

A. I. Nº - 157064.0154/08-3
AUTUADO - PACAEMBU AUTOPEÇAS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS OLIVEIRA FERREIRA
ORIGEM - INFAC ATACADO
INTERNET - 19.06.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0141-02/09

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Fato não contestado. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Infração caracterizada face a constatação de diferenças tanto de entradas omitidas como de saídas através de auditoria de estoques, sendo exigido o imposto com base no valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. b) SAÍDAS DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infrações reconhecidas. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. EXIBIÇÃO INCOMPLETA E EM PADRÃO DIFERENTE DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. FALTA DE INFORMAÇÃO DOS REGISTROS. MULTA. De acordo com o RICMS o contribuinte que utiliza escrituração por sistema de processamento de dados, está obrigado a apresentar o arquivo magnético com registro fiscal dos documentos fiscais emitidos. Infração subsistente, tendo em vista que foi devidamente cumprido o devido processo legal com a intimação e apresentação das listagens diagnósticos para regularização no prazo de 30 (trinta) dias, não tendo sido cumprido integralmente o pedido da fiscalização. Rejeitada a preliminar de nulidade deste item, tendo em vista que a errônea indicação do dispositivo da multa não trouxe prejuízo à defesa do contribuinte. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 25/06/2008, exige ICMS e MULTA no valor total de R\$84.911,40, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$2.862,37, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de março e julho de 2003, conforme documentos às fls. 13 a 17 e 29.

2. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 221,64, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2002), conforme demonstrativos às fls. 18 a 23.
3. Falta de retenção do ICMS no valor de R\$4,74, e o consequente recolhimento, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2003), conforme demonstrativos às fls. 18 a 23.
4. Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, sujeitando-se à multa no montante de R\$ 84.911,40, equivalente a 5% sobre o montante das operações de saídas do período, conforme documentos às fls.10 a 11, 24 a 27 e 29.

O autuado apresentou impugnação às fls. 38 a 44, esclareceu, inicialmente, que sua atividade é a comercialização de peças de veículos, e que em virtude da natureza de suas operações, está obrigado ao recolhimento do ICMS, por ocasião da saída de mercadorias, de acordo com a legislação tributária.

Transcreveu todas as infrações e os respectivos demonstrativos de débitos, e em relação aos itens 01, 02 e 03 do presente lançamento fiscal, aduziu que optou pelo recolhimento do tributo e respectivas penalidades, conforme comprovante de recolhimento, no valor de R\$3.088,75 (valor principal), juntado à fl. 110, pelo que, requereu a extinção dos mesmos com fulcro no artigo 156, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Com relação ao item 04, alega que o lançamento contém vício formal na estrutura do Auto de Infração, o que gerou prejuízo na apresentação de sua defesa, por entender que na descrição dos fatos foi indicado como dispositivo legal para aplicação da penalidade o artigo 42, inciso XIII-A, alínea “f”, da Lei nº. 7.014/96, enquanto que a alínea “f” do aludido dispositivo não tem correlação com os fatos descritos neste item da autuação, e que também diverge do dispositivo indicado no Demonstrativo de Diferença de Valores no Arquivo Magnético à fl.29 dos autos, constando neste último caso, indicação do artigo 42, inciso XIII-A, alínea “i” da supracitada lei.

No mérito, alega que, atendendo à intimação fiscal, de fls. 10/1, para retificar os Arquivos Magnéticos entregues, os quais são exigidos pela legislação tributária, referentes ao período de 01.01.2003 a 31.12.2003, na data de 07.02.2008, cumpriu com sua obrigação e efetuou a retificação dos mesmos, conforme documentos às fls. 62 a 85.

Com esse argumento, assevera que a fiscalização, sem ter observado a efetuação da retificação dos Arquivos Magnéticos, foi lavrado o presente auto de infração, em 07.07.2008, para cobrar multa em razão de aparente dissonância havida entre os dados contidos no SINEGRA e os dados contidos da Declaração de Apuração Mensal - DMA do ICMS, sem atentar para o fato de que a retificação pleiteada pela SEFAZ foi efetivamente realizada dentro do prazo concedido, 5 (cinco) meses antes da lavratura do presente

lançamento fiscal, conforme protocolo eletrônico das retificações do arquivo magnético ocorrido em 07.02.2008, anexado.

Portanto, reafirma ter cumprido com sua obrigação fiscal, entregando devidamente retificado o arquivo magnético, e que mesmo assim, foi lavrado o presente auto de infração com base nos dados contidos no aludido arquivo eletrônico antes da regularização pela empresa.

Concluindo, requer seja extinto o crédito tributário referente aos itens 01, 02 e 03 do auto de infração, bem como seja julgado improcedente o lançamento fiscal quanto ao item 04, em virtude da comprovação que alegou ter feito de inexistência de incongruência entre os dados contidos no SINTEGRA (decorrente das informações do arquivo magnético) e os dados contidos na Declaração de Apuração Mensal do ICMS.

O autuante em sua informação fiscal à fl. 116, salienta que as infrações 01, 02 e 03 foram reconhecidas pelo autuado, inclusive comprovando o respectivo recolhimento à fl. 1120.

Em relação à infração 04, manteve o seu procedimento fiscal, por considerar que as alegações do autuado não são verdadeiras em razão de que, após a expiração do prazo que o autuado teve para corrigir os arquivos em 10/02/2008, novo relatório foi gerado, conforme folha 27, porém as diferenças ainda constam presentes nos arquivos e que foram objeto da autuação.

Conclui pela procedência total do Auto de Infração.

VOTO

Analisando a preliminar de nulidade, do item 04, argüida pelo sujeito passivo, relativa ao enquadramento da infração no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “f”, da Lei nº. 7.014/96, sem correlação com o fato autuado, enquanto que o demonstrativo à fl. 29 indica a alínea “i” do mesmo artigo, observo que não implica nulidade o erro de indicação do dispositivo legal ou regulamentar, desde que, pela descrição dos fatos, seja possível o perfeito enquadramento legal. Neste caso, não houve qualquer prejuízo a defesa, uma vez que o autuado entendeu perfeitamente o motivo da autuação, tanto que exerceu o seu direito de defesa apresentando documentos para elidir a acusação fiscal inerente a falta de correção de arquivo magnético. Se houver erro na indicação da multa aplicada ao caso, esta será observada por ocasião do exame do mérito.

Desta forma, fica rejeitado o pedido de nulidade da ação fiscal argüido pelo defendant, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, estando todos os itens da autuação acompanhados de levantamentos e demonstrativos (fls. 09 a 110), notadamente o item 04, os quais, permitem a ampla defesa e o contraditório, não estando presentes os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA, para decretação da nulidade pretendida pelo sujeito passivo.

No mérito, pelo que foi relatado, observo que o sujeito passivo em sua peça defensiva reconheceu o cometimento das infrações descritas nos itens 01, 02, e 03, nos valores de R\$2.862,37; R\$ 221,64 e R\$4,74. Desta forma, não havendo impugnação às citadas infrações, inclusive, o débito a elas inerente, já foi quitado conforme DAE à fl. 110, considero totalmente procedentes estes itens da autuação.

Com relação ao quarto item, a acusação fiscal é de que o contribuinte forneceu informações através de arquivos em meio magnético, exigido mediante intimação, com omissão de operações ou prestações realizadas, no formato e padrão estabelecido na legislação (Convênio ICMS 57/95),

gerado através do Programa Sintegra, referente ao exercício de 2003, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, sujeitando-se à multa no valor de R\$84.911,40, equivalente a 5% sobre o montante das operações de saídas do período, conforme documentos às fls. 10 a 11, 24 a 27 e 29.

Portanto, o motivo determinante para a aplicação da multa foi o descumprimento de obrigação acessória relativa ao fato de que o contribuinte forneceu arquivos em meio magnético, porém, com as inconsistências constantes nos papéis de trabalho anexados ao auto de infração.

De acordo com a legislação do ICMS, a qual recepcionou o disposto no Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, é obrigado a apresentar, quando solicitado, a documentação minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição, gabarito de registro (“layout”) dos arquivos, listagem dos programas e as alterações ocorridas no exercício de apuração, relativamente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias ou das prestações realizadas, inclusive o inventário das mercadorias, produtos, matérias primas e embalagens (art. 685, combinado com os arts. 708-A e 708-B, do RICMS/97).

O art. 708-B estabelece que: “O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos”. O arquivo magnético deverá ser entregue 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.

Já § 5º do art. 708-A, incorporado ao RICMS/97-BA, através da Alteração nº 63, em vigor a partir de 18/05/2005, estabeleceu um prazo de 30 dias úteis contados da data do recebimento da intimação para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência.

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 chancelado 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.

Saliento que conforme disposto no art. 708-A, § 6º do RICMS/BA, a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, ou seja, a apresentação dos arquivos magnéticos sem conter todos os registros caracteriza a falta de sua apresentação, tendo em vista a natureza condicional do seu recebimento, sujeitando o contribuinte à correção posterior das inconsistências acaso verificadas.

No presente caso, o autuado não nega sua obrigação no cumprimento dos citados dispositivos regulamentares, porém, ao ser recepcionado o arquivo magnético que foi entregue à SEFAZ, com inconsistências, o contribuinte, mediante intimação às fls. 10 e 11, foi intimado a corrigir a referidas inconsistências em 10/01/2008.

Na defesa foi alegado pelo sujeito passivo que na data de 07/02/2008, cumpriu com sua obrigação e efetuou a retificação dos arquivos, conforme documentos às fls. 62 a 85, no que foi rachaçado

pelo autuante que afirma que não procede a alegação defensiva, pois após a expiração do prazo que o autuado teve para corrigir os arquivos em 10/02/2008, novo relatório foi gerado, conforme folha 64, porém as diferenças ainda constam presentes nos arquivos e que foram objeto da autuação.

Pelo que se vê, a questão é se o contribuinte cumpriu a intimação no prazo estipulado e corrigiu todas as inconsistências constadas nos arquivos magnéticos.

Examinando-se o Resumo dos Registros do Arquivo constantes nas folhas 62 a 77, verifico que os arquivos entregues em 07/02/2008, dentro do prazo da intimação, constam as diferenças apontadas na informação fiscal, notadamente no Registro 50, em vários meses.

Assim, a autuação obedeceu ao devido processo legal, pois, está precedida de intimação expedida para correção dos registros omitidos, com especificação das inconsistências entre os Registros 50 e 54, e a DMA, do Registro 74, relativamente ao primeiro mês subsequente, ou seja, o inventário inicial de 2002, (docs. fls. 24 a 27), sendo concedido o prazo de 30 dias úteis, para corrigir a irregularidade apontada.

Nestas circunstâncias, observo que a ação fiscal atendeu ao disposto no artigo 708-A do RICMS/97, pois a fiscalização ao recepcionar os arquivos magnéticos com as divergências acima, intimou o contribuinte para, no prazo de 30 dias úteis, informar os registros omitido, e como o contribuinte não cumpriu as determinações legais acima descritas, especialmente o previsto no § 2º, do art. 708-A, do RICMS/97, entendo que foi correta a aplicação da penalidade no percentual indicado no presente Auto de Infração.

Assim, tendo em vista que o contribuinte não cumpriu as determinações legais acima descritas, especialmente o previsto no § 2º, do art. 708-A, do RICMS/97, está sujeito a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória. Contudo, embora o cálculo da multa esteja correto, pois foi calculado à alíquota de 5% sobre as divergências apuradas, limitado a 1% do valor das saídas, houve equívoco na indicação da alínea fº do artigo 42, XIII-A, da Lei nº 7.014/96, quando o correto é o dispositivo a seguir transscrito:

“Art. 42 - Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

.....

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos 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, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso;”

Além disso, deve ser modificada a data do lançamento para o dia em foi atendida a intimação (07/02/2008), uma vez que a obrigação de fazer, consistente no dever de reapresentar os arquivos magnéticos devidamente corrigidos, não ocorreu com a correção integral até a data fixada na referida intimação.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 157064.0154/08-3, lavrado contra

PACAEMBU AUTOPEÇAS LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$3.088,75**, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.867,11 e 70% sobre **R\$221,64**, previstas no artigo 42, II, “b” e “e”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$84.911,40**, prevista no XIII-A, alínea “f”, do citado dispositivo legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de junho de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR