

A. I. N° - 276473.1201/08-8
AUTUADO - SUPERMERCADOS RONDELLI LTDA.
AUTUANTE - ROSAMARIA BARREIROS FERNANDEZ
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET 18.11.09

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0317-05/09

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. É devido o pagamento do diferencial do imposto entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias destinadas ao uso, consumo e ativo imobilizado do estabelecimento autuado. Infrações 01 e 02 parcialmente elididas após a retirada de valores relativos a documentos fiscais apresentados em cópias xerográficas e fax. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO.** Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração parcialmente elidida após a retirada de valores relativos a documentos fiscais apresentados em cópias xerográficas e fax. **3. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO.** Há diferenças entre os valores de imposto registrados e os efetivamente pagos. Infração caracterizada. **4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO.** É legal a exigência do ICMS por antecipação parcial quando restar comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização. Infração parcialmente elidida após a retirada de valores relativos a documentos fiscais apresentados em cópias xerográficas e fax. **5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE SISTEMA ELETRÔNICO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS AO FISCO MEDIANTE INTIMAÇÃO. ARQUIVOS ENTREGUES COM INCONSISTÊNCIAS. MULTA.** Em se tratando de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas. Infração nula. Rejeitada a preliminar de nulidade referente às infrações 01 a 05. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 16/12/2008 e exige ICMS no valor de R\$ 22.544,07, acrescido de multas no montante de R\$ 261.289,47, em razão de terem sido constatadas as seguintes irregularidades:

- 1- Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento. Valor exigido de R\$ 6.510,99 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.
- 2- Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento. Valor exigido de R\$ 1.950,07 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.
- 3- Entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem registro na escrita fiscal. Multa de 01%, no valor de R\$ 749,80, prevista no art. 42, XI da Lei 7.014/96.
- 4- Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do imposto escriturado em livros fiscais próprios. Valor exigido de R\$ 11.231,65 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a” da Lei nº 7.014/96.
- 5- Falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado adquiridas para fins de comercialização. Valor exigido de R\$ 2.851,36 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.
- 6- Não fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações ou prestações realizadas. Multa de 01%, no valor de R\$ 260.539,67, prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96. Está dito que os arquivos foram enviados após o início da fiscalização e sem condições para o devido uso, pois não estavam de acordo com o Convênio 57/95 e continham omissões de registros, como os 74 e 75. Tais erros teriam provocado uma limitação de seu uso, inviabilizando assim a execução de alguns roteiros de auditoria.

Através de advogado regularmente constituído (instrumento de mandato à fl. 112), o autuado ingressa com impugnação às fls. 96 a 107.

Argumenta que não concorda com alguns itens da autuação, por estarem eivados de vícios, conforme passa a aduzir.

Com relação às infrações 1, 2 e 3 (falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e ao consumo do estabelecimento, bem como entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem registro na escrita fiscal), aduz que não tem conhecimento das notas fiscais tomadas por base para autuar, capturadas em Postos Fiscais e fornecedores, não adquiriu as mercadorias nas mesmas consignadas e que, se algum ilícito existe, este foi praticado por quem emitiu tais documentos. Entende que o Fisco deve provar a efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento, pois a simples existência das notas fiscais não dá fundamento à exigência fiscal. Informa que tanto não recebeu tais mercadorias que já está a interpelar judicialmente os respectivos fornecedores. Pede a improcedência das infrações.

No que se refere à infração 4 (falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do imposto escriturado em livros fiscais próprios), pondera que houve equívoco da autuante, pois todos os tributos teriam sido pagos tempestivamente, inclusive nos períodos apontados na autuação, mas ocorreu extravio dos respectivos Documentos de Arrecadação Estadual, o que impossibilitou a comprovação do pagamento nos meses devidos. Requer pesquisa junto ao órgão desta Secretaria responsável pela arrecadação tributária, no sentido de constatar os pagamentos.

Quanto à infração 5 (falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial), referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado adquiridas para fins de

comercialização), reafirma as mesmas razões de defesa concernentes às infrações 1, 2 e 3, ou seja, que desconhece os documentos e que não adquiriu as mercadorias.

No tocante à infração 6 (deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação com informações ou prestações realizadas), diz que a aplicação da multa é impossível, pois antes da lavratura do Auto de Infração o Decreto nº 10.840, de 18 de janeiro de 2008, teria reduzido o valor da mesma para R\$ 1.380,00 no caso de não cumprimento da primeira intimação, aplicando-se o percentual lançado somente quando do descumprimento da segunda. Transcreve, à fl. 103, a nova redação do art. 915, XIII-A “j” do RICMS/BA, modificada pelo citado Decreto. Reclama a aplicação do quanto disposto no art. 106, II, “a” e “c” do CTN (retroatividade benéfica no caso de fato não definitivamente julgado quando deixe de defini-lo como infração e quando lhe comine penalidade menos severa). Requer a nulidade da infração, inclusive por entender que a multa é confiscatória.

Conclui pedindo a nulidade ou improcedência do lançamento e, caso se entenda conveniente, diligência a ser efetuada por fiscal estranho ao feito.

A autuante ingressa com informação fiscal às fls. 116 e 117. Não aceita as alegações da peça de impugnação concernentes às infrações 1, 2, 3 e 5, pois as respectivas auditorias tomaram por método a circularização junto a fornecedores, onde o destinatário destacado nos documentos é o autuado, não havendo nenhuma prova, tal como declaração do estabelecimento vendedor, de que não ocorreram as vendas ou houve erro de emissão de nota fiscal. Mantém as infrações.

Com referência à infração 4, diz que, conforme documentos de fls. 31 a 49 do processo, há diferenças entre os valores de imposto registrados e os efetivamente pagos. Mantém a infração.

No tocante à infração 6, diz que vê a nova redação do Regulamento com outros olhos, pois ela permite uma cobrança dupla pela falta de entrega dos arquivos magnéticos. Uma cobrança de R\$ 1.380,00 pela simples inobservância da entrega pelo contribuinte do arquivo nos prazos estabelecidos no referente àquele período ou sem o nível de detalhamento requerido e, cumulativamente, pela não entrega do arquivo em subsequente intimação, ou seja, verificada a falta dos arquivos, via SCAM, seria feita uma intimação para entrega dos mesmos, mas a simples entrega sem o detalhamento necessário mantém a cobrança da multa. Propõe a manutenção da infração.

VOTO

Fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado relativa às infrações 01 a 05. Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos demonstrativos e relatórios, bem como de seus dados e cálculos, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infração imputados.

Na infração 6 é aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória por fornecimento de informações através de arquivos magnéticos, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, com o valor da multa limitado a 1% do total das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a mesma sobre o valor das operações ou prestações omitidas.

Tal exigência encontra fundamento nas Cláusulas 27ª e 28ª do Convênio ICMS 57/95 e no art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/96, que estabelece a penalidade de 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.

O Regulamento do ICMS da Bahia é claro ao determinar, no parágrafo 3º do art. 708-B, em observância às garantias fundamentais do contribuinte / cidadão constantes da Carta Constitucional, norma de observância obrigatória na atividade de dever-poder vinculado dos prepostos do Fisco, que em se tratando de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas. Não consta dos presentes autos qualquer documento semelhante à Listagem Diagnóstico exigida. Igualmente, a comunicação para apresentação de arquivos magnéticos, que deve ocorrer através de intimação com este exclusivo fim, foi apresentada ao sujeito passivo juntamente com a intimação para apresentação dos demais documentos (fls. 07 e 08). Infração nula, declarada de ofício por expressa violação ao parágrafo 3º do art. 708-B do RICMS/BA.

Quanto ao pedido de nova diligência e / ou revisão fiscal, não há razões para seu acolhimento, pois os autos encontram-se devidamente instruídos e não vislumbro equívocos ou elementos de dúvidas deixados pela autuante que ensejem a necessidade de qualquer esclarecimento técnico.

No mérito, o autuado fundamentou as suas razões de defesa relativas às infrações 1, 2, 3 e 5 (falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e ao consumo do estabelecimento, entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem registro na escrita fiscal e falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado adquiridas para fins de comercialização) na alegação de não ter realizado as operações consignadas nos documentos fiscais, e que caberia ao Fisco comprovar a efetiva entrada das mercadorias no seu estabelecimento.

Da análise dos documentos de fls. 10 a 30 e 50 a 88, vejo que a autuante tomou como base para a exigência tributária uma série de notas fiscais em cópias xerográficas, além de uma em fax. Tais elementos não são suficientes para comprovar os ilícitos designados nas infrações 01, 02, 03 e 05. Todavia, as notas fiscais apresentadas com a via do “FISCO DE DESTINO” comprovam a entrada das respectivas mercadorias em território baiano, configurando-se, portanto, em provas idôneas das acusações mencionadas. Dessa forma, cumpre separar umas das outras, revisando os levantamentos de fls. 10, 50 e 51 e tomando como fundamento de prova apenas as notas originais, de maneira que as infrações restarão conforme o demonstrativo abaixo. No tocante ao período de dezembro de 2006, relativo à infração 03, apesar de no demonstrativo do autuante ter sido lançado o valor de R\$ 45,31 (fl. 10), no corpo do Auto de Infração exigiu-se apenas R\$ 1,00 (fl. 02). Dessa forma, em relação a este valor, não se pode efetuar revisão em prejuízo do sujeito passivo. Infrações parcialmente elididas.

INFR. 01		
PERÍODO	VALOR DO A.I. (R\$)	VALOR REVISADO (R\$)
2006/AGO	700,00	700,00
2006/OUT	5.055,30	5.055,30
2006/NOV	524,58	524,58
2006/DEZ	136,03	-
2007/JUN	95,08	-
TOTAL		6.279,88
INFR. 02		
PERÍODO	VALOR DO A.I. (R\$)	VALOR REVISADO (R\$)
2006/NOV	973,71	973,71
2006/DEZ	976,36	976,36

TOTAL		1.950,07
INFR. 03		
PERÍODO	VALOR DO A.I. (R\$)	VALOR REVISADO (R\$)
2006/SET	720,80	15,80
2006/NOV	28,00	28,00
2006/DEZ	1,00	1,00
TOTAL		44,80
INFR. 05		
PERÍODO	VALOR DO A.I. (R\$)	VALOR REVISADO (R\$)
2006/AGO	346,31	165,85
2006/SET	550,25	428,11
2006/OUT	465,17	375,26
2006/NOV	391,80	-
2006/DEZ	78,70	45,00
2007/JAN	183,40	-
2007/FEV	53,52	-
2007/AGO	90,02	-
2007/SET	157,48	-
2007/OUT	230,85	-
2007/NOV	37,95	-
2007/DEZ	265,91	-
TOTAL		1.014,22

Quanto à infração 4, percebo que, consoante demonstram os documentos de fls. 31 a 49 do processo, há diferenças entre os valores de imposto registrados e os efetivamente pagos. Desta feita, o autuado também não comprovou as suas alegações de defesa. Portanto, a exigência é procedente.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 20.536,93.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 276473.1201/08-8, lavrado contra **SUPERMERCADOS RONDELLI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$20.475,82**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 9.244,17 e 50% sobre R\$ 11.231,65, previstas no art.42 incisos II, “d” e “f” e I, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor **R\$ 44,80**, prevista no art. 42, inciso XI da citada Lei, e dos acréscimos moratórios, na forma prevista na Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre, de ofício desta 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 outubro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA