

PROCESSO - A. I. Nº 276473.1201/08-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SUPERMERCADO RONDELLI LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0317-05/09
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 24/09/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0302-11/10

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. **b)** MATERIAIS 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. 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. 3. 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. 4. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 5ª JJF, proferida no Acórdão em referência, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 16/12/2008 para exigir ICMS no valor de R\$ 22.544,07, acrescido de multas no montante de R\$ 261.289,47, imputando o cometimento das 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\$ 22.544,07 e multa de 1% 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 nº 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.

O autuado apresentou impugnação às fls. 96/107, sustentando sua discordância quanto à lavratura do Auto de Infração, o qual alegou estar eivado de vícios, pleiteando que seja declarada a nulidade da autuação, e no mérito, que seja julgado improcedente, “*in totum*”.

Com relação às infrações 1, 2 e 3, defendeu-se asseverando de que desconhece as notas fiscais que serviram de base para o lançamento, obtidas através de Postos Fiscais e de fornecedores, afirmando não ter adquirido as mercadorias respectivas e que, se houve infração, não lhe pode ser imputada, mas sim, a quem emitiu tais notas fiscais, em face de quem irá interpelar judicialmente, aduzindo, ainda, que prova recai sobre o sujeito ativo, quanto à efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento, já que o fato dessas notas existirem não servem de lastro para autuação, pugnano pela improcedência.

No que se refere à infração 4, arguiu que o autuante incorreu em erro, uma vez que todos os tributos foram regular e pontualmente pagos nos períodos apontados na autuação, mas que, por terem sido extraviados os respectivos Documentos de Arrecadação Estadual, fica obstado de comprovar o pagamento nesses meses, requerendo, assim, uma pesquisa junto ao órgão desta Secretaria responsável pela arrecadação tributária, para fins de averiguação desses pagamentos.

No tocante à infração 5, reiterou os argumentos supra aludidos, no sentido de que desconhece os documentos e que não adquiriu as mercadorias.

No que tange à infração 6, alega que a multa imposta é descabida, considerando que, antes da lavratura do Auto de Infração, o Decreto nº 10.840, de 18 de janeiro de 2008, reduziu a multa para R\$ 1.380,00, ocorrendo descumprimento da primeira intimação, aplicando-se o percentual lançado se houver descumprimento da segunda. Tendo transcrito a nova redação do art. 915, XIII-A “j” do RICMS/BA, modificada pelo citado Decreto.

Sustentou ainda acerca do disposto no art. 106, II, “a” e “c” do CTN, qual seja, a retroatividade benéfica no caso de fato não definitivamente julgado quando deixe de defini-lo como infração e quando lhe comine penalidade menos severa, requerendo a nulidade da infração, inclusive por tratar-se de multa confiscatória.

Por derradeiro, postulou pela nulidade ou improcedência do lançamento e, caso se entenda conveniente, fosse deferida diligência por fiscal estranho à demand:

A autuante em sua informação fiscal de fls. 116/117, discorda dos argumentos defensivos, quanto às infrações 1, 2, 3 e 5, sob o fundamento de que as respectivas auditorias tomaram por método a circularização junto a fornecedores, nas quais o destinatário destacado nos documentos é o contribuinte ora autuado, que não produziu qualquer prova, entre elas, a declaração do estabelecimento vendedor, de que incorreram as vendas ou que houve erro de emissão de nota fiscal, considerando que devem ser mantidas as imputações.

Sobre a infração 4, aduziu que o exame da documentação residente às fls. 31 a 49, exsurge que há diferenças entre os valores de imposto registrados e os efetivamente pagos, requerendo seja mantida a imputação.

Idem quanto à infração 6, diz que interpreta a nova redação do Regulamento diferentemente, pois ela permite uma cobrança dupla pela mesma infração - falta de entrega dos arquivos magnéticos - autorizando 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, ainda, cumulativamente, pela não entrega do arquivo em subsequente intimação, quando for constatada a falta dos arquivos, via SCAM, haveria uma intimação para entrega destes, porém, que a mera entrega sem o detalhamento necessário não tem o condão de elidir a cobrança da multa.

O voto contido na Decisão hostilizada foi exarado nestes termos, “*in verbis*”:

“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 estabelecimento, entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, referente às aqui

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.

(...)

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”

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, a Primeira Instância julgadora recorreu, de ofício desta Decisão, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

Compulsando os autos, devo discordar dos argumentos defensivos de que o Preposto Fiscal teria lavrado o Auto de Infração sem a devida motivação e imparcialidade, a comprometer a credibilidade do lançamento. Razão alguma lhe assiste, como bem pontuou a 1ª Instância julgadora, ao rejeitar a nulidade requerida acerca das infrações 1 a 5.

Para o cometimento da infração 6 foi imposta a multa por descumprimento de obrigação acessória por fornecimento de informações através de arquivos magnéticos, requeridos através de intimação, com omissão de operações ou prestações, com o valor limitado a 1% do total das operações de prestações de serviço realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-a sobre o valor das operações ou prestações omitidas, o que encontra respaldo nas cláusulas 27º e 28º do Convênio ICMS 57/95 e no art. 42, XIII-A, “i”, da Lei nº 7.014/96, que impõe a penalidade de 5% do valor das entradas e saídas de mercadorias, e sobre o valor das prestações de serviço tomadas e realizadas constantes dos arquivos eletrônicos em conformidade com a legislação tributária, ou nele informadas com dados divergentes daqueles constantes na documentação fiscal respectiva, não podendo ser superior a 1% do valor das operações de saídas e dessas prestações de serviço realizadas no estabelecimento em cada período, se calculando a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso.

Com efeito, o RICMS deste Estado determina no § 3º do art. 708-B, em proteção às garantias constitucionais do contribuinte, que tem como raiz a Carta Magna, que são norte da atividade do Poder Público, “*in casu*”, dos autuantes, que em se tratando de intimação para correção de erros apurados em arquivo magnético, cumpre que seja fornecida ao contribuinte a Listagem Diagnóstico indicativa de tais irregularidades, e, além disso, deve ser ele, sujeito passivo, intimado especificamente para esse fim, o que no caso presente não ocorreu, tendo a intimação destinado-se também a requerer dele a apresentação de demais documentos (fls. 07 e 08), daí porque, com acerto, foi julgada nula, e assim declarada de ofício nos termos do § 3º do art. 708-B do RICMS.

Sobre o pedido de nova diligência e/ou revisão fiscal, nada, também, a alterar na Decisão “*a quo*”, posto que o PAF está regularmente instruído em consonância com o devido processo legal, sem carecer de qualquer outro esclarecimento técnico.

No que pertine ao mérito, de igual modo, acompanho o mesmo entendimento esposado pela JJF, isto porque constato do exame da documentação residente no PAF, notadamente, às de fls. 10 a 30 e 50 a 88, que o Auditor Fiscal utilizou com lastro para a imputação fiscal, diversas notas fiscais em xerocópia e em fax, as quais não devem servir para provar a ilicitude relativa às infrações 1, 2, 3 e 5.

No entanto, aqueles onde consta a via do “FISCO DE DESTINO”, de fls. 10, 50 e 51, trata-se de documentos originais, idôneos e capazes de comprovar a imputação, como quantificado no Demonstrativo acima transcrito, de entrada das respectivas mercadorias no território da Bahia, sendo que, no período de dezembro de 2006, referentemente à infração 03, e em que pese o autuante ter apurado no dito Demonstrativo o valor de R\$ 45,31 – fl. 10, no bojo do Auto de Infração consta apenas R\$ 1,00 – fl. 02-, corretamente, portanto, revisado e retificado pela JJF.

Conclusivamente, de referência à infração 4, observa-se dos documentos de fls. 31 a 49 que o sujeito passivo não logrou comprovar suas alegações, devendo, pois, ser mantida a exigência, havendo, sim, diferenças entre os valores de imposto registrados e os que foram efetivamente pagos, sobre o que não houve prova elisiva., devendo ser mantida a exigência fiscal, por ser precedente.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo inalterado o acórdão hostilizado, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **276473.1201/08-8**, lavrado contra **SUPERMERCADOS RONDELLI LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido 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, II, alíneas “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, XI da citada lei, com os acréscimos moratórios na forma prevista na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de agosto de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDAO BARBOSA - RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS