

A. I. Nº - 276473.0601/13-9
AUTUADO - MERSALUC COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - ROSAMARIA BARREIROS FERNANDEZ
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS – DAT SUL

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0204-02/14

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. Autuante não logra êxito em evidenciar o ilícito na escrita fiscal da autuada, única forma de revelar o cometimento da infração. A constatação do ilícito descrito requer, como parece evidente, o exame dos lançamentos efetuados pela autuada em seu livro Registro de Saídas, bem como no livro Registro de Apuração do ICMS. Como o exame dos livros fiscais referidos não evidencia que a empresa haja calculado a menor o ICMS devido nas vendas efetuadas através da emissão de cupom fiscal, não há como manter a infração. As divergências constatadas nos arquivos Sintegra não significam que o estabelecimento tenha promovido o recolhimento a menor, pois o que possuía, à época, valor jurídico probatório do recolhimento do imposto eram os livros fiscais. **Infração nula. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA.** Infração não contestada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/06/2013, exige créditos tributários no montante de R\$ 27.881,47 em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 (03.02.02) – Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos meses de janeiro de 2008 a janeiro de 2009 e março de 2009 a dezembro de 2010. Valor do ICMS: R\$26.501,47. Multa de 60% do valor do imposto. Consta que “empresa realizou vendas em ECF com alíquotas de saídas erradas. Apurado através do programa SIFRA utilizando arquivos fornecidos pelo contribuinte”;

Infração 02 (16.12.20) – 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 de arquivo, no mês de fevereiro de 2009. Valor da multa: R\$1.380,00.

Constam dos autos: Termos de Início de Fiscalização (folha 07); Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos (folha 08); Termo de Intimação para Apresentação de Informações em Meio Magnético (folha 09); Demonstrativos de Débito “MERCADORIAS COM TRIBUTAÇÃO DIFERENTE DA UTILIZADA NA ECF” (folhas 11 a 118); Impugnação (folhas 126 a 135); CD impugnação (folha 137); informação fiscal (folha 140); solicitação de diligência (folha 144); Parecer da Diligência e demonstrativos (folhas 145 a 539); ciência do parecer e respectivo AR (folhas 541 a 542); segunda informação fiscal (folha 544); CD informação fiscal (folha 545).

A autuada apresenta impugnação às folhas 126 a 136, mediante a qual contesta parcialmente o presente lançamento, apresentando as razões a seguir.

Informa, inicialmente, que o crédito tributário apurado pelo auto de infração ora recorrido parcialmente, é referente ao ICMS devido nas operações de venda, na condição de sujeito passivo da obrigação ao recolhimento do ICMS. Prossegue, informando que realiza a apuração do ICMS no

regime normal de apuração com base nas notas fiscais de entrada de mercadoria e a emissão do cupom fiscal e notas fiscais de saída de mercadoria aplicando a legislação pertinente contida no RICMS BA.

Continua relatando que o levantamento dos créditos referentes ao ICMS, realizado pelo auditor fiscal por meio do programa SIFRA, aponta que algumas irregularidades foram apuradas, valores não recolhidos em função do cadastro de alguns produtos não estarem adequados a legislação do RICMS-BA. Informa que, no decorrer do procedimento fiscal, foi solicitado à impugnante o envio dos arquivos do SINTEGRA referentes aos anos que estavam sendo fiscalizados, não porque não houvesse transmitido antes, pois os arquivos foram transmitidos dentro do prazo regulamentar, porém por problemas técnicos e dados corrompidos.

Afirma que, a fim de colaborar com o trabalho do ilustre fiscal, no que tange a facilidade do acesso as informações e a própria celeridade do procedimento, dispôs-se a gerar novamente os arquivos SINTEGRA. Conta que, em função de o tempo da funcionária encarregada de tal tarefa estar escasso, e a urgência das informações, a impugnante terceirizou essa tarefa, e dentro do prazo estipulado os arquivos foram entregues a fiscalização. Informa, ainda, que o agente fiscalizador usou, basicamente, o arquivo [registro] 60R, que demonstra os dados do cupom fiscal, e o cadastro de produtos, ou seja, se o produto foi tributado ou não na saída do estabelecimento da autuada.

Relata que a principal dificuldade da empresa, em enviar os arquivos, deu-se por um problema na mídia onde foram gerados os arquivos, problema este que o agente fiscalizador teve a oportunidade de verificar *in loco*, em uma visita ao estabelecimento da impugnante. Prossegue, relatando que, por fim, os arquivos foram gerados e entregues a fiscalização, o que culminou no auto de infração em análise.

Afirma que, de posse dos relatórios que detalhadamente fornece todos os dados do cupom fiscal, percebeu com clareza que efetivamente as planilhas refletiam fielmente o descrito no auto de infração, porém um fator chamou a sua atenção: “No ano de 2009, uma grande quantidade de produtos pertencentes à linha de limpeza que teoricamente teriam que ter sua saída tributada, constava como substituição tributária; se fossem apenas alguns produtos logicamente o diagnostico seria erro no cadastro do produto, porém foi toda a linha de produtos de limpeza, ou seja, um erro em massa? Foi essa a nossa pergunta. Entramos em contato com o prestador de serviço que gerou os arquivos do SINTEGRA, para verificar a base que ele usou para gerar os arquivos, e como não podia ser diferente a base estava atualizada, o cadastro de produtos usado para gerar o relatório não foi o efetivo a data de realização do crédito tributário. Em função dessa situação os produtos de limpeza estavam cadastrados por substituição tributaria porque os mesmos após o ano de 2009 passaram de tributados para substituição tributaria. A base usada na geração dos arquivos foi do ano de 2010, obviamente mudanças ocorreram na legislação de um ano para o outro”.

Afirma que o agente fiscalizador foi induzido ao erro, uma vez que as informações geradas nos arquivos são inconsistentes e carecem de uma nova avaliação. Quando da visita do agente fiscalizador, conta, ficou patente a impossibilidade de recuperação das mídias do SINTEGRA, pelos meios e ferramentas que dispunha a impugnante e, diante de tal constatação, afirma que se viu obrigado a buscar novas ferramentas e pessoas qualificadas para a empreitada. Prossegue, relatando que os arquivos recuperados são os primitivos, os que constam na base de dados da Secretaria da Fazenda que fazem parte desta impugnação, em anexo 01.

Discorre sobre a teoria do processo, lecionando sobre a sua origem, a acepção atualmente dominante na doutrina. Fala da importância que ganhou o processo administrativo a partir da constituição atual, bem como da garantia ao recurso, aos litigantes, materializada na multiplicidade de instâncias.

No caso em análise, afirma que se faz necessário, por parte da autoridade fiscalizadora, o cumprimento do dispositivo legal tipificado no § 3º do art. 123 do RPAF, combinado com o art. 145

do mesmo diploma normativo, a fim de constatar os fatos ocorridos, obedecendo ao Princípio da Verdade Material, que está presente também no âmbito do procedimento administrativo, que em verdade deriva do Princípio da legalidade, porquanto para bem aplicar a lei sem importar a quem essa aplicação favoreça.

Transcreve a doutrina de HELY LOPES MEIRELES em apoio à sua tese, após o que promove a distinção entre os requisitos do ato administrativo citados por HELY LOPES MEIRELES, que se encontram no plano do ato-fato administrativo (competência e motivo) e os que se encontram no ato-norma administrativo (forma, finalidade e objeto). Com relação aos atributos, julga estarem todos eles (presunção de legitimidade, imperatividade e auto-executoriedade) ligados ao ato-norma administrativo.

Defende que basta provar a inexistência jurídica de qualquer desses elementos para se inquinhar juridicamente um ato-norma administrativo como inválido. Elementos do ato-norma administrativo são os fatos jurídicos que compõem a estrutura dessa norma individual e concreta. Acatando a terminologia de Paulo de Barros Carvalho, são elementos do ato-norma administrativo o fato-evento e o fato-conduta. Prossegue, discorrendo sobre a teoria do ato administrativo, em seus mais diversos aspectos.

Após, conclui que a decisão mais adequada e que prestigia a legalidade e a moralidade, é de que seja reconhecida a IMPROCEDENCIA PARCIAL do auto de infração, e a aplicação do Art. 123 § 2º do RPAF, que garante a requerente o recolhimento do saldo remanescente, referente à falta de entrega do SINTEGRA 02/2009 no prazo previsto pela legislação com a redução das penalidades, por referir-se apenas a uma parte da exigência fiscal.

E mais, também em nome da legalidade, da moralidade, da eficiência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, afirma ser imprescindível que se reconheça que a instauração, a regularidade, a legitimidade e validade do procedimento fiscal estão intrinsecamente ligadas e dependentes da obediência aos termos da legislação que regula o Mandado de Procedimento Fiscal.

Termos em que pede deferimento.

A autuante presta informação fiscal à folha 140, tecendo as considerações a seguir.

Quanto à infração 01, informa, em primeiro lugar, que quando foi feito o resgate dos arquivos SINTEGRA no SCAM e feita a análise dos registros, verificou a falta de registros principalmente do ano de 2008. Verificou, também, a falta de entrega dos arquivos de 02/2009 e 11/2009 que não constavam na base de dados da SEFAZ.

Informa que pediu, através de intimação, à página 9 do RPAF, a regularização de tais registros nos arquivos e entrega dos arquivos 02/2009 e 11/2009. Prossegue, informando que o contribuinte se mostrou bastante prestativo e efetuou as correções necessárias nos arquivos ficando, entretanto, sem apresentar o mês 02/2009.

De posse dos arquivos, informa que foi feita a análise dos dados constantes do arquivo com os dados lançados no livro de apuração de ICMS. Afirma que a alegação do contribuinte não procede porque os valores de débitos de ICMS constantes dos arquivos estavam iguais aos destacados no livro de apuração. Com base em tais dados, informa que foi feita a análise das saídas de mercadorias em ECF com relação às alíquotas utilizadas.

Relata que verificou que algumas mercadorias cadastradas na ECF estavam com alíquota diferente da tributação real. Algumas com saídas a 17% estavam com alíquota de 0% ou 7% ou 12%. Foi cobrada, então, a diferença dos valores apurados. Informa que refez a análise para ver se havia alguma mercadoria cobrada erroneamente, mas isto não ocorreu.

Por isso, mantém o valor integral da infração 01.

Quanto à infração 02, informa que foi cobrada multa formal pela falta de entrega de arquivo magnético SINTEGRA no mês 02/2009.

À folha 144, houve solicitação de diligência à ASTEC, com vistas a: “a) Intimar o contribuinte a fornecer cópias dos Livros Registro de Apuração do ICMS (RAICMS) e Registro de Saídas, relativos ao período de 2008 a 2010, nos quais a autuante baseou a sua análise conclusiva acerca da ocorrência da infração, conforme afirma em sua informação fiscal; b) Confrontar os dados da escrita fiscal, constantes dos livros citados, com o demonstrativo de débito “MERCADORIAS COM TRIBUTAÇÃO DIFERENTE DA UTILIZADA NA ECF” (folhas 11 a 118), elaborado pelo autuante; c) Apurar a ocorrência, ou não, de divergências entre o levantamento fiscal, coluna “VALORES DO ECF”, e a escrita da autuada.

Às folhas 145 a 539, foi cumprida a diligência, cujo parecer declara que “não há como se efetuar o confronto entre os livros fiscais e o demonstrativo da autuante” (folha 146).

Cientificada, às folhas 541 a 542, acerca do conteúdo do parecer, a autuada manteve-se em silêncio.

À folha 544, a autuante produz uma segunda informação fiscal na qual deduz as seguintes alegações.

Reporta-se à infração 01, informando que se baseou em dados fornecidos pelos arquivos Sintegra da empresa com relação aos registros 60-A e 60-R. Explica que o registro 60-A equivale aos totais diários ECF. Garante que se forem confrontados com o livro Registro de Saídas, os valores referentes a cada tipo de alíquota serão iguais aos do registro.

Explica que o registro 60-R equivale ao modo como cada mercadoria foi cadastrada na ECF pelo contribuinte, com as respectivas alíquotas de saídas. Garante, igualmente, que se for confrontado o valor do código da mercadoria das planilhas (folhas 11 a 118) com este registro se verá que houve, na saída daquela mercadoria, a utilização de uma alíquota errada.

Informa que foi cobrado, nas saídas destas mercadorias, o ICMS referente à tributação errada cadastrada na ECF. Informa, por fim, que foi anexado CD com estes registros para que seja provada ao CONSEF a veracidade do auto de infração.

Esse é o relatório.

VOTO

Quanto à infração 01, a autoridade fiscal acusa a impugnante de ter recolhido imposto a menor em razão de erro na aplicação da alíquota. A autuada nega a conduta a ela atribuída pelo fisco, tendo relatado que a autuante foi induzida a erro por ter desenvolvido a fiscalização com base em arquivos magnéticos gerados com erro, conforme pode se depreender da leitura de trecho de sua impugnação, à folha 128, abaixo reproduzido.

“Pois fim os arquivos foram gerados e entregues a fiscalização, que culminou no auto de infração em análise;
...

... Em função dessa situação os produtos de limpeza estavam cadastrados por substituição tributária porque os mesmos após o ano de 2009 passaram de tributados para substituição tributária. A base de [dados] usada na geração dos arquivos foi do ano de 2010, obviamente mudanças ocorreram na legislação de um ano para o outro.

O agente fiscalizador foi induzido ao erro, uma vez que as informações geradas nos arquivos são inconsistentes e carecem de uma nova avaliação; ...”

Em sua informação fiscal, a autuante afirma que as alegações do impugnante não procedem, assegurando que os arquivos Sintegra estão em conformidade com a escrita da empresa, conforme trecho à folha 140, abaixo transcrito.

“Com posse dos arquivos foi feita a análise dos dados constantes do arquivo com os dados lançados no livro de apuração de ICMS.

A alegação do contribuinte não procede porque os valores de débitos de ICMS constantes nos arquivos estavam iguais aos destacados no livro de apuração.

...”

Estabelecida a controvérsia descrita acima, o processo foi baixado em diligência, com vistas a se avaliar a possibilidade de evidenciar a ocorrência do ilícito. Em cumprimento à diligência, a Astec declara que não há como efetuar o confronto entre os livros fiscais e o demonstrativo da autuante, conforme se pode depreender de trecho do parecer, à folha 146, abaixo transcrito.

“Assim, não há como se efetuar o confronto entre os livros fiscais e o demonstrativo da autuante, já que os livros apontam apenas os valores a “DÉBITO a CRÉDITO”, enquanto que os demonstrativos da autuante faz a discriminação das mercadorias por período, sem indicação dos respectivos documentos fiscais, no qual se apura as diferenças ali indicadas.

Por outro lado, os livros de saídas oferecidos à tributação, só registra os documentos fiscais pelo (sic) totais das saídas diárias.

...”

Em nova manifestação, à folha 544, a autuante admite que a infração se baseou em dados fornecidos pelos arquivos Sintegra da empresa, reiterando, contudo, os termos da autuação, conforme se pode depreender da leitura de trecho de sua peça informativa, abaixo transcrito.

“Infração baseou-se em dados fornecidos pelos arquivos SINTEGRA da empresa com relação aos registros 60-A e 60-R.

O registro 60-A equivale aos totais diários ECF. Se for confrontado com o livro de Saídas os valores referentes a cada tipo de alíquota serão iguais aos do registro.

O registro 60-R equivale ao modo como cada mercadoria foi cadastrada na ECF pelo contribuinte, com respectivas alíquotas de saídas. Se for confrontado o valor do código da mercadoria das planilhas (folhas 11 a 118) com este registro se verá que houve na saída, daquela mercadoria, a utilização de uma alíquota errada.

...”

A constatação do ilícito descrito na infração 01, em exame, requer, como parece evidente, o exame dos lançamentos efetuados pela autuada em seu Livro Registro de Saídas, bem como no Livro Registro de Apuração do ICMS. Ora, o exame dos livros fiscais referidos (acostados às folhas 148 a 539) não evidencia que a empresa haja calculado a menor o ICMS devido nas vendas efetuadas através da emissão de cupom fiscal, conforme declarou o preposto da Astec, à folha 146.

As divergências constatadas nos arquivos Sintegra não significam que o estabelecimento tenha promovido o recolhimento a menor, pois o que possuía, à época, valor jurídico probatório do recolhimento do imposto, eram os livros fiscais.

Embora afirme que a escrita fiscal da empresa guarda conformidade com os registros Sintegra, a autuante não logrou êxito em evidenciar o erro na aplicação da alíquota, o que se revelou inviável mediante a cotização do seu demonstrativo de débito com os livros fiscais.

Mesmo tendo tido a oportunidade de se manifestar no processo, após a autuação, por duas vezes, a autuante não conseguiu explicitar a partir de que elementos conseguiu chegar à conclusão de que houve recolhimento a menor. Ou seja, não conseguiu externar os elementos que evidenciam o erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas objeto do presente lançamento de ofício.

Dessa forma, restou configurada uma situação jurídica de insegurança na constatação da ocorrência do ilícito objeto da acusação, sendo inviável, até mesmo, afirmar-se, com segurança, que a infração não ocorreu.

Diante do exposto, julgo NULA a infração 01.

Quanto à infração 02, a autuada nada opôs, tendo deixado de deduzir as suas razões defensivas relativamente a este ponto específico. Na sua peça impugnatória, limita-se a contrapor razões relativamente à infração 01, deixando transparecer, nas entrelinhas, que consente com o lançamento no que se reporta a esta infração (02), conforme se pode deduzir de trecho de sua petição, em que se reporta a “anulação parcial do auto de infração, conforme a seguir.

“MERSALUC COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA, ... Vem na melhor forma de direito representado pelo seu representante legal requerer a ANULAÇÃO PARCIAL DO AUTO DE INFRAÇÃO (grifos acrescidos) N. 276473.0601/13-9, com base no Art. 123 § do RPAF (Dec. N. 7.629/99), acordo com os fatos que hora passa a expor: ...”

Assim, ao deixar de deduzir as suas razões relativamente a este ponto específico, assume, de forma tácita, a sua concordância com a acusação de falta de envio de arquivos magnéticos. Tenho, portanto, como procedente a infração em comento.

Diante do exposto, julgo Procedente em Parte o auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **276473.0601/13-9**, lavrado contra **MERSALUC COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.380,00**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea "j" da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de outubro de 2014.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR