

PROCESSO - A. I. N° 269193.0146/10-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - C&S ATACADO E VAREJO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA.
(SUPERMERCADOS C&S)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0135-04/11
ORIGEM - INFAZ CRUZ DAS ALMAS
INTERNET - 15/03/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0033-12/12

EMENTA: ICMS. 1) RENÚNCIA A TERMO DE ACORDO. Falta de comprovação de denúncia do termo de acordo de atacadista, art. 7º-A, Dec. 7.799/00. Infração 04 nula. **2) DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. a) ATIVO IMOBILIZADO. b) DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO.** Comprovado que se trata de bens de ativo e consumo e não de insumos utilizados na prestação de serviços não tributados pelo imposto. Excluído da base de cálculo as mercadorias adquiridas com imposto pago por antecipação e de valores já pagos. Reduzido o valor do débito. Infrações 7 e 8 parcialmente elididas. **3) ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM DADOS DIVERGENTES. DEVIDO PROCESSO LEGAL.** Restou comprovado que o contribuinte não foi intimado para corrigir as inconsistências apuradas relativas às divergências de dados contidos nos arquivos magnéticos e escriturados em livros fiscais. Art. 708-B RICMS/BA. Infração nula. **4) ATIVO IMOBILIZADO. APROPRIAÇÃO SUPERIOR AO PERMITIDO.** Demonstrativos elaborados pela fiscalização evidenciam que não foram computados na apuração do coeficiente de apropriação do crédito fiscal os valores das mercadorias que tiveram imposto pago por antecipação que configuram operações de saídas tributadas. Infração elidida. Mantida a Decisão recorrida. **Recurso NÃO PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela referida 4ª Junta de Julgamento Fiscal nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que julgou procedente em parte a exigência fiscal, lançada em 30/09/2010, exigindo o ICMS no valor de R\$ 81.240,35, pelo cometimento de 12 infrações.

O autuado apresentou tempestivamente defesa (fls. 545 a 549), contestando as infrações 4, 5, 7, 8, 11 e 12. Em seguida, houve informação fiscal (fls. 564 a 568) com o acolhimento de alguns argumentos do autuado, propondo a procedência em parte do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 4ª JJF, que decidiu pela procedência das infrações 1, 2, 3, 5, 6, 9 e 10. As infrações 4 e 11 foram consideradas nulas, as infrações 07 e 08 foram tidas como procedentes em parte e a infração 12 foi avaliada improcedente.

Portanto, o presente Recurso de Ofício tem por objeto as infrações 4, 7, 8, 11 e 12, abaixo transcritas:

04. *Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta na descrição dos fatos que decorre da venda, na condição de atacadista após ter renunciado o Termo de Acordo, conforme Anexos IV.1 e IV.2 - R\$6.857,25.*

07. *Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme Anexos VIII.1 e VIII.2 - R\$3.405,00.*

08. *Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, conforme Anexos IX.1 e IX.2 - R\$729,00.*

11. *Forneceu arquivos magnéticos enviados via Internet através do programa Validador/Sintegra com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% 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 divergentes, conforme Anexos XII.1 e XII.2 - R\$51.427,48.*

12. *Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, decorrente de erro na apuração do coeficiente de creditação proporcional às saídas tributadas – R\$6.640,94.*

Da seguinte forma a 4ª JF julgou o mérito das infrações acima citadas, *in verbis*:

“VOTO

(...)

Com relação à infração 4, o autuado alegou que o tratamento tributário previsto no art. 3º-F do Dec. 7799/00 (vinhos e aguardentes com NCM 2204 e NCM 2208) deveria ser aplicado de forma que a carga tributária correspondesse a 12%.

O autuante contestou afirmando que “no período em que decorre a imputação, o contribuinte havia renunciado ao Termo de Acordo, tendo passado a utilizar o crédito normal e não o limitado pelo referido decreto”, fato que fez constar nos documentos juntados às fls. 129/134.

Verifico que no demonstrativo às fls. 107/128, o autuante indicou que a empresa “USOU O TERMO DE ACORDO p/ATACADISTA SÓ ATÉ OUT/2008”, indicou as alíquotas aplicadas e as devidas, a exemplo do produto Sidra consignada na nota fiscal 26469 (fl. 107) em que a empresa aplicou a alíquota de 19% e o autuante indicou alíquota de 27%. O mesmo ocorre com outros produtos (vinho - aliq. De 19% ao invés de 27%; aguardente 11% e 12% ao invés de 19%).

Pelo exposto, a questão que se apresenta é que o autuado alega que a carga tributária na comercialização de vinhos e aguardentes prevista no art. 3º-F do Dec. 7799/00 deve ficar limitada a 12% enquanto o autuante afirma que a partir de 10/08 não mais utilizou o Acordo de Atacadista.

Constato que conforme disposto no art. 7º do Dec. 7.799/00 com a redação dada pelo Dec. 10.066/06, com efeitos de 01/08/06 a 23/12/10, estabelece:

A utilização do tratamento tributário previsto nos artigos 1º, 2º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F fica condicionada à celebração de Termo de Acordo específico, a ser firmado entre o Estado da Bahia, representado pela Secretaria da Fazenda, através da Diretoria de Administração Tributária - DAT da circunscrição fiscal do contribuinte, e o interessado, no qual serão determinadas as condições e procedimentos aplicáveis ao caso.

Por sua vez o art. 7º-A do citado Decreto estabelece que “O desenquadramento de contribuinte do tratamento tributário previsto neste Decreto, por iniciativa do fisco, será precedido de denúncia do Termo de Acordo a que se refere o artigo anterior”.

Constato que o autuado invoca em sua defesa, dispositivo regulamentar previsto no Dec. 7.799/00 mediante assinatura e deferimento de Termo de Acordo – Comércio Atacadista, enquanto o autuante argumenta já não mais fazer uso desta regulamentação, mas não carrou ao processo qualquer documento que comprovasse ter ocorrido desenquadramento mediante denúncia de Termo de Acordo firmado em momento anterior.

Pelo exposto, considero nula esta infração, em razão da ausência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, face ao não cumprimento do devido processo legal nos termos do art. 18 do RPAF/BA.

Ressalto que diante da inexistência de comprovação de denúncia do Termo de Acordo de Atacadista, restaria comprovada a apropriação de créditos fiscais em valores superiores ao permitido com os benefícios concedidos pelo Dec. 7.799/00, de acordo com os documentos juntados às fls. 130/134. Neste caso, a autoridade competente pode mandar renovar o procedimento fiscal a salvo de equívocos. Infração nula.

(...)

*No tocante à **infração 7**, o autuado na defesa apresentou DAE's para tentar comprovar recolhimento de parte do ICMS da diferença de alíquotas na aquisição de ativo fixo, tendo reconhecido como devido o valor da nota fiscal 12.682 com valor de R\$1.185,00.*

O autuante acatou os DAE's apresentados e apontou valor remanescente devido de R\$2.295,00.

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que com relação ao DAEs apresentados:

Dezembro/08 – NF 12682 (fl. 341), valor reconhecido de R\$1.185,00 – mantido;

Março/09 – NF 16.686 (fl. 342), trata-se da aquisição de uma carroceria para furgão, originária do Estado de São Paulo (fl. 552) com valor de R\$10.500,00. Logo, a diferença de alíquota devida é de R\$1.050,00 (17% - 7%) e tendo a empresa comprovado o recolhimento de R\$525,00 em 28/04/10 conforme DAE à fl. 553, remanesce o valor devido de R\$525,00;

Outubro/09 - DANFE 10270 (fl. 342) trata-se também de carroceria para furgão, originária do Estado de São Paulo (fl. 558) com valor de R\$11.700,00. Logo, a diferença de alíquota devida é de R\$1.170,00 (17% - 7%) e tendo a empresa comprovado o recolhimento de R\$585,00 em 28/04/10 conforme DAE à fl. 551, remanesce o valor devido de R\$585,00.

Pelo exposto, assiste razão ao autuante, motivo pelo qual acato o demonstrativo de débito apresentado à fl. 566 e considero devido o valor de R\$2.295,00. Infração elidida em parte.

***Relativamente à infração 8**, na defesa o autuado relacionou notas fiscais indicando que se trata de operações de remessas, prestação de serviços (ISS) e aquisição de mercadorias no próprio Estado, que não incidem ICMS da diferença de alíquota, o que foi acatado em parte pelo autuante.*

Pela análise dos documentos juntados com a defesa faço as seguintes constatações:

NF 170028. O documento juntado à fl. 554 indica operação com o CFOP 6949 [Classificam-se neste código as outras entradas de mercadorias ou prestações de serviços que não tenham sido especificadas nos códigos anteriores], que o contribuinte descreveu no arquivo magnético (fl. 352) como material de “uso consumo/ativo imobilizado”. Logo, deve ser mantido o valor de R\$202,00 exigido com data de ocorrência em 31/01/08.

NF 149096 (fl. 555) trata de operação de prestação de serviço de impressão de nota fiscal, tributado pelo ISS, não tem incidência de ICMS, devendo ser afastado integralmente o valor exigido de R\$175,00 da ocorrência de 31/08/2008;

NFs 46928 e 46919 (fls. 556/557) referem-se a aquisições de mercadorias no Estado da Bahia, que não incide ICMS da diferença de alíquota, motivo pelo qual fica reduzido de R\$352,00 para zero a ocorrência de 31/12/2008.

Infração procedente em parte, ficando reduzida de R\$729,00 para valor devido de R\$202,00.

***Quanto à infração 11** que trata da aplicação de multa em decorrência de entrega de arquivos magnéticos com dados divergentes dos documentos fiscais, o autuado alegou que fez a entrega dos arquivos magnéticos e os manteve guardados como determina a legislação e que não cabe a aplicação da multa em razão de não ter sido intimado para corrigir possíveis inconsistências.*

Por sua vez, o autuante argumentou que em se tratando de divergência de dados dos arquivos magnéticos e livros fiscais, cabe a aplicação da multa sem preceder de intimação para correção.

Verifico que conforme demonstrativo elaborado pela fiscalização (fls. 458, 477 e 496) o autuante indicou por Código Fiscal de Operação (CFOP) os valores constantes dos arquivos magnéticos (A), os registrados no livro RAICMS (B) e indicou as divergências de valores entre eles.

Portanto, restou caracterizado que o contribuinte indicou valores nos arquivos magnéticos divergentes dos constantes nos livros fiscais. A legislação do ICMS estabelece que o contribuinte deve manter guarda dos arquivos magnéticos e fornecer ao fisco com as especificações técnicas exigidas, sempre que for intimado pela fiscalização (artigos 686 e 708-B do RICMS/BA), o que ocorreu conforme contido na intimação juntada à fl. 17.

O artigo 708-A, §6º do RICMS/BA, estabelece que o fato do contribuinte fazer entrega do arquivo magnético recepcionado pela SEFAZ não caracteriza que o mesmo “atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências

verificadas”.

Já o art. 708-B, §§ 3º, 5º e 6º determinam os procedimentos que devem ser adotados quando a fiscalização identificar inconsistências em arquivos magnéticos:

§ 3º Tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstica indicativa das irregularidades encontradas.

(...)

§ 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 à retificação total de arquivo.

§ 6º A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014, de 04/12/96.

Por sua vez, o art. 42, XIII-A, “i” da Lei 7.014/96 indicada no enquadramento da infração prevê multa relacionada à entrega de informação em arquivo magnético decorrente de entradas e saídas de mercadorias “omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informados com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes”.

Por tudo que foi exposto, interpreto que a legislação do ICMS obriga que os contribuintes façam entrega de arquivos magnéticos à SEFAZ e mesmo quando entregue, caso a fiscalização identifique inconsistências, deve intimá-lo para fazer as devidas correções num prazo de trinta dias, mediante fornecimento de listagem de diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas.

Na situação presente, os demonstrativos elaborados pela fiscalização e cópia do livro RAICMS juntados ao processo comprovam que o contribuinte fez entrega de arquivos magnéticos com dados divergentes dos escriturados nos livros fiscais.

Entretanto, mesmo que os demonstrativos elaborados pela fiscalização (fls. 458, 477 e 496) configurem uma “Listagem Diagnóstica indicativa das irregularidades encontradas” como afirmou o autuante, não foi expedida intimação com concessão de prazo para efetivar as devidas correções, fato admitido pelo autuante. Por isso, declaro nula esta infração, tendo em vista que não foi obedecido ao devido processo legal. Saliento que a autoridade fazendária poderá mandar renovar o feito a salvo de equívocos. Infração nula.

Relativo à infração 12, o autuado alegou que utilizou o crédito fiscal relativo a bens do ativo imobilizado com apropriação mensal de 1/48 proporcional às saídas tributadas, inclusive considerando as mercadorias abrangidas pela substituição tributária. O autuante contestou dizendo que tendo encerrado as fases de tributação, tais mercadorias são “Não Tributadas”.

Observo que o art. 93, §17 do RICMS/BA estabelece:

§ 17. O uso do crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado e respectivo serviço de transporte, ocorridas a partir de 1º/1/2001 fica sujeito as seguintes disposições (Lei nº 7710):

I - a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento;

II - em cada período de apuração do imposto, não será admitido o creditamento de que trata o inciso I, em relação à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período.

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que nos demonstrativos elaborados:

AUTUANTE: A exemplo do mês de janeiro/09 (fl. 523) dividiu o valor das saídas tributadas de R\$119.787,03 pelo total das saídas de R\$1.091.039,00 encontrando o coeficiente de 0,110 que multiplicou pelo total de crédito acumulado no CIAP, dividindo seu resultado por 48 o que resultou em crédito do mês de R\$40,78;

EMPRESA: No mesmo mês de janeiro/09 (fl. 527) somou as saídas tributadas de R\$119.787,03 ao de outras R\$918.417,59 (fl. 528) totalizando R\$1.038.194,62 e dividiu pelo total das saídas de R\$1.091.039,00 encontrando o coeficiente de 0,951562 que multiplicou pelo total de crédito acumulado no CIAP, dividindo seu resultado por 48 o que resultou em crédito do mês de R\$353,45.

Pelo exposto a diferença exigida corresponde ao decréscimo do coeficiente apurado pela fiscalização em decorrência de não ter considerado as mercadorias “outras” como mercadorias tributadas na apuração do coeficiente de apropriação de crédito fiscal dos bens de ativo.

Entendo ser correta a afirmação do autuante de que nas operações de saída de mercadorias submetidas ao

regime de substituição tributária tenha encerrado as fases de tributação. Entretanto, em se tratando de formulação de coeficiente para apropriação de crédito fiscal relativo à entrada de bens do ativo permanente deve ser analisado o contexto da operação.

A legislação do ICMS assegura a utilização do crédito fiscal vinculado às aquisições de bens do ativo imobilizado, porém, com base no fundamento geral de que o crédito é admitido quando estiver vinculado a operações subsequentes tributadas, foi estabelecido que a apropriação deve ser feita em “proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas”. Neste caso, deve ser interpretado que as operações de saída de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária são tributadas (não no momento da saída), pois pagaram o imposto relativo à operação subsequente (saída) no momento da sua aquisição, quer tenha sido retido ou antecipado o pagamento do tributo.

Sendo assim, assiste razão ao autuado. Infração improcedente.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração”.

VOTO

O presente Recurso de Ofício interposto pela 4ª JJF deste CONSEF, na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA, tem por objeto reapreciar do Acórdão de nº 0135-04/11, no que tange as infrações 4, 7, 8, 11 e 12, pois impôs sucumbência à Fazenda Pública estadual.

Da análise dos autos verifico que em relação às infrações 1, 2, 3, 6, 9 e 10, houve reconhecimento tácito das acusações, recaindo no quanto disposto no art. 140 do RPAF/99, devido a falta de resistência por parte do sujeito passivo. A infração 5 foi contestada pela empresa em sua defesa, mas foi considerada procedente. Como não houve Recurso Voluntário, ela não é objeto de revisão.

Quanto ao mérito do Recurso de Ofício, digo que não merece reforma alguma a Decisão de primeiro grau. Entendo a Decisão foi inteiramente acertada, embasada em parte na própria revisão fiscal, nos documentos trazidos aos autos e no melhor entendimento quanto a aplicação da legislação pertinente.

Assim, vejamos:

Em relação à infração 4 – recolhimento a menor em razão de erro na aplicação de alíquotas por suposta renúncia a Termo de Acordo -, entendo que a JJF se posicionou acertadamente em apontar que não há prova quanto ao desenquadramento do contribuinte, conforme estabelece o art. 7º-A do Decreto 7.799/00. Avalio que primeiramente seja imprescindível o procedimento de denúncia do Termo de Acordo, com suas garantias constitucionais e legais, como também a comprovação de que tal fato ocorrera em momento anterior aos fatos geradores imputados nesta infração.

Portanto, mantenho o julgamento pela nulidade do item 4.

Pela infração 7 – diferença de alíquotas internas e interestaduais na aquisição destinadas ao ativo fixo -, a redução ocorrida se deu pela apresentação de DAE's (fls. 551 e 553), comprovando o recolhimento parcial do imposto devido nas ocorrências de março de outubro de 2009.

Desta forma, julgo correta a diminuição realizada e mantenho o julgamento de procedência em parte do item 7.

Na infração 8 - diferença de alíquotas internas e interestaduais na aquisição destinadas ao consumo -, também houve a comprovação por meio de Notas Fiscais juntadas pelo contribuinte (fls. 554 a 557) de que não era caso de incidência do ICMS, mas sim, do ISS sobre as transações ocorridas, conforme relação dos CFOP's.

Assim sendo, como na infração anterior, julgo correta a diminuição realizada e mantenho o julgamento de procedência em parte do item 8.

No que tange a infração 11 – envio de arquivos magnéticos com dados divergentes aos constantes nos documentos fiscais correspondentes – julgo que houve a correta aplicação da legislação tributária ao caso em comento.

O art. 708-B, §§3º e 5º do RICMS determina com clareza solar que o contribuinte deve ser intimado, mediante Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, para que no prazo de 30 dias, faça a correção do arquivo magnético apresentado com inconsistência.

Pois bem, como não houve a devida comprovação por parte do autuante da intimação determinada pelo RICMS, julgo correto o posicionamento da 4ª JJF ao verificar que não foi obedecido o princípio do devido processo legal.

Destarte, entendo acertada a Decisão tomada pela JJF e por isso, mantenho o julgamento pela nulidade do item 11.

Por fim, em relação à infração 12 – utilização de crédito de ICMS em valor superior ao permitido pela legislação -, avalio como correta a interpretação dada pela JJF aos incisos I e II do parágrafo 17, do art. 93 do ICMS. Corroboro com o entendimento de que as mercadorias abrangidas pela substituição tributária devem participar da formulação do coeficiente para apropriação do crédito fiscal relativo à entrada de bens do ativo permanente, pois, tais mercadorias (submetidas ao regime de substituição tributária) são tributadas, uma vez que já pagaram imposto na sua aquisição.

Portanto, em vistas da formação do coeficiente para apropriação de crédito fiscal relativo à entrada de bens do ativo permanente, devem ser considerados os valores das saídas sobre a rubrica ‘outras’ (concernente a substituição tributária), sendo corretos os argumentos e cálculos do contribuinte.

Pelo todo exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício para manter em sua inteireza a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **269193.0146/10-0**, lavrado contra **C&S ATACADO E VAREJO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA. (SUPERMERCADO C&S)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$13.920,06**, acrescido das multas de 60% sobre R\$13.458,79 e 70% sobre R\$461,27, previstas no artigo 42, incisos II, alíneas “a”, “e” e “f”, VII, “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$757,62**, prevista no art. 42, IX, da citada lei, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de fevereiro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS