

A. I. Nº - 206956.0004/10-7
AUTUADO - GRAÇA DELICATESSEN LTDA.
AUTUANTE - PAULO APARECIDO ROLO
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET 30.11.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0291-05/11

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO DO ICMS A MENOS. Ausência de prova material da incidência da alíquota de 7% sobre mercadorias tributadas à alíquota de 17%, de forma a fundamentar a imputação fiscal, leva a incerteza da infração. Acolhida a preliminar de nulidade. Infração Nula. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA QUANDO EXIGIDO MEDIANTE INTIMAÇÃO. MULTA. Comprovada a infração, razões de defesa insuficientes para elidir a acusação. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2010, exige o montante de R\$ 254.088,37, sendo R\$ 172.948,84, relativo ao ICMS e R\$ 81.139,53 à multa, em razão das seguintes irregularidades:

1. *Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Foi elaborado um demonstrativo dos lançamentos das reduções “Z” de todos os ECF’s, onde os valores das alíquotas constantes como 7% nos ECF’s 04, 06, 07 e 10 foram lançados no demonstrativo efetuado pelo Auditor Fiscal como 17% em razão dos valores inexpressivos de mercadorias cadastradas na alíquota de 17%, o que é incompatível com a atividade do contribuinte. Verificamos que nas reduções “Z” dos ECF’s 04 e 10 a partir de 11/12/2008 a alíquota de 7% passou a ser lançada como 17%, da mesma forma como o autuante já vinha procedendo. Os valores das reduções “Z” dos ECF’s 01, 02 e 03 foram lançados na planilha efetuada pelo Auditor Fiscal da mesma forma que foram lançados no registro de saídas. Os lançamentos foram efetuados somente para facilitar a comparação com o registro de saídas, porém, não tiveram nenhum reflexo no montante apurado. (sic).*
2. *Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Deixou de apresentar arquivo magnético, mesmo ter sido intimado regularmente. (sic).*

O autuado, às fls. 245 a 258 dos autos, apresenta impugnação ao lançamento do crédito tributário, na qual, preliminarmente, arguiu a nulidade do Auto de Infração por não trazer em seu conteúdo o dia do início do período de fiscalização, elemento essencial ao procedimento administrativo conforme previsto no art. 28, I, § 1º, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, cujo Termo Inicial de Fiscalização é de suma importância para o autuado extraír se o prazo legal de 90 dias para conclusão do procedimento foi cumprido. Registra que a desobediência aos requisitos essenciais do Processo Administrativo Fiscal fulmina o ato praticado tendo em vista que o Auto de Infração é modalidade de lançamento e como tal se presta à cobrança de tributos.

Também arguiu a nulidade do Auto de Infração por ter sido lavrado por servidor incompetente, uma vez que a função de Auditor Fiscal exige que o agente público exerça papel privativo de contador no C.R.C – Conselho Regional de Contabilidade. Cita legislação e julgado.

No mérito, em relação à infração 1, o autuado não reconhece que houve erro cometido na aplicação da alíquota cabível, do que entende ser necessária uma perícia contábil para apurar definitivamente acerca da alegação imposta, desde que, após a apuração, se devida for, o Estado

não aplique multa confiscatória, onerando excessivamente o contribuinte. Sustenta, ainda, que este valor fora levantado sem a devida perícia, ensejando, assim, na anulação da infração, tendo em vista a impossibilidade de saber se este é o quanto devido ou não.

Sustenta que, conforme se extrai do PAF, a autuação se deu em virtude da incompatibilidade dos dados apurados pelo fiscal e os dados permitidos pela legislação vigente e no dispositivo aplicado, que inclusive remete a aplicação da alíquota de 7%. Diz que, apesar da real incongruência das informações, o Auto de Infração está longe de ser conclusivo, uma vez que a autuação tem que estar adstrita à lei, pois em matéria de direito tributário e administrativo o princípio da legalidade determina que a conduta do agente público tem que ser aquela determinada por lei. Reafirma a imprescindibilidade da prova pericial para correta apreciação da matéria.

Diz, também, que o Auto de Infração não demonstra, discriminadamente, o quanto devido pelo contribuinte, o que importa na falta de transparência do ato administrativo, visto que não se pode extrair da planilha se os valores fornecidos pelo autuante são relativos à autuada, o que daria vazão a uma dupla tributação, já que ao mesmo tempo em que aplica uma multa pelo não fornecimento do arquivo em meio magnético, apresenta várias com números totalmente divorciados.

Salienta que o lançamento formulado deixou de considerar o regime de enquadramento do autuado na qualidade de empresa de pequeno porte. Alega que os demonstrativos das notas fiscais apresentados pelo fiscal ensejam apenas em indícios de ocorrência de aplicação da alíquota de 7% sobre a operação mercantil, sem levar em conta o tipo de mercadoria que fora comercializada, não ensejando, porém, prova documental de um ilícito tributário, o que demonstra ser nula a infração, pois sua atividade é o ramo de supermercado, no qual existem mercadorias cuja alíquota difere daquela em que o autuante pretende aplicar, qual seja 17%. Entende que faltou transparência na aplicação imposta, que apenas deduziu, sendo necessária a perícia para demonstrar quais mercadorias tiveram o seu recolhimento à menor do ICMS e não pelo próprio “achismo” do fiscal.

Em suma, segundo o autuado, a exigência demonstra de forma resumida a aplicação de uma alíquota de 17% sobre uma base de cálculo que não é demonstrada como fora realizada, sendo que nas planilhas anexas, da mesma forma, se busca apenas valores contábeis, sem demonstrar a que se refere, aplicando uma série de alíquotas, sem demonstrar o que fora realmente realizado e pago pelo autuado, sendo totalmente inaceitável a sua aplicação ou até mesmo acreditar que as informações estão corretas.

Aduz que a multa de 60% do valor da obrigação afigura-se como confisco, o que é vedado, sendo pertinente o percentual de 2%. Reitera a necessidade de revisão da ação fiscal e de perícia contábil, do que faz quesitação. Por fim, pede a nulidade do Auto de Infração e, caso entenda ser devido, que seja dada a “improcedência parcial”, deduzindo dos valores reais apurados o quanto referente à cobrança de ICMS pago a menor, daqueles valores efetivamente pagos para estas mercadorias.

Inerente à segunda infração, o autuado aduz ser totalmente descabida, haja vista que o próprio fiscal confessa que fez sua apuração mediante a análise da Redução Z de todos os ECF's, sendo inaplicável tal multa em virtude da disponibilidade dos arquivos em meios físicos, tendo em vista a inexistência do arquivo em meio magnético.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 265 a 267 dos autos, ressalta que, quanto à alegação sobre a data do Termo de Início de Fiscalização, no próprio Auto de Infração não existe campo específico para isso. Porém, a ação fiscal inicia de diversas maneiras, conforme art. 26 do RPAF, sendo que todas foram obedecidas e o Termo de Início de Fiscalização, constante à fl. 09, poderá ser dispensado quando há a emissão da Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, que foi emitida em 19/07/2010, e foi inserida à fl. 07 dos autos.

Inerente à alegação sobre a incompetência do autuante para a lavratura do Auto de Infração, por entender o autuado que a função de Auditor Fiscal é privativa de contador, o autuante informa que as infrações que compõem o Auto de Infração não têm absolutamente nada de natureza

contábil e que no período fiscalizado a empresa sempre esteve enquadrada no regime de apuração com conta corrente fiscal.

Quanto à primeira infração, o autuante esclarece que ao realizar a auditoria em documentos e lançamentos fiscais, verificou que as alíquotas lançadas nas reduções “Z” dos ECF’s 04, 06, 07 e 10, conforme cópia às fls. 56 a 84, não constam ou constam valores insignificantes de tributação à alíquota de 17%. Assim, diante deste fato, procedeu a escrituração do Registro de Saídas, conforme demonstrativos às fls. 12 a 54, nos quais os valores sujeitos à alíquota de 7% nos referidos ECF’s foram lançados como 17%, tendo encontrado o valor do imposto debitado superior ao escriturado pelo contribuinte no seu Registro de Saídas, cuja cópia consta à fl. 92 a 238 do PAF. Após a conclusão do referido demonstrativo de saídas, elaborou o demonstrativo do ICMS devido, à fl. 11, que é o confronto dos valores do imposto debitado apurado pelo autuante com os valores do imposto debitado e lançado no Registro de Saídas e também no Registro de Apuração do ICMS, o que deixa claro a forma que foi encontrada os valores da infração.

Informa que os produtos que constam do art. 51, I, “a”, do RICMS como arroz, feijão, sal de cozinha, fubá de milho e farinha de mandioca, dentro do período fiscalizado, tem redução de base de cálculo de 100% e macarrão está enquadrado no regime de substituição tributária.

No tocante à infração 2, aduz que se refere à falta de entrega de arquivo magnético, conforme comprovante à fl. 89, e que o contribuinte foi regularmente intimado em 19/07/2010, consoante documento à fl. 8 dos autos.

Pede a procedência do Auto de Infração.

Por decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, à fl. 271, o PAF foi convertido em diligência ao autuante para anexar aos autos provas do ilícito fiscal apontado na infração 01, a exemplo da leitura da memória fiscal dos referidos equipamentos fiscais, no período fiscalizado, nas quais evidenciem a incidência da alíquota de 7% sobre mercadorias tributadas à alíquota de 17%, demonstrando a liquidez dos valores apurados, de forma a fundamentar a imputação fiscal.

O autuante, à fl. 274 dos autos, informa que os ECF’s 1, 2 e 3 foram os que tiveram lançamentos nas reduções “Z” das alíquotas de 17% e 7% com valores compatíveis com a atividade do autuado, por isso, serviram de parâmetro para elaborar o demonstrativo para apurar o percentual que a alíquota de 7% representa sobre as saídas totais. Diz que esse percentual que foi de 3,3% será utilizado nos equipamentos que não foram contemplados com a alíquota de 7% nas planilhas constantes às fls. 12 a 54 dos autos.

Assim, elaborou o demonstrativo das saídas do exercício de 2007 e 2008, às fls. 287 a 330 dos autos, demonstrando a alíquota de 7% nos ECF’s 4, 6, 7, 8, 9 e 10, cuja base de cálculo representa 3,3% sobre as saídas totais e foi deduzida da base de cálculo de 17% e não sofrendo alteração o valor contábil, cujos valores alterados aparecem em negrito, resultando o ICMS devido de R\$ 154.719,10, para a infração 01, constante à fl. 331 do PAF, do que informa que no endereço do autuado está funcionando a empresa Nova Casa Delicatessen Ltda, Inscrição Estadual nº 011.635.716.

Após diversas tentativas para intimar o autuado a tomar conhecimento da Informação Fiscal e dos novos demonstrativos, inclusive através dos sócios, foi concretizada através de Edital de Intimação nº 39/2011, publicado no Diário Oficial de 17/08/2011, conforme documento à fl. 344 dos autos, não tendo o contribuinte apresentado qualquer manifestação a respeito.

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de nulidade do Auto de Infração por não ter o Termo de Início de Fiscalização, visto que o aludido termo consta à fl. 9 dos autos, no qual consigna a data de 20/07/2010 como início da ação fiscal. Tal fato é corroborado com a intimação recebida pelo contribuinte para apresentação de livros e documentos fiscais, à fl. 7, datada de 19/07/2010.

Também rejeito o pedido de nulidade do Auto de Infração por ter sido lavrado por servidor incompetente, visto que o servidor investido no cargo de Auditor Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia é competente para a lavratura de Auto de Infração relacionado a tributo na esfera estadual.

Quanto às demais alegações relativas à infração 1, entendo que estão prejudicadas em razão de constatar que a exigência fiscal se sustenta em uma presunção, não prevista em lei, de que houve recolhimento a menor do imposto em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias, apuradas através de Reduções “Z” dos Equipamentos Emissor de Cupom Fiscal, por concluir o autuante que os valores incidentes à alíquota de 7% nos ECF 4, 6, 7 e 10 deveriam ser à alíquota de 17%, por concluir serem inexpressivos os valores das mercadorias cadastradas à alíquota de 17%, constantes das aludidas Reduções “Z”.

Assim, diante desta presunção, com base nos ECF 1, 2 e 3 apurou o percentual de 3,3% das saídas totais para os valores que deveriam incidir a alíquota de 7% nos referidos equipamentos 4, 6, 7 e 10, determinando o ICMS recolhido a menos pelo contribuinte.

Tal metodologia não tem previsão legal, tratando-se de um arbitramento da base de cálculo sem o devido procedimento legal, visto que as Reduções “Z” não discriminam analiticamente as mercadorias as quais compreendem dos totais as quais estão incidindo as alíquotas de 7% ou 17%.

Para dirimir tal dúvida e se apurar, com liquidez, um possível recolhimento a menos do imposto, foi determinado uma diligência ao autuante para anexar aos autos provas do ilícito fiscal apontado na infração 1, a exemplo da leitura da memória fiscal dos referidos equipamentos fiscais, no período fiscalizado, nas quais evidenciassem a incidência da alíquota de 7% sobre mercadorias tributadas à alíquota de 17%, de forma a fundamentar a imputação fiscal.

Contudo, a mesma não foi atendida, conforme se pode observar às fls. 275 a 331 dos autos, cujos demonstrativos continuam a aplicar a proporcionalidade acima descrita, baseada em Redução “Z”, a qual, repito, não demonstra analiticamente as mercadorias comercializadas, tornando-se imprestável para fundamentar a acusação fiscal, a qual considero nula por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, e, nos termos do art. 21 do RPAF, recomendo a repetição da ação fiscal, a salvo da aludida falha.

No tocante à segunda infração, à fl. 8 dos autos verifica-se que o contribuinte foi intimado a apresentar, no prazo de cinco dias úteis, os arquivos magnéticos previstos no Convênio ICMS 57/95, tendo em vista a não apresentação dos referidos arquivos no prazo legal nos meses dos exercícios de 2007 e 2008, nos termos previstos no art. 708-B do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, não tendo o contribuinte satisfeito a obrigação tributária acessória, fato este confessado pelo próprio ao consignar, à fl. 251 dos autos, que:

“Neste mesmo diapasão, o próprio fiscal autuador, no momento que confessou que analisou as reduções Z dos ECF'S, demonstram que teve acesso as arquivos do autuado, demonstrando a total desnecessidade de arquivo em meio magnético, sendo totalmente inconsistente a aplicação de qualquer multa pelo não fornecimento de arquivos, haja vista que fora entregue os mesmos em meio físico, suprindo desta forma a exigência de outra modalidade dos arquivos solicitados.” (sic)

Sendo assim, uma vez comprovado o descumprimento da obrigação tributária acessória, cujos dados escriturais são de importância relevante para a SEFAZ no controle e acompanhamento do contribuinte e da sua arrecadação, submete-se a penalidade prevista no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, consoante demonstrado às fls. 86 e 87 e corroborado às fls. 15 a 54 dos autos.

Contudo, verifico que existe um equívoco material na presente autuação, que deve ser corrigido nesta oportunidade, independentemente de provocação do sujeito passivo, por medida de economia e celeridade processuais e, sobretudo, como forma de realizar o princípio da legalidade a que estamos todos, membros da Administração, irremediavelmente vinculados.

O erro material a que ora faço referência está na data da ocorrência e de vencimento dessa infração, pois, nos casos em que se atribuiu ao contribuinte a falta de cumprimento de determinada intimação, aplicando-lhe a respectiva multa, só se considera ocorrida à infração no primeiro dia útil subsequente ao termo final do prazo fixado pela autoridade fazendária competente. Durante o prazo, por óbvias razões, não há descumprimento da intimação e, portanto, não há infração. Nesse sentido, inclusive, dispõe a Orientação Técnica da GEAFI 003/2005, item 6, a saber:

“6 – Caso o contribuinte não entregue o arquivo solicitado ou o apresente ainda com inconsistências, deve ser lavrado Auto de Infração em razão do não atendimento à intimação, conforme referido no item 2 desta orientação gerencia, hipótese em que deverá ser anexada ao Auto de Infração a intimação não atendida.

6.1 – Na lavratura de Auto de Infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento do Auto de Infração deverão ser preenchidos com indicação da 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 correção dos erros indicados.

6.2 – Tratando-se de infração relacionada à omissão de informação ou divergência mencionadas nos subitens 1.1 e 1.2, os campos ‘data de ocorrência’ e ‘data de vencimento’ do Auto de Infração, deverão ser preenchidos com a data de envio do respectivo arquivo.”

Assim sendo, como a intimação fornecida ao contribuinte foi entregue em 19/07/2010 (segunda-feira), fls. 8, e o prazo de cinco dias úteis findou-se em 26/07/2010 (segunda-feira), somente em 27/07/2010 considera-se como ocorrida à infração, devendo esta data constar dos campos “data de ocorrência” e “data de vencimento” da autuação.

Desta forma, a exigência é subsistente, porém com data de ocorrência e vencimento de 27/07/2010.

Do exposto, voto o Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**, no valor de R\$ 81.139,53, com data de ocorrência e vencimento de 27/07/2010.

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 **206956.0004/10-7**, lavrado contra **GRAÇA DELICATESSEN LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação tributária acessória no valor total de **R\$81.139,53**, prevista no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios conforme previsto na Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala de Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA