

A. I. N° - 380214.0006/05-6
AUTUADO - BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO BARBOSA DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET- 05.10.2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0348-04/05

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM OMISSÃO DOS REGISTROS TIPO 70. MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DAS OPERAÇÕES REALIZADAS. Descumprimento de obrigação acessória. A legislação estabelece aplicação da multa de 1% sobre o valor das operações realizadas, entretanto a obrigatoriedade da inclusão Registro TIPO 70 somente ocorreu a partir do exercício de 2003. Refeitos dos cálculos. Rejeitadas as arguições de nulidade. Infração parcialmente caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Contribuinte comprovou o estorno do crédito no mesmo período de apuração. Infração insubstancial. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao consumo do próprio estabelecimento e ao ativo imobilizado, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2005, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$1.834.497,68, em decorrência das seguintes irregularidades:

1- Multa no valor R\$ 1.833.186,32, por ter fornecido arquivos magnéticos, enviado via internet através de programa Validador/Sintegra, com omissões de operações ou prestações. “Art. 915, F. 5% (cinco por cento) do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período. Infração calculada a base de cálculo de forma a que se chegasse ao limite de 1% das vendas, vide demonstrativo anexo.”

No campo correspondente a descrição dos fatos, em relação ao arquivo magnético, o autuante acrescentou que, inicialmente, o autuado foi intimado a apresentar os arquivos magnéticos na forma prevista no convênio, uma vez que estava ausente os registros e arquivos. Embora houvesse a tentativa, não houve desde o início o atendimento pleno do que se solicitava, conforme pode se observar nos e-mails anexados.

Na análise dos dados do arquivo magnético, foi verificada grande distorção nos dados disponibilizados, o que comprometeu totalmente a sua utilização. Adotou diversas providências junto a empresa, tentando viabilizar a utilização dos arquivos, entretanto, embora houvesse boa

vontade de seus prepostos, não conseguiram atender com os dados e documentos que satisfizessem às necessidades do fisco.

Foram apresentados diversos demonstrativos na tentativa de suprir os dados ausentes do arquivo, entretanto, após análise detalhada dos demonstrativos disponibilizados, auditor fiscal e a representante da empresa designada para acompanhar os trabalhos, Sr^a. Érica Alves Heiderich, chegaram a conclusão da inadequação dos demonstrativos, por não atender ao que se solicitava, conforme e-mails anexados.

Foi verificada, também, inconsistência no Inventário da empresa, sendo inclusive solicitada a sua retificação, conforme documento anexo.

Diante de tantas irregularidades, considerando o volume de documentos e o porte da empresa, tornou-se temerária, portanto, inviável a utilização dos arquivos magnéticos na realização da fiscalização.

2- Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$66,54, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. “NF 083972 valor de R\$952,00 se creditou em R\$66,64.”

3- Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$1.244,82, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. No campo correspondente a descrição dos fatos consta que foi apurada conforme demonstrativo anexo.

O autuado apresentou defesa, fls. 61 a 80, inicialmente, salientando que, em 04/04/2005, foi intimado para apresentar os livros e documentos fiscais e na mesma data o autuante emitiu outro Termo de Intimação com a observação de que teria efetuado teste nos arquivos magnéticos, enviados anteriormente, sendo constatadas as seguintes irregularidades: 1- ausência ou erro nos registros 60A; 2- ausência do registro 60M; 3- ausência do registro 60R e 4- ausência ou erro no arquivo 74 (dados do inventário).

Aduz que, em cumprimento ao requerido pela fiscalização, elaborou diversas correspondências, muitas delas por e-mail, confirmado a apresentação de livros, documentos e arquivos fiscais solicitados, bem como fornecendo esclarecimentos solicitados pela fiscalização. Todavia, em que pesem os esforços da impugnante, a fiscalização, insatisfeita com toda a documentação recebida, lavrou o Auto de Infração desprovido, em parte, de amparo legal.

Ressalta que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia não pode ser tão rigorosa e meramente formal em suas fiscalizações, pois corre o risco de tornar nulas as finalidades a que se presta, impondo receios demasiados aos seus contribuintes, bem como possibilitando contestações a suas arbitrariedades. Alega que cumpriu com sua obrigação tributária, qual seja, o de satisfazer os créditos que tem o Estado da Bahia decorrente do ICMS, conforme legislação vigente. Cita que existem muitos julgados sobre o rigor formal da fiscalização.

Prosseguindo, diz ser improcedente a infração 02, eis que, conforme cópia do livro Registro de apuração (doc. 07), no item 002 “outros débitos” o respectivo crédito foi efetivamente estornado no mesmo período do crédito, 01 a 31 de dezembro de 2001, com os seguintes dizeres “DIF. ALÍQUOTA ART. 131 PARÁG. ÚNICO”. Desta forma, tal infração desmerece maiores comentários.

Quanto à infração 03, confessa o respectivo débito e informa que recolheu o referido valor.

No tocante a infração 01, aduz que durante o procedimento de fiscalização, foi solicitado que entregasse os arquivos magnéticos com registros 10, 50, 54, 60 60A, 60M, 60R, 74 e 75. Conforme admitido pelo próprio autuante, entregou todos os arquivos magnéticos solicitados, relativamente ao período mencionado na notificação, qual seja, de 01/2000 a 12/2004, com exceção ao registro do tipo 74 relativamente ao período compreendido entre janeiro/2000 a agosto/2003.

Assevera que, em relação ao período compreendido entre janeiro/00 a agosto/03, até então, o arquivo magnético registro tipo 74 nunca havia sido exigido pelo fisco Estadual, pois a referida obrigação acessória foi introduzida pelo Convênio ICMS nº 69/02, o qual alterou o Convênio 57/1995, transcrevendo as Cláusulas Primeira, quarta e quinta do Convênio 69/02 e o item 19A, do Convênio 57/95, concluindo que:

- a) O arquivo magnético registro 74, opcionalmente, poderá ser exigido pelo fisco estadual.
- b) A exigência do referido registro somente poderá abranger períodos posteriores a janeiro de 2003 (vigência do convênio 69/02: “a apresentação ao fisco dos arquivos magnéticos gerados na forma estabelecida por este convênio será obrigatória a partir dos fatos geradores de 1º de janeiro de 2003”).
- c) Assim, conforme cláusulas quarta e quinta do Convênio 69/02, fica facultado à unidade da Federação que implantar os registros 60R, 60D, 60I e/ou 74 determinar quando o seu contribuinte deverá adequar-se ao armazenamento das novas informações e o prazo de apresentação ao fisco dos arquivos magnéticos gerados na forma estabelecida por este convênio, contudo tal obrigação poderá abranger somente fatos geradores ocorridos a partir de janeiro/03.

Todavia, durante o procedimento de fiscalização, embora fosse totalmente arbitrário e ilegal, a fiscalização exigia a apresentação do arquivo magnético registro 74 desde 01/01/2000 à 31/12/2004.

No intuito de colaborar com o fisco e atender fielmente as exigências do autuante, ainda tentou inserir o referido registro 74 nos arquivos magnéticos já enviados e validados no Sintegra. Mas, tendo em vista o enorme volume de operações, não conseguiu obter êxito em curto prazo (120 horas, conforme intimação doc 06), pois ao inserir os dados pertinentes, o sistema acusava ausência ou erro no respectivo arquivo.

Assevera que o próprio autuante, percebendo a falha cometida no sentido de solicitar o arquivo do registro tipo 74 de período anterior à vigência do convênio nº 69/02, através do e-mail datado de 05 de maio de 2005, às 13:13 (fls. 29 do PAF), determinou que a inserção do registro 74 nos arquivos magnéticos fosse feita somente a partir de 01 de setembro de 2003. Assim, os valores de autuação relativamente ao período de 01/01/2000 a 31/08/2003, devem ser desconsiderados, pelas razões expostas.

Para o período restante, compreendido entre setembro de 2003 a dezembro de 2004, os arquivos, foram efetivamente entregues conforme comprovantes ora anexados (docs. 08 a 24), inclusive com o registro 74, conforme comprova-se. Todavia, em relação à alguns meses, foram detectadas divergências quanto as quantidades/medidas. Em alguns períodos, foi lançado no registro tipo 74 (inventário) a quantidade total do GLP em quilos, sendo que em outros períodos foi utilizada a quantidade em peças (por exemplo, total de botijões de 13 kg). Entretanto, conforme e-mail anexado pela própria fiscalização (fls. 42), disponibilizou demonstrativo detalhando as quantidades de cada tipo de vasilhame em “PEÇAS E QUILOS”, demonstrado, desta forma a total boa fé do contribuinte e comprovando que os arquivos magnéticos foram entregues e, eventuais divergências, foram esclarecidas através de relatórios complementares emitidos pelo autuado.

Em seguida, argüiu nulidade do Auto de Infração em virtude de flagrante falha na imposição e cálculo da multa, inicialmente, por não existe o “art. 915, alínea “f”, “o qual foi indicado no Auto de Infração, o que inviabilizou a ampla defesa do contribuinte, vez que o mesmo nem mesmo sabe do que se defender.

No entanto, pelos índices e redação contida no auto de Infração, “supõe” que o dispositivo aplicável seja o art. 915, XIII-A, alínea “f”. Neste caso, o autuante entendendo a ocorrência de divergência nos dados dos arquivos magnéticos em relação aos respectivos documentos fiscais (situação que não ocorreu) deveria ter averiguado as operações de saída e entradas com divergências e a partir do

valor dessas operações, aplicar a multa de 5%, observando o limite de 1% sobre o valor das operações de saídas realizadas em cada período, caso fosse devido. Porém, equivocadamente, o autuante aplicou 1% sobre o total das operações de saída do estabelecimento, inclusive, operações contidas nos arquivos magnéticos em situação regular, conforme instruções estabelecido em convênio.

Ao finalizar, requer a nulidade do Auto de Infração ou a improcedência das infrações 01 e 02, além de protestar pela juntada posterior de documentos.

O auditor autuante, às fls. 175 a 178, ao prestar a informação fiscal, esclarece que embora fossem disponibilizados diversos demonstrativos/documentos, estes não tiveram o suporte na documentação fiscal, visto que quando testados foi constatado pelo prepostos da empresa que os relatórios disponibilizados não condiziam com os documentos fiscais de entrada e saídas de vasilhames e do gás propriamente dito, fato este relatado no campo e descrição dos fatos do Auto de Infração.

Ressalta que a infração não ocorreu pela falta do registro 74 e sim pela divergência dos dados informados no arquivo magnético com os escriturados pela empresa. Diz que discorda do autuado de que a fiscalização poderia ter sido realizada através dos documentos fiscais, pois trata-se de uma quantidade muito grande.

Considera as divergências apresentadas entre os dados dos arquivos e os escriturados, foram trocadas informações entre fisco e empresa além do envio de demonstrativos com as divergências apuradas para que fossem esclarecidas, folhas 39 a 56, o que não ocorreu por deficiência dos relatórios apresentados.

Após circularizados, os dados dos demonstrativos apresentados com os documentos fiscais, os trabalhos foram obstacularizados, uma vez que os documentos reportados nos demonstrativos não correspondiam aos fatos que se buscava esclarecer, conforme foi atestado pela representante do autuado Érica Alves Heiderich, fato já noticiado no Auto de Infração.

Esclarece que a multa de fato ocorreu no total dos produtos, vasilhames e Gás e que foi aplicado 5% e constatado que o resultado superava 1% das saídas. Quanto ao dispositivo legal, está nos art. 686, 708 e 915 do RICMS e art. 42, inx. XIII-A, “f”, da Lei 7.014/96.

Em relação à infração 02, aduz que as aquisições de material de consumo não geram créditos na entrada da mercadoria, visto que estes créditos são utilizados pelo contribuinte no momento da apuração e recolhimento do diferencial de alíquotas, no caso concreto o valor foi utilizado concomitantemente na entrada e na apuração do diferencial de alíquotas.

Quanto à infração 03, salienta que o autuado reconheceu.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

VOTO

Analisando os elementos que instruem o PAF, constatei que o auditor imputa ao autuado 03 (três) infrações: ter fornecido arquivos magnéticos, enviado via internet através de programa Validador/Sintegra, com omissões de operações ou prestações (Infração 01); utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento (infração 02) e deixar de recolher o ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento (infração 03).

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que a existência de erro no cálculo do imposto ou da multa não é caso de nulidade do Auto de Infração, o qual foi lavrado através de sistema de processamento de dados da SEFAZ, onde a acusação é a

usualmente utilizada para a infração em lide, uma vez que se trata de um texto padrão, definido pela Administração Tributária Estadual, não sendo também causa de nulidade o simples erro no dispositivo da multa aplicada, principalmente no caso em lide, onde o autuado exerceu seu pleno direito de defesa.

Em relação ao mérito da autuação, o art. 708-A, do RICMS/97, determina que os contribuintes do ICMS autorizados ao uso de SEPD deverão entregar o arquivo magnético referente ao movimento econômico de cada mês, a partir do mês de outubro de 2000, inclusive, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações efetuadas.

Assim, todos os contribuintes autorizados ao uso de SEPD, exceto os autorizados somente para escrituração do livro Registro de Inventário, estão obrigados a entregar o arquivo magnético contendo os dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário nos meses em que este for realizado. O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético cancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.

No “REGISTRO TIPO 74”, são consignados os lançamentos constante do livro Registro de Inventário, foi instituído pelo Convênio ICMS 69/02, com efeitos a partir de 01.01.03, logo, não sendo possível exigir a apresentação do referido registro em relação aos exercícios de 2000, 2001 e 2002, devendo ser excluído da autuação os respectivos de R\$156.306,51, R\$335.808,49 e R\$ 390.991,65.

Já em relação aos exercícios de 2003 e 2004, o autuado entregou o arquivo com informações do registro tipo 74, inconsistentes, ou seja, com informações divergentes em relação ao livro de inventário.

O arquivo magnético entregue nos termos deste artigo 708-A deverá conter, também, dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário nos meses em que este for realizado, conforme determina o § 2º do referido artigo do RICMS/97.

Por sua vez, o § 6º, do mesmo artigo acima citado, estabelece que a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atenda às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas.

Assim, apesar de ter apresentado os referidos arquivos magnéticos com os registros, os mesmos estavam com diversas inconsistências, tendo o autuante intimado o autuado a regularizar os dados informados nos registros, em especial em relação aos registros 60A, 60M, 60R e 74, conforme Termo de Intimação acostado às folhas 08 e 09 do PAF, datado de 04/04/05, alertando ao autuado que o não atendimento da intimação resultaria na penalidade prevista nas alíneas “g” ou “f”, do inciso XIII-A, do artigo 42, da Lei 7.014/96, os quais foram transcritos.

Saliento que o contribuinte foi intimado, pelo autuante, por diversas vezes, para regularizar a situação, conforme documentos acostados ao PAF, fls. 08, 09 e 28 a 56, porém, as providências adotados não foram suficientes para sanar as irregularidades sem aplicação da multa. Ressalto que a 1ª Intimação ocorreu em 04/04/05 e o Auto de Infração somente foi lavrado em 30/06/05, quase dois meses depois.

Outrossim, que o autuante incorreu em equívoco, ao indicar no Auto de Infração o dispositivo da multa aplicada como sendo a alínea “f”, inciso XIII-A, artigo 42 da Lei 7.014/96, quando o correto é a alínea “g”, do mesmo inciso, do mesmo artigo e lei, pelo que fica retificada a multa aplicada, sem resultar em alteração de valores, uma vez que foi calculada no percentual de 5%, porém ficou limitada ao percentual de 1%, conforme determina o § 6º, do artigo 708-B, do RICMS/97, *in verbis*:

“708-B ...

§ 6º A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea "g" do inciso XIII-A do art. 915 deste regulamento.”

Pelo acima exposto, entendo que a infração restou parcialmente caracterizada no valor de R\$950.079,67, referente aos exercícios de 2003 e 2004, sendo excluídas os valores correspondentes aos exercícios de 2000, 2001 e 2002.

Em relação a infração 02, entendo que razão assiste ao autuado, pois em sua defesa este acostou cópia do livro Registro de Apuração, folhas 156 e 157, referente ao mês de dezembro de 2001, no qual consta no item 002 “outros débitos” que o respectivo crédito foi efetivamente estornado no mesmo período do crédito, não causando qualquer repercussão do recolhimento do imposto. Desta forma, tal infração deve ser excluída do Auto de Infração.

Quanto à infração 03, o autuado confessa o respectivo débito e informando que recolheu o mesmo, razão pela qual entendo que a mesma restou caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para exigir imposto no valor de R\$1.244,82, além da multa de R\$950.079,67, devendo ser homologado o valor que, efetivamente, tenha sido pago.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 380214.0006/05-6, lavrado contra **BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor **R\$1.244,82**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$ 950.079,67**, previstas no art. 42, XIII-A, “g”, da mesma lei, devendo ser homologado o valor que, comprovadamente tenha sido pago.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2005.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR