

A. I. Nº - 206935.0021/10-2
AUTUADO - RIBEIRO CEREALISTA LTDA.
AUTUANTE - UBALDO REIS RIBEIRO
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 11.06.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0143-04/12

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. a) LIVROS E NOTAS FISCAIS. **a.1)** FALTA DE APRESENTAÇÃO. Infração caracterizada por diversas intimações. **a. 2)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DO RUDFTO E APURAÇÃO DO ICMS. Infração reconhecida. **a.3)** DMA. DADOS INCORRETOS. Constatada a divergência para com os valores registrados no livro de Apuração do ICMS. Infração procedente. **2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. MULTA. a)** ENTREGA VIA INTERNET. DADOS DIVERGENTES DOS CONSTANTES NOS DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DAS OPERAÇÕES DIVERGENTES. **b)** FALTA DE ENTREGA VIA INTERNET. MULTA FIXA POR PERÍODO DE APURAÇÃO. Constatada a obrigação de entrega de arquivo magnético em face da atividade comercial de atacadista se a principal do contribuinte. Infração procedente. **c)** FALTA DE ENTREGA MEDIANTE INTIMAÇÃO. Comprovado que o contribuinte foi regularmente intimado para correção das inconsistências e não as corrigiu. Infração subsistente. **3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO POR ESPÉCIE DE MERCADORIAS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. EXERCÍCIO FECHADO.** Infração caracterizada. **4. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO PRAZO REGULAMENTAR. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. 5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE ANTECIPAÇÃO E RECOLHIMENTO COMO SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. 6. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MICROEMPRESA NÃO OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. 7. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. MERCADORIAS PARA USO E CONSUMO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS.** Infrações reconhecidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 07/12/11 para exigir o valor histórico de R\$ 242.932,22, em razão das seguintes infrações:

Infração 01 – Deixou de apresentar Documento(s) Fiscal(is), quando regularmente intimado. Multa de R\$ 460,00.

Consta referir-se à entrega de livros e documentos fiscais apresentados fora do prazo da intimação fiscal.

Infração 02 – Falta de escrituração de Livro(s) Fiscal(is). Multa de R\$ 920,00.

Consta referir-se a falta de escrituração do livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termo de Ocorrência – RUDFTO e o Registro de Apuração do ICMS no exercício 2010.

Infração 03 – Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Multa de R\$ 3.360,00. Período: janeiro 2008 a dezembro 2010.

Consta referir-se a divergências entre os valores informados nas DMA's e os registrados no livro de apuração do ICMS, com base nos relatórios declarados e fornecidos.

Infração 04 – Forneceu arquivo(s) magnético(s), enviado(s) via Internet através do programa Validador/Sintegra, com omissão de operações ou prestações, 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 omitidas. Multa de R\$ 2.423,95. Período: junho a agosto 2010.

Consta que a multa foi apurada através de levantamento dos valores registrados no livro de apuração do ICMS, comparados com os dados e informações fornecidos por meios eletrônicos, conforme planilhas anexas.

Infração 05 – Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via Internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), omissão de entrega do arquivo. Multa de R\$ 40.020,00. Período: janeiro 2008 a maio 2010.

Consta que o valor da multa foi apurado através de levantamento dos valores colhidos dos livros de apuração do ICMS, REM e RSM e documentos apresentados.

Infração 06 – Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Multa de R\$ 27.779,99. Período: janeiro 2008 a maio 2010.

Consta que a multa foi apurada através de levantamento dos valores registrados nos livros de apuração do ICMS, REM, RSM e documentos fiscais apresentados.

Infração 07 – Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Valor: R\$ 139.582,07. Período: exercícios 2008, 2009 e 2010. Multa: 70%.

Infração 08 – Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Valor: R\$ 5.954,23. Período: abril a junho 2009. Multa: 50%.

Consta que o débito foi apurado por auditoria da conta corrente do ICMS, com base nos registros dos livros fiscais, considerando os pagamentos efetuados e comprovados por DAE's.

Infração 09 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Valor: R\$6.234,52. Período: julho a outubro 2008, abril, junho a setembro, novembro e dezembro 2009, fevereiro, março, maio, junho, agosto, outubro e novembro 2010. Multa: 60%.

Consta que o débito foi apurado com base nas notas fiscais de entradas e LREM, abatido o imposto recolhido a título de crédito fiscal ou por DAE.

Infração 10 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor: R\$ 16.076,96. Período: abril, junho a dezembro 2008, janeiro, abril a setembro, novembro e dezembro 2009, janeiro e fevereiro 2010. Multas: 50 e 60%.

Consta que o débito foi apurado com base nas notas fiscais de entradas e LREM, abatido o imposto recolhido a título de crédito fiscal ou por DAE.

Infração 11 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e

destinadas a consumo do estabelecimento. Valor: R\$ 120,50. Período: novembro e dezembro 2010. Multa: 60%.

Cientificado do lançamento o contribuinte o impugnou às fls. 462/465 do PAF, com os seguintes argumentos:

Infração 01: Que os livros e documentos foram entregues no prazo regulamentar, não causando atraso à fiscalização.

Infração 02: Reconhece o cometimento da infração.

Infração 03: Diz que no período, apesar de ter informado DMA's e escriturado livros fiscais, não estava obrigada a tais procedimentos, pois o autuado era inscrito como microempresa.

Infração 04: No período, sendo microempresa não estava obrigada a informar todos os dados, mas apenas valor contábil.

Infração 05: Por ser microempresa varejista, não estava obrigada a entregar informação SINTEGRA no período, pois só a partir de junho de 2010 procedeu a alteração para microempresa atacadista. Ademais, diz que o próprio autuante informa que entregou tais obrigações referentes ao período junho a agosto 2010 e informa que tais obrigações não foram enviadas por TED. Portanto, entende indevida a exigência fiscal.

Infração 06: Que todos os documentos e livros, inclusive o arquivo magnético exigido foram entregues à fiscalização, conforme intimação.

Infração 07: Fala que o levantamento não condiz com os fatos, pois anexa relatório de auditoria de estoque fazendo apanhado de produto levando em conta todas as marcas com o mesmo preço, o que não é real, uma vez que cada produto e marca tem preço diferente. Diz ser impossível a diferença de estoque, pois toda mercadoria que entra sai acompanhada de nota fiscal. Outrossim, era microempresa e não pode ter tratamento de empresa normal.

Infrações 08 a 11: Reconhece devidos os seus valores.

Pede o arquivamento do auto de infração, pois era microempresa, entregou todos os livros e documentos em tempo hábil, não estava obrigado a entregar arquivos SINTEGRA, não houve diferença de estoque e não se pode generalizar o preço dos produtos, razões pelas quais se nota excesso de multas formais por supostas obrigações acessórias.

A Informação Fiscal foi prestada às fls. 669/670, na mesma ordem da impugnação.

Infração 01: Conforme intimações de 17 a 21 e dos protocolos de entrega parcial dos documentos (fls. 178/179), ocorreu atraso na entrega dos documentos solicitados. Ademais, o Impugnante não provou com protocolo, a entrega no prazo como alega.

Infração 03: Diz não proceder a alegação de que sendo microempresa estaria desobrigada de apresentar DMA, haja vista apurar ICMS por conta corrente fiscal desde 08 de maio de 2007. Ademais, como se vê no Contrato Social, tendo o comercio atacadista como objetivo principal do seu negócio (fls. 138-140) teria que ter apresentado DMA. Além disso, o autuado sempre cumpriu essa obrigação, mas o foco da discussão é a divergência dos dados e informações apresentadas e não, omissão de entrega.

Infração 04: Afirma que por ser atacadista e apurar ICMS por conta corrente fiscal, embora sendo microempresa o autuado estava obrigado a enviar arquivos SINTEGRA via Internet, aliás, o que fez, porém a exigência fiscal se refere a divergência dos dados e informações e não por omissão de apresentação de arquivos.

Infração 05: Tendo em vista que para essa infração a defesa repete a alegação defensiva de desobrigação de apresentação de arquivos SINTEGRA por ser microempresa, frisa que conforme art. 708-A, §5º do RICMS-BA, por ser empresa atacadista desde 08 de maio 2007 e apurar ICMS em conta corrente, estava obrigado a apresentar os arquivos. Lembra que o autuado não cumpriu a obrigação no período janeiro 2008 a maio 2010 e mantém a infração.

Infração 06: Tendo em vista que o autuado repete o argumento defensivo de desobrigação de apresentar arquivos magnéticos, também o autuante repete o argumento exposto sobre a infração 05.

Infração 07: Informa que o autuado não impugna o mérito, pois apenas contesta os preços médios unitários e a sua forma de cálculo. Ressalta que a diversidade de produtos, marcas e preços, não violam norma legal uma vez que o preço unitário é calculado pela média aritmética ponderada da última operação de venda, compra, estoque final ou inicial, conforme seja a omissão constatada.

Aduz que o autuado não apresentou qualquer levantamento especificando suas alegações contrapondo os valores, contraditando genérica e superficialmente, sem verificar nas notas fiscais o que ele, autuante, apurou. Mantém a infração.

VOTO

Não há protesto quanto aos dados e valores autuados e vejo que o procedimento fiscal atende às normas regulamentares, em especial quanto ao cumprimento dos requisitos dispostos nos artigos 15, 16, 19, 22, 26, II e III, 28, I e II, 38, 39, 41, 42, 44, 45 e 46, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia - RPAF/99. As infrações estão claramente descritas, foram corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais contidos nos autos, cujas cópias foram entregues ao contribuinte, conforme recibo de fl. 34. Elas estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator. O contribuinte exerceu o direito de ampla defesa e contraditório demonstrando pleno conhecimento dos fatos arrolados no auto de infração. Ressalto que os documentos fiscais dos quais derivou a autuação foram apresentados pelo próprio contribuinte. Assim, na análise do PAF, não vislumbro qualquer vício que possa inquinar de nulidade o lançamento tributário de ofício.

Tendo em vista que o autuado reconhece o cometimento das infrações 02, 08, 09, 10 e 11, e por nada ter a reparar quanto ao aspecto formal do lançamento tributário em questão, aplicam-se sobre elas as disposições dos arts. 140 e 142 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, devendo, portanto, ser mantidas.

Infrações procedentes.

Aplico a multa por falta de apresentação de documentos fiscais conforme proposta para a infração 01, pois as fls. 17, 19 e 21 comprovam intimações com datas e prazos distintos requisitando os mesmos documentos, o que nega o argumento defensivo de atendimento no prazo estabelecido na inicial e possibilita a aplicação da penalidade já no não atendimento da primeira intimação, como tipificado no art. 42, XX, "a" da Lei 7.014/96.

Infração procedente.

Também confirmo a pertinência da multa pela infração 03, relativa a declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA do período janeiro 2008 a dezembro 2009, pois constato divergências entre seus valores e os registrados no livro de apuração do ICMS de fls. 186 a 222, como se vê nos demonstrativos de fls. 25 a 30.

Na Defesa, o contribuinte autuado alegou (até contrariando seu comportamento costumeiro com regular entrega de DMA) que no período compreendido pela ação fiscal, por ser microempresa estava desobrigado de apresentar DMA. Entretanto, tendo em vista a disposição do art. 333 do RICMS-BA, independentemente da condição cadastral, todo contribuinte que apure ICMS pelo regime normal de conta corrente fiscal (como é o caso do autuado) está legalmente obrigado a apresentar, mensalmente, a Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA), sendo, portanto, subsistente a infração.

Infração procedente.

Sem contestar seus números, para a infração 04, que trata de proposta de aplicação de multa limitada 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 omitidas, o autuado também disse na impugnação que por ser microempresa varejista, não estava obrigada a entregar informação SINTEGRA no período, pois só a partir de junho de 2010 procedeu a alteração para microempresa atacadista.

Não tem fundamento jurídico a alegação defensiva, pois, também como é o caso do autuado conforme provas autuadas (livros e escrituração fiscal eletrônica), todo contribuinte que utilizar emissão de documentos e escrituração de livros por sistema eletrônico de dados (RICMS-BA: art. 683) deve fornecer ao Fisco, mensalmente, até o dia 15 do mês subsequente, no caso do autuado (RICMS-BA: art. 708-A, I), via Internet (RICMS-BA: art. 708-A, §4º), arquivo magnético contendo as informações previstas no art. 686 do RICMS-BA, atendendo às especificações técnicas vigentes na data da entrega, estabelecidas no Conv. 57/95 (RICMS-BA: art. 686. §5º).

Ademais, não se encontrando em qualquer das situações de dispensabilidade de entrega do art. 687 do RICMS-BA, exercendo atividade econômica de comércio por atacado, ainda que não fosse usuário de SEPD, está obrigado à entrega de arquivo magnético na forma acima (RICMS-BA: art. 708-A, §5º).

Analisando os autos, a despeito da alegação defensiva, vejo que o autuado enviou os arquivos magnéticos em cumprimento da obrigação tributária acessória em tela.

Ocorre que nesses arquivos foram constadas divergências para com os lançamentos no livro Registro de Apuração do ICMS, conforme demonstrativo de fl. 31. Para corrigir as inconsistências, o contribuinte foi intimado em 31/10/2011 (fl. 20) com entrega de cópia da listagem diagnóstico de fls. 35 a 38 e exposição de 30 dias para tanto, conforme determina o art. 708-B, §5º do RICMS-BA. Transcorridos 51 dias até a lavratura do auto em 21/12/2011, sem que o contribuinte tenha corrigido as inconsistências dos arquivos, configurado está o cometimento da infração acusada que é passível da penalidade proposta e que foi corretamente calculada.

Infração procedente.

A infração 05 decorre da falta de entrega de arquivo magnético via internet, nos prazos previstos na legislação. O valor aqui exigido é a penalidade fixa de R\$1.380,00 prevista no art. 42, XIII-A, alínea “j”, da Lei 7.014/96.

Em sua defesa o autuado apenas repete o argumento dado em defesa da infração 04, qual seja a desobrigação de entrega de arquivo magnético por ser microempresa varejista até maio 2010.

Como já visto na apreciação da infração anterior, a alegação defensiva não tem fundamento legal e como se isto não bastasse, conforme extratos de fls. 138 e 139 e Contrato Social de fl. 140, desde 08/05/2007 o contribuinte autuado tem como principal atividade econômica que lhe obriga ao cumprimento da obrigação tributária acessória acusada, qual seja o comércio atacadista de produtos alimentícios em geral. Além disso, também apurava ICMS pelo regime de conta corrente fiscal o que, também lhe obrigava entregar, mensalmente, os arquivos magnéticos previstos no Conv. 57/95, como já visto na apreciação da infração anterior.

Infração procedente.

A infração 06 se refere a falta de entrega de arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas no período janeiro 2008 a maio 2010.

O autuado, sem contestar os números, se defendeu dizendo que todos os documentos e livros, inclusive o arquivo magnético exigido foram entregues à fiscalização, conforme intimação.

Por essa infração que, por sinal, é a mesma infração 05, é proposta multa limitada 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 omitidas, conforme prevista na segunda parte do art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96.

Pois bem, com relação à entrega dos livros e documentos, como visto na apreciação da infração 01, ela não se deu completa e corretamente na forma regulamentar. Portanto, não procede essa alegação defensiva.

Quanto à materialidade da infração, sendo esta penalidade a parte segunda da infração 05, caracterizada aquela infração, esta também está, razão pela qual empresto a esta a fundamentação dada à apreciação daquela. Portanto, é integralmente subsistente.

Infração procedente.

A infração 07 refere-se a falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de documentos fiscais, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios 2008, 2009 e 2010.

Também sem objetivamente contestar os valores exigidos, apresentar impugnação na forma indicada no art. 123 do RPAF, qual seja, juntando provas, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, nem indicar especificadamente erros no procedimento fiscal, apenas fala que o levantamento não condiz com os fatos, pois anexa relatório de auditoria de estoque fazendo apanhado de produto levando em conta todas as marcas com o mesmo preço, o que não é real, uma vez que cada produto e marca tem preço diferente. Também disse não ser possível a diferença de estoque, pois toda mercadoria que entra sai acompanhada de nota fiscal e que microempresa não pode ter tratamento de empresa normal.

Pois bem, a auditoria tributária por levantamento quantitativo de estoque é procedimento fiscal regular orientado pela Portaria 445/98, e se destina a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento fiscalizado, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária.

Apurando-se omissão de saídas (como nesse caso), cuja base de cálculo do ICMS deve ser feita em função do preço médio das saídas no último mês de comercialização da mercadoria (RICMS-BA: art. 60, II, "a"), a constatação constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem lançamento dos valores correspondentes em sua escrita (art. 4º da Portaria citada).

A infração tem suporte nos demonstrativos de fls. 49 a 123, sendo que os de fls. 49 a 68 são de 2008, os de 71 a 93, de 2009 e os de fls. 96 a 123, de 2010. Os valores exigidos em cada exercício constam dos demonstrativos sintéticos de fls. 51 (2008), 73 (2009) e 98-99 (2010) e, como neles se vê, os preços unitários das mercadorias selecionadas além de serem distintos, foram calculados medianamente, como disse o autuante e não elidido pelo impugnante, na forma regulamentar com base nos documentos fiscais do próprio contribuinte autuado.

Portanto, tratando-se de auditoria que se constitui de equação matemática computando estoque inicial mais entradas, menos estoque final, acha-se saídas reais que confrontadas com as quantidades saídas com documentos fiscais apurou-se a diferença aqui exigida, caracterizada está a infração no valor autuado, tendo em vista que se a alegação defensiva fosse real, qual seja toda saída de mercadoria com correspondente documento fiscal, o resultado matemático quantitativo seria "zero" e não a diferença constatada.

Nesse caso, a opção defensiva do autuado, simplesmente negando ter cometido a infração, faz incidir as disposições dos artigos 140, 141, 142 e 143 do RPAF, pois não elidiu a acusação fiscal com as necessárias e indispensáveis provas que, caso existissem, as dispunham, e isto acaba por confirmar a verdade material da omissão de saída constatada que resta flagrante no conjunto das provas autuadas. Concluo, portanto, pela subsistência da infração 07 que deve ser mantida na íntegra.

Quanto à alegação de que o autuante levantou produtos e marcas com preços diferentes, verifico que o autuante englobou diversas mercadorias do mesmo gênero, a exemplo de "Sabão em Pó 20 x 500 g, todas as marcas" (fl. 51). No levantamento analítico das entradas e saídas foram relacionadas todas notas fiscais, suas quantidades, inclusive as constantes do livro Registro de Inventário. Essa possibilidade de juntada de espécies de mercadorias de mesmo gênero em único

item é permitida na auditoria (art. 3º, III, Port. 445/98) e em caso de divergência fática de preço unitário apurando em média e registrado no levantamento frente aos constantes dos documentos fiscais, cabe ao impugnante objetivamente apontá-la e comprová-la mediante prova documental, o que não fez neste caso.

Infração procedente.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206935.0021/10-2**, lavrado contra **RIBEIRO CEREALISTA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para recolher o imposto no valor total de **R\$ 167.968,28**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 38.902,39, 100% sobre R\$ 100.679,68, 50% sobre R\$ 14.052,76 e 60% sobre R\$ 14.333,45, previstas no art. 42, incs. III, I, “a” e “b”, II, “d” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$ 74.963,94**, previstas nos incisos XX, XV, “d”, XVIII, “c”, XIII-A, “i” e “j”, do artigo e lei citados, mais os acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

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

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INACIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR