

A. I. Nº - 020747.0206/10-1
AUTUADO - S -M DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTE - MARIA HELENA DA SILVA RIBEIRO
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 27. 01. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0022-01/11

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES PAGOS E OS ESCRITURADOS NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. O parcelamento aduzido pelo autuado não pode ser considerado como denúncia espontânea, haja vista que foi formalizado após o início da ação fiscal. Inexiste previsão legal que ampare a pretensão do autuado para compensação de créditos fiscais no lançamento de ofício. Infração subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Infração reconhecida. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO IMOBILIZADO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor das operações de saídas realizadas, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea "j" da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2010, exige crédito tributário no valor de R\$ 318.197,52, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro, março, abril, julho e setembro de 2006, janeiro, maio a julho de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 25.889,44, acrescido da multa de 60%;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal referente ao ICMS antecipação parcial, nos meses de julho, outubro e novembro de 2006, janeiro, julho, agosto e novembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 520,89, acrescido da multa de 60%;
3. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo imobilizado do estabelecimento, nos meses de maio de 2006, fevereiro, junho a setembro e novembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 6.013,04, acrescido da multa de 60%;
4. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 285.774,15, correspondente ao percentual de 1% do total das saídas de mercadorias do estabelecimento. Consta na descrição dos fatos: "*Deixou de fornecer arquivo magnético, exigido mediante intimação, sem as devidas correções das inconsistências conforme*

demonstrativos anexos. A Empresa foi intimada em 02/03/2010 para regularizar as inconsistências que apuramos nos seus arquivos magnéticos. Em 16/05/2010, a mesma enviou a esta SEFAZ os arquivos que dizia estar regular. Carregamos o Programa SVAM e constatamos que os valores totalizavam conforme seus livros fiscais. Fizemos então a Auditoria de Estoque. Entregamos o levantamento à Empresa com as diferenças apuradas nos Levantamento Quantitativos de Estoque para que verificassem antes de efetuarmos os lançamento no Auto de Infração. No dia 27/06/2010, o responsável nos trouxe o levantamento com uma série de notas com informações divergentes do seu arquivo magnético, o que demonstrava que as informações prestadas nos arquivos não estavam corretas como deveriam. Portanto, estamos efetuando o presente lançamento, por não podermos confiar no resultado do nosso levantamento quantitativo cujos dados foram alimentados com os arquivos cujas inconsistências não foram totalmente regularizadas.”

O autuado, através de advogada legalmente constituída, apresentou defesa às fls. 848 a 864, destacando que a impugnação versará sobre a improcedência do lançamento de ofício referente às infrações 01 e 04, já que as infrações 02 e 03 foram reconhecidas, inclusive, que providenciou o respectivo pagamento, conforme o DAE em anexo.

No que tange ao crédito tributário exigido na infração 01, aduz, de início, que a apuração decorreu da falta de análise de documentos de prova de quitação e suspensão de exigibilidade, que não chegaram a ser analisados no curso da fiscalização.

Quanto à multa apontada na infração 04, sustente que é totalmente incabível e improcedente, por falta de suporte fático e jurídico, consoante será, mais adiante, demonstrado.

Reportando-se sobre a infração 01, sustenta que a exigência referente ao período de janeiro de 2006 a janeiro de 2007, foi fulminada em face da suspensão da exigibilidade dos respectivos créditos tributários por força da adesão ao Parcelamento nº 850000.0775/10-5, conforme cópia do processo administrativo e seu relatório de débito que anexa, provando a inclusão neste parcelamento das diferenças apontadas pela autuante, relativamente ao referido período.

Invoca o art. 151, VI do Código Tributário Nacional, para dizer que este prescreve que o parcelamento suspende a exigibilidade do crédito tributário, não podendo prosperar a exigência dos valores já incluídos em parcelamento, cujo pagamento das parcelas se encontra em dia e sem mora.

No que concerne aos meses de maio a julho de 2007, afirma que a quitação ocorreu mediante compensação operada na sua conta corrente do ICMS, conforme se pode verificar a partir do cotejo entre os documentos de arrecadação estadual das competências de janeiro de 2006 a dezembro de 2007 e as declarações de apuração mensal do mesmo período, que comprovam o pagamento a mais, em razão de erro no preenchimento dos DAEs'.

Ressalta que para melhor visualização por parte dos Julgadores, incluiu na peça de defesa uma tabela com a demonstração dos valores devidos e valores recolhidos e/ou parcelados, bem assim o saldo credor que acumulou.

Observa que, até janeiro de 2007 o valor dito não recolhido foi objeto de parcelamento fiscal, conforme documentação acostada a peça de defesa. Com relação aos demais valores, referentes aos meses de maio a julho de 2007, diz que, muito embora tenham sido recolhidos em valor menor do que o apontado na respectiva DMA, deixam de ser devidos em razão do saldo credor acumulado, ainda que tal saldo não tivesse sido escriturado no mês da sua verificação.

Consigna que antes mesmo de prosseguir na impugnação de mérito, requer que seja exercido pela autuante o seu poder-dever de retratação, para que analise os documentos e informações agora trazidos à colação, reformando o seu primeiro juízo de intelecção quanto ao conteúdo da infração 01, quando da produção da informação fiscal, em conformidade com o art. 126 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal- RPAF.

Evoca o art. 2º, § 1º do RPAF/99, que prestigia a rápida solução do litígio administrativo, com amparo nos princípios do informalismo e da verdade material, cujo teor reproduz, para dizer que busca uma

oportunidade para a retratação da presente autuação, não amparada em mudanças de valores ou interpretações tangenciadas da realidade, mas sim numa nova avaliação dos fatos, a partir de elementos de prova trazidos aos autos, e numa aplicação do Direito conformada a esta nova realidade fática, que ora demonstra. Cita e transcreve, nesse sentido, ensinamentos do jurista Antônio da Silva Cabral.

Continuando, pede que seja utilizada a informação fiscal, como o instrumento da retratação fundada nos novos elementos apresentados à fiscalização.

Com relação à infração 04, sustenta que é totalmente improcedente, tendo em vista que a descrição do suposto ilícito fiscal não se coaduna com a tipificação, ou seja, enquadramento legal, assim como a multa em tela não se aplica ao dispositivo legal dito infringido, e os fatos conforme descritos pela autuante, não se subsumem ao comando dos artigos ditos infringidos, consoante diz restará demonstrado.

Transcreve literalmente a descrição dos fatos constante no corpo do Auto de Infração, para afirmar que salta aos olhos os conflitos e incoerências das informações prestadas pela autuante, conforme passa a analisar.

Diz que primeiro a autuante informa que “*a Empresa deixou de fornecer arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas*”; porém, logo em seguida, afirma que “*a Empresa foi intimada em 02/03/2010 para regularizar as inconsistências que apuramos nos seus arquivos magnéticos*”, o que comprova, evidentemente, que, se a autuante apurou inconsistência nos arquivos magnéticos da empresa é porque esta fez a entrega dos mesmos para a fiscalização, sendo fato incontestável que entregou os arquivos magnéticos, portanto, não procedendo a informação de que deixou de entregá-los.

Prosseguindo, frisa que na sequencia, a autuante informa que a Empresa “*deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação sem as devidas correções das inconsistências conforme demonstrativos anexos*”; mas, logo em seguida, afirma que “*em 16/05/2010, a mesma enviou a esta SEFAZ os arquivos que dizia estar regular. Carregamos o Programa SVAM e constatamos que os valores totalizavam conforme seus livros fiscais*”, sendo a conclusão fornecida pela própria autuante, que o autuado corrigiu as inconsistências apontadas pela fiscalização e devolveu os arquivos magnéticos com as correções, os quais totalizavam conforme os livros fiscais do autuado.

Afirma que, em primeira e superficial análise dos fatos descritos pela própria autuante, já se pode perceber que não procede o descriptivo fático lançado no Auto de Infração de que teria deixado de fornecer os seus arquivos magnéticos e/ou de que o teria feito sem as devidas correções, sendo este o primeiro conflito de informações. Acrescenta, ainda, que avançando na leitura do descriptivo fático desta infração 04, percebe-se que, em seguida, a autuante esclarece que pode proceder ao levantamento quantitativo do estoque e que, ao final da sua análise, concluiu existir diferenças, as quais foram apontadas no Levantamento Quantitativo de Estoque. Salienta que também aí a autuante informa que apresentou para o autuado a origem das diferenças que encontrou antes de proceder à lavratura do Auto de Infração em lide.

Assevera que os arquivos magnéticos foram efetivamente entregues com as correções, de sorte que foi possível a autuante realizar o levantamento quantitativo de estoque.

Ressalta que, concluído o levantamento quantitativo de estoque e tendo sido verificadas as divergências sobre as quais a autuante se reportou na descrição da infração, poderia se quisesse ter efetuado a autuação em razão de omissões de entradas e/ou saídas, porém, não o fez. Questiona: “*Por que?*”. Responde que não está satisfatoriamente dito e esclarecido é que comprovou para a autuante que as supostas diferenças apuradas em seu levantamento não tinham procedência alguma, pois decorriam de erro perpetrado na análise da sua documentação fiscal e no procedimento levado a efeito para o levantamento do seu estoque, surgindo daí o segundo conflito de informações já que

não houve inconsistência alguma que criasse óbice à fiscalização, tanto que o levantamento de estoque foi realizado e concluído.

Continuando, diz que ocorreu de fato, é que após a autuante ter lhe exibido as diferenças que encontrou, o que prova material e concretamente que o levantamento de estoque foi possível, logrou demonstrar que as pretensas diferenças decorriam dos seguintes eventos que não foram considerados no levantamento do seu estoque:

- no ano de 2007 mudou o endereço da sua sede, deixando de operar no bairro da Vila Laura e passou a funcionar no atual endereço localizado na Estrada da Base Naval. Por ocasião desta transferência de endereço, promoveu a migração do seu estoque do antigo endereço para o local do novo estabelecimento, dando saída deste através de notas fiscais emitidas com CFOP 5.949 (da matriz) e promovendo, subsequentemente, a entrada do mesmo (também para a matriz) através de notas fiscais emitidas com CFOP 1.949 (outras entradas não especificadas anteriormente). Frisa que a autuante levou em conta, ao apurar o estoque, as notas fiscais de saída com o CFOP 5.949, mas não considerou as respectivas notas de entrada com o CFOP 1.949, apesar destas constarem dos arquivos magnéticos. Assim, grande parte da suposta diferença encontrada pela autuante foi gerada pela falta de inclusão das referidas notas fiscais de entrada em sua análise. Acrescenta que tal volume de pretensas omissões, no entanto, foram plenamente justificadas, sendo certamente por este motivo é que a autuante não constituiu o crédito das supostas diferenças;
- demonstrou também que algumas notas fiscais de entrada foram lançadas com erros de multiplicadores. Ou seja, há situações em que recebe mercadorias da indústria agrupadas em uma caixa, por exemplo, mas dá saída para estabelecimentos comerciais por unidades e pode incorrer em erro no lançamento do quantitativo de mercadoria, não de valor, ao registrar, na entrada, um volume de caixa como se fosse uma só mercadoria em lugar de 10 volumes unitários (contidos na caixa).

Exemplifica, dizendo que: a mercadoria sob o código 0306999 no SINTEGRA, descrita como *Pedigree Biscrock Mini 1 kg* é adquirida da indústria em caixas, cada qual contendo 10 unidades. Na entrada, ao ser cadastrada no sistema cada caixa, o seu funcionário deve habilitar uma ferramenta de conversão (fator de conversão) para que cada caixa lançada corresponda à entrada de 10 unidades. Registra que houve situações em que o cadastramento de uma caixa não foi convertido em 10 unidades, resultando no registro de entrada de 1 só unidade (mas no caso 1 caixa), embora com o correto valor de 10 pacotes unitários. Observa que, além disto, como a saída destas mercadorias é dadas em unidades de produtos e não em caixas com 10 itens cada, quando há devolução das mesmas, as respectivas notas por devolução de venda retornam com a quantidade de unidades do produto não de caixas. Consigna que isto também pode provocar erros no registro do quantitativo do estoque, embora fique sempre preservado, e sem erro, o registro dos valores destas operações e, consequentemente, do ICMS incidente.

Salienta que para estes casos, demonstrou à autuante a origem dos erros de quantidade, evidenciando, porém, que a análise pelo valor total das operações comprova a integridade do estoque, ou seja, para as caixas do *Pedigree Biscrock Mini 1 kg* lançadas como uma unidade de produto, o valor deste corresponde, na verdade, a 10 unidades, ficando claro que apenas houve erro de conversão.

Registra que, para melhor visualização, traz um exemplo, em base hipotética, mas elucidativo, conforme abaixo:

- o preço de compra de 01 caixa (com 10 unidades) é de R\$ 43,83 (base 2006)
- como consequencia, cada unidade custa R\$ 4,38;
- a compra de 10 caixas deve ser lançada com 100 unidades ao preço global de R\$ 438,30;
- se houver erro de conversão o lançamento é feito com 10 unidades ao preço de R\$ 438,30;
- no caso deste erro, cada unidade sairá ao preço de R\$ 43,83;

- apesar de ocorrido o erro, é fácil constatar que a irregularidade foi apenas de registro da quantidade, sem afetar o valor da operação, a qual pode ser facilmente corrigida com aplicação do fator de conversão.

Consigna que, por fim, esclareceu que opera com produtos que possuem versões com diferentes sabores, fragrâncias ou cores, cujas embalagens são praticamente idênticas, possuindo o mesmo formato e peso. Diz que este fato, algumas vezes, provoca erros na separação e expedição destas mercadorias, podendo ocorrer que uma mercadoria A.1 seja expedida com mercadoria A.2. Exemplifica: trabalha com a mercadoria WHISKAS BIOPLUS que possui diversos sabores, dentre eles peixe, código SINTEGRA 0303411, e atum, código SINTEGRA 0303410. A embalagem é praticamente a mesma, ambas ao peso de 340g, a unidade, somente se diferenciando por uma foto que se refere ao peixe ou atum, que também é peixe, sendo esta a natureza deste erro, que amiúde acontece, ainda em base hipotética, mas assaz esclarecedor:

- compra 10 caixas de Whiskas Atum e 10 caixas de Whiskas Peixe;
- ambos os produtos possuem exatamente o mesmo preço unitário;
- considerando um estoque zerado, supondo a venda de 2 caixas de Whiskas Peixe;
- o erro pode ocorrer do operador da expedição lançar a saída de 2 caixas de Whiskas Atum, em vez da versão Peixe, dado que são extremamente parecidas;
- o estoque físico fica assim: 10 caixas de Whiskas Atum e 8 caixas de Whiskas Peixe, no total de 18 caixas de Whiskas, sem considerar o seu sabor;
- a movimentação na documentação fiscal, ao contrário, resulta: 8 caixas de Whiskas Atum e 10 caixas de Whiskas Peixe, no total de 18 caixas de Whiskas, sem considerar o seu sabor;
- dado que o estoque físico terá 10 caixas de Whiskas Atum, muito embora pelo registro fiscal restem apenas 8, pode haver venda destas 10 unidades, gerando uma falsa suposição de omissão de entrada de 2 unidades;
- já se ocorrer a saída das restantes 8 caixas de Whiskas Peixe, o estoque físico deste produto ficará zerado, considerando que pelo registro fiscal restavam 10, haverá uma suposta omissão de saída de 2 unidades.
- apesar de ocorrido o erro de emissão de nota fiscal, é fácil constatar que a irregularidade foi apenas de registro da variedade de um mesmo tipo mercadoria, no caso variedade de sabor, sem afetar o valor da operação, a qual pode ser facilmente constatada e corrigida ao se verificar que não há erros pelos totais de entrada e saída das variedades de um mesmo produto. Ou seja, quando houver omissão entrada de uma variedade, haverá a mesma quantidade de saída omitida em outra variedade de um mesmo produto, como acima esclarecido.

Assevera que estes foram os erros verificados nos registros e que foram amplamente esclarecidos, chegando a elaborar planilhas com a demonstração da regularidade do seu estoque e a fornecê-las à autuante.

Realça que não se trata de correção de inconsistência dos arquivos magnéticos que tenham sido apontados pela autuante e não corrigidos, pois, conforme dito as inconsistências foram devidamente sanadas, conforme declaração da própria autuante no bojo do Auto de Infração, cujo teor transcreve.

Afirma que a realidade é que a autuante constatou que de nada adiantaria constituir o crédito destas supostas diferenças de estoque, haja vista que estava pronta para demonstrar e provar a integridade do seu estoque e a absoluta falta de omissões, sejam de entrada, sejam de saída. Acrescenta que, tanto é assim que a autuante, apesar de ter declarado que verificou “diferenças” não procedeu ao lançamento de ofício destas.

Sustenta que não é só, pois como declarado no próprio Auto de Infração, a autuante não mais lhe intimou para corrigir inconsistências, em razão de nenhuma outra inconsistência ter sido verificada em seus arquivos magnéticos. Transcreve a declaração da autuante.

Observa que, na sequência, a autuante disse que apresentou o Levantamento Quantitativo de Estoque antes de “*efetuarmos os lançamentos no Auto de Infração*”. Diz que poderia a autuante, se quisesse ter, desde então, lavrado o Auto de Infração, entretanto, reconhece a nobreza do gesto da autuante de, antes, possibilitar a análise do levantamento pela empresa, dando-lhe uma oportunidade de esclarecer as divergências, sendo isto o que ocorreu, conforme a continuidade das suas declarações quando diz: “*No dia 27/06/2010, o responsável nos trouxe o levantamento com uma série de notas com informações divergentes do seu arquivo magnético, o que demonstrava que as informações prestadas nos arquivos não estavam corretas como deveriam.*”

Assevera que tal declaração não corresponde à verdade dos fatos, pois todas as informações estavam no arquivo magnético, tanto que os valores totalizaram conforme os livros fiscais. Acrescenta que, na verdade, os erros nos registros de notas fiscais e não nos arquivos magnéticos, podem ter ensejado erros no confronto entre o estoque físico e o estoque escriturado, mas tais erros não são de outra natureza, conforme enumera:

- erro na escrituração da variedade de um mesmo produto, donde o seu total de itens e de valores estão absolutamente corretos, ou seja, o erro só é visível pela contagem em separado por variedade;
- erro de multiplicação de itens, pela falta de aplicação do fator de conversão, donde o valor total das operações também ficou preservado, assim como o valor total do inventário de tais produtos.

Diz que, em suma, não se trata de inconsistência de arquivo magnético, assim como o erro, tal como ocorrido, não foi tipificado nesta autuação, não sendo objeto de exigência fiscal e, consequentemente, de defesa específica.

Salienta que as planilhas apresentadas apenas se tratavam de defesa em relação às diferenças que a autuante disse ter encontrado, não foi, portanto, novamente levantada qualquer situação de eventual inconsistência dos arquivos magnéticos, tanto que a conclusão da autuante em relação aos trechos acima transcritos é a seguinte: “*Portanto, estamos efetuando o presente lançamento, por não podermos confiar no resultado do nosso levantamento quantitativo cujos dados foram alimentados com os arquivos cujas inconsistências não foram totalmente regularizadas.*”

Afirma que, primeiro, não havia mais inconsistência, tanto que os arquivos magnéticos totalizaram conforme os seus livros fiscais. Segundo, é fato que absolutamente todas as inconsistências apontadas pela autuante foram regularizadas, o que, por si, afasta a multa.

Continuando, consigna que verificados os elementos fáticos que antecederam a imposição da multa de ofício, fatos estes provados pelo próprio descriptivo elaborado pela autuante em relação à infração 04, passa a analisar o total descabimento do enquadramento legal da suposta infração que lhe é imputada.

Transcreve o enquadramento da infração no Auto de Infração, no caso, artigos 686 e 708-B do RICMS/BA, reproduzindo, inicialmente, o art. 686.

Afirma que muito embora este artigo possua parágrafos, a autuante não enquadrou o suposto ilícito em nenhum dos referidos parágrafos, limitando-se a afirmar ter ocorrido descumprimento apenas do *caput* do art. 686, e que a norma regulamentar apenas obriga a autuada a manter arquivadas as suas informações fiscais pelo prazo decadencial, nada mais. Diz que verificado o descriptivo fático do Auto de Infração, não há qualquer referência a que tenha deixado de exibir documento ou informações, não podendo, portanto, tal dispositivo ser reputado como infringido.

Reproduz o art. 708-B do RICMS/BA, dizendo que embora este artigo também possua parágrafos, a autuante, do mesmo modo, não enquadrou o suposto ilícito em nenhum de tais parágrafos,

limitando-se a afirmar ter ocorrido descumprimento apenas do *caput* do art. 686 e que a norma regulamentar obriga o autuado fornecer os documentos e arquivos magnéticos ao fisco.

Observa que, como visto na defesa, entregou os seus documentos e arquivos magnéticos, assim como permitiu o acesso da autuante em seu estabelecimento para que efetuasse o levantamento quantitativo de estoque.

Diz que, compulsando o descriptivo fático, constata-se que, realmente, a autuante recebeu os arquivos, se referindo o descriptivo apenas à inconsistência dos mesmos, assim como à regularização posteriormente feita, após ter sido intimado para tanto.

Reportando-se sobre a imposição da multa, reproduz o seu enquadramento no Auto de Infração, para os meses de janeiro a outubro de 2007, no caso, artigo 42, inciso XIII-A alínea “g”, da lei 7.014/96 alterada pela Le 10.847/07, assim como para os meses de novembro e dezembro de 2007, no caso, artigo 42, inciso XIII-A alínea “j” da lei 7.014/96 alterada pela Lei 10.847/07.

Reproduz o art. 42, XIII-A, g, 1.1.1, j, da Lei n. 7014/96, dizendo que não há muito a acrescentar em relação ao enquadramento na alínea “g”, por total falta de vínculo com os artigos ditos infringidos, bem como em relação ao descriptivo fático da suposta infração.

Com relação á alínea “j”, afirma que melhor sorte, contudo, não lhe está reservada, primeiro, porque que a multa fixa não foi aplicada, isto porque, de fato, o descriptivo fático não conclui pela falta de entrega dos documentos. Já a multa cumulativa de 1% foi aplicada isoladamente.

Ressalta que, de todo modo, tal multa cumulativa somente é cabível se o contribuinte não atender a intimação subsequente a intimação de apresentação dos arquivos. Ou seja, a multa fixa é aplicada pela falta de apresentação. Já a multa cumulativa tem lugar apenas se, não apresentado da primeira vez os documentos, o contribuinte deixar de atender uma segunda intimação.

Sustenta que este fato não ocorreu, tanto que o mesmo descriptivo fático da infração 04 não aponta a falta de entrega de documentos. Já no que tange às inconsistências dos arquivos magnéticos, é fato, como descrito pela própria autuante, que providenciou as correções.

Diz que a declaração final da autuante de que efetuou “*o presente lançamento, por não podermos confiar no resultado do nosso levantamento quantitativo cujos dados foram alimentados com os arquivos cujas inconsistências não foram totalmente regularizadas*” não se subsume em nenhuma destas normas ditas infringidas.

Salienta que não está declarado que foram verificadas novas inconsistências nos arquivos magnéticos, porque, efetivamente, estas não haviam. Acrescenta que a autuante declarou que ela própria não confiou no resultado do seu levantamento, questionando o porquê de lhe apenar por isto.

Ressalta que, apenas para fomentar o debate, apresenta os seguintes questionamentos:*se tais inconsistências não foram “totalmente regularizadas” como os totais dos arquivos magnéticos estavam de acordo com os livros fiscais da Autuada? Como foi possível proceder ao levantamento quantitativo? Porque não houve arbitramento???*

Observa que, se não tivesse apresentado sua defesa em relação às diferenças de estoque, reservando-se para fazer a defesa apenas no processo administrativo fiscal, a autuante teria lançado de ofício tais diferenças, sem sequer tratar de multa, muito menos de pretensas “*inconsistências não totalmente regularizadas*”. Contudo, como demonstrou não ter fundamento tais diferenças, o que ocorreu é que a autuante preferiu, em vez de autuar conforme o resultado do seu trabalho, porque sabia que estaria dando origem a uma cobrança natimorta, diante dos argumentos demonstrados, antes mesmo da autuação, aplicar a multa de ofício, invertendo completamente o sentido da norma em análise.

Diz que, para finalizar o debate está apresentando resumo da sequencia cronológica dos fatos, conforme declaração da própria autuante no descriptivo fático da infração 04.

Conclui a sua peça impugnatória requerendo que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente, para afastar a cominação dos ilícitos fiscais tipificados nas infrações 01 e 04, ao tempo em que reconhece as infrações 02 e 03, já tendo providenciado a quitação destes valores. Requer, ainda, a produção de todas as provas admitidas em direito, bem como pela juntada posterior de documentos em prova ou contra prova do que vier a ser apresentado pelo Fisco estadual.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 924 a 927, registrando que as infrações 02 e 03 não foram impugnadas pelo autuado.

No que concerne à infração 01, diz que apurou as diferenças entre os valores lançados nos livros fiscais e os valores recolhidos do ICMS referentes aos meses de janeiro, março, abril, julho e setembro de 2006, janeiro, maio, junho e julho de 2007, conforme demonstrativos às fls. 19/20 dos autos, e cópia dos livros Registro de Apuração do ICMS, exercício de 2006 às fls. 83 à 120, e exercício de 2007 às fls. 45 à 82.

Afirma que informou ao responsável pela empresa sobre as diferenças apuradas, e este solicitou uma cópia para que fossem verificadas. Salienta que, como o contribuinte sob ação fiscal não tem possibilidade de fazer “denúncia espontânea”, este aguardou o registro do Auto de Infração no sistema da SEFAZ, o que ocorreu no dia 01/07/2010, data em que havia agendado para que fosse assinado o Auto de Infração. Acrescenta que, como o contribuinte não compareceu à INFRAZ e não poderia aguardar por se tratar do final de trimestre e somente com o registro do Auto de Infração a Ordem de Serviço é validada, efetuou o registro do processo administrativo fiscal.

Diz que não tendo mais o empecilho dos sistemas, o contribuinte agindo de forma incorreta protocolou neste mesmo dia a “*denúncia espontânea*” relativa a várias parcelas da irregularidade lançada no Auto de Infração, na tentativa de fugir da multa apontada.

Ressalta que os débitos apurados são referentes aos exercícios de 2006 e 2007, e caso o contribuinte não fosse fiscalizado dentro de 02 e 03, respectivamente, ocorreria a decadência do direito de constituição do crédito tributário da SEFAZ/BA.

Contesta o argumento defensivo referente às compensações de débito também feita no momento da chamada “denúncia espontânea”, afirmando que esta não tem também qualquer valor, tendo em vista que se o contribuinte recolheu a mais em um mês, fora do exercício corrente, terá que pedir restituição do valor pago indevidamente.

Frisa que está se reportando aos exercícios de 2006 e 2007, e se por exemplo, foi escriturado que o valor apurado é R\$ 1.000,00 e o contribuinte pagou R\$ 1.200,00, este tem direito à restituição do valor que pagou a mais, portanto, neste caso, não é previsto no RICMS-BA, a possibilidade de compensação, bem como na ação fiscal não poderia realizar a pretendida compensação.

Salienta que o impugnante anexou à defesa à fl. 851, um demonstrativo com compensações de débitos, com valores que diz ter efetuado pagamentos a mais, criando e executando regras próprias e achando que deve ter a anuência da SEFAZ/BA. Ratifica integralmente este item da autuação.

No respeitante à infração 04, diz que o contribuinte foi intimado no dia 02/03/2010, tendo recebido os demonstrativos das inconsistências apuradas nos arquivos magnéticos para que fossem saneadas.

Esclarece que, quando teve acesso aos arquivos enviados pelo autuado como saneados, lançou nos sistemas da SEFAZ/BA os dados fornecidos, tendo constatado diferenças no Levantamento Quantitativo de Estoque.

Registra que entregou aos responsáveis as diferenças apuradas e que no retorno o contribuinte trouxe uma série de notas fiscais apontando divergências entre o arquivo magnético e suas notas fiscais, questionando o levantamento realizado, dizendo que este não estava correto. Afirma que ficou provado que as informações que foram dadas nos arquivos magnéticos apenas fechavam seus totais, contudo, internamente, os lançamentos nominalmente das mercadorias no SINTEGRA, não

ocorreram conforme se encontravam nas notas fiscais, gerando resultados não confiáveis, o que resultou no presente Auto de Infração.

Assevera que os arquivos magnéticos foram enviados à SEFAZ/BA com inconsistências, já que as informações não condiziam com as notas fiscais, sendo, portanto, a intimação não atendida, pois solicitou informações corretas.

Salienta que este é o entendimento da Diretoria de Planejamento e Fiscalização- DPF, cuja Orientação Técnica - OTE-DPF-3005, é seguida pela fiscalização nas auditorias efetuadas. Reproduz o inteiro teor da referida Orientação Técnica - OTE-DPF-3005.

Prosseguindo, diz que em referência ao Levantamento Quantitativo foram seguidas todas as rotinas da legislação vigente, e consideradas todas as notas fiscais e CFOPs referentes à comercialização das mercadorias selecionadas no levantamento. Frisa que o impugnante não anexou à sua defesa as notas fiscais referentes aos CFOPs que diz não terem sido considerados no levantamento.

Observa que a mercadoria com o código 0306999, citada na defesa a título exemplificativo à fl. 856, como pode ser verificado no levantamento que realizou à fl. 424, pelo preço da mercadoria, trata-se de 1kg que é a menor medida comercializada para esta mercadoria, informado no arquivo magnético.

Afirma que o impugnante apenas é repetitivo acerca das rotinas, as quais a auditoria atendeu a todas para chegar ao resultado apontado na autuação.

Mantém as infrações 01 e 04, e solicita que seja suspenso o processo de parcelamento para que o contribuinte recolha o ICMS na forma em que se encontra lançado no presente Auto de Infração.

Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

Consta às fls. 930 a 934, extrato do SIGAT referente ao pagamento do valor do débito reconhecido.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de 04(quatro) infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, dentre as quais este reconhece as infrações 02 e 03, inclusive, efetuando o pagamento do valor do débito reconhecido, conforme comprovante de recolhimento acostado aos autos. Insurge-se contra as infrações 01 e 04.

No que concerne à infração 01 - *Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS*, observo que o autuado admite haver efetuado o recolhimento a menos do imposto no período apontado no Auto de Infração, contudo, sustenta que a exigência referente ao período de 2006 a janeiro de 2007, foi fulminada em face da suspensão da exigibilidade dos respectivos créditos tributários por força da adesão ao Parcelamento nº 850000.0775/10-5.

Já com relação aos meses de maio a julho de 2007, afirma que a quitação ocorreu mediante compensação operada na sua conta corrente do ICMS, conforme se pode verificar a partir do cotejo entre os documentos de arrecadação estadual das competências de janeiro de 2006 a dezembro de 2007 e as declarações de apuração mensal do mesmo período, que comprovam o pagamento a mais, em razão de erro no preenchimento dos DAE's'.

De início, com relação ao parcelamento suscitado pelo impugnante, cumpre observar que o instituto do parcelamento tem a natureza jurídica de denúncia espontânea, motivo pelo qual afasta a possibilidade de responsabilização do infrator, portanto, de imposição de penalidade, desde que a denúncia seja acompanhada do pagamento do tributo devido e dos juros de mora.

Ocorre que, no presente caso, não vejo como considerar o parcelamento aduzido pelo impugnante como denúncia espontânea, haja vista que a formalização do processo de Parcelamento nº 850000.0775/10, se deu após o início da ação fiscal, o que afasta qualquer possibilidade de espontaneidade

do ato. Ou seja, na denúncia espontânea o contribuinte identifica a infração e antes do início de qualquer procedimento fiscal ou medida de fiscalização, oferece denúncia espontânea da irregularidade, afastando assim a imposição de qualquer penalidade, conforme estabelece o art. 138, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, abaixo reproduzido:

"Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração."

Diante disto, considero correta a exigência referente aos meses abrangidos pelo parcelamento aduzido pelo impugnante.

Quanto à alegação defensiva de que nos meses de maio a julho de 2007, ocorreu a quitação mediante compensação operada na sua conta corrente do ICMS, também não vejo como prosperar a pretensão defensiva.

Isto porque, apesar de o contribuinte ter direito à restituição do valor pago a mais ou indevidamente, inexiste previsão legal para que tal compensação seja feita no lançamento de ofício.

Em verdade, nos casos de pagamento indevido em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação, o art. 112, §1º do RICMS/BA, autoriza o estorno ou anulação do débito, mediante utilização de crédito fiscal, nos termos do inciso VIII do art. 93, se o imposto já houver sido recolhido.

Contudo, nos termos do art. 113 do mesmo RICMS/BA, a escrituração fiscal do estorno ou anulação de débito será feita mediante emissão de documento fiscal, cuja natureza da operação será "*Estorno de Débito*", consignando-se o respectivo valor no Registro de Apuração do ICMS, no último dia do mês, no quadro "*Crédito do Imposto - Estornos de Débitos*".

Portanto, este é o procedimento autorizado pela legislação do ICMS e não a forma pretendida pelo defendant.

Assim sendo, considero correta a exigência fiscal referentes aos meses suscitados pelo impugnante como objeto de compensação.

Diante do exposto, a infração 01 é integralmente subsistente.

No que concerne à infração 04 - *Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas-*, verifico que consta no Auto de Infração na descrição da infração, que o autuado foi intimado em 02/03/2010 para regularizar as inconsistências apuradas nos seus arquivos magnéticos anteriormente enviados, tendo em 16/05/2010, atendido a intimação e enviado para a SEFAZ/BA, os arquivos que dizia estar regular, sendo constatado pela autuante que os valores estavam em conformidade com os livros fiscais do contribuinte.

Ocorre que, a autuante ao realizar a Auditoria de Estoque, entregou ao contribuinte o levantamento com as diferenças apuradas no “Levantamento Quantitativos de Estoque” para que analisasse antes de efetuar o lançamento no Auto de Infração, contudo, no dia 27/06/2010, o responsável pela empresa trouxe o levantamento com uma série de notas com informações divergentes do seu arquivo magnético, o que demonstrava que as informações prestadas nos arquivos não estavam corretas como deveriam, motivo pelo qual a autuante efetuou o lançamento do ofício desta infração.

Nos termos do artigo 708-A do RICMS/97, o contribuinte do ICMS usuário de SEPD para emissão de documentos fiscais e/ou livros fiscais, deverá entregar o arquivo magnético, referente ao movimento econômico de cada mês, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, devendo ser incluídos todos os registros exigidos pela legislação.

Já o § 4º do citado art. 708-A, determina que 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.

Vale registrar que o arquivo magnético é recebido e submetido a teste de consistência, e por isso, a legislação prevê que a sua recepção pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, de acordo com o § 6º do mesmo artigo 708-A do RICMS/BA, abaixo transcrito:

“§ 6º 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 o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas”.

Independentemente da entrega mensal prevista no art. 708-A do RICMS/97, acima referido, o contribuinte também é obrigado a entregar, quando intimado, os referidos arquivos, conforme a previsão do art. 708-B, § 5º, do mesmo RICMS/97, in verbis:

“Art. 708-B. 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.

(...)

§ 5º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, 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.”

O que se verifica, no caso em exame, é que após a constatação de divergências apuradas nos diversos registros 50, 54, 74, referentes aos exercícios de 2006 e 2007, o contribuinte foi intimado (fls. 12/13.v), a corrigir as irregularidades apontadas, no prazo de 30 (trinta) dias, na forma do artigo 708, §5º, do RICMS/BA, tendo fornecido novos arquivos com os ajustes que, inclusive, confirmaram a totalização com os livros fiscais, conforme consignado pela autuante.

Ocorre que, apesar de o contribuinte ter atendido a intimação, o fato é que mesmo havendo correspondência entre os valores totalizados nos arquivos magnéticos e documentos fiscais, as notas fiscais apresentadas quando da análise do levantamento quantitativo de estoques, efetivamente, estavam com informações divergentes das existentes nos arquivos magnéticos, segundo o próprio impugnante, em decorrência de erro de conversão; erro de variedade do registro da mercadoria, etc.

Portanto, mesmo a alegação defensiva de inexistência de diferenças valorativas elidir a acusação fiscal decorrente de levantamento quantitativo de estoques – caso esta fosse a irregularidade apontada na autuação - certamente, reforça a acusação fiscal de existência de divergências entre os registros constantes nos arquivos magnéticos e as notas fiscais, significando dizer que tal irregularidade configura a não entrega do arquivo, consoante o artigo 708-B, § 6º, do RICMS/BA, infração esta passível da multa prevista no art. 42, XIII-A, alínea “j” da Lei n. 7.014/96. Cumpre registrar que, o artigo 42, XIII-A, 'j' da Lei nº 7.014/96, teve a sua redação dada através da Lei nº 10.847 de 27/11/2007.

Entretanto, cabe-me observar que a autuante incorreu em equívoco ao consignar no Auto de Infração como datas de ocorrência os meses referentes ao período em que os arquivos deveriam ter sido entregues, quando deveria ter indicado nos campos “Data de Ocorrência” e “Data de Vencimento” a data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados, conforme, inclusive, o item 5. 1 da OTE-DPF-3005.

Diante do exposto, como o contribuinte tomou ciência da intimação em 02/03/2010(fls. 12/13v.), retifico de ofício a data de ocorrência e vencimento da infração para 05/04/2010, contudo, mantendo a multa indicada pela autuante, prevista artigo 42, XIII-A, 'j' da Lei nº 7.014/96, com a redação dada através da Lei nº 10.847 de 27/11/2007, ou seja, 1% do valor das saídas, valendo observar que tal modificação não altera o valor originalmente exigido no Auto de Infração de R\$ 285.774,15.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **020747.0206/10-1**, lavrado contra **S-M DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$32.423,37**, acrescido da multa de 60% , prevista no artigo 42, inciso II, alíneas "b", "f", e VII, alínea "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$285.774,15**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, "j" do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios, na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de janeiro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR