e liquidez. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**.
Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/03/2014, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$184.177,81, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias nos exercícios fechados de 2008, 2010 e 2011, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, a diferença de maior valor monetário – o das saídas tributáveis –, sendo lançado imposto no valor de R\$82.639,53, com multas de 70% e 100%;
2. Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente – multa de R\$61.580,55;
3. Falta de entrega de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Consta um adendo nestes termos: “Exercício 2009. O contribuinte não entregou as informações referentes ao Arquivo Magnético no período de setembro a dezembro; Exercício de 2012: Arquivo apresentado, mantido as inconsistências [sic]; não apresentou o Reg. 74”. Foi aplicada multa no valor de R\$34.437,73;
4. Falta de apresentação de livros fiscais, sendo aplicada multa no valor de R\$2.760,00;
5. Falta de entrega de arquivos magnéticos nos prazos previstos na legislação, os quais deveriam ter sido enviados via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), sendo aplicada multa de R\$2.760,00.

O Contribuinte apresentou defesa (fls. 181/200) observando que a mesma preposta fiscal que lavrou o presente Auto tinha lavrado outro, de nº 170623.0077/12-8, o qual foi julgado nulo em primeira instância, decisão que foi confirmada pela CJF, conforme ementa que transcreve, por falta de elementos que determinassem com segurança as irregularidades apontadas, implicando cerceamento de defesa, tendo sido recomendada à renovação do procedimento fiscal, recomendação essa que acabou motivando a lavratura do presente Auto de Infração.

O autuado alega que este Auto nada mais é do que uma repetição do anterior, que foi julgado nulo, com apenas algumas diferenças de valores nas infrações, mas na estrutura deste Auto estão presentes as mesmas falhas que permearam o Auto anterior, pelo que, inevitavelmente, o desfecho do presente processo não terá como ser diferente, devendo ser reconhecida a sua nulidade, por cerceamento de defesa, ou então ser julgado improcedente. Transcreve trecho do voto proferido pelo relator no Acórdão CJF 0323-12/13. Passa a destacar a existência de diversos vícios que consideram insanáveis:

- a) item 1º: falta de descrição clara e precisa da acusação. Alega que o Auto de Infração, para ser aceito regular, precisa obedecer a diversos requisitos previstos na legislação, destacando-se dentre estes a necessidade de a acusação fiscal estar bem explicada, para permitir o seu

perfeito entendimento por parte do autuado, possibilitando que este possa exercer seu direito à ampla defesa e ao contraditório, que são garantias constitucionais, de modo que, não estando a acusação clara o suficiente, fica caracterizado um típico caso de nulidade do Auto de Infração, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF. Aduz que, no caso do item 1º, se a autoridade fiscal entendeu ter havido alguma irregularidade relacionada aos estoques de mercadorias, por isso, precisaria, não só ter explicado de forma clara, de modo a permitir seu perfeito entendimento pelo autuado, mas, também, ter comprovado de forma suficiente, e por meio dos necessários demonstrativos, previstos na legislação, porém não houve nem uma coisa, nem outra. Alega que, além da falta de clareza na descrição feita pela autuante, também não teve o autuado acesso a todos os demonstrativos fiscais necessários para bem compreender a acusação fiscal, a exemplo do demonstrativo fiscal referente aos preços médios unitários das mercadorias objeto da autuação e do demonstrativo geral das omissões. Reclama que não dá para se entender o que exatamente a autuante quis dizer, pois ora acusa ter havido “falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas”, ora diz ter havido “omissão de saídas de mercadorias tributáveis”. Frisa que a ausência dos aludidos demonstrativos impede por completo a apuração e o conhecimento regular e preciso da base de cálculo e do respectivo valor do imposto. Cita doutrina. Conclui dizendo que as falhas apontadas sequer permitem que o sujeito passivo possa exercer plenamente o seu direito de defesa;

- b) item 3º: multiplicidade de acusações em um mesmo item, provocando cerceamento de defesa. Reitera que o Auto de Infração, para ser aceito como regular, precisa, dentre outras coisas, ter uma acusação clara, precisa e objetiva, para fins de permitir o seu perfeito entendimento por parte do autuado, possibilitando que este possa exercer seu direito à ampla defesa e ao contraditório, que são garantias constitucionais. Reclama que no caso do item 3º há uma multiplicidade de acusações fiscais, pois acusa falta de fornecimento de arquivo magnético, falta de entrega de informações referentes ao período de setembro a dezembro do exercício de 2009, apresentação de arquivo com inconsistências relativamente ao exercício de 2012, e ainda falta de apresentação do Reg. 74 (estoques inicial e final). Alega que a boa técnica de lançamento de crédito tributário determina que as infrações sejam individualizadas por item, não só para permitirem uma fácil compreensão do seu teor, mas, também, para possibilitar que o acusado possa se defender amplamente da acusação. Além disso, considerando que cada infração costuma levar uma capitulação legal específica, a existência de múltiplas acusações em um mesmo item do Auto de Infração implica cerceamento de defesa. Observa que, neste caso, a penalidade para a falta de entrega de arquivos magnéticos é uma, mas para a apresentação de arquivos magnéticos com inconsistências é outra, e assim por diante. Aduz que, supondo-se, só para poder argumentar, que a acusação fiscal que a autuante realmente pretendia fazer tivesse sido a de apresentação de arquivos magnéticos com inconsistências, em tal caso seria imperativo que a fiscalização tivesse observado à risca as regras do art. 708-B, §§ 3º e 5º do RICMS/97, e do art. 261, §§ 2º e 4º do RICMS/12, e não há nestes autos elementos que comprovem que isso tenha ocorrido. Pondera que o bom senso aponta no sentido da necessidade de se declarar nula esta imputação, por força da regra do art. 18, IV, “a” do RPAF. Pondera que, se não for entendido dessa forma, então, pelo menos se aplique a penalidade de menor valor, dentre as aplicáveis às inúmeras acusações fiscais apontadas pela autuante, que seria a de R\$ 460,00, conforme art. 42, XX, “a” da Lei nº 7.014/96;
- c) item 4º: imprecisão na descrição da acusação. Protesta que a autuante sequer especificou a que livro ou a que exercício estaria relacionada a suposta falta de apresentação, o que bota a perder a acusação fiscal, pois tal omissão implica cerceamento de defesa, por não permitir ao contribuinte saber exatamente do que deveria se defender. Considera que o bom senso aponta no sentido da necessidade de se declarar nula essa imputação, por força da regra do art. 18, IV, “a” do RPAF;

d) item 5º: imprecisão na descrição da acusação. Alega que a autuante sequer informou a que mês específico ou a que exercício estaria relacionada a suposta falta de entrega do arquivo magnético, o que bota a perder a acusação fiscal, haja vista que tal omissão implica cerceamento de defesa, pois não permite ao contribuinte saber a que período estaria se reportando a acusação, e o bom senso aponta no sentido da necessidade de se declarar nula essa imputação, por força do art. 18, IV, “a”, do RPAF.

Sustenta que, com relação ao item 1º, já ocorreu à decadência relativamente ao exercício de 2008, uma vez que o lançamento em discussão só teve início no exercício de 2014. Toma por fundamento o art. 150, § 4º do CTN.

Observa que o próprio RICMS/12, no seu art. 232, estabelece que o contribuinte só está obrigado a guardar sua documentação fiscal referente ao prazo decadencial, ou seja, relativamente aos últimos 5 anos, e neste caso, tendo a empresa encerrado suas atividades comerciais há alguns anos, não haveria motivo algum para ela guardar documentação tão antiga.

Ainda com relação ao item 1º, alega que está sendo feita exigência de imposto já pago em fase anterior de tributação – mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Observa que, conforme já havia assinalado, um Auto de Infração lavrado anteriormente pela autuante contra essa mesma empresa, relativamente ao mesmo período objeto da presente autuação, foi julgado nulo por cerceamento ao direito de defesa, já que continha vícios que impossibilitavam se ter conhecimento do real valor do ICMS exigido.

Aduz que no presente Auto a situação é a mesma, pois não há como se conhecer o real valor do imposto cobrado, já que o demonstrativo fiscal que fundamenta a cobrança possui vício insanável espalhado por toda a sua extensão, uma vez que existem “mercadorias substituídas” no referido demonstrativo, o que é ilegal, já que tais mercadorias já tiveram encerrada sua fase de tributação, pelo que é inconcebível a exigência de ICMS por conta de supostas omissões de saídas, e por conseguinte, ainda que restasse comprovada a omissão de saídas destas mercadorias, seria flagrantemente ilegal a exigência de imposto, haja vista que tal exigência representaria uma cobrança em duplicidade.

A título de amostragem, aponta alguns exemplos de mercadorias, identificadas pelo código constante no demonstrativo fiscal, que estão sujeitas à substituição tributária, e que foram objeto de exigência de ICMS por suposta omissão de saídas. Alega que, pela quantidade de itens que se encaixam nessa condição de cobrança indevida, é inviável listar todos eles, um a um, pelo que se faz necessária diligência fiscal, para excluir todos esses itens. Os códigos destacados são os seguintes: 14644, 18761002, 184603, 184624. 14683, 14662, 18760002, 14441, 14442, 14443, 14444, 14451, 14453, 14459, 14460, 14461, 14462, 14464, 14465, 12712, 12868, 12869, 12877, 12898, 12914, 12917, 12928, 12933, 12936, 12967, 12973, 13018, 13061 e 13063.

Por essas razões, considera visível que os demonstrativos fiscais, na forma que se apresentam, não servem para dar embasamento à cobrança do imposto.

Salienta que cabe ao fisco conhecer quais são as mercadorias que se sujeitam à substituição tributária, para não cobrar o imposto por omissão de saídas, e não, aguardar que o autuado indique, uma a uma, quais as mercadorias que, equivocadamente, foram arroladas no demonstrativo fiscal.

Impugna também o item 2º, alegando não haver prejuízo para o Estado, mesmo que se considere como não recolhido o imposto por antecipação parcial, porque todo valor de antecipação parcial que tivesse sido recolhido seria utilizado pelo próprio contribuinte a título de crédito fiscal, conforme previsto no art. 93, I-A do RICMS/97, o que matematicamente equivaleria a uma operação de estorno. Aduz que o próprio princípio constitucional da não cumulatividade, que também se encontra insculpido na legislação tributária baiana, garantiria esse direito ao contribuinte.

Ainda com relação ao item 2º, invoca o entendimento que considera já pacificado no CONSEF acerca da necessidade de redução da multa aplicada, por conta do contexto em que se deu a irregularidade fiscal. Alega que, conforme comprovado e dito pela própria autuante, não houve, no presente caso, falta de pagamento do imposto, já que o contribuinte tributou as saídas das mercadorias, e, além disso, pelas próprias peculiaridades ao redor da ocorrência constatada pela autuante, resta também caracterizada a ausência de dolo, fraude ou simulação, tendo sido regularmente escrituradas todas as operações objeto da autuação, de modo que o bom senso e o próprio entendimento já pacificado neste CONSEF acerca da questão sugerem o cancelamento ou a redução do valor da multa aplicada. Considerando que já foi pago o imposto nas saídas das mercadorias, e que toda a escrituração das operações em questão foram regularmente levadas aos livros fiscais, pleiteia o cancelamento da multa aplicada, ou que seja o valor da multa reduzido a um percentual mais adequado ao contexto, que o autuado sugere em 5% do valor exigido, nos mesmos moldes da decisão prolatada pela 1ª Câmara no Acórdão CJF 0250-11/10, cópia anexa. Transcreve trecho do voto do relator no referido acórdão.

Também impugna o lançamento do item 3º, alegando duplicidade de aplicação de penalidade pelo mesmo fato. Observa que foi acusado de ter deixado de entregar ou fornecer arquivo magnético, pelo que lhe foram imputadas diversas multas nos exercícios de 2009 e 2012. Considera que a imputação não pode seguir adiante, haja vista que a mesma acusação – falta de entrega ou fornecimento de arquivo magnético – já foi objeto do item 5º, o que a descredencia a também estar presente no item 3º, havendo assim verdadeira duplicidade de aplicação de penalidade pelo mesmo fato.

Sustenta que, além disso, a acusação não corresponde à realidade, por dois motivos. Primeiro, porque o contribuinte apresentou os arquivos magnéticos, conforme comprovantes anexos, doc. 5. E segundo, porque a autuante sequer descreveu quais teriam sido as supostas “inconsistências”, e, se não as descreveu, não tem o contribuinte como adivinhar, não podendo, portanto defender-se amplamente, sem conhecer com precisão o verdadeiro teor acusatório.

Faz o registro de que, se porventura a tal “inconsistência” for a suposta não apresentação do “Reg. 74”, a autuação está equivocada acerca da legislação, já que esta só determina a apresentação do Registro 74 nos meses de janeiro e dezembro, conforme disposição contida no art. 259, § 17 do RIMCS/12.

Impugna também o item 4º, alegando aplicação incorreta da multa à suposta infração. Reclama que foi acusado de ter deixado de apresentar “livro(s) fiscal(is), quando regularmente intimado”, porém a autoridade autuante não provou que tivesse havido falta de apresentação de livro fiscal, e também não informou qual teria sido este suposto livro não apresentado. Aduz que, não obstante isso, ainda que isso fosse verdade, o que admite só para argumentar, a multa aplicável seria de R\$ 460,00, nos termos do art. 42, XX, “a” da Lei nº 7.014/96, e nunca de R\$2.760,00, cifra que sequer consta no citado art. 42, XX.

Quanto ao item 5º, alega duplicidade de aplicação de penalidade pelo mesmo fato e inocorrência do fato apontado como irregular. Assinala que foi acusado de ter deixado de entregar arquivo magnético, pelo que lhe foram imputadas duas multas, cada uma no valor de R\$1.380,00, porém a autoridade autuante sequer especificou a que mês ou exercício estaria relacionada à suposta falta de entrega do arquivo magnético, o que, a seu ver, põe a perder a acusação fiscal, conforme já alegado em preliminares de nulidade.

Diz que a acusação não corresponde à realidade, pois apresentou os arquivos magnéticos, conforme comprovantes anexos (doc. 5).

Alega ainda que essa infração do item 5º não poderia seguir adiante, haja vista que a mesma acusação (falta de entrega ou fornecimento de arquivo magnético) já foi objeto da infração descrita no item 3º, o que a descredencia a também estar presente no item 5º, havendo, portanto verdadeira duplicidade de aplicação de penalidade pelo mesmo fato.

Conclui, com relação aos itens 3º e 5º, apelando para a necessidade de observância do art. 112 do CTN, diante da dúvida quanto às circunstâncias ao redor da suposta infração.

Comparando o teor das imputações dos itens 3º e 5º, alega que, diante do fato de a autoridade autuante ter capitulado de forma diferente a mesma suposta irregularidade, e ter atribuído penalidades diversas a ela, haja vista o teor das imputações, há que se decidir pela nulidade ou improcedência dos itens 3º e 5º, aplicando-se a regra do art. 112 do CTN, de modo a ser mantida a multa de menor valor monetário, ou seja, a indicada pela autuante no item 5º, desconsiderando-se a multa indicada no item 3º.

Pede que sejam julgados nulos os itens 1º, 3º, 4º e 5º, diante do que foi aduzido nas preliminares suscitadas. No mérito, pede: a) que o lançamento do item 1º seja julgado procedente em parte, após a exclusão, por meio de diligência, de todas as mercadorias sujeitas à substituição tributária; b) que a multa do item 2º seja reduzida para 5% do valor originário, em sintonia com o Acórdão CJF 0250-11/10; c) que a multa do item 4º seja de R\$460,00, conforme art. 42, XX, “a” da Lei nº 7.014/96; d) que, no caso dos itens 3º e 5º, seja aplicada a regra do art. 112 do CTN, mantendo-se a multa de menor valor monetário dentre as aplicadas para esses dois itens. Requer o direito de provar tudo quanto foi alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive por meio de diligência e de posterior juntada de novos documentos. Juntou documentos.

A auditora responsável pelo lançamento prestou informação (fls. 245-246) falando das razões que acarretaram a nulidade do Auto de Infração nº 170623.0077/12-8. Diz que na conclusão dos trabalhos foi “selecionado” de maneira equivocada um Auto de Infração feito provisoriamente, com mero objetivo de levantar o provável débito para discutir em reunião, atendendo à solicitação da própria empresa, por estar encerrando simultaneamente as atividades em todos os estabelecimentos, além da dificuldade em retificar os arquivos magnéticos pela exiguidade do tempo e particularmente pela mudança operacional do sistema, sendo que tal fato gerou informações incompletas, prejudicando o resultado final dos trabalhos, e como consequência houve falhas no preenchimento do demonstrativo do Auto de Infração, apesar de os demonstrativos estarem anexados ao processo. Aduz que, como tal erro poderia ser saneado com outro lançamento, concordou com o pedido de nulidade para sanar os erros detectados.

Prossegue dizendo que, considerando as alegações da defesa [no presente Auto], nada foi acrescentado que modifique os valores apurados, pois a concentração da defesa se limitou a considerar a nulidade pela nulidade como fato definitivo, mas com a nova fiscalização foi dada oportunidade de atualização e retificação dos arquivos magnéticos, conforme intimação à fl. 11, inclusive com a entrega de todos os relatórios apontando as respectivas inconsistências, à fl. 12, para possibilitar o refazimento do trabalho, porém, conforme relatório comprobatório das entregas dos arquivos recepcionados, à fl. 247, não houve atualização de nenhum arquivo, o que dificultou enormemente elaborar as retificações pontuais, confirmando portanto as dificuldades ou impossibilidade da empresa de prestar as informações demandadas para o desenvolvimento da ação fiscal, mas, mesmo assim, foram feitas algumas revisões que geraram uma redução nos valores originariamente detectados e mantidos.

Conclui dizendo que, por essas razões, visando salvaguardar o interesse público, aguarda o julgamento do Auto.

Juntou relação dos arquivos recepcionados.

O processo foi pautado para julgamento. Na sessão do dia 16/10/2014, decidiu-se retirar o processo de pauta e enviá-lo em diligência à repartição de origem (fls. 288/293), tendo em vista que este Auto de Infração é decorrente da renovação de ação fiscal objeto de outro Auto de Infração (AI nº 170623.0077/12-8, cópia às fls. 214/216), que havia sido anulado por não conter elementos suficientes para se determinar com segurança as irregularidades apontadas, porém, ao “renovar” a ação fiscal, a autoridade autuante incluiu no presente Auto elementos e períodos não compreendidos na ação fiscal originária, e, ao prestar a informação fiscal, a autoridade autuante

não abordou, objetivamente, as questões suscitadas pela defesa, quer de natureza preliminar, quer quanto ao mérito, impondo-se por isso que, em atenção à regra do § 6º, do art. 127 do RPAF, fosse prestada nova informação, abrangendo todos os aspectos da defesa, com a devida fundamentação.

Na diligência, foi solicitado o seguinte (fls. 288/293):

- a) item 1º: em face das alegações do contribuinte, em preliminar e quanto ao mérito, e considerando-se que ao prestar a informação a auditora responsável pelo procedimento, em vez de abordar as questões suscitadas pela defesa, praticamente só fala do Auto que havia sido anulado, falando ainda da dificuldade em retificar os arquivos magnéticos, fato este que gerou informações incompletas, prejudicando o resultado final dos trabalhos, concordando por isso com o pedido de nulidade para sanar os erros detectados, e quanto ao presente Auto nada falou acerca da alegada falta de clareza, nem quanto à alegação de ausência de demonstrativo dos preços médios e do demonstrativo geral das omissões, voltando a falar da deficiência dos arquivos magnéticos, dizendo que isso dificultou enormemente a renovação da ação fiscal, foi solicitado que a autoridade fiscal que procedeu ao lançamento prestasse nova informação, abrangendo todos os aspectos da defesa, com a devida fundamentação, em atenção ao mandamento do § 6º, do art. 127 do RPAF;
- b) item 2º: tendo em vista as alegações da defesa, e considerando-se que ao prestar a informação a auditora nada disse quanto àquelas questões, foi solicitado que a autuante prestasse nova informação, abordando os aspectos suscitados pela defesa, com a devida fundamentação, em atenção ao mandamento do § 6º, do art. 127 do RPAF;
- c) item 3º: considerando-se que o autuado alegou duplicidade de aplicação de penalidade pelo mesmo fato, haja vista que a mesma acusação já foi objeto do item 5º, o que a descredenciaria a também estar presente no item 3º, e que, além disso, a acusação não corresponde à realidade, pelos motivos assinalados, e ao prestar a informação a auditora nada disse quanto a essas questões, foi solicitado que a autuante prestasse nova informação, abordando os aspectos suscitados pela defesa, com a devida fundamentação, em atenção ao mandamento do § 6º, do art. 127 do RPAF, e que, sendo este Auto decorrente da renovação de ação fiscal relativamente a outro Auto que foi julgado nulo, fosse informado por qual razão a multa deste item 3º, que no Auto de Infração anterior, anulado, era de R\$17.671,47, por não ter sido feita a entrega dos arquivos magnéticos dos meses de setembro a dezembro de 2012, solicitados mediante intimação, já que os arquivos apresentados continham inconsistências, no presente Auto a multa dobrou, passando a ser de R\$34.437,73, sendo que os meses objeto da autuação nada têm a ver com os do Auto de Infração anterior: no Auto anterior, os meses eram setembro a dezembro de 2012 (cópia do Auto à fl. 219), ao passo que no presente Auto os períodos considerados são setembro a dezembro de 2009 e janeiro a março de 2012;
- d) item 4º: uma vez que o autuado alega imprecisão na descrição da acusação e protesta que a autuante sequer especificou a que livro ou a que exercício estaria relacionada a suposta falta de apresentação, implicando tal omissão cerceamento de defesa, por não permitir ao contribuinte saber exatamente do que deveria se defender, e considerando-se que sobre esse aspecto nada foi dito na informação fiscal, foi solicitado que a autoridade autuante prestasse nova informação, abordando os aspectos suscitados pela defesa, com a devida fundamentação, em atenção ao mandamento do § 6º, do art. 127 do RPAF;
- e) em face da reclamação do autuado de imprecisão na descrição da acusação, protestando que na autuação sequer foi informado a que mês específico ou a que exercício estaria relacionada a suposta falta de entrega do arquivo magnético, implicando tal omissão cerceamento de defesa, por não permitir saber a que período estaria se reportando a acusação, e tendo em vista que sobre isso nada foi dito na informação fiscal, foi solicitado que a autoridade fiscal prestasse nova informação, abordando os aspectos suscitados pela defesa, com a devida fundamentação,

em atenção ao mandamento do § 6º, do art. 127 do RPAF.

Em resposta à diligência, a autuante prestou informação (fls. 297/301) dizendo que, com relação ao item 1º, o contribuinte foi intimado a apresentar toda a documentação fiscal. Foi também intimado a fazer as correções do arquivo magnético com inconsistências, tendo enviado as informações via e-mail para o Sr. Florisval Mattos, porém o contribuinte não alterou o arquivo magnético, conforme demonstrado no Relatório SCAM, não restando alternativa senão confirmar a autuação. A descrição da infração, o enquadramento e a multa estão em consonância com a legislação e os sistemas disponibilizados pela Secretaria da Fazenda. É indevida a alegação de que não teve acesso a todos os demonstrativos, uma vez que foi entregue CD com todos os demonstrativos, com confirmação de recebimento, inclusive listagem discriminando [sic] o conteúdo, devidamente testado pelo Sr. Osmar Oliveira de Araújo, conforme fls. 172-173. Conclui dizendo que, considerando as observações do contribuinte no que tange ao levantamento quantitativo, foi necessário fazer a exclusão de alguns “produtos”, resultando a ser lançado o imposto no valor de R\$ 79.047,95.

Quanto ao item 2º, diz que o não recolhimento da antecipação tributária tem penalidade prevista na legislação, conforme foi apurado no demonstrativo, abatendo os recolhimentos efetuados, conforme fl. 65.

No tocante ao item 3º, diz que não há dualidade na autuação, as infrações são distintas, com enquadramentos específicos, devendo as penalidades ser aplicadas cumulativamente, pois a multa de R\$1.380,00 é pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, contendo a totalidade das operações ocorridas em cada período, ao passo que a multa de 1% é sobre o valor das saídas ou das entradas, o que for maior, em cada período de apuração, pelo não atendimento a intimação para apresentação do respectivo arquivo. Aduz que a entrega de arquivo fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95 configura o não fornecimento de informações, conforme prevê o RICMS, e foi feito o envio de arquivo magnético incompleto, sem a inclusão de todos os tipos de registros, uma vez que foi entregue sem o nível de detalhe exigido na legislação (espelho da documentação fiscal).

Informa que a multa do item 4º diz é porque o contribuinte “*Deixou de apresentar Livro Fiscal de Inventário, quando regularmente intimado*” [sic].

Quanto ao item 5º, informa que a penalidade se refere ao período em que o contribuinte deixou de enviar nos prazos previstos arquivo magnético contendo a totalidade das operações, independentemente de intimação, conforme enquadramento específico, e o período está “discriminado” no Auto de Infração, confirmado no Relatório SCAM, que contém os períodos de entrega do arquivo magnético. Diz que mantém a autuação, com alteração apenas do item 1º.

Dada ciência da informação fiscal ao contribuinte, este se manifestou (fls. 365/373) dizendo que ratifica todos os termos postos na sua impugnação anteriormente apresentada. Reclama que, mais uma vez, não recebeu a integralidade dos documentos fiscais que deveria receber para a devida análise e para poder exercer seu direito constitucional à ampla defesa. Também reclama do exíguo prazo que lhe foi concedido para apresentação de nova defesa.

Sustenta que não há espaço para se aceitar a realização desta diligência, por falta de previsão legal para tanto, haja vista que, de acordo com o art. 18, § 1º, do RPAF, um Auto de Infração que apresente “eventuais incorreções ou omissões”, ou que esteja viciado pela “não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação”, não deve, de logo, ser julgado nulo, podendo, naquelas condições, ser objeto de revisão fiscal, a fim de que seja consertado e possa, assim, ser levado adiante, e é esse dispositivo legal que autoriza os pedidos de revisão fiscal feitos pelas Juntas e Câmaras de Julgamento deste CONSEF. Observa que, neste sentido, é condição “sine qua non”, para que um Auto de Infração seja objeto de diligência fiscal, que as incorreções ou omissões existentes nele sejam “eventuais”, e que a não observância de certas exigências digam respeito àquelas de natureza “meramente formais”, e, portanto, não sendo

apenas eventuais as omissões ou incorreções, e não sendo as exigências não observadas de caráter meramente formal, não cabe qualquer tipo de revisão fiscal, pois é caso de nulidade do Auto de Infração, e é este o espírito do dispositivo assinalado.

Observa que o CONSEF já pacificou entendimento alinhando-se ao que acaba de expor, conforme se pode ver em diversos Acórdãos, tanto das Juntas como das Câmaras de Julgamento Fiscal, a exemplo do Acórdão CJF Nº 0243-12/10, do qual destaca trecho do voto.

Aduz que, a partir da leitura do despacho da diligência, se percebe a gravidade dos erros e omissões nos trabalhos da autuante, tanto assim que os próprios Julgadores já fizeram uma descrição minuciosa das omissões contidas na informação fiscal. Considera que, diante do que foi exposto na impugnação, não há mais qualquer dúvida quanto ao fato de o Auto de Infração conter omissões e incorreções de natureza grave, e não apenas “eventuais”, e de as exigências não observadas pela autuante não serem meramente formais, aproximando-se sem qualquer dúvida de exigências de natureza substancial. Alerta que não se venha a dizer que a autuante teria sido pegada de surpresa quanto às necessidades formais de um Auto de Infração, pois, quando do Auto anteriormente lavrado por ela própria contra esta empresa, a 2ª CJF já havia pontuado essa questão, conforme ementa do acórdão, que transcreve.

Apela para que o Acórdão CJF 0243-12/10 sirva de orientação para o julgamento do presente caso com base no contido nos autos até a apresentação da primeira informação fiscal, devendo-se determinar o desentranhamento dos autos de toda a documentação posteriormente produzida pelo fisco e acostada ao processo.

Quanto ao conteúdo da diligência, diz que se manifesta por cautela, em função do princípio da concentração da defesa.

Salienta que, quando há uma determinação pelo órgão julgador para cumprimento de uma diligência, não cabe ao diligente questionar os termos da diligência determinada, cabendo a ele, única e exclusivamente, cumpri-la, sendo que, neste caso, a solicitação da diligência foi bastante minuciosa, indicando, uma por uma, a maior parte das falhas constantes na informação fiscal, sendo apontadas quais as providências que a diligente deveria adotar, mas ocorre que a diligente, afastando-se por completo do que foi determinado pela Junta, praticamente nada fez quanto ao rol das coisas solicitadas. Por exemplo, com relação ao item 1º, dentre outras coisas, a Junta apontou como falha da informação fiscal a omissão de uma explicação quanto à alegação do contribuinte de que não recebeu o demonstrativo dos preços médios das mercadorias e do demonstrativo geral das omissões, e, não obstante já restar constatada nos autos a falta de entrega destes demonstrativos ao contribuinte, a autuante, mais uma vez, nada disse a respeito, como também não trouxe aos autos qualquer documento ou elemento material capaz de comprovar que o contribuinte estaria faltando com a verdade, de modo que, sendo assim, se aplica perfeitamente o previsto no art. 140, c/c o art. 142 do RPAF.

Ainda a título de exemplo, relativamente também ao item 1º, observa que a diligente nada disse acerca da reclamação da defesa quanto à falta de clareza na descrição da suposta infração, que continua a ser incompreensível.

Chama a atenção para o fato de que a autuante, na diligência, elaborou novo demonstrativo fiscal geral vinculado ao exercício de 2011 (fls. 308 a 356), mas tal demonstrativo não está acompanhado dos demais levantamentos que, necessariamente, são gerados a partir da alteração do demonstrativo geral original, a exemplo do novo demonstrativo de preços médios unitários, porque, a partir do momento em que a autuante altera registros de entradas e de saídas de mercadorias do demonstrativo geral original, os preços médios unitários das mercadorias também se alteram, para mais ou para menos, motivo pelo qual deveria ter sido gerado um novo demonstrativo de preços médios unitários, de modo que, da mesma forma que na primeira impugnação, o contribuinte não teve oportunidade de se manifestar sobre o levantamento dos preços médios unitários, já que não recebeu cópia do mesmo quando da sua ciência acerca da

lavratura do Auto de Infração, e agora, novamente, não está tendo oportunidade de se pronunciar quanto ao aludido demonstrativo, porque, ou a diligente não o confeccionou, ou então, se o confeccionou, novamente não entregou cópia ao contribuinte, restando caracterizado, mais uma vez, cerceamento ao direito de defesa.

Frisa que, com relação aos demais itens, também a diligente não atendeu ao que foi determinado no despacho do órgão julgador, continuando a autuante a infringir o art. 127, § 6º do RPAF, já que continua a não se pronunciar quanto às argumentações defensivas, pois, para ser ver que a diligente não atendeu ao que foi determinado, basta se ler, item por item, o despacho da diligência e ler em seguida o que consta no texto da resposta à diligência, continuando a diligente sem seguir a previsão contida no art. 127, § 6º do RPAF, destacando o caso do item 4º, sobre o qual a diligente nada disse para contestar o que foi afirmado na impugnação, aplicando-se assim o art. 140 do RPAF.

Pede que o julgamento deste Auto de Infração seja feito com base somente na documentação existente nos autos até a primeira informação fiscal, e repete os pedidos já feitos anteriormente.

Ao prestar a nova informação, a autoridade autuante disse simplesmente (fl. 385) que entende e respeita os argumentos apresentados. Considera que a diligência foi feita e dentro dos limites das documentações apresentadas, as respostas foram dadas com as argumentações pertinentes e relevantes que evidenciam as conclusões da auditoria, os demonstrativos foram recebidos, os CDs foram anexados ao processo, e por isso ratifica todo o procedimento fiscal, opinando pela procedência *[sic]* do Auto de Infração.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de julgamento realizada em 16/02/2016, decidiu pela procedência parcial do Auto de Infração, nos termos do Acórdão nº 0023-01/16, tendo julgado nula a infração 1, e recorrido de ofício à Segunda Instância, conforme manda o art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99.

Conforme o Acórdão CJF Nº 0129-12/16 a 3ª Câmara de Julgamento Fiscal deu pela nulidade da decisão proferida por esta Junta de Julgamento Fiscal no Acórdão JJF Nº 0023-01/16, concernente à infração 1, sob o fundamento de que as planilhas de preços médios unitários de 2010 e 2011, por produto, apresentada em resposta à Diligência não foram analisadas pelos julgadores.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, em face da decisão 3ª Câmara de Julgamento Fiscal, converteu o feito em diligência à Inspetoria Fazendária de origem (fls. 466/467), a fim de que Auditor Fiscal estranho ao feito realizasse revisão fiscal adotando as seguintes providências, relativamente à infração 1:

1. Verificasse e analisasse a alegação defensiva de que algumas mercadorias que foram arroladas no levantamento levado a efeito pela autuante tratavam-se na verdade de mercadorias sujeitas à substituição tributária, regime cuja exigência do pagamento do imposto é devida em fase anterior. Em caso afirmativo, excluísse do levantamento as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária;
2. Verificasse e analisasse o demonstrativo dos preços médios, por produto, que foi aplicado sobre a quantidade supostamente omitida, para revelação da base utilizada para o cálculo do valor do imposto exigido, apresentado pela autuante no cumprimento da diligência anteriormente solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal. Caso se confirmasse a exatidão dos referidos preços médios, deveria o diligenciador utilizá-los na revisão fiscal solicitada;
3. Após o atendimento das solicitações contidas nos itens 1 e 2 acima, elaborasse, se fosse o caso, novos demonstrativos com os ajustes e correções que porventura fossem necessários.

O Auditor Fiscal estranho ao feito designado para cumprir a diligência se pronunciou (fls. 476 a 478).

Esclarece que elaborou os demonstrativos, que colacionou aos autos, referentes aos exercícios de 2008, 2010 e 2011, somente com as mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária. Explica que o objetivo é abater e retirar do valor do imposto nos demonstrativos apresentados pela autuante, restando com isto somente o valor de ICMS devido das mercadorias tributáveis.

Ressalta que o autuado opera com materiais de construção em geral e de limpeza.

Observa que os Materiais de Construção só entraram na Substituição Tributária a partir de 01/01/2011, por meio do Decreto nº 12.470/10 (Alteração 140 do RICMS/97) e Material de limpeza em 01/01/2010, Decreto nº 11.806/09 (RICMS/97).

Esclarece que, assim sendo, têm-se o seguinte:

- 2008 – estão tintas, solventes, secantes, impermeabilizantes, lâmpadas, pisos e afins;
- 2010 – estão os materiais anteriores acima e mais material de limpeza;
- 2011 – estão os materiais anteriores acima e mais materiais de construção em geral.

Diz que, dessa forma resta o seguinte:

- EXERCÍCIO DE 2008

- observa que este Auto de Infração é decorrente de nova ação fiscal em função do Auto de Infração I nº 170623.0077/11-2-89 (folhas 214/216) e explicado pormenorizado na solicitação de nova informação fiscal (folhas 288 a 298).

Apresenta os seguintes cálculos:

A - Valor de imposto encontrado pela autuante (folhas 13 à 34) incluindo as mercadorias enquadradas na ST : R\$30.329,66;

B - Valor de imposto (demonstrativo anexo a esta Diligência Fiscal) com somente mercadorias tributáveis R\$28.375,47;

Diz que este é o valor do imposto a ser exigido na infração 1.

C - VALOR DE IMPOSTO COM MERCADORIAS NA ST (DIFERENÇA A-B) $R\$30.329,66 - R\$28.375,47 = R\$1.954,19$. Esclarece que este valor foi abatido do valor do imposto.

Conclusivamente, diz que R\$28.375,47 é o valor da apuração que realizou referente ao exercício de 2008;

- EXERCÍCIO DE 2010

- diz que se aplica o mesmo raciocínio do exercício de 2008.

Apresenta os seguintes cálculos:

A - Valor de imposto encontrado pela autuante (folhas 35 à 45) incluindo as mercadorias enquadradas na ST : R\$22.812,22

B -Valor do imposto (demonstrativo anexo a Diligência) com somente mercadorias tributáveis R\$22.071,02

Diz que este será o valor do imposto devido na infração 1 atinente ao exercício de 2010.

C - VALOR DE IMPOSTO COM MERCADORIAS NA ST (DIFERENÇA A-B) $R\$22.812,22 - R\$22.071,02 = R\$741,20$

Conclusivamente, diz que na apuração o valor do ICMS devido em 2010 é R\$22.071,02.

EXERCÍCIO DE 2011

- diz que aplicou a mesma metodologia dos anos anteriores.

Apresenta os seguintes cálculos:

A - Valor de imposto encontrado pela autuante (folhas 46 à 64) incluindo as mercadorias enquadradas na ST: R\$29.496,95

B - Valor de imposto (demonstrativo anexo a Diligência) com somente mercadorias tributáveis R\$18.184,25.

Diz que este será o valor do imposto devido na infração 1 atinente ao exercício de 2011.

Observa que as principais mercadorias retiradas foram torneiras, cubas e acessórios para sanitários, todos elencados no Anexo do Decreto nº 12.470/10 (Alt. 140 do RICMS/97).

C - VALOR DE IMPOSTO COM MERCADORIAS NA ST (DIFERENÇA A-B) R\$29.496,95– R\$18.184,25 = R\$11.312,70.

Conclusivamente, diz que na apuração o valor do ICMS devido em 2011 é R\$18.184,25.

Esclarece que analisou os demonstrativos de preços médios de 2008, 2010 e 2011, constantes no CD de fl. 304, e estão coerentes seus valores, portanto, são tangíveis de serem utilizados no cálculo da base de cálculo e, conseqüentemente, no imposto da infração 1.

Salienta que os novos demonstrativos estão anexados aos autos.

O autuado, cientificado do resultado da diligência se manifestou (fls.514 a 520). Ressalta que a decisão da CJF, para que a JJF reaprecie a infração 1, bem como o próprio pedido de diligência feito pela JJF, referente à esta infração 1, estão em total falta de sintonia com o RPAF/99.

Alega que um lançamento totalmente defeituoso na sua origem não pode ser objeto de diligência. Diz que nos termos do art. 18, §1º do RPAF/99, somente falhas “leves” e de pouca gravidade autorizam se levar a efeito o recurso de uma diligência para fins de saneamento do lançamento. Afirma que este não é o caso do Auto de Infração em lide, especialmente, da infração 1, por tudo quanto já explicado, demonstrado e comprovado nos autos. Neste sentido, invoca e reproduz o art. 18, 1º do RPAF/99.

Salienta que ainda assim, para não passar em branco, se manifestará quanto ao resultado da diligência.

Alega a continuidade acerca da imprecisão, da falta de clareza e da falta de objetividade da acusação fiscal.

Salienta que desde a Impugnação, que vem salientando a falta de clareza e de objetividade da infração 1, argumento para o qual até agora este CONSEF fez vista grossa, e não enfrentou. Diz que a diligência em nada melhorou este aspecto da autuação.

Argui a decadência atinente ao exercício de 2008. Consigna que conforme já observou a própria JJF no seu julgamento anteriormente realizado, o exercício de 2008 já foi fulminado pela Decadência.

Alega a existência nos demonstrativos fiscais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Observa que conforme demonstrou nos autos, várias mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária estavam presentes nos demonstrativos fiscais, o que caracterizava um equívoco da fiscalização.

Afirma que apesar de o diligenciador ter excluído algumas dessas mercadorias, muitas outras ainda permanecem nos demonstrativos, o que os mantêm impróprios para qualquer tipo de apuração de imposto a ser exigido.

A título de amostragem, diz que elenca abaixo diversos itens que, pelo menos à época dos exercícios objeto da autuação, eram sujeitos à substituição tributária, e ainda constam do demonstrativo elaborado pelo diligenciador:

Item 24 – material de construção

24.9 - Banheiras, boxes para chuveiros, pias, lavatórios, bidês, sanitários e seus assentos e tampas, caixas de descarga e artigos semelhantes para usos sanitários ou higiênicos, de plástico

24.12 - Portas, janelas e afins, de plástico

24.25 - Tapetes e outros revestimentos para pavimentos (pisos), de matérias têxteis, tufados, mesmo confeccionados

24.26 - Tapetes e outros revestimentos para pavimentos (pisos), de feltro, exceto os tufados e os flocados, mesmo confeccionados

24.37 - Pias, lavatórios, colunas para lavatórios, banheiras, bidês, sanitários, caixas de descarga, mictórios e aparelhos fixos semelhantes para usos sanitários, de cerâmica

24.69 - Tachas, pregos, percevejos, escápolas e artefatos semelhantes, de cobre, ou de ferro ou aço com cabeça de cobre, parafusos, pinos ou pernos, roscados, porcas, ganchos roscados, rebites, chavetas, cavilhas, contrapinos, arruelas (incluídas as de pressão), e artefatos semelhantes, de cobre -

24.61 - Parafusos, pinos ou pernos, roscados, porcas, tira-fundos, ganchos roscados, rebites, chavetas, cavilhas, contrapinos, arruelas (incluídas as de pressão) e artefatos semelhantes, de ferro fundido, ferro ou aço

24.77 - Cadeados, fechaduras e ferrolhos (de chave, de segredo ou elétricos), de metais comuns, incluídas as suas partes fechados e armações com fecho, com fechadura, de metais comuns chaves para estes artigos, de metais comuns excluídos os de uso automotivo

24.83- Torneiras, válvulas (incluídas as redutoras de pressão e as termostáticas) e dispositivos semelhantes, para canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros recipientes

24.85 - Banheira de hidromassagem

24.86 - Banheira de hidromassagem

Afirma que não houve o cumprimento da diligência pelo diligenciador.

Salienta que um dos pedidos feitos pela JJF foi que o diligente verificasse e analisasse o demonstrativo de preços médios, produto a produto. Todavia, o diligenciador nada disse a respeito deste demonstrativo, seja da sua existência nos autos, seja da sua correção ou incorreção.

Reafirma que deveriam constar dos autos, inclusive, desde a lavratura do Auto de Infração, os demonstrativos fiscais de preço médio que contemplassem a integralidade das mercadorias objeto da autuação, e isso não ocorria neste PAF, da mesma forma que continua sem ocorrer, mesmo após a realização dessa nova diligência.

Apresenta complementação da Manifestação relativamente à infração 1, tomando por base tudo o quanto afirmado no próprio Acórdão proferido por esta JJF, reproduzindo o Voto do Relator.

Alega que desde o momento em que o relator desta JJF elaborou o voto aduzido, até agora, independentemente das revisões e diligências já havidas nos autos (incluindo esta última, datada do dia 03/07/17), é inegável que ainda permanecem inalterados nos autos pelo menos os seguintes fatos:

– *Falta de descrição clara e precisa da acusação (infração 01). Este argumento, utilizado pelo contribuinte desde a sua Impugnação, inclusive, jamais foi contestado nos autos, seja pela autuante, seja pelos diligentes fiscais. Neste sentido, aplica-se ao caso o art. 140 do RPAF/99, que diz:*

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

– *Falta de demonstrativo integral dos preços médios, englobando **TODAS** as mercadorias objeto da autuação. Este argumento, utilizado pelo contribuinte desde a sua Impugnação, inclusive, jamais foi contestado nos autos, seja pela autuante, seja pelos diligentes fiscais. Neste sentido, aplica-se ao caso o art. 140 do RPAF/99.*

– *Falta do demonstrativo geral das omissões. Este argumento, utilizado pelo contribuinte desde a sua Impugnação, inclusive, jamais foi contestado nos autos, seja pela autuante, seja pelos diligentes fiscais. Neste sentido, aplica-se ao caso o art. 140 do RPAF/99.*

Conclusivamente, diz que independentemente das revisões e diligências até aqui ocorridas nos autos, ainda há motivos suficientes para se declarar nula a infração.

Apresenta o que denomina de comentário final do Contribuinte referente à infração 2.

Frisa que, apenas por cautela, quando esta JJF prolatou o Acórdão JJF Nº 0023-01/16, em 16/02/16, não chegou a enfrentar uma determinada argumentação lançada na Impugnação, relativamente à

infração 2, qual seja, a que trata da redução da multa. Acrescenta que esta alegação toma por base a tese já pacificada no CONSEF, a exemplo do ACÓRDÃO CJF Nº 0250-11/10. Transcreve parte dos seus argumentos apresentados na Impugnação, conforme abaixo:

*Considerando que o autuado pagou o imposto nas saídas das mercadorias, ou seja, deu ao Estado o que a este pertencia, e considerando, também, que toda a escrituração das operações ora em questão foram regularmente levadas aos livros fiscais, PEDE o autuado que seja determinado por esta JJF o **cancelamento da multa aplicada**, ou, no remoto caso de esse pedido não ser aceito, então, **que seja o valor da multa reduzido a um percentual mais adequado ao contexto, que ora o autuado sugere em 5% (cinco por cento) do valor exigido**, nos mesmos moldes da decisão prolatada pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal no ACÓRDÃO CJF Nº 0250-11/10 (VIDE ANEXO 04).*

Finaliza a Manifestação requerendo:

- que seja julgada nula ou improcedente a infração 1;
- que esta JJF, ao prolatar novo Acórdão, aborde e se manifeste relativamente ao argumento apresentado desde a Impugnação, acerca da redução da multa da infração 2;
- o direito de provar tudo quanto alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive, por meio de diligência e de posterior juntada de novos documentos.

O Auditor Fiscal estranho ao feito que cumpriu a diligência, cientificado da Manifestação do autuado, se pronunciou (fls.545 a 547). Afirma que o impugnante incorre em equívoco, pois o CONSEF tem o poder dever de ordenar a Diligência lastreado nas leis referentes ao Direito Tributário.

Rechaça o argumento defensivo sobre a continuidade acerca da imprecisão da falta de clareza e da falta de objetividade acerca da acusação fiscal. Afirma que se trata de mais um argumento pífio. Diz que a Diligência é totalmente clara, concisa e transparente, apresentando uma sequência lógica, diagnosticando e explicando todos os cálculos referentes aos seus respectivos exercícios, portanto, inexistindo quaisquer dúvidas.

Quanto à alegação defensiva atinente à decadência, diz que foi explicado na diligência, não havendo chance em abordar Decadência, já que os artigos 173 e § 4º do CTN (Lei nº 5.172/66) normatizam seus lançamentos.

Quanto à alegação defensiva de existência nos demonstrativos fiscais, de mercadorias sujeitas ao regime da Substituição Tributária, diz que conforme constatou há várias mercadorias que foram retiradas dos cálculos dos exercícios de 2008, 2010 e 2011, portanto, crê na procedência dos valores apurados.

No tocante à alegação defensiva atinente ao não cumprimento da diligência pelo diligenciador, diz que o autuado deveria ter lido a solicitação da diligência e o atestado referente aos preços médios na Diligência Fiscal (fl. 478), pois se o fizesse, não apresentaria esta afirmação infundada na sua contestação.

Relativamente ao complemento da Manifestação relativamente à infração 1, tomando por base tudo quanto afirmado no próprio Acórdão prolatado por esta JJF, diz que existe redundância nas alegações do autuado. Acrescenta que as afirmações elencadas já foram explicadas pela autuante, portanto, são inócuos os assuntos abordados, pois não alteram os seus demonstrativos acostados na Diligência.

Relativamente ao comentário final aduzido pelo impugnante acerca da infração 2, diz que esta infração já foi julgada, logo, está fora de qualquer âmbito da contestação. Acrescenta que não cabe redução de multa, sendo totalmente desconexo este argumento.

Finaliza o diligenciador dizendo que as informações prestadas são totalmente elucidativas, corroboram e fortificam ainda mais o resultado da Diligência e seus demonstrativos de fls. 476 a 509, esperando que o CONSEF julgue parcialmente procedente o Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em exame é decorrente da renovação de ação fiscal, objeto do Auto de Infração nº 170623.0077/12-8, cópia às fls. 214/216, anulado em virtude de falta de certeza e liquidez, por não conter elementos suficientes para se determinar com segurança as irregularidades apontadas, implicando cerceamento de defesa, conforme cópia da decisão anexada (fl. 219/223).

Conforme relatado, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de julgamento realizada em 16/02/2016, decidiu pela procedência parcial do Auto de Infração, nos termos do Acórdão 0023-01/16, tendo julgado nula a infração 1 e recorrido de ofício à Segunda Instância, conforme manda o art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99.

Ocorreu que a 3ª Câmara de Julgamento Fiscal, nos termos do Acórdão CJF Nº 0129-12/16, decidiu pela nulidade da decisão proferida por esta Junta de Julgamento Fiscal, no Acórdão JJF Nº 0023-01/16, concernente à infração 1, sob o fundamento de que as planilhas de preços médios unitários de 2010 e 2011, por produto, apresentada em resposta à Diligência, não foram analisadas pelos julgadores.

Em face à referida decisão, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal, converteu o feito em diligência à Inspetoria Fazendária de origem (fls. 466/467), a fim de que Auditor Fiscal estranho ao feito realizasse revisão fiscal do lançamento, verificando e analisando, especialmente as alegações defensivas atinentes à existência de mercadorias arroladas na autuação, sujeitas ao regime de substituição tributária, bem como os preços médios, por produto, que foram aplicados sobre a quantidade omitida, apresentado pela autuante no cumprimento da diligência anteriormente solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal.

Antes de entrar no mérito da autuação, precisamente no resultado da diligência, cumpre observar que não procede a alegação defensiva de que a decisão da CJF, para que a JJF reaprecie a infração 1, bem como o próprio pedido de diligência feito pela JJF, referente à esta infração 1, estão em total falta de sintonia com o RPAF/99.

Na realidade, a decisão da CJF está baseada no próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

O artigo 176, inciso I do RPAF/99, dispõe que compete as Juntas de Julgamento Fiscal, julgar em Primeira Instância os processos administrativos fiscais em que haja exigência de tributo e multa ou exclusivamente multa.

Já o inciso II do mesmo artigo estabelece que, compete às Câmaras de Julgamento Fiscal julgar em Segunda Instância, Recurso de Ofício oriundo da Junta de Julgamento Fiscal.

Verifica-se que foi precisamente o que ocorreu no presente caso. Ou seja, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela nulidade da infração 1 e recorreu de ofício para a Segunda Instância deste CONSEF - Câmaras de Julgamento – conforme manda o art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Por óbvio, tratando-se de um julgamento do recurso de ofício em Segunda Instância, a Câmara de Julgamento poderia manter a decisão da JJF ou anular e retornar para nova apreciação, conforme ocorreu no presente caso.

A diligência solicitada por esta JJF, na realidade, teve como intuito alcançar a verdade material em face das alegações defensivas e decisão da CJF.

Cabe, também, analisar a arguição de nulidade do lançamento por imprecisão, falta de clareza e falta de objetividade da acusação fiscal.

A renovação do lançamento de ofício anteriormente julgado nulo, mediante o lançamento em exame, afasta qualquer possibilidade de nulidade deste item da autuação. Isto porque, a descrição

da conduta infracional imputada ao autuado se apresenta clara. O direito de ampla defesa e do contraditório do autuado foi plenamente respeitado. A revisão fiscal realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito, por solicitação desta JJF, em face das alegações defensivas e decisão da CJF, resultou nos ajustes e correções necessários e indispensáveis para se chegar a verdade material dos fatos.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida.

O impugnante argui a decadência do crédito tributário referente ao exercício de 2008.

Assiste razão ao impugnante. Isto porque, conforme anteriormente consignado, ao renovar a ação fiscal atinente ao exercício de 2008 a autuante incluiu elementos e períodos não compreendidos na ação fiscal originária, o que não é possível em face da decadência do direito de constituição do crédito tributário, conforme previsto no art. 173, I do Código Tributário Nacional – CTN.

Assim sendo, acolho a decadência arguida referente ao exercício de 2008, descabendo a exigência fiscal no valor de R\$28.375,47.

No mérito, a diligência solicitada por esta JJF foi cumprida por Auditor Fiscal estranho ao feito. O diligenciador excluiu do levantamento levado a efeito pela autuante os valores referentes às mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, e manteve corretamente no levantamento, os valores relativos às mercadorias cuja tributação se dá normalmente.

No tocante aos preços médios - cuja falta de apreciação culminou na nulidade da decisão proferida por esta JJF, conforme já explicitado acima - esclareceu o diligenciador que os demonstrativos de preços médios de 2010 e 2011, constantes no CD de fl. 304, têm os seus valores coerentes, portanto, utilizáveis na apuração da base de cálculo e, conseqüentemente, do imposto da infração 1.

Conclusivamente, esclareceu o diligenciador que os valores do ICMS apurados na revisão fiscal ficaram da seguinte forma:

- exercício de 2010 no valor de R\$22.071,02;
- exercício de 2011 no valor de R\$18.184,25.

Acolho o resultado apresentado pelo diligenciador, no tocante ao exercício de 2010, no valor de R\$22.071,02.

Entretanto, no que tange ao exercício de 2011, verifico que do valor apurado pelo diligenciador de R\$18.184,25, cabe ainda à exclusão do valor de R\$1.141,73, haja vista que os produtos constantes do demonstrativo abaixo, de fato, estavam enquadrados no regime de substituição tributária, ficando o valor devido neste exercício no montante de R\$17.042,52 ($R\$18.184,25 - R\$1.141,73 = R\$17.042,52$).

Código	Descrição do Produto	Valor do ICMS excluído
122	TAPETE NOM DESIGN COZINH 40X60 3M UTIL	8,60
280	PORTA CADEADO ZI 81114/89 ALIANCA	19,18
5472	PORTA ESCOVA C TAMPA CRISTAL R3300 EXITO	0,34
5487	PORTA DETERGENTE REF800 EXITO	2,67
5489	TAPETE PCV C CARTELA SORTIDO R1900 EXITO	1,34
5516	PORTA T ARGOLA CR PREMIER EXPAMBOX	9,91
7888	TAPETE SOFT INF 43X60CM TR40/TR42 KAPAZI	15,82
14998	PORTA COR AÃO VFORT GR150X210 VITRALFER	243,43
14999	PORTA COR AÃO VFORT QDR 200X210 VITRALFE	68,00
15010	PORTA EGI AÃO POR GR 80X120E VITRALFER	230,12
182740	PORTA CD LUXO 56 DISCOS AZ LEADERSHIP	41,29
182891	PORTA CD SPORT LINE 20 AZUL LEADERSHIP	45,70
182893	PORTA CD SPORT LINE 20 LARAN LEADERSHIP	32,74
190500	TAPETE MAX P SOFT 0,45X0,65 M7201 ROMA	16,90
190502	TAPETE MAX P SOFT 0,45X0,65 M7403 ROMA	13,03
190503	TAPETE MAX PIS SOFT 0,45X0,65 AZ MA ROMA	24,18
190504	TAPETE MAX PIS SOFT 0,45X0,65 LARANJ ROMA	24,22
3203002	PORTA GRELHA CONCOVA 15X015, GRAFITE, .	16,79
7889001	TAPETE SOFT ESTAMP 43X65CM KAP, TR04, .	5,65

7889002	TAPETE SOFT ESTAMP 43X65CM KAP, TR63, .	13,59
7889005	TAPETE SOFT ESTAMP 43X65CM KAP, TR84, .	40,69
7890001	TAPETE NOMADE C/ BORDA KAPAZI, PRETO, .	42,42
7890003	TAPETE NOMADE C/ BORDA KAPAZI, CINZA, .	20,49
7890004	TAPETE NOMADE C/ BORDA KAPAZI, LARANJA, .	82,09
9154003	PORTA SANF PRATICA 210X60CM, AREIA, .	43,16
9155001	PORTA SANF PRATICA 210X72CM, BRANCO, .	5,20
15896002	TAPETE PVC FLEX ES4 57X34 ASTRA, BR1, .	74,18
TOTAL		1.141,73

Diante disso, a infração 1 é parcialmente subsistente no valor de R\$39.113,54.

Quanto à redução da multa, cumpre observar que por se tratar a infração 1 de descumprimento de obrigação principal, não tem este órgão julgador competência para sua apreciação.

No tocante à alegação defensiva atinente à infração 2, por certo que a matéria não foi objeto de nulidade pela Segunda Instância, ficando o seu exame na forma consignada originalmente pelo ilustre Relator. Contudo, observo que a alegação defensiva de que não houve apreciação do seu pedido acerca da redução da multa da infração 2, não procede, haja vista que foi consignado expressamente que: *Nego o pedido de cancelamento ou de redução da multa, pois a faculdade prevista no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 somente pode ser aplicada quando ficar patente que o fato não implicou falta de pagamento de tributo.*

Conforme dito acima, no tocante às demais infrações, permanecem nos mesmos termos constantes da decisão proferida por esta Junta de Julgamento Fiscal, na forma a seguir.

No item 2º, o fato foi descrito assim: *“Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente”.*

O contribuinte impugnou o lançamento, alegando não haver prejuízo para o Estado, porque mesmo que se considere como não recolhido o imposto por antecipação parcial, o valor pago seria utilizado como crédito, conforme prevê o art. 93, I-A do RICMS/97, o que matematicamente equivaleria a uma operação de estorno.

A infração está demonstrada nos autos. Nego o pedido de cancelamento ou de redução da multa, pois a faculdade prevista no § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, somente pode ser aplicada quando ficar patente que o fato não implicou falta de pagamento de tributo. Mantenho o lançamento do item 2º.

Apreciarei os itens 3º e 5º em conjunto, já que o autuado alega duplicidade de penalidade pelo mesmo fato. Na verdade, há mesmo duplicidade de apenação, porém tal duplicidade é prevista em lei, pois, de acordo com a alínea “j”, do inciso XIII-A, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, as multas são cumulativas neste caso: falta de envio dos arquivos à repartição fiscal pela internet, (item 5º), e falta de entrega de arquivos à fiscalização solicitados mediante intimação (item 3º).

No item 3º, as multas foram em decorrência de no exercício 2009, o contribuinte não ter entregado as informações referentes ao arquivo magnético, referente aos meses de setembro a dezembro, e no exercício de 2012 o arquivo ter sido apresentado, porém, mantendo-se inconsistências, não sendo apresentado o Registro 74 (estoques inicial e final).

O autuado alega que a acusação não corresponde à realidade, por dois motivos: primeiro porque o contribuinte apresentou os arquivos magnéticos, conforme comprovantes anexos (doc. 5), e segundo porque a autuante sequer descreveu quais teriam sido as supostas inconsistências.

Nesse sentido, quanto à prova de que os arquivos foram entregues, cumpre notar que a entrega de arquivos com inconsistências equivale à falta de entrega. Quanto à alegada falta de descrição das inconsistências pelo autuante, observo que de acordo com a intimação às fls. 11-12, o contribuinte foi intimado acerca das inconsistências que deveriam ser corrigidas.

Já no item 5º, a multa foi por falta de entrega de arquivos magnéticos relativos a dezembro de 2009 e maio de 2012, nos prazos previstos na legislação, os quais deveriam ter sido enviados via internet, através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED).

Infrações caracterizadas. Mantenho as multas dos itens 3º e 5º.

O item 4º diz respeito a uma multa por falta de apresentação de livros fiscais.

O autuado reclama que a descrição da infração é imprecisa, pois a autoridade fiscal sequer declarou a que livro ou a que exercício estaria relacionado à suposta falta de apresentação.

O fiscal nada disse ao prestar a informação (fls. 245-246). Depois, atendendo a uma diligência, disse que se trataria do Registro de Inventário. Não fez prova, contudo, de que o livro não tivesse sido entregue. Essa prova é feita mediante a lavratura de Termo de Arrecadação – o que não consta no Termo de Arrecadação, é porque não foi entregue. Ocorre que neste caso, não foi lavrado Termo de Arrecadação. Não se sabe, portanto, qual o livro que porventura deixou de ser apresentado. Além disso, tendo em vista que a acusação é de falta de apresentação de livros fiscais, a multa aplicada, de R\$2.760,00, por uma única intimação, não tem previsão legal, nos termos do inciso XX, do art. 42 da Lei nº 7.014/96. O lançamento do item 4º é nulo, por falta de certeza e liquidez.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme o demonstrativo abaixo:

INF.	RESULTADO	VL.R. LANÇADO	VL.R. JULGADO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	30.329,66	0,00	-----
		52.309,87	39.113,54	100%
02	PROCEDENTE	61.580,55	61.580,55	-----
03	PROCEDENTE	34.437,73	34.437,73	-----
04	NULO	2.760,00	0,00	-----
05	PROCEDENTE	2.760,00	2.760,00	-----
TOTAL		184.177,81	137.891,82	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **170623.0083/12-8**, lavrado contra **DISMEL COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$39.113,54**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$37.197,73** e multa percentual no valor de **R\$61.580,55**, previstas nos incisos XIII-A, “j” e II, “d”, c/c o § 1º, do mesmo artigo e lei já citados, com os acréscimos moratórios, na forma da Lei nº 9.837/05.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR