

A. I. Nº - 180503.1030/05-7
AUTUADO - LEONE COMÉRCIO DE PAPÉIS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ DE CASTRO DIAS
ORIGEM - INFAC TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 02.05.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0123-02/06

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Imputação não elidida pelo sujeito passivo. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Alegada, sem provas, a existência de erros do levantamento. Mantido o lançamento. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Alegada a existência de erros do levantamento fiscal. Falta de prova. Mantido o lançamento. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. OMISSÃO DE OPERAÇÕES. MULTA. A evolução da legislação baiana, no que concerne a arquivos magnéticos, demonstra que o interesse do Estado não é aplicar multas, simplesmente – o que o Estado quer é que o contribuinte preste as informações pertinentes, escoimadas de erros ou inconsistências, de modo que o arquivo magnético deve ser submetido ao crivo de um programa denominado Validador, a fim de se checar a consistência dos dados informados, nos termos do § 4º do art. 708-A do RICMS, sendo que o § 3º do art. 708-B prevê que o fisco intime o contribuinte para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, fornecendo-se-lhe, no ato da intimação, uma Listagem-Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, e o § 5º concede o prazo de 30 dias úteis para que o contribuinte corrija arquivo magnético apresentado com inconsistência. Neste caso, o contribuinte não foi intimado para fazer a correção das inconsistências, como prevê o § 3º do art. 708-B, nem lhe foi fornecida a Listagem-Diagnóstico a que alude aquele dispositivo regulamentar. É, portanto, nulo o procedimento quanto a este tópico, por inobservância do devido procedimento legal na condução da ação fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 7/12/05, apura os seguintes fatos:

1. falta de recolhimento do imposto [ICMS], pelo autuado, relativo a operações de saídas de mercadorias efetuadas sem emissão de documentos fiscais, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado [*sic*], sendo lançado imposto no valor de R\$ 12.586,13, com multa de 70%;
2. falta de pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento, sendo lançado imposto no valor de R\$ 265,93, com multa de 60%;
3. recolhimento a menos de ICMS a título de “antecipação parcial”, relativamente a mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outros Estados, sendo lançado imposto no valor de R\$ 8.046,94, com multa de 60%;
4. fornecimento de arquivos magnéticos, exibidos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, sendo aplicada multa de R\$ 6.878,36.

O contribuinte apresentou defesa alegando que, no caso do item 1º, o fiscal se equivocou, uma vez que o Registro de Inventário da empresa apresenta um saldo final de R\$ 32.048,23, com ICMS devido no valor de R\$ 5.448,20, conforme controle de estoque anexo à petição.

Quanto aos itens 2º e 3º, alega que os valores lançados foram recolhidos tempestivamente. Reclama que os referidos valores contêm erros, uma vez que não foram considerados os créditos relativos às compras.

No tocante ao item 4º, alega que, quando da intimação, em 21/11/05, já havia sido feita a entrega dos arquivos magnéticos, conforme demonstrativo que apresenta na própria defesa. Argumenta que o autuante não poderia deixar de apresentar o demonstrativo pelo qual chegou ao montante da base de cálculo da suposta irregularidade, uma vez que a exigência dos arquivos, pela legislação, é por período, ou seja, do primeiro ao último dia o mês. Assinala que o montante apontado pelo autuante está errado, uma vez que a diferença real é de apenas R\$ 48.603,87, com multa de R\$ 486,04, equivalente a 1%, com data de ocorrência em 31/12/04.

Reconhece ser devedor da quantia de R\$ 5.934,24. Pede que se declare a improcedência dos valores restantes.

O fiscal autuante prestou informação dizendo que o raciocínio do autuado quanto ao item 1º “Parece até brincadeira”, ao apresentar o saldo final do Registro de Inventário no valor de R\$ 32.048,23, tendo em vista que o levantamento fiscal foi feito justamente para provar que os números lançados pela empresa no referido livro eram fictícios.

Quanto aos itens 2º e 3º, o fiscal diz que procurou demonstrar com a maior clareza os débitos do autuado, relacionando todas as Notas Fiscais por data, número e valor, para que não ficasse nenhuma dúvida. Quanto às alegações da defesa, o fiscal considera que o autuado não leu os demonstrativos fiscais, dos quais diz que lhe foram fornecidas cópias no ato da intimação.

O fiscal conclui dizendo que, como o autuado não apresentou nenhum argumento capaz de demover a sua convicção, opina pela manutenção integral do Auto de Infração.

O autuado requereu parcelamento do montante reconhecido na defesa.

VOTO

O item 1º deste Auto de Infração acusa o contribuinte da falta de recolhimento de ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias efetuadas sem emissão de documentos fiscais, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (*sic*), abrangendo parte do exercício de 2005.

O contribuinte não apontou erro do levantamento fiscal, limitando-se a apresentar cópia do Registro de Inventário, para provar que em 31/12/05 o seu estoque de mercadorias era de R\$ 32.048,23. No entanto, apesar de no Auto de Infração ser dito que se trata de levantamento de estoque em exercício fechado, cumpre observar que, conforme consta no campo “Data Ocorr” (Data de Ocorrência), o levantamento fiscal foi elaborado até 30/9/05. Sendo assim, o estoque de 31/12/05 a que se reporta o sujeito passivo diz respeito a outra realidade. Mantenho o lançamento do item 1º.

No tocante aos itens 2º e 3º, o autuado alega, na defesa, que os valores lançados foram recolhidos tempestivamente. Reclama que os referidos valores contêm erros, porque não foram considerados os créditos relativos às compras.

O fiscal autuante, ao prestar a informação, não abordou os aspectos questionados pela defesa, como manda o § 6º do art. 127 do RPAF. Conclui considerando que o autuado não leu os demonstrativos fiscais, dos quais diz que lhe foram fornecidas cópias no ato da intimação. Se, de fato, foram entregues ao contribuinte cópias dos demonstrativos às fls. 9, 10, 21 e 22 dos autos, caberia a ele juntar provas (DAEs) de que o imposto relativo aos documentos especificados nos aludidos demonstrativos foi pago. O autuado não se queixou da falta de recebimento dos aludidos demonstrativos, de modo que, em face da forma categórica como o fiscal afirmou que foram entregues cópias dos mesmos quando da ciência do Auto de Infração ao sujeito passivo, parto do pressuposto de que o fiscal esteja falando a verdade.

Quanto à reclamação da defesa, de que no caso dos aludidos itens 2º e 3º não foram considerados os créditos relativos às compras – circunstância também não apreciada pelo fiscal na informação prestada, em desatenção ao preceito do § 6º do RPAF –, cumpre dizer que, com relação ao item 2º, a “diferença de alíquotas”, como o nome já diz, consiste numa hipótese de incidência da norma de tributação em que o valor a ser pago resulta da diferença entre a alíquota interna deste Estado e a alíquota interestadual do Estado de onde provém a mercadoria destinada a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente. Sendo assim, não se aplica, neste caso, o mecanismo de débito/crédito inerente à não-cumulatividade. Em suma, não cabe crédito do imposto em se tratando de diferença de alíquotas, situação em que o imposto devido consiste precisamente na diferença entre as alíquotas. Já no que concerne ao item 3º, que cuida da chamada “antecipação parcial”, não faz sentido a reclamação do contribuinte de que não foi concedido o crédito do imposto, haja vista que, nos termos do “caput” do art. 352-A do RICMS, o cálculo do imposto da antecipação é feito mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo correspondente, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição. Apesar de o fiscal não ter efetuado o cálculo exatamente como manda o referido dispositivo regulamentar, matematicamente o resultado é o mesmo, pois ele aplicou uma “alíquota” de 10% (17% menos 7%). Seria de bom alvitre que o auditor, no futuro, evitasse a aplicação dessa “alíquota” de 10%, que não existe na legislação, e seguisse, rigorosamente, o critério previsto na norma regulamentar, a fim de evitar questionamentos como este. De qualquer sorte, o crédito a que alude a defesa já foi concedido, indiretamente, na apuração do imposto lançado.

O autuado alega na defesa que os valores lançados nos itens 2º e 3º teriam sido recolhidos tempestivamente (fl. 43). No rodapé da folha final da petição (fl. 45) consta, na relação dos “anexos”, que teriam sido juntados DAEs (documentos de arrecadação). Porém verifiquei atentamente os papéis às fls. 46 a 85 e não encontrei nenhum DAE.

Mantenho os lançamentos dos itens 2º e 3º.

O item 4º refere-se ao fornecimento de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações. O autuado defendeu-se alegando que, quando da intimação, em 21/11/05, já havia sido feita a entrega dos arquivos magnéticos, conforme demonstrativo que

apresenta na própria defesa, especificando as datas de entrega, as informações apresentadas, os dados que diz serem os corretos, restando apenas uma diferença no mês de dezembro de 2004, no valor de R\$ 48.603,87, à qual corresponde a multa de R\$ 486,04, equivalente a 1%.

O fiscal autuante, ao prestar a informação, nada disse a esse respeito, em desatenção ao mandamento do § 6º do art. 127 do RPAF. O fiscal tem um compromisso com a estrita legalidade do lançamento por ele efetuado, e esse compromisso não se esgota com a lavratura do Auto de Infração. Quando o § 6º determina que a informação fiscal seja prestada “com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação”, não está dizendo que o fiscal defenda a qualquer custo a versão exposta no Auto de Infração, mas que aborde, ponto por ponto, as situações em discussão. O lançamento tributário é um ato vinculado, quer dizer, tem de ser feito com estrita observância da legislação. Quando se trata de matéria de direito, o silêncio do fiscal (que, a rigor, não é “parte”, porque quem é parte é o Estado), embora constitua desrespeito ao § 6º do art. 127 do RPAF, não implica nenhuma consequência jurídica, pois a vontade dos litigantes e seus prepostos não modifica o conteúdo da norma jurídica tributária. Porém, quando se trata de questão de fato, como no presente caso, nos termos do art. 140 do RPAF, o que é alegado por uma das partes, se a outra não contesta, admite-se como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

No entanto, no presente caso, a cautela recomenda que se anule o lançamento, pois, pelos elementos constantes nos autos, está patente que o fiscal autuante não concedeu o prazo de 30 dias úteis para que o contribuinte corrigisse os arquivos magnéticos, conforme prevê o § 5º do art. 708-B do RICMS.

Essa questão de arquivos magnéticos é muito complexa. O interesse do Estado não é aplicar multas, simplesmente, pois o que o Estado quer é que o contribuinte preste as informações pertinentes, de modo a possibilitar ao fisco efetuar um trabalho mais racional, mais preciso, mais próximo da realidade dos fatos. Tanto assim que têm sido feitas alterações na legislação, no sentido de que se dê oportunidade ao contribuinte para que ele corrija eventuais inconsistências dos dados dos arquivos. É por isso que a legislação prevê que o arquivo magnético seja submetido ao crivo de um programa denominado Validador, de modo a checar a consistência dos dados informados. Isto significa que, mesmo tendo feito a entrega do arquivo pela internet, essa entrega fica sujeita a “validação” posterior, nos termos do § 4º do art. 708-A do RICMS.

A fim de deixar bem claro esse aspecto, foi acrescentado recentemente o § 6º ao art. 708-A, através da Alteração nº 62 (Decreto nº 9.332, de 14/02/05, DOE de 15/02/05), segundo o qual a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando-se o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas.

Na mesma Alteração nº 62, foram acrescentados ao art. 708-B os §§ 3º e 4º. Prevê o § 3º que, tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deve ser fornecida ao contribuinte Listagem-Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas.

Por sua vez, prevê o § 4º que o arquivo magnético deve ser entregue através da internet, devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria, quando for o caso.

Note-se, portanto, que o propósito do legislador é, na medida do possível, fazer com que os arquivos magnéticos sejam entregues escoimados de erros ou inconsistências.

Nesse sentido, não se dando por satisfeito, o legislador, através da Alteração nº 63 (Decreto nº 9.426, de 17/05/05, DOE de 18/05/05), introduziu uma nova alteração no Regulamento,

acrescentando o § 5º ao art. 708-B do RICMS, que concede o prazo de 30 dias úteis para que o contribuinte corrija arquivo magnético apresentado com inconsistência. Ora, se o Regulamento concede prazo para que o contribuinte corrija erros do arquivo, isto significa que somente depois de decorrido tal prazo é que, não sento atendida a intimação, fica o contribuinte sujeito às sanções legais.

Com efeito, prevê o novo dispositivo:

“Art. 708-B.

.....

§ 5º O contribuinte terá o prazo de 30 dias úteis contados da data do recebimento da intimação para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente a retificação total de arquivo.”

Além disso, o contribuinte não foi intimado para fazer a correção das inconsistências, como prevê o § 3º do art. 708-B, nem lhe foi fornecida a Listagem-Diagnóstico a que alude aquele dispositivo regulamentar.

Se os arquivos foram entregues com inconsistências, teria de ser dada oportunidade para que a empresa os corrigisse, com indicação precisa dos pontos a serem corrigidos, mediante o instrumento próprio, que é a Listagem-Diagnóstico.

É nula, portanto, a multa do item 4º, por inobservância do devido procedimento legal na condução da ação fiscal. A repartição fiscal examinará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento relativamente a este item. É evidente que se o contribuinte, antes de nova ação fiscal, sanar alguma irregularidade porventura existente, se exime de sanções.

Por último, noto que o fiscal autuante anexou aos autos, às fls. 29 a 34, as primeiras vias de Notas Fiscais destinadas ao contribuinte, não atentando para as regras dos §§ 3º e 4º do art. 947 do RICMS. A primeira via da Nota Fiscal é do contribuinte. O que deve ser anexado aos autos como prova é sua cópia ou uma de suas vias (art. 947, § 3º, I e II; § 4º, II, “a”). Mediante requerimento, o contribuinte poderá solicitar à Inspetoria Fiscal a substituição das primeiras vias dos aludidos documentos por cópias dos mesmos, a qualquer tempo, mesmo que no curso do processo administrativo.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 180503.1030/05-7, lavrado contra **LEONE COMÉRCIO DE PAPÉIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 20.899,00, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 12.586,13 e de 60% sobre R\$ 8.312,87, previstas no art. 42, incisos II, “d” e “f”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologada a quantia já paga.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de abril de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR