

**PROCESSO** - A. I. Nº 206956.0004/10-7  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - GRAÇA DELICATESSEN LTDA. (GRAÇA BIJUTERIAS)  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 5º JF nº 0291-05/11  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 29/11/2012

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJE Nº 0362-11/12

**EMENTA:** ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO DO ICMS A MENOS. Ausência de prova material da incidência da alíquota de 7% sobre saídas de mercadorias tributadas à alíquota de 17%, de forma a fundamentar a imputação fiscal, o que leva à incerteza da infração. Acolhida a preliminar de nulidade. Infração Nula. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA QUANDO EXIGIDA MEDIANTE INTIMAÇÃO. MULTA. Comprovada a infração. Razões de defesa insuficientes para elidir a acusação. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte a presente autuação, por meio da qual foi lançado o ICMS devido em razão de duas imputações, a seguir descritas:

Infração 1 - Recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Consta, ainda, o seguinte: *“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 pelo autuado 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”*.

Infração 2 – Falta de fornecimento de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, nos exercícios de 2007 e 2008.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide da seguinte forma:

*“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 impréstável 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 confessa 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, suprimindo 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 at. 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”.*

Em atendimento ao artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, o órgão julgador da Primeira Instância recorreu de Ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

## VOTO

Inicialmente, verifico que a Junta de Julgamento Fiscal, de maneira acertada, afastou duas das preliminares de nulidade do Auto de Infração, suscitadas pelo contribuinte.

Primeiro, porque o início da ação fiscal encontra-se perfeitamente delineado pelo Termo de Início de Fiscalização e, principalmente, pelo Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos assinado em 19/07/10 pelo autuado (fls. 7 e 9 dos autos), nos termos do artigo 28, incisos I e II, do RPAF/99, abaixo transcritos:

*Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:*

*I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;*

*II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;*

Segundo, porque o Auto de Infração foi lavrado por servidor investido no cargo de Auditor Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia e, portanto, competente para exercer a atividade de constituição de crédito tributário.

Não obstante isso, encontra-se correta a Decisão recorrida, ao declarar a nulidade da imputação 1, como a seguir explanado.

O débito lançado na infração 1 está sendo cobrado sob a acusação de que o contribuinte teria recolhido a menos o ICMS ao fazer incidir, nos valores das operações de saídas de mercadorias lançadas nos Equipamentos Emissores de Cupom Fiscal n<sup>os</sup> 4, 6, 7 e 10, a alíquota de 7% quando deveria ter calculado o tributo à alíquota de 17%, isso porque o autuante concluiu serem inexpressivos os valores das mercadorias cadastradas à alíquota de 17%, constantes das aludidas Reduções “Z”.

Diante de tal conclusão, o preposto fiscal, com base nos Equipamentos Emissores de Cupom Fiscal n<sup>os</sup> 1, 2 e 3, apurou o percentual de 3,3% das saídas totais sobre cujos valores incidiu a alíquota de 7% nos equipamentos n<sup>os</sup> 4, 6, 7 e 10 e determinou o valor de ICMS recolhido a menos pelo contribuinte.

A metodologia adotada pelo autuante, evidentemente, não encontra amparo na legislação regente, configurando um arbitramento não autorizado, conforme bem salientou o órgão julgador de primeira instância, haja vista que as Reduções “Z” não discriminam analiticamente as mercadorias compreendidas nos totais sobre os quais estão incidindo as alíquotas de 7% ou 17%.

A Junta de Julgamento Fiscal, a fim de apurar a verdade dos fatos, converteu o PAF em diligência para que o autuante anexasse as provas do suposto ilícito, a exemplo da leitura da memória fiscal dos referidos equipamentos fiscais no período fiscalizado, porém a solicitação não foi atendida, conforme se observa dos documentos de fls. 275 a 331, em que o autuante insiste em aplicar a proporcionalidade baseada apenas na Redução “Z”, método que não demonstra analiticamente as mercadorias comercializadas, revelando-se imprestável para comprovar a acusação fiscal, nos

termos do artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99. Mantenho a Decisão recorrida, pela nulidade da infração 1 deste lançamento de ofício.

Ressalto, entretanto, que se trata de vício material e, portanto, novo procedimento porventura empreendido pela fiscalização deverá obedecer ao prazo decadencial previsto no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, isto é, cinco anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se poderia constituir o crédito tributário.

Na infração 2 está sendo cobrada multa em razão de falta de fornecimento de arquivos magnéticos mesmo após ter sido o contribuinte devidamente intimado, conforme o documento de fl. 8 do PAF. Efetivamente, restou comprovada a imputação, pois o autuado deixou de entregar os arquivos magnéticos relativos aos exercícios de 2007 e 2008.

Todavia, procedeu corretamente a Junta de Julgamento Fiscal, ao retificar as datas de ocorrência e vencimento da infração 2, indicando o primeiro dia útil seguinte ao término do prazo concedido para a apresentação dos arquivos magnéticos. Como a intimação ao contribuinte foi entregue em 19/07/2010 (segunda-feira) e o prazo de cinco dias úteis findou-se em 26/07/2010 (segunda-feira), somente em 27/07/2010 considera-se ocorrida a infração, devendo esta data constar dos campos “data de ocorrência” e “data de vencimento” da autuação.

Por tudo quanto foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida.

#### **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 **206956.0004/10-7**, lavrado contra **GRAÇA DELICATESSEN LTDA. (GRAÇA BIJUTERIAS)**, devendo ser intimado o recorrido 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 previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de novembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS