

A. I. Nº - 269141.0021/11-6
AUTUADO - SANOG COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - MARCO ANTÔNIO MACHADO DE ABREU
ORIGEM - INFAS SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 20.06.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0162-04/12

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Desencontro entre o valor recolhido e o lançado no RAICMS. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Operações escrituradas nos livros fiscais. As infrações 01 e 02 foram consideradas improcedentes, haja vista que se encontram inscritas em Dívida Ativa, reportam-se a DÉBITO DECLARADO pela inspetoria fazendária. 3. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DO ATIVO FIXO. Retificado o levantamento face ao cometimento de equívocos nos cálculos da exação fiscal. Infração parcialmente elidida. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DIVERGÊNCIA DE DADOS. A LEGISLAÇÃO PREVÊ A APLICAÇÃO DE MULTA EM DECORRÊNCIA DE INFORMAÇÕES DIVERGENTES DOS DOCUMENTOS FISCAIS CORRESPONDENTES AOS DADOS CONSTANTES NOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS. A situação em análise fere o princípio da tipicidade cerrada, e por consequência os da ampla defesa e do contraditório. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime. Vencido o voto da relatora quanto à infração 04.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2011, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de R\$ 329.009,76, através das seguintes infrações:

1 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS. ICMS no valor de R\$128.790,49 e multa de 60%.

2 – Deixou de recolher ICMS nos prazos regulamentares referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. ICMS no valor de R\$ 37.865,93 e multa de 50%.

3 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 81.983,41 e multa de 60%.

4 – 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% (um por cento) do valor das operações de saídas das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes. O contribuinte foi intimado a retificar as divergências encontradas mas não o fez. Multa de 5%, no valor de R\$ 80.369,94.

O autuado apresenta defesa, fls. 85 a 88, e preliminarmente destaca que a empresa foi devidamente intimada para fornecer livros e documentos fiscais, e o autuante, solicitou que fossem retificadas as diferenças apuradas na fiscalização, em seus arquivos magnéticos do Sintegra.

Aduz que no dia 30/06/2011, apresentou justificativas e solicitou prazo para retificar todas as diferenças apuradas na escrita fiscal. Explica que iniciou suas atividades comerciais na

distribuição de bebidas, e em seguida, a comercialização de produtos do ramo de alimentos, limpeza, higiene, entre outros.

Contudo, seu programa aplicativo não atendia às novas mudanças, principalmente ao Termo de Atacadistas, onde às vezes tem que atribuir tributações diferenciadas para o mesmo item. Relata que quando foi intimado para retificar os arquivos magnéticos, detectou que alguns produtos estavam sem a tributação devidamente corretas, fato que prejudicava a empresa em grandes proporções. Realizou uma auditoria em toda a escrita fiscal e contábil, o que necessita de muito tempo, e diante disto, solicitou prazo para atender as correções solicitadas pelo auditor fiscal. Neste sentido protocolou, no SAC, seu pedido cujo processo recebeu o nº 124577/2011-1, explicando os problemas que estavam acontecendo na empresa.

Desta forma, não reconhece as supostas infrações, visto que os valores não refletem a realidade da empresa, e entende que assumir este ônus lhe acarretará uma grande injustiça.

Na infração 03, apurada a partir de aquisições de bens adquiridos para o ativo, conforme notas fiscais nºs 1647, 40856, 522898, 22268, 1970, 1971, 1973, e 32718, aduz que o autuante utilizou a alíquota interna errada, para algumas notas fiscais, e deixou de considerar o procedimento que foi adotado nas compras com faturamento direto ao consumidor, essenciais na apuração do diferencial do imposto, como detalha a seguir:

Os bens adquiridos através das notas fiscais nºs 1647 de 01/12/2008, 22268 de 30/07/2009 e 32718 de 30/12/2009, tratam-se de aquisições de caminhões e chassis com motores para caminhões, NCM 8704.2310, 8701.2000 e 8701.2000 respectivamente, tributados com alíquota interna de 12%, de acordo com a alínea a, inciso II do Art. 51 do RICMS/BA, portanto o diferencial de alíquota destas Notas Fiscais resultante é de 5% e não de 10% como calculado no presente Auto de Infração.

Os Veículos (bens) adquiridos nas notas fiscais nºs 40856 de 03/03/09 e 522898 de 20/05/2009 foram adquiridos através da modalidade Faturamento Direto ao Consumidor, nos termos do Convênio 51/00 de 15/09/00, onde a diferença de alíquota é recolhida como substituição tributária e inclusive destacada no documento fiscal (conforme cópia anexa);

Com base nas correções acima mencionadas, refez os cálculos com a alíquota correta, assim como as exclusões das notas fiscais nºs 40856 e 522898, e encontrou o seguinte valor de ICMS devido de R\$43.227,91.

NF	VALOR TOTAL	ALIQUOTA	ICMS DEVIDO
1647	185.910,00	5%	9.295,50
22268	164.600,00	5%	8.230,00
32718	268.000,00	5%	13.400,00

Dante de todas estas considerações assevera que resta comprovado que o Auditor Fiscal além de não avaliar o pedido feito à SEFAZ-BA, via Inspetor Fazendário, e impor valores de ICMS inexistentes, errou na aplicação da alíquota interna prevista nas aquisições de bens para o ativo fixo, apurada na infração de nº 03. Confiante no espírito de Justiça reinante neste Conselho, requer a Improcedência Parcial para a infração de nº 03 e Improcedência Total para as supostas infrações de nº 01, 02 e 04.

O autuante presta informação fiscal, fl. 105, reconhece as razões de defesa com relação à infração 03, ao tempo em que retifica a cobrança do ICMS para o valor de R\$ 33.932,41.

Quanto à infração 04, relata que os arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte via internet, através do Validador/Sintegra apresentaram dados divergentes dos documentos fiscais correspondentes. As divergências estão apontadas nas fls. 12 a 17. O contribuinte foi intimado para retificar as informações dos exercícios de 2007 e de 2008, no dia 01/04/2011 e do exercício de 2009, no dia 28/04/2011. Em ambos os casos o prazo para o atendimento das intimações foi de 30 dias, e como o contribuinte não as atendeu, foi autuado no percentual 5% das divergências apontadas, conforme demonstrativo de fls. 43 a 45. Como a empresa não tem respaldo na

legislação para o atendimento do solicitado em 29/06/2011, mais 90 dias para retificar os seus arquivos, opina pela manutenção integral da infração.

Salienta que o sujeito passivo não se manifestou quanto às infrações 01 e 02.

O contribuinte cientificado da informação fiscal, vem aos autos, fls. 110/11, e aduz que o autuante engana-se quando declara, na informação fiscal, que sua empresa não se manifestou a respeito das infrações 01 e 02, e com isso admitiu tacitamente as infrações. Em sua defesa enumerou as supostas infrações 01, 02 e 04, e defendeu-se das acusações fiscais. Reitera o inteiro teor da peça defensiva, pede a improcedência parcial da infração 03, e a improcedência das demais.

Consta na fl. 115, a declaração do Sr. Inspetor Fazendário, na qual encaminha o presente processo para julgamento, ressaltando a representação da Infaz, pela procedência parcial do Auto de Infração, tendo em vista que os valores referentes às infrações 01 e 02, não devem prosperar, pois o sujeito passivo já havia lançado esses valores em sua Declaração Mensal de Apuração – DMA, em consequência de sua falta de pagamento e estão inseridos no DÉBITO DECLARADO de nº 8500001525/11-0. doc. fls. 113 e 114.

Desta forma para evitar a latente duplicidade da cobrança representa de forma preliminar a exclusão total das infrações 01 e 02, devendo prosseguir ao julgamento dos demais itens.

VOTO

Inicialmente constato que o Auto de Infração foi lavrado com obediência aos ditames do art. 39 do RPAF/99, e as planilhas que dele fazem parte integrante foram entregues ao sujeito passivo, por ocasião da ciência do lançamento, portanto apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, consoante a legislação tributária do Estado da Bahia.

No mérito as infrações 01 e 02 relativas ao recolhimento a menos e à falta de recolhimento do ICMS, **nos meses de**, consta nos autos a declaração do Sr. Inspetor Fazendário, da circunscrição do estabelecimento autuado, de que o sujeito passivo já havia lançado os valores ora exigidos na Declaração Mensal de Apuração, DMA, e em consequência de sua falta de pagamento, foram inseridos no débito declarado de nº 8500001525/11-0. doc. fls. 113 e 114.

Deste modo, conforme a declaração do sr. Inspetor Fazendário, fl. 11, na qual ressalta que os valores exigidos nas infrações 02 e 03 não devem prosperar, pois antes da ação fiscal já tinham sido objeto de DÉBITO DECLARADO de nº 8500001525/11-0. doc. fls. 113 e 114, e tendo em vista a consulta formulada no INC – Informações do Contribuinte, desta SEFAZ, em que consta a inscrição do débito em dívida ativa, concluo que os valores exigidos nas infrações 01 e 02 são improcedentes, haja vista o anterior lançamento e cobrança do crédito ora exigido, por parte desta SEFAZ. Infrações insubstinentes.

Quanto à infração 03, relativa à falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, o autuante concorda com as razões da defesa que apontou os seguintes equívocos cometidos no levantamento fiscal, tais como:

Os bens adquiridos através das notas fiscais nº 1647 de 01/12/2008, 22268 de 30/07/2009 e 32718 de 30/12/2009 tratam-se de aquisições de caminhões e chassis com motores para caminhões, NCM 8704.2310, 8701.2000 e 8701.2000 respectivamente, tributados com alíquota interna de 12%, de acordo com a alínea a inciso II do Art. 51 do RICMS/BA, portanto o diferencial de alíquota destas Notas Fiscais resultante é de 5% e não de 10% como calculado no presente Auto de Infração.

Os Veículos (bens) adquiridos nas notas fiscais nºs 40856 de 03/03/09 e 522898 de 20/05/2009 foram adquiridos através da modalidade Faturamento Direto ao Consumidor, nos termos do Convênio 51/00 de 15/09/00, onde a diferença de alíquota é recolhida como substituição tributária e inclusive destacada no documento fiscal (conforme cópia anexa);

Deste modo, refez o autuante o levantamento de fl. 105, e encontrou novos valores, do que resulta no ICMS no valor de R\$ 43.227,91, cujo demonstrativo assume a seguinte configuração:

Data Ocorr	Data Venc	Base de cálculo	Aliquota	ICMS
31/12/2008	09/01/2009	54.679,42	17	9.295,50
30/07/2009	09/08/2009	48.411,77	17	8.230,00
30/09/2009	09/10/2009	73.367,12	17	12.302,41
31/12/2009	09/01/2010	78.823,53	17	13.400,00
				43.227,91

Concordo com as retificações promovidas pelo autuante e a infração fica procedente em parte, no valor de R\$ 43.227,91.

Quanto à infração 04, decorrente do fornecimento de arquivos magnéticos enviados via Internet através do programa Validador/Sintegra, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, infração tipificada no art. 42, XIII-A, “f” da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 9.159/04, referente ao período de 21/02/2007 a 24/11/2007; e multa prevista no inciso “i” do mesmo dispositivo legal, previsto na Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, relativo ao período de 22/12/2007 a 31/12/2009. O contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar o arquivo magnético referente ao movimento econômico de cada mês, em datas previstas no RICMS/BA, art. 686.

Além desta ocasião, também fornecerá ao fisco, os documentos e o arquivo magnético 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.

No presente caso, o sujeito passivo foi intimado, pela primeira vez, em 01/04/2011, quando após o seu atendimento, o auditor fiscal constatou a falta do R 74, no período de 12/2006 e de 12/2007, e do R 50 no período de 11/2008. Novamente intimado, desta feita em 28/04/2011, foi-lhe fornecido o prazo de 30 dias para a apresentação dos arquivos que estavam com divergências de informações em relação aos livros e documentos fiscais, ou seja, foi-lhe fornecido a Listagem Diagnóstico, em consonância com a legislação tributária, art. 708 b, § 3º do RICMS/97, prazo este que não foi atendido.

Consta ainda na intimação: “Divergências entre as informações das DMAs e as informações dos arquivos em todos os períodos entre 01/2007 e 12/2008 – Entradas Reg. 50, 54 e 70. Saídas – Regs. 50, 54 e 70. As divergências estão demonstradas nos relatórios 301 e 302 anexados e entregues junto com esta intimação”.

É que a declaração da DMA deve espelhar o que consta nos livros fiscais e consoante os autos, verifico que o autuante elaborou os demonstrativos de fls. 43 a 45, nos quais aponta as divergências nas informações – Arquivos Eletrônicos do Sintegra x Registro e Documentos Fiscais e procedeu à análise comparativa entre o Reg. 50 e os valores lançados mensalmente na DMA. Apurou as divergências e sobre os valores encontrados calculou a multa de 5% limitada a 1% dos valores das saídas, dados estes constantes nas DMAs, cujas cópias estão anexadas às fls. 46 a 81.

Desta forma, resta caracterizada a infração em comento, e consoante a OTE-DPF - 3005, disponibilizada em 17/06/2005, sendo a infração relacionada à omissão de informação ou divergências, de dados constantes nos documentos fiscais com os dos arquivos magnéticos, os campos “data de ocorrência” e “data de vencimento” do auto de infração deverão ser preenchidos com a data de envio do respectivo arquivo.

Fica mantida a infração, cujos demonstrativos encontram-se nas fls. 43 a 45 do PAF.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR – INFRAÇÃO 04

Relativamente à quarta infração, peço respeitosa licença para registrar entendimento discordante daquele esposado pela relatora desta lide administrativa.

Ao compulsar os autos, verifico que o autuante à fl. 02 narrou o suposto ilícito tributário e apontou o respectivo enquadramento legal em dissonância com os fatos efetivamente ocorridos.

Segundo a autoridade fiscal, o contribuinte “*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% (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 divergentes*”. No campo “*Multa Aplicada*” está designado o art. 42, XIII-A, “f” e “i” da Lei nº 7.014/1996.

Ocorre que a descrição e a capitulação legal supra dizem respeito a situações em que não houve intimações. No procedimento em análise, de acordo com os documentos de fls. 10 a 16, o autuado foi intimado para apresentar e corrigir informações em meio magnético duas vezes, tendo sido indicadas as inconsistências então presentes (listagens com diagnósticos). Aliás, o próprio auditor fiscal registrou isso à fl. 04: “*o contribuinte foi intimado a retificar as divergências encontradas, mas não o fez*”.

Desse modo, a situação se subsume na hipótese do art. 42- XIII-A, “j” da precitada Lei, que impõe a multa de R\$ 1.380,00 cumulada com a de 1% sobre o valor total das saídas ou das entradas, o que for maior, e não apenas dos montantes omitidos, como calculado às fls. 43 a 45 (coluna “*DIVERGÊNCIAS*”).

Por outro lado, os mencionados incisos, tomados como fundamento para a autuação da infração 04, estabelecem que a multa deve ser aplicada quando se verifica divergências com documentos fiscais, e não com documentos de informações econômico fiscais, a exemplo das DMAs tomadas no caso vertente para cotejar com as informações transmitidas em arquivos magnéticos. Entendo que não se deve fazer interpretações extensivas para efeito de impor penalidades a contribuintes.

Por fim, concluo que a situação em análise fere o princípio da tipicidade cerrada, e por consequência os da ampla defesa e do contraditório (art. 2º, RPAF/1999), pelo que voto pela NULIDADE da infração 04.

Represento à autoridade competente para que determine a revisão da ação fiscal relativa a este item do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269141.0021/11-6 lavrado contra **SANOG COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 43.227,91**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

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

PAULO DANILo REIS LOPES – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR QUANTO À INFRAÇÃO 4

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR