

**PROCESSO** - A. I. Nº 279465.0012/14-7  
**RECORRENTE** - SBF COMÉRCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0061-01/15  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 20/08/2019

### **1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO CJF Nº 0163-11/19**

**EMENTA:** ICMS. **1.** ALÍQUOTAS. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. **a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS MEDIANTE CUPONS FISCAIS. Não há de se confundir alíquota zero, como mercadoria isenta ou não tributada. Assim, mantenho a Decisão recorrida, pois de fato houve erro na aplicação da alíquota (zero) e assim está descrito na infração. Item 1 procedente. **b)** SAÍDAS DE MERCADORIAS MEDIANTE NOTAS FISCAIS. No Recurso Voluntário, o Recorrente não acrescentou nenhuma prova para elidir o lançamento. Item 2 Procedente. **2.** LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** 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. **b)** AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL – MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **b.1)** SOLIDARIEDADE. LANÇAMENTO DO IMPOSTO POR TER ADQUIRIDO MERCADORIAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. **b.2)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO, RELATIVAMENTE A MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. Dada ausência das provas alegadas e não apresentadas, há de prevalecer o demonstrativo do autuante, que se baseia em cálculos precisos, a partir das informações prestadas pelo contribuinte. Contudo, no pedido de diligência foi visto por este Relator, que no exercício de 2009, os produtos boné everlast, tênis converse de luxo, tênis olimpikus impressivo, maiô speedo tricolor touc, t shirt nike attacker, camisa pólo Adams, bone dunlop ellesse, são itens de mesma descrição e com entradas e saídas equivalentes. Feitas as exclusões de ofício. Infrações 3, 4 e 5 procedentes em parte. **3.** ARQUIVOS MAGNÉTICOS. MULTAS. **a)** FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVOS, EXIGIDOS MEDIANTE INTIMAÇÃO, COM INFORMAÇÃO DAS OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES REALIZADAS. **b)** FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVOS NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO, OU PELA SUA ENTREGA SEM O NÍVEL DE DETALHES EXIGIDOS PELA LEGISLAÇÃO. No caso, não procede a alegação de dupla punição. Houve descumprimento de duas obrigações acessórias e não de uma. Primeiro não entregou no prazo os arquivos, e segundo, ao ser

intimado entregou sem o nível de detalhe exigido, mesmo após regular intimação. Infrações 6 e 7 procedentes. Negada a preliminar de nulidade. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela autuada, em razão do Acórdão da 1ª JF, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 17/12/2014, quando foi lançado de ofício o valor histórico de R\$422.304,53, em decorrência das seguintes infrações:

- 1. recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado imposto no valor de R\$ 843,80, com multa de 60%;*
- 2. recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado imposto no valor de R\$ 8.982,27, com multa de 60%;*
- 3. falta de recolhimento do imposto [ICMS] 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” [sic], fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2009 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\$ 163.267,63, com multas de 70% e 100%;*
- 4. falta de recolhimento do imposto [ICMS], na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal, e consequentemente sem escrituração, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2009 e 2011), sendo lançado imposto no valor de R\$ 34.831,02, com multas de 70% e 100%;*
- 5. falta de recolhimento do imposto [ICMS] devido por antecipação, sobre o valor acrescido, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2009 e 2011), sendo lançado imposto no valor de R\$ 12.241,67, com multa de 60%;*
- 6. falta de fornecimento [falta de entrega] de arquivo magnético exigido mediante intimação, com informação das operações ou prestações realizadas, sendo aplicada multa no valor de R\$189.718,14;*
- 7. falta de entrega de arquivos eletrônicos nos prazos previstos na legislação, ou pela sua entrega sem o nível de detalhes exigidos pela legislação [sic], sendo aplicada multa no valor de R\$12.420,00.*

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a referida Junta de Julgamento Fiscal, por decisão não unânime, votou pela Procedência da infração com fundamento no voto condutor (vencedor quanto ao item 1), abaixo transcrito.

### **VOTO (VENCIDO QUANTO AO ITEM 1º)**

*Este Auto de Infração compõe-se de 7 lançamentos.*

*Os lançamentos dos itens 1º e 2º têm enunciados idênticos: recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.*

*O autuado suscita em preliminar a nulidade do item 1º reclamando que nesse item sua defesa ficou prejudicada, porque no demonstrativo fiscal não foram indicadas as Notas Fiscais objeto do levantamento fiscal, e por isso foi impossível identificar as operações, de modo a poder se defender.*

*A reclamação do autuado faz sentido. Conforme já assinalai, a descrição do fato do item 1º é idêntica à do item 2º, pois em ambos os casos o autuado foi acusado da mesma coisa, recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. A diferença é que, no item 1º, o fato foi constatado nas saídas de mercadorias efetuadas através de Cupons Fiscais, ao passo que no caso do item 2º o mesmo fato foi constatado nas saídas de mercadorias efetuadas através de Notas Fiscais.*

*Cupom Fiscal é um documento emitido em substituição à Nota Fiscal. Para se defender, o contribuinte precisa*

saber do que foi acusado, e para isso precisa que lhe seja informado em qual ou quais documentos foi apurado o erro. No caso do item 2º, a fiscalização indicou no demonstrativo os números dos documentos (fls. 33/39). Isso permitiu que a defesa, dando a sua versão, explicasse que se trataria de devoluções de mercadorias para o centro distribuidor da empresa, em São Paulo. Porém, no caso do item 1º, a fiscalização, estranhamente, adotou um critério diverso, elaborando um demonstrativo com outro formato, não especificando os números dos documentos fiscais (fls. 30-31).

Na sustentação oral, a nobre auditora Nilda Barreto de Santana, ao explicar o critério adotado no levantamento fiscal, deixou patente que o fato real apurado no item 1º não foi o descrito no Auto de Infração. O fato real foi realização de operações tributáveis como não tributáveis.

A descrição do fato, no Auto, é de que se trataria de recolhimento a menos em virtude de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação. Mas não foi isso o que aconteceu. O que houve foi realização de operações tributáveis como não tributáveis. Isso é o que se vê analisando-se o demonstrativo à fl. 30.

A descrição feita no Auto é adequada para quando o contribuinte aplica uma alíquota, quando a alíquota correta seria outra. Por exemplo: quando a alíquota correta é de 17%, mas o contribuinte destaca 12%.

Porém, quando o contribuinte realiza uma operação tributável como se fosse não tributável, não destacando por isso imposto, o fato é outro, não podendo ser acusado de ter “aplicado” uma alíquota diversa da prevista na legislação.

Note-se que até o código da infração no SEAI é outro: neste Auto, foi indicado erroneamente o código 03.02.02 (“Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação...”), porém o código correto seria 02.01.03 (“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis...”).

O erro não se restringe apenas à descrição do fato, mas tem reflexos também quanto ao fundamento legal, que passa a ser outro. Se se tratasse de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, como o caso foi descrito neste caso, os dispositivos infringidos seriam os que foram indicados no campo “Enquadramento”, no Auto de Infração, que dizem respeito aos percentuais das alíquotas. Porém, se a questão implica saber se determinada mercadoria se encontra ou não com a fase de tributação encerrada, ou se a operação é ou não isenta, ou se se trata de hipótese de não incidência, o dispositivo legal a ser indicado no “Enquadramento” teria de se reportar ao dispositivo que cuida do encerramento da fase de tributação, ou ao dispositivo que prevê a isenção, ou ao dispositivo que cuida da não incidência.

Como se não bastasse tudo isso, fica evidente o cerceamento de defesa quando se analisa o demonstrativo fiscal. Aparentemente, seriam apenas sete documentos – o demonstrativo tem apenas sete linhas. Porém isso é o que o demonstrativo falsamente indica. É que os valores indicados no demonstrativo representam as “totalizações” de várias operações, não se sabe quantas: na primeira linha, estão totalizadas “todas” as operações com determinada mercadoria realizadas em julho de 2011, com a indicação falsa no demonstrativo de que “todas” as operações teriam ocorrido no dia 31 daquele mês. Do mesmo modo, na segunda linha estão totalizadas “todas” as operações com determinada mercadoria realizadas em agosto de 2011, com a indicação igualmente falsa de que “todas” as operações teriam ocorrido no dia 31 daquele mês. O mesmo ocorre nas linhas terceira, quarta, quinta, sexta e sétima, em que estão totalizadas “todas” as operações das mercadorias assinaladas realizadas nos meses de outubro, novembro e dezembro, com a indicação igualmente falsa de que “todas” as operações teriam ocorrido no último dia do mês.

Isso é cerceamento de defesa. Não são apenas “sete” operações, como dá a entender o demonstrativo à fl. 30. E as datas dos fatos foram indicadas erroneamente, levando tudo para o último dia de cada mês. Isso pode não acarretar problema quanto ao cálculo da correção monetária, mas seguramente implica dificuldade para o contribuinte identificar os documentos fiscais onde supostamente haveria os erros.

Por cerceamento de defesa não se deve entender apenas a “impossibilidade total” de defesa. A defesa é cerceada sempre que a fiscalização emprega um artifício para dificultar ou embaraçar a defesa.

É nulo o lançamento do item 1º. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

A imputação do item 2º é de recolhimento de ICMS em virtude de erro na aplicação da alíquota.

O autuado alega que se trata de devoluções de transferências de mercadorias para o centro de distribuição da própria empresa, situado em Atibaia, São Paulo, com o destaque do imposto à alíquota de 7%. Alega que foi indevidamente indicado o CFOP 5.927, em vez de 6.102 (sic), mas deve prevalecer o princípio da verdade material.

Em tese, a defesa teria razão, pois devolução não é uma “operação” relativa à circulação de mercadoria – devolução é o “desfazimento” da operação, e por conseguinte na devolução a alíquota aplicada é a mesma alíquota da Nota Fiscal originária. Porém, para que o fato seja devidamente documentado, no campo

*“Natureza da Operação” da Nota Fiscal deve ser indicado que se trata de devolução (por exemplo, CFOP 5.201, 5.202, 5.209, 5.411, 6.201, 6.202, 6.208, 6.209, 6.411, 7.202), e no campo “Dados Adicionais” devem ser indicados o número, a série e a data do documento fiscal originário (RICMS/97, art. 651). Fazendo isso, o contribuinte praticamente não precisa provar mais nada, cabendo à fiscalização fazer a conferência dos preços, alíquotas e quantidades: os preços e as alíquotas devem ser os mesmos do documento originário, e as quantidades devem ser as mesmas, em caso de devolução total, ou em número menor, se a devolução é parcial, e nunca a mais.*

*Neste caso, segundo a defesa, o CFOP indicado nas Notas foi 5.927. Ocorre que esse código é destinado ao lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração. Com esse código, a mercadoria sequer poderia circular.*

*Porém é evidente que o contribuinte não é obrigado a pagar tributo em virtude de erro na indicação do tipo de fato, pois o que importa é a verdade. Sendo assim, já que a defesa alega que se trataria de devoluções de mercadorias para o centro de distribuição da própria empresa, em São Paulo, caberia demonstrar isso, pondo em cotejo as Notas de devolução com as Notas originárias, para que a fiscalização fizesse a conferência do que foi recebido e do que foi devolvido. A simples alegação, sem prova, é ineficaz.*

*Mantenho o lançamento do item 2º.*

*No caso dos itens 3º, 4º e 5º, os valores lançados foram apurados mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias.*

*O autuado alega que, em virtude de um problema sistêmico, várias mercadorias foram vendidas com códigos diferentes dos utilizados nas entradas. Explicou que a empresa se dedica ao comércio varejista de produtos esportivos, incluindo calçados, roupas, equipamentos e acessórios, havendo enorme variedade de modelos, marcas e tamanhos, e, em razão do mencionado problema sistêmico, as saídas de várias mercadorias ocorreram com códigos diversos dos que foram utilizados nas entradas, o que gerou um número maior do que o real para algumas mercadorias e um número menor para outras.*

*O art. 3º, III, da Portaria nº 445/98 prevê que, “III - nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item a reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins”.*

*Ou seja, em caso de dificuldade de identificação precisa das mercadorias por “espécies” ou “tipos”, a Portaria recomenda que se proceda ao levantamento quantitativo por “gênero”.*

*No caso de empresa que opera com grande variedade de modelos, marcas e tamanhos de uma mesma espécie de mercadoria, é natural que haja eventuais “trocas” ou equívocos na classificação, implicando a identificação de uma mercadoria em lugar de outra. Se uma mercadoria é classificada no inventário ou na entrada como com um código mas é vendida com outro código, é evidente que esse erro implicará duas diferenças, uma para mais num item, e outra para menos no outro item. Esse erro não acarretaria diferença quantitativa se as mercadorias fossem agrupadas por gênero, conforme recomenda a Portaria nº 445/98, no art. 3º, III.*

*Na jurisprudência deste Conselho, existem inúmeros precedentes de nulidade do lançamento em face de levantamentos fiscais efetuados sem levar em conta as especificidades dos códigos das mercadorias. Cito nesse sentido dois precedentes. Um deles é o Acórdão JJF 0134-01/13, nos autos do Processo nº 180642.0009/12-0, julgado nulo em virtude de o levantamento fiscal ter sido efetuado sem levar em conta diversos tipos de mercadorias similares, que não descaracterizam a sua natureza e função de mercadorias afins. O outro é o Acórdão JJF 0149-01/13, nos autos do Processo nº 206951.0005/10-0, em virtude de o levantamento fiscal ter sido efetuado sem levar em conta as especificidades dos códigos das mercadorias. Esta decisão foi confirmada pela 2ª Câmara mediante o Acórdão CJF 0314-12/13, de 2.10.13.*

*Porém não basta alegar, é preciso pelo menos indicar evidência de erros. O autuado na defesa alegou que não seria possível esgotar todas as divergências, e por isso considerou necessária a realização de perícia.*

*De fato, para sanar eventuais erros, seria o caso de se determinar a realização de diligência para depuração do levantamento quantitativo. Porém o autuado na defesa apenas alegou vagamente que teria havido um problema sistêmico, e como comercializa uma enorme variedade de modelos, marcas e tamanhos, as saídas de várias mercadorias ocorreram com códigos diversos dos que foram utilizados nas entradas. Não explicou qual seria o “problema sistêmico”. Quanto aos alegados erros em virtude da variedade de modelos, marcas e tamanhos, o autuado não indicou um caso sequer. Apenas alegou. Não seria exigível que a defesa “esgotasse” todas as divergências – bastava indicar uma ou algumas, por amostragem, para se avaliar a possibilidade de diligência para verificação de todos os casos. Porém a defesa não indicou um caso sequer. Apenas alega.*

*Embora, em tese, se admita que mercadorias similares podem dar ensejo a erros na especificação do inventário, na identificação por ocasião das entradas e na identificação por ocasião das saídas, e erros não constituem fato gerador de tributo, friso que o autuado não apontou objetivamente nenhum erro, limitando-se a aventar a*

*possibilidade da existência de equívocos.*

*Considero caracterizadas as infrações dos itens 3º, 4º e 5º.*

*No tocante ao item 6º, o autuado alega na defesa que não houve recusa ou falta de entrega dos arquivos magnéticos, tanto assim que, conforme consta na intimação fiscal, a própria fiscalização atesta a entrega dos arquivos, salvo o arquivo 60R, e sendo assim, comprovada a entrega, não há razão para a aplicação de qualquer multa.*

*A obrigação não é apenas de “entregar” o arquivo, e sim de entregar o arquivo de forma completa. Nos termos do § 6º do art. 261 do RICMS/12, a entrega de arquivo magnético fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95 configura não fornecimento, ficando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Mantenho a multa.*

*Quanto ao item 7º, o autuado reclama que a fiscalização se apoiou no mesmo dispositivo legal em que se baseou no item 6º, aplicando duas multas pelo mesmo período.*

*A aplicação de duas multas, de forma cumulativa, relativamente ao mesmo período, tem previsão legal – alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Mantenho a multa.*

*Quanto à alegação de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório e são desproporcionais, cumpre observar que elas têm previsão legal. Não é razoável discutir a constitucionalidade de lei no âmbito administrativo. Este órgão não tem competência para apreciar questões quanto à inconstitucionalidade do direito posto.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.*

#### **VOTO VENCEDOR – ITEM 01**

*Este Auto de Infração compõe-se de 7 lançamentos.*

*A presente apreciação restringir-se-á tão somente às questões atinentes à infração 01 do bem abalizado voto de nobre relator, que entendeu pela decretação da nulidade do respectivo item por cerceamento do direito de defesa, arguindo a sua ocorrência, quando a fiscalização empregar um artifício para dificultar ou embaraçar a defesa.*

*Peço vênia, todavia, para discordar flagrantemente da motivação adotada para a declaração de nulidade do lançamento de ofício, considerando que, no caso em concreto, não constatei quaisquer procedimentos das Auditoras Fiscais que implicassem artifício ou embaraço ao direito de defesa, ao contraditório ou outra situação que inquinasse de nulidade o referido item*

*De início, constato que o autuado invocou a nulidade do item 1º, com fundamento nos artigos 18, IV, “a”, 39, III, e 46 do RPAF (Decreto nº 7.629/99), sob o argumento de não foram apontadas no demonstrativo fiscal, as notas fiscais relacionadas às operações de saídas, objeto da exigência em debate, prejudicando a sua defesa, além de não conter os elementos necessários para se determinar com segurança a infração.*

*O relator decide pela nulidade da infração 01, descrita como “recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”, sob o juízo que o fato real foi a realização de “operações tributáveis como não tributáveis”.*

*Define que a descrição feita no Auto de Infração é adequada para quando o contribuinte aplica uma alíquota, quando correta seria uma outra. Exemplifica: a alíquota é 17%, mas o contribuinte destacou 12%. Porém, quando o contribuinte realiza operação tributável, como se não tributável, sem destacar, por isso, o imposto devido, o fato é outro e não pode ser acusado de ter “aplicado” uma alíquota diversa da prevista na legislação”. Completa que o erro não se restringe à descrição do fato; o fundamento legal passa a ser outro.*

*Diz que a fiscalização não especificou os números dos documentos fiscais (fls. 30-31). Diz que também houve cerceamento de defesa porque o demonstrativo fiscal indica falsamente que todas as operações teriam ocorrido no último dia de cada o mês de julho.*

*Entendo que o direito não assiste ao autuado, tampouco ao nobre relator, porquanto não encontro nos presentes autos as incorreções, omissões ou vício processual apontados, de sorte a acarretar a nulidade do item em questão. Verifico que a infração apurada diz respeito às operações de saídas de mercadorias, através de equipamento emissor de Cupom Fiscal (ECF), cuja aplicação das alíquotas pelo contribuinte autuado ocorreu em desacordo com a legislação do ICMS (artigos 50 e 51 do RICMS BA - Decreto 6.284/97).*

*Com relação à arguição do autuado de que foi obstaculizado o direito a ampla defesa, tendo em vista que não houve apresentação das notas fiscais relacionadas às operações de saídas, objeto da exigência em debate, observo que as alíquotas aplicadas a menor foram apuradas nas operações de saída de mercadorias, através de ECF - equipamento emissor de Cupom Fiscal e, portanto, nenhuma nota fiscal poderia ser disponibilizada.*

*Com efeito, o autuado explorando a atividade econômica de comércio varejista de produtos esportivos,*

*incluindo calçados, roupas, equipamentos e acessórios, encontra-se obrigado ao uso de equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF, quando o adquirente ou tomador seja pessoa física ou jurídica não contribuinte do imposto estadual, nos termos do Convênio ECF 01/98. O contribuinte que emita Cupom Fiscal é considerado usuário do SEPD - Sistema Eletrônico de Processamento de Dados (Cláusula 1ª, § 3º do Convênio ICMS 57/95).*

*Nesse sentido, estabelece o art. 708-A do RICMS BA (Decreto 6.284/97) que o contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar o arquivo eletrônico, referente ao movimento econômico de cada mês. Contribuintes que emitam documentos fiscais por equipamento ECF devem apresentar o Registro 60. São 5 os tipos de desse registro: 60M, 60A, 60R, 60D e 60I. O Estado da Bahia exige 60M (mestre), registra venda bruta diária, contida na redução Z do ECF; 60A (analítico), registra os totalizadores parciais por situação tributária e alíquota e 60R (item de mercadoria), resumo mensal por item de mercadoria comercializada.*

*Ora, a própria legislação estabeleceu que as informações de vendas através de Cupom Fiscal seriam enviadas ao fisco pelo valor total mensal através do registro 60R, justamente para simplificar o volume das tais informações, através dos arquivos eletrônicos, bastando apenas o resumo mensal de saídas de cada item. Dessa forma, inadmissível o argumento do autuado de que a ausência de notas fiscais implicou nulidade da autuação. Na mesma linha, com a devida vênia ao relator dos autos, meu entendimento aponta em sentido contrário, sendo igualmente inadmissível o argumento que houve, no caso em tela, cerceamento ao direito de defesa do autuado pela falta de especificação dos números dos documentos fiscais ou que a fiscalização indicou falsamente que todas as operações tenham ocorrido no último dia do mês.*

*O Fisco não teria que especificar a numeração dos documentos fiscais, uma vez que o próprio contribuinte encontra-se obrigado na entrega do registro 60 e suas variações. O 60R, utilizado pelo Fisco para o levantamento do ICMS recolhido a menos apresenta tão somente um resumo mensal por item de mercadoria comercializada e não consta a numeração de cada Cupom Fiscal emitido. Informações detalhadas das operações de vendas de mercadorias encontra-se em poder do próprio contribuinte, nos demais registros do grupo 60, que ficam sob a sua guarda.*

*Pelos exatos motivos retro narrados, rejeito igualmente a idéia de cerceamento de defesa, sob o argumento que as datas dos fatos foram indicadas, erroneamente, no último dia de cada mês, “dificultando a identificação dos documentos fiscais onde supostamente haveria os erros”. Cabível repisar que o registro 60R é um resumo mensal das informações acumuladas no mês a respeito de cada tipo de mercadoria processado no ECF do estabelecimento informante. Á guisa de observação, nos itens 06 e 07 desse processo administrativo fiscal, o autuado foi apenado por descumprimento de obrigação acessória pela falta de entrega dos registros 60R, no exercício de 2010, mesmo após regular intimação.*

*A legislação de Processo Fiscal do Estado crava que não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa (§ 2º, art. 18, RPAF BA - Decreto nº 7.629/99).*

*Melhor sorte também não teve o nobre relator na afirmação de que o fato punível, na presente exigência, deveria ser “operação tributável como se fosse não tributável”, ao invés da acusação de ter “aplicado uma alíquota diversa da prevista na legislação”.*

*Vige no Brasil, o princípio da tipicidade, corolário do princípio da legalidade. Entre os vários significados e discussões doutrinárias acerca do seu alcance e mesmo a quem se dirige, resta assentado que pelo princípio da tipicidade cerrada a lei não pode definir genericamente os aspectos típicos do tributo, evitando as interpretações extensivas, diferenciadas ou tentativas de adaptar o fato descrito ao caso concreto, o que implica ao aplicador da regra submeter as matérias discriminadas à moldura legal.*

*Assevera Sacha Calmon Navarro Coelho (Curso de Direito Tributário brasileiro. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.200) que “A tipicidade tributária é cerrada para evitar que o administrador ou o juiz, mais aquele do que este, interfiram na sua modelação, pela via interpretativa ou integrativa”.*

*Portanto, a prerrogativa indica que a norma tributária deve ser descrita de forma precisa, taxativa, que não permita dúvidas ou interpretações ampliativas, devendo o administrador ou o intérprete agir no limite de dar execução aos dispositivos legais, sem margem aos conceitos jurídicos abertos ou cláusulas gerais no direito tributário.*

*No caso concreto, nessa infração 01, os fatos irregulares colhidos pela fiscalização implicaram, visivelmente, recolhimento a menos de ICMS, em virtude de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação. O contribuinte deu saída em seus produtos e aplicou no Emissor de equipamento fiscal a alíquota que não era a indicada no art. artigo 50 do RICMS BA.*

*A tipificação querida pelo nobre relator operações tributáveis como não tributáveis é genérica, carece de complementos; em certa medida, contraria a tipicidade cerrada, segundo comentário anterior, porque não se refere a ocorrência no mundo dos fatos. O equívoco do relator foi ter se valido do demonstrativo de fl. 30 (descrição dos itens - registro R60), exaustivamente comentado.*

*Posto isso, não acompanho a decisão do relator pela nulidade da infração 1º, restando, em contrário,*

*caracterizada a exigência, no valor de R\$843,80.*

Inconformada com o julgamento de primeira instância, a Recorrente apresenta o seu Recurso Voluntário fls. (335/86). Alega que a referida decisão não merece prosperar, conforme será a seguir demonstrado. Que no caso dos autos, ao apresentar sua defesa administrativa, a Recorrente pugnou pela produção de perícia técnica contábil, a fim de comprovar a inexistência de inconsistências fiscais apontadas pela Autoridade Fiscal.

Que instância administrativa *a quo*, além de ter obstado o direito de a Recorrente valer-se de instrumento probatório idôneo e imprescindível à comprovação dos fundamentos fáticos articulados na sua defesa, indeferindo o pedido de produção de perícia técnico contábil, julgou procedente o Auto de Infração, sob a alegação de que a “simples alegação, sem prova, é ineficaz”, o que constitui flagrante cerceamento do direito de defesa.

Observa que, no presente caso, a Autoridade Fiscal, ao expedir o Auto de Infração, lançou mão de uma fundamentação jurídica imprecisa, confusa e desarmoniosa, posto que invocou uma miscelânea, um emaranhado de dispositivos normativos, que disciplinam uma gama de situações absolutamente diferentes, autônomas e que, em muitos casos, são, inclusive, conflitantes. Indubitavelmente, o lançamento está eivado de vício material, o que ceifa o direito de defesa da Recorrente e torna nulo o débito fiscal exigido.

Não bastassem todas as narradas erronias cometidas, a Autoridade Fiscal ainda imputou, indevidamente, multa em desfavor da Recorrente com base em Portaria, ato infra legal que não tem a aptidão para cominar penalidades fiscais, posto que estas somente podem ser estabelecidas por lei pois, que as penalidades fiscais também carecem de sustentabilidade jurídica, razão por que também devem ser desconstituídas.

Digno de nota, ainda, que a Autoridade Fiscal, ao lavrar o lançamento, também não apontou os dispositivos legais que supostamente lastreiam a cobrança do tributo, notadamente no que diz respeito à base de cálculo e à alíquota incidentes.

Assim, tendo em vista que o Auto de Infração não faz qualquer referência ao dispositivo legal em que se amparou para a cobrança do tributo, o crédito tributário dele decorrente deve ser desconstituído, por vício de fundamentação.

À mostra, portanto, que o Auto de Infração deve ser anulado, tendo em vista que a base de cálculo do imposto exigido foi apurada erroneamente, porquanto não compensou os valores relativos aos créditos das mercadorias que ingressaram no estabelecimento da Recorrente, o que, novamente, implica a nulidade o lançamento, em razão do evidente erro de direito.

Tal como demonstrado acima, o Auto de Infração ora combatido possui vícios insanáveis que levam à sua total improcedência. De fato, sequer é possível identificar, com precisão, quais dispositivos legais efetivamente se aplicam ao caso, nem como a fiscalização chegou à base de cálculo utilizada para efetuar o lançamento.

Após a exaustiva tentativa de conferir os valores que serviram como base de cálculo para o lançamento, verifica-se que a fiscalização utilizou-se de presunções para efetuar os lançamentos, notadamente com relação às infrações 03, 04 e 05, que tratam do levantamento quantitativo de estoques.

Com efeito, esse procedimento é utilizado pela Autoridade Administrativa para efetuar o lançamento do imposto sobre receitas presumidamente omitidas, nas entradas ou saídas de mercadorias, quando não identificadas as correspondentes notas fiscais e registros contábeis.

Ou seja, os dispositivos indicados pela fiscalização de maneira genérica estabelecem uma presunção de que houve circulação de mercadorias não tributadas pelo ICMS nos casos em que a fiscalização, por meio do levantamento quantitativo, identifica diferenças no estoque da contribuinte. Isto é, quando o número de mercadorias da mesma espécie não é compatível com as entradas e saídas do produto.

Trata-se, portanto, de uma tributação por meio de presunção, amplamente repugnada pela doutrina pátria por padecer de vícios insanáveis, uma vez que não se coadunam com as disposições do artigo 5º da Constituição da República.

A fiscalização, ao efetuar o lançamento relativo às infrações 06 e 07, apontou como motivos, respectivamente, (I) a ausência de entrega de arquivos exigidos por intimação e (II) a falta de entrega de arquivo eletrônico nos prazos previstos na legislação, ou pela sua entrega sem o nível de detalhe exigido pela Legislação. Ocorre que ambas as infrações tiveram como origem o mesmo fato, qual seja, a suposta ausência de apresentação dos arquivos magnéticos SINTEGRA dos meses de abril a dezembro de 2010 com as informações dos Registros 60R.

Veja-se, portanto, que um mesmo fato deu origem a duas penalidades distintas, procedimento esse que claramente viola o princípio do *non bis in idem*. Em linhas gerais, tal princípio impede a Administração Pública de impor uma segunda sanção administrativa a quem já sofreu, pela prática da mesma conduta, uma primeira.

É justamente isso que ocorreu no presente caso. A suposta ausência dos Registros 60R ensejou, de maneira indevida, a aplicação de duas penalidades distintas, sobre o mesmo ato, o que não se pode admitir.

Além disso, frise-se uma vez mais, não se trata de ausência de entrega de arquivo magnético, o que fora efetivamente feito pela Recorrente, conforme se expôs na peça impugnatória, razão pela qual se espera que esse E. Conselho reforme a decisão ora recorrida para o fim de se determinar o cancelamento da autuação.

Caso não se entenda pelo integral cancelamento das multas ora questionadas, o que se admite apenas para argumentar, é necessário ressaltar que as supostas infrações apontadas no Auto de Infração em comento não foram praticadas por dolo ou má-fé da Recorrente, tanto é que em nenhum momento isso foi alegado pela fiscalização. Por essa razão, requer-se a observância do disposto no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrito:

*Art. 42*

*§ 7º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.*

Não bastassem os argumentos acima suficientes à improcedência total do Auto de Infração ora guerreado, caso assim não se entenda, o que se admite apenas para argumentar, ao menos as multas impostas deverão ser revistas, porque nitidamente confiscatórias. As multas aplicadas violam o preceito da adequação, do princípio da proporcionalidade, razão pela qual se espera a sua anulação como medida de justiça.

DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto, restando claro que a Decisão recorrida merece reforma para se determinar o cancelamento integral do lançamento originário do presente processo administrativo, requer-se o recebimento, o processamento e o provimento deste Recurso Voluntário para que seja reformada a decisão administrativa de 1ª Instância e cancelado integralmente Auto de Infração nº 279465.0012/14-7.

Subsidiariamente, caso não se entenda pelo cancelamento integral da autuação, requer-se, ao menos, (I) a conversão do julgamento em diligência, para que seja dado à contribuinte a possibilidade de produzir prova pericial, nos termos expostos em sua impugnação e (II) o cancelamento ou, ao menos, a redução das multas cominadas à Recorrente. Outrossim, protesta pela eventual juntada posterior de documentos comprobatórios de tudo o quanto foi alegado no presente recurso.

Requer-se, por fim, (i) a juntada do anexo instrumento de mandato, (ii) a juntada de disco de armazenamento de dados, com a versão em Word do presente recurso, nos termos do art. 8º do



RPAF e (iii) que todas **as intimações sejam realizadas em nome da Recorrente, no seu endereço, bem como em nome de seus advogados, em Neumann, Gaudêncio, McNaughton Advogados, A/C Dr. Charles William McNaughton, estabelecido na Av. Brasil, 506, Jardim América, São Paulo-SP, CEP 01430-000.**

Às fls. 471/77 o processo foi convertido em diligência à INFAZ de origem, para que o autuante intimasse o Recorrente a comprovar o erro sistêmico e que fosse dado o prazo de 60 dias para entrega das listas dos materiais idênticos, mas com códigos de entrada e saídas diferentes de forma a se fazer o agrupamento.

À fl. 481, o Recorrente solicitou prorrogação de prazo por igual período e às fls. 502/verso, o Inspetor concedeu a dilação de prazo. Não havendo manifestação do Recorrente após o vencimento do prazo dilatado, o processo foi remetido para este Conselho para julgamento.

## VOTO

Inicialmente, o Recorrente alegou que ao apresentar sua defesa administrativa, pugnou pela produção de perícia técnica contábil, a fim de comprovar a inexistência de inconsistências fiscais apontadas pela Autoridade Fiscal e que indeferindo o pedido de produção de perícia técnico contábil, julgou Procedente o Auto de Infração, sob a alegação de que a “simples alegação, sem prova, é ineficaz”, o que constitui flagrante cerceamento do direito de defesa.

Sendo incontestável que à fl. 101, quando da impugnação inicial, o Recorrente alegou problemas sistêmicos e que várias mercadorias idênticas foram alienadas com códigos diferentes daqueles admitidos nas entradas, e que não foi sequer dada a oportunidade para saneamento desta questão suscitada, foi que em nome do princípio da ampla defesa e do devido processo legal, o processo foi convertido em diligência às fls. 471/475 para que o Recorrente fosse intimado para apresentar provas de erros sistêmicos e na medida do possível, corrigir tais erros de forma que possibilitasse o refazimento do lançamento considerando corretamente os códigos.

Contudo, conforme provado nos autos, após concessão de prazo inicial de 60 dias, e prorrogação por mais 60, e decorridos até a presente data, mais de 8 meses da intimação inicial à fl. 479, o Recorrente não apresentou quaisquer provas acerca do alegado erro sistêmico, nem trouxe quaisquer subsídios para o autuante fazer o agrupamento dos itens similares, conforme preceitua a Portaria 445/98.

Além disso, descarto a existência de nulidade sobre a totalidade do Auto de Infração, sendo que em cada uma delas, os vícios eventualmente apontados serão analisados, visto inexistência de erro formal que caracterize nulidade total do lançamento, razão pela qual denego o pedido de nulidade do processo, já que ficou descaracterizada a alegação de cerceamento da defesa, uma vez efetuada a diligência, e assim passo ao julgamento dos 7 itens que compõem o lançamento.

O primeiro item, recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado imposto no valor de R\$843,80, com multa de 60%, foi motivo de voto divergente no julgamento recorrido.

O Relator sustentou que a Auditora, ao explicar o critério adotado no levantamento fiscal, deixou patente que *“o fato real apurado no item 1º não foi o descrito no Auto de Infração e que em verdade foi a realização de operações tributáveis como não tributáveis”*.

Que a descrição feita no Auto é *“adequada para quando o contribuinte aplica uma alíquota, quando a correta seria outra. Por exemplo: quando a alíquota correta é de 17%, mas o contribuinte destaca 12%. Porém, quando o contribuinte realiza uma operação tributável como se fosse não tributável, não destacando por isso imposto, o fato é outro, não podendo ser acusado de ter “aplicado” uma alíquota diversa da prevista na legislação”*.

O voto divergente e vencedor quanto a este item, sustentou que no caso concreto, os fatos

irregulares colhidos pela fiscalização implicaram, visivelmente, recolhimento a menos de ICMS, em virtude de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação. Que o contribuinte deu saída em seus produtos e aplicou no Emissor de equipamento fiscal, a alíquota que não era a indicada no art. artigo 50 do RICMS/BA.

*Que a “tipificação querida pelo nobre relator - operações tributáveis como não tributáveis é genérica, carece de complementos; em certa medida, contraria a tipicidade cerrada, segundo comentário anterior, porque não se refere a ocorrência no mundo dos fatos. O equívoco do relator foi ter se valido do demonstrativo de fl. 30 (descrição dos itens - registro R60), exaustivamente comentado. Posto isso, não acompanho a decisão do relator pela nulidade da infração 1º, restando, em contrário, caracterizada a exigência, no valor de R\$843,80”.*

De fato, observando-se o demonstrativo de fl. 30, observa-se que são mercadorias tributadas, mas que no campo do ECF apareceu alíquota zero. Tal alíquota não significa em princípio não incidência ou isenção, apenas que o ente tributante (Governo Federal, Estado ou Município) definiu que a tributação daquela operação ou produto seria zerada, visando nesses casos, uma política econômica provisória de incentivo ao consumo como se acontece frequentemente na redução do IPI para a linha branca de eletrodomésticos ou com outro objetivo, no caso dos produtos da cesta básica, que já tiveram o PIS e COFINS com alíquota zerada. O mesmo ocorre com o ICMS

Assim, a alíquota 0%, diferentemente da isenção, que impede o recolhimento do tributo de determinados indivíduos, atinge a todos, não havendo escolha de pessoas específicas, já que sua criação deriva de uma política econômica governamental. A isenção, ao contrário, pode, por exemplo, ser concedida para determinada mercadoria quando adquirida para indústria, mas não para o comércio, ou na saída do comércio para determinado seguimento (adubo para agropecuária, mas não para jardinagem). O mesmo ocorre com mercadoria não tributada, por ter encerrado a fase de tributação.

Não tem razão o Relator *a quo* quando disse que: “*por exemplo: quando a alíquota correta é de 17%, mas o contribuinte destaca 12%. Porém, quando o contribuinte realiza uma operação tributável como se fosse não tributável, não destacando por isso imposto, o fato é outro, não podendo ser acusado de ter “aplicado” uma alíquota diversa da prevista na legislação*”.

Neste caso, se a alíquota correta fosse de fato “zero”, e o contribuinte aplicasse corretamente 0%, não deixaria de ser coerente, já que o demonstrativo apontaria que o contribuinte utilizou mesmo a alíquota zero, diferente da alíquota vigente para a situação.

Mas não foi o caso, pois a alíquota não era zero, e foi aplicada como se fosse, e não se coaduna com o tipo pretendido pelo voto vencido de “mercadoria tributada como não tributada”, ainda que equivocadamente tenha sido consentida pela autuante, que a meu ver, também se equivocou na sua explicação.

Não há de se confundir alíquota zero, como mercadoria isenta ou não tributada. Assim, mantenho a Decisão recorrida, pois de fato houve erro na aplicação da alíquota (zero) e assim está descrito na infração. Item 1 Procedente.

Quanto à infração 2, esta se difere da primeira, por conta da alíquota aplicada, 7% para operações interestaduais, quando deveria ser 12%. Inicialmente o Recorrente alegou devoluções, contudo sem apresentar provas. Não há quaisquer erros na descrição da infração em confronto com o demonstrativo cuja primeira folha está página 33, com mercadorias cuja alíquota é de 12%, porém com 7%.

O voto recorrido diz que “*Sendo assim, já que a defesa alega que se trataria de devoluções de mercadorias para o centro de distribuição da própria empresa, em São Paulo, caberia demonstrar isso, pondo em cotejo as Notas de devolução com as Notas originárias, para que a fiscalização fizesse a conferência do que foi recebido e do que foi devolvido. A simples alegação, sem prova, é ineficaz*”.

No Recurso Voluntário, o Recorrente não acrescentou nenhuma prova para elidir o lançamento. Item 2 Procedente.

Os itens 3, 4 e 5 reportam-se a levantamento quantitativo de estoques de mercadorias em exercício fechado. O item 3 por omissão de saídas, a 4 por responsabilidade de mercadorias submetidas à ST nas entradas sem registros dos documentos fiscais e a 5, antecipação tributária de responsabilidade própria do sujeito passivo, decorrente da omissão do registro de entradas.

O Recorrente diz que após a exaustiva tentativa de conferir os valores que serviram como base de cálculo para o lançamento, verifica-se que a fiscalização utilizou-se de presunções para efetuar os lançamentos, notadamente com relação às infrações 03, 04 e 05, que tratam do levantamento quantitativo de estoques.

Primeiro, é preciso destacar que no caso do levantamento quantitativo de estoque, trata-se de presunção legal *júris tantum*, no caso de omissão de entradas, prevista na Lei nº 7.014/96, em seu art. 4º, conforme parágrafo transcrito abaixo:

*§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:*

*IV - entradas de mercadorias ou bens não registrados;*

Assim, quando há omissões de entradas de mercadorias com tributação normal, e sendo o fato gerador do imposto a saída e não a entrada, presume-se que houve saídas anteriores sem a emissão respectiva de documento fiscal, que possibilitou auferir receitas não declaradas, e que possibilitaram a aquisição destas mercadorias não registradas. Eis a presunção! A partir de um fato provado (omissão de entradas) infere-se a existência de outro fato – a omissão de saídas. Tal instituto é amplamente utilizado no direito tributário, desde que previsto em Lei.

No caso do item 3, sequer pode-se falar em omissão de entradas, e por consequência de qualquer presunção legal, pois o levantamento quantitativo apontou diretamente omissões de saídas de mercadorias tributadas. Não houve neste item, quaisquer presunções, pois simplesmente se constatou mediante a equação efetuado no levantamento de estoque, de omissão de saída, pura e simples.

No caso das infrações 4 e 5, se configurou a hipótese legal da responsabilidade solidária do adquirente pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, em razão da constatação de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

A expressão “*que detiver para comercialização*” caracteriza “*que retiver para comercialização*”, porém, não implica em instantaneidade e/ou simultaneidade, de modo a só se caracterizar a infração se for no caso de exercício aberto, como faz crer o recorrente, mas, sim, a aquisição do produto sem a devida documentação e consequente tributação, por parte do fornecedor. Tal fato é reforçado através do art. 10 da referida Portaria nº 445/98, o qual especifica que:

*Art. 10. No caso de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária:*

*I - se a mercadoria ainda estiver fisicamente no estoque ou se tiver saído sem tributação, deve ser exigido o pagamento:*

*a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V), observando o seguinte:*

*1 - a base de cálculo é o valor da mercadoria adquirida, que corresponde ao preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria, não devendo ser computada nenhuma parcela a título de margem de valor adicionado (RICMS/97, art. 60, II, "b");*

*2 - a multa aplicável é a prevista para a falta de recolhimento tempestivo em razão da falta de registro de documentos nos livros fiscais próprios, apurada mediante levantamento quantitativo (70%);*

*b) do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo,*

*apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 88 do RICMS/97, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (RICMS/97, art. 915, II, "d");*

*II - tratando-se de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração, se ficar comprovado que, não obstante a falta de recolhimento do imposto por antecipação, a operação de saída posterior foi tributada normalmente, observar-se-á o seguinte:*

*a) não se exigirá o imposto que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a multa de 60% (RICMS/97, art. 915, § 1º, I);*

*b) a providência de que cuida a alínea anterior não dispensa a exigência do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, nos termos da alínea "a" do inciso anterior.*

Foi oferecida a mais ampla defesa, conforme descrito no início deste voto, em que o Recorrente foi intimado para apresentar provas de erros sistêmicos e após concessão de prazo inicial de 60 dias, e prorrogação por mais 60 não apresentou quaisquer provas acerca do alegado erro sistêmico, nem trouxe quaisquer subsídios para o autuante fazer o agrupamento dos itens similares conforme preceitua a Portaria nº 445/98.

Assim, dada ausência das provas alegadas e não apresentadas, há de prevalecer o demonstrativo do autuante, que se baseia em cálculos precisos, a partir das informações prestadas pelo contribuinte. Contudo, no pedido de diligência foi visto por este Relator, que no exercício de 2009, os produtos boné everlast, tênis converse de luxo, tênis olimpikus impressivo, maiô speedo tricolor touc, t shirt nike attacker, camisa pólo Adams, bone dunlop ellesse, são itens de mesma descrição e com entradas e saídas equivalentes. Feitas as exclusões de ofício, os valores das 3 infrações passam a serem respectivamente como abaixo indicados:

ANO	2009	2011	TOTAL LANÇADO	TOTAL JULGADO
INF 3	35.384,27	127.667,11	163.267,63	163.051,38
INF 4	7.115,22	27.460,45	34.831,02	34.575,67
INF 5	2.473,80	8.882,90	12.241,67	11.356,70

Assim, voto pela Procedência Parcial das infrações 03, 04 e 05.

Quanto às infrações 6 e 7, foram devidas à falta de entrega dos arquivos SINTEGRA mediante regular intimação acostada aos autos. Tais multas estão previstas no art. 42, XIII-A, alínea J, abaixo transcrita:

*j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo;*

No caso, não procede a alegação de dupla punição. Houve descumprimento de duas obrigações acessórias e não de uma. Primeiro não entregou no prazo os arquivos, e segundo, ao ser intimado entregou sem o nível de detalhe exigido, mesmo após regular intimação.

Quanto às arguições de inconstitucionalidade, ou de valor confiscatório, este Conselho não tem competência para julgar tais questões, devendo fazer a ressalva, que embora o valor da multa seja aparentemente alto, na infração 6 (R\$189.718,14), é certo que não foi possível realizar roteiros de fiscalização no exercício de 2010, mas apenas 2009 e 2011, que resultaram nas infrações 3, 4 e 5 em valores bastantes superiores ao da multa e assim, o valor da multa aplicada, guarda correlação com os prejuízos eventuais causados ao Fisco pela impossibilidade de se fiscalizar o exercício pela falta de entrega dos arquivos com os dados necessários.

Quanto à intimação do resultado deste julgamento, no endereço citado no Recurso, nada impede a Administração de atender tal pedido, contudo, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal considera intimado, se for feita diretamente ao contribuinte.

Face ao exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279465.0012/14-7**, lavrado contra **SBF COMÉRCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$218.809,82**, acrescido das multas de 60% sobre R\$21.182,77, 70% sobre R\$42.499,49 e 100% sobre R\$155.127,56, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento e obrigações acessórias no valor total de **R\$202.138,14**, previstas no inciso XIII-A, “j”, do mesmo artigo e da supracitada lei, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS