

**A. I. Nº** - 277829.0027/11-1  
**AUTUADO** - RESECO REPRESENTAÇÕES, SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA.  
**AUTUANTE** - MAGDALA ROSA WOLNEY DE CARVALHO SCHMIDT  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** 27.04.2012

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0111-05/12

**EMENTA:** ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. **a)** DESENCONTRO ENTRE OS VALORES DO IMPOSTO RECOLHIDO E O ESCRITURADO NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. **b)** DIVERGÊNCIAS ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E O ESCRITURADO NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. **c)** DIVERGÊNCIAS ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E O ESCRITURADO NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. Infrações subsistentes, pois não foi trazidas aos autos a comprovação dos pagamentos do imposto ora exigido. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA E DIVERGÊNCIA DOS DADOS. A DESCRIÇÃO FÁTICA, A PENALIDADE APLICADA E O DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO SÃO DISSONANTES, O QUE ACARRETA A NULIDADE DO LANÇAMENTO. Deve ser feito a salvo de vícios, consoante recomendação do Art. 18, § 1º do RPAF/99. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2011, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$144.297,16, através das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, relativo ao mês de março/2007, conforme demonstrativo. Valor Histórico: R\$105,06 – Multa de 50% - 02.01.01;
2. Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS relativo ao mês de fevereiro de 2007. Valor Histórico: R\$73,44 – Multa de 60% - 03.01.01;
3. Recolheu a menor o ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no Livro Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS, relativo aos meses de fevereiro a abril e agosto, setembro/2007. Valor Histórico: R\$3.104,28 – Multa de 60% - 03.01.02;
4. Recolheu a menor ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no Livro Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS, relativo aos meses de janeiro a agosto e dezembro/2007. Valor Histórico: R\$11.625,60 – Multa de 60% - 03.01.03;
5. Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas ou das prestações realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das

operações omitidas, relativo aos exercícios de 2006 e 2007. Valor Histórico: R\$129.388,78 – Multa de 1% e 5% - 16.12.26;

O autuado apresentou defesa, fl. 825, de início, disse que não deixou de informar por via magnética as informações, tanto que anexou cópias do envio relativo ao período requerido, no qual promoveu a retificação de valores. Deste modo, não concorda com a multa aplicada que beira a cifra de R\$128.699,00.

Afirma que a fiscalização não considerou, no cálculo do débito, os seus pagamentos em relação aos valores de antecipações do ICMS, sob título de “outros créditos”.

Diz que há divergências nos valores cobrados no Auto de Infração, no que diz respeito às antecipações e solicita a possibilidade de anexar a documentação comprobatória em outra peça auxiliar.

Por fim, pede o acolhimento da defesa.

O autuante presta informação fiscal, fls. 866/868, descreve todas as 5 infrações e ressalta que as razões apresentadas tentam protelar o débito devidamente apurado.

Na infração 1, assevera que o valor apurado no montante de R\$105,06 corresponde à falta de recolhimento do ICMS NORMAL no mês de MARÇO/2007, não tendo havido recolhimento de ICMS por antecipação tributária parcial, relativamente às aquisições em Fevereiro/2007, que ensejou a utilização do crédito em março/2007 e, sim, o valor de março foi utilizado como crédito em Abril/2007 no montante de R\$706,91, conforme pode ser observado em demonstrativos e comprovantes anexados a esse processo às fls. 16 a 18 e 22 a 26.

Quanto à infração 2, esclarece que o valor apurado decorreu do recolhimento com insuficiência do ICMS no mês de fevereiro/2007, no montante de R\$73,44, conforme pode ser constatado às fls. 277, tal valor apurado pelo contribuinte em seu livro de Registro e Apuração do ICMS foi no montante de R\$224,61 e o valor do recolhimento foi de R\$66,04, conforme consta da relação de DAEs – Ano 2007 constante das fls. 16, nada tendo a acrescentar quanto à diferença apurada.

Na terceira infração, salienta que o valor apurado decorreu de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de fevereiro a abril e agosto, setembro/2007, e afirma que essa situação está comprovada em seus livros fiscais, constantes das fls. 271 a 308 e às fls. 396 a 447 e demonstrada às fls. 21 e 22 desse processo.

Informa que na infração 4, os registros de entradas e saídas apresentaram divergências em relação aos registros efetuados no livro de Registro e Apuração do ICMS, em relação aos meses de janeiro a agosto e dezembro/2007, pois foi apurada nos livros, cujas cópias estão anexas às fls. 271 a 308 e 309 a 345 desse processo, com demonstrativos anexos às fls. 20/22 a 26.

Na infração 5, apesar de o contribuinte ter sido devidamente intimado (fls. 8 e 9), o mesmo não retificou as inconsistências apuradas pela fiscalização, em seus arquivos magnéticos, identificadas em 27/07/2011, decorrentes de informações prestadas à Secretaria da Fazenda em 2007 e 2008, o que pode ser observado pelas cópias anexadas, pelo próprio contribuinte, às fls. 839 a 862.

Pede a Procedência da autuação.

Nas fls. 871/872, consta procuração habilitando o profissional de direito Fernando Marques Villa Flor, e consta a solicitação de que todas as intimações e notificações relativas ao PAF, sejam a ele direcionadas, e que constem os nomes dos patronos no Edital de Intimação de Julgamento.

Na sessão de julgamento, o ilustre patrono da empresa requereu e anexou documentos, nos quais peticiona a juntada dos recibos de transmissão do SINTEGRA, relativos aos exercícios de 2006 e de 2007, bem como parte do Acórdão JJF nº 0031-03/12, com destaques para os pontos abordados na sessão de julgamento do dia 10/04/2012. Pede especial atenção para o fulcro do Auto de Infração e dos termos do art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96.

## VOTO

No mérito, o auto de infração aponta o cometimento de 5 infrações.

A primeira infração relativa à falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, relativo ao mês de março/2007, conforme demonstrativo, fls. O autuado apenas nega que deve ao erário o valor que lhe está sendo exigido, mas não traz a devida comprovação de sua assertiva. A contrário senso, o valor apurado no montante de R\$105,06 corresponde à falta de recolhimento do ICMS NORMAL no mês de MARÇO/2007, não tendo havido recolhimento de ICMS por antecipação tributária parcial relativamente às aquisições em Fevereiro/2007, que ensejou a utilização do crédito em março/2007 e, sim, o valor de março foi utilizado como crédito em Abril/2007 no montante de R\$706,91, conforme pode ser observado em demonstrativos e comprovantes anexados a esse processo às fls. 16 a 18 e 22 a 26. Desta forma, fica mantida.

A infração 2, refere-se ao recolhimento a menor do ICMS em decorrência de desconcreto entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS relativo ao mês de fevereiro de 2007. Conforme pode ser constatado às fls. 277, tal valor apurado pelo contribuinte em seu livro de Registro e Apuração do ICMS foi no montante de R\$224,61 e o valor do recolhimento foi de R\$66,04, conforme consta da relação de DAEs – Ano 2007 constante das fls. 16. O sujeito passivo apenas nega o cometimento da infração, mas diante das provas carreadas aos autos, pelo autuante, fica mantida.

A infração 03 relativa ao recolhimento a menor de ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, relativo aos meses de fevereiro a abril e agosto, setembro/2007.

Constata-se diante dos livros fiscais cujas cópias estão anexas, fls. 271 a 308, e 396 a 447, e demonstrativo de fls. 21 e 22, que o valor apurado decorreu de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de fevereiro a abril e agosto, setembro/2007. Não Há provas capazes de elidir a acusação, portanto procedente a infração.

A infração 4, decorreu do recolhimento a menor de ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, relativo aos meses de janeiro a agosto e dezembro/2007.

Verifico que nesta infração, os registros de entradas e saídas apresentaram divergências em relação aos registros efetuados no livro de Registro e Apuração do ICMS, referentes aos meses de janeiro a agosto e dezembro/2007, consoante os registros fiscais, cujas cópias estão anexas às fls. 271 a 308 e 309 a 345 desse processo, com demonstrativos anexos às fls. 20/22 à 26. O contribuinte não fundamenta a sua defesa de modo a tornar viável a improcedência da autuação. Fica mantida a infração.

Por último, na infração 5 está sendo exigida multa prevista no art. 42, XIII-A, alínea “f” e alínea “i” da Lei nº 7.014/96, alteradas pela Lei nº 9.159/04 e 10.847/07, respectivamente.

Consta na descrição dos fatos: “Fornecer informações através de arquivo(s) magnético(s) exigido (s) na legislação tributária, requerido(s) mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se o valor da multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas. Relativos aos exercícios de 2006 e de 2007, conforme demonstrativo anexo.

Constato que o demonstrativo da infração encontra-se na fl. 27 do PAF, e nele, parte integrante da infração, verifico que o autuante considerou as entradas e as saídas de mercadorias mensais, e aplicou sobre o valor das saídas a penalidade no percentual de 1%, no exercício de 2006, de janeiro a dezembro, e de janeiro a outubro de 2007, e nos meses de novembro e dezembro de 2007, aplicou o percentual da multa em 5%.

Por outro lado, o sujeito passivo foi intimado para apresentar informações em meio magnético, no dia 27/07/2011, consoante documento de fl. 18, no prazo de 30 dias, em decorrência da apresentação dos referidos arquivos com falta do Registro 74 e de outras irregularidades, conforme demonstrativo em anexo. (fl. 9).

Observo que o documento de fl. 9, refere-se a “Recibo”, assinado pelo contribuinte, no qual este declara que “Recebi nesta data os demonstrativos das inconsistências, impressos relativos aos exercícios de 2006 e de 2007, identificadas pela Auditora.Fiscal. Magdala Rosa Wolney C. Schiidt, cad. 277.829, nos arquivos do sistema SINTEGRA que enviamos à Secretaria da Fazenda através da Internet, relativos ao período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007, correspondente a: [...]”

Estes são os fatos e documentos relativos a esta infração, que constam nos autos processuais.

O defendente, na pessoa do seu advogado, ao comparecer à sessão de julgamento realizada em 10/04/2012, na qual foi pedido vistas deste PAF pelo colega julgador José Raimundo Conceição, arguiu novas preliminares de nulidade, e no mérito aduziu que a autuação seria nula, pois, consoante Acórdão JJF Nº 0031-03/12, o enquadramento legal neste lançamento estaria equivocado, sendo que o correto seria o previsto no Art. 42, XIII-A, “j” da Lei Nº 7.014/96.

Passo, deste modo, a analisar os argumentos quanto à nulidade da autuação, por vício de forma, como segue:

Primeiro entendo que o fato de o autuante ter considerado os arquivos magnéticos entregues pelo contribuinte na Secretaria da Fazenda, como a base inicial para a sua fiscalização, e não ter intimado a empresa para fornecê-los no prazo de 5 dias, não trouxe prejuízo para o contribuinte, e pode se ultrapassado, por não ser causa de nulidade do lançamento.

Ocorre que o auditor utilizou-se de arquivos entregues à SEFAZ, na forma regulamentar, e o autuante, ao constatar que os arquivos magnéticos entregues na SEFAZ continham falta de Registro, (R74) e outras irregularidades, intimou a empresa a regularizá-los, com a apresentação de novos arquivos, livres de inconsistências, no prazo de 30 dias, como determina a legislação regente. Até aí entendo que não há motivos para inquirar o procedimento fiscal de ilegítimo.

As condições específicas para a manutenção e o fornecimento do arquivo magnético estão disciplinadas nos artigos 686 e 708-B do RICMS/BA. Verifico que o autuante, na ação fiscal, observou as disposições descritas nos §§ 3º e 5º do art. 708-B daquele diploma legal, que transcrevo a seguir:

**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.*

**§ 3º** *Tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico 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 a retificação total de arquivo.*

Estes procedimentos foram efetivamente adotados na ação fiscal, a partir da intimação para a correção das inconsistências, com a consequente entrega da Listagem Diagnóstico.

Contudo, apesar de o contribuinte ter sido devidamente intimado (fls. 8 e 9), o mesmo não retificou as inconsistências, apuradas pela fiscalização, em seus arquivos magnéticos, identificadas em 27/07/2011, decorrentes de informações prestadas à Secretaria da Fazenda em 2007 e 2008, o que pode ser observado pelas cópias anexadas, pelo próprio contribuinte, às fls. 839 a 862 do PAF.

Desta forma, o procedimento adotado pela fiscalização, para esta infração está correto e não pode ser anulada por tal mister, razão por que passo a analisar outros pontos do lançamento, tais como a descrição fática e o enquadramento legal da infração, para verificar se há a subsunção da norma aplicada ao fato concreto, conforme descrito na autuação.

Para as irregularidades existentes nos arquivos magnéticos, está prevista a multa em decorrência de alguns fatos contrários à legislação, e a penalidade restringe-se da seguinte forma:

*Art. 42.....*

*XIII-A – nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:*

- i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso;*
- j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivos eletrônicos contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração, pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo.*

Entendo que o defendente tem razão quando argumenta que a multa sugerida pela fiscalização está equivocada, pois deveria ter sido a prevista na alínea “j” do Art. 42, XIII-A.

Esta tipificação atinge os fatos em que há falta de entrega dos arquivos após expedida a intimação pelo fisco, com a concessão do prazo de 5 dias, logo para o contribuinte que não atende à intimação. A outra hipótese é em caso de entrega dos arquivos magnéticos, mediante a intimação, mas sem o nível de detalhamento exigido pela fiscalização; ou sua entrega fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95.

Na presente situação, o contribuinte, mesmo intimado, não entregou os arquivos magnéticos com as devidas correções, logo, houve as divergências dos arquivos magnéticos apresentados pelo contribuinte, em relação ao padrão previsto na legislação, razão por que deve ser aplicada a penalidade prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96, e a descrição fática na autuação deverá ser adequada à esta ocorrência.

Ademais, consoante a orientação técnica da OTE-DPF-3005, disponibilizada em 17/06/2005, no item 6.1, consta que na lavratura de auto de infração por falta de apresentação ou de irregularidades, 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 término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados.

Deste modo, em razão dos erros quanto à descrição fática, capitulação da multa além do demonstrativo de fl. 27, que faz parte integrante do Auto de Infração não estar em consonância com a acusação fiscal, julgo a infração NULA, e represento à autoridade fazendária, para que o lançamento seja refeito, desta feita, a salvo de vícios, consoante determina o RPAF/99, art.158.

Quanto aos documentos anexados pela defesa, após a apresentação da defesa, verifico que nos arquivos mangéticos entregues à SEFAZ, consta da data de entrega posterior à ação fiscal.

Infração nula.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

### **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 **277829.0027/11-1**, lavrado contra **RESECO REPRESENTAÇÕES, SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$14.908,38**, acrescido das multas de 50% sobre R\$105,06 e 60% sobre R\$14.803,32, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº **13.537/11**, com efeitos a partir de **20/12/11**.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR