

**A. I. Nº** - 110427.0002/14-0  
**AUTUADO** - G & E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. ME  
**AUTUANTE** - NÉLIO MANOEL DOS SANTOS  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 12.03.15

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0026-04/15**

**EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE DESTAQUE DO IMPOSTO. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL CARACTERIZADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. LANÇAMENTO DO TRIBUTO. a) NOTAS FISCAIS. b) CUPONS FISCAIS. 2. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. FALTA DE RECOLHIMENTO. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. MERCADORIAS RELACIONADAS NO ANEXO 88 DO RICMS/1997. 4. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS RECOLHIMENTOS E OS LANÇAMENTOS NOS LIVROS PRÓPRIOS. FALTA DE PAGAMENTO. Infrações 01 a 04 e 06 não impugnadas e mantidas. 5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DIVERGÊNCIAS E OMISSÕES ENTRE OS VALORES ACUSADOS NOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS APRESENTADOS AO FISCO E OS CONSTATADOS NA ESCRITA DO CONTRIBUINTE. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. 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, aplica-se a multa de 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 dos 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. Infração 05 caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.**

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 27/06/2014, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico de R\$75.695,61, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades à legislação tributária deste Estado:

Infração 01 – Falta de recolhimento do ICMS, em razão da empresa ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas. Valores apurados nas saídas promovidas através de notas fiscais (exercício de 2012 e 2013). Valor de R\$723,12 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 02 – Falta de recolhimento do imposto, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis (saídas com cupons fiscais em 2013). Valor: R\$13.061,22 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 03 – Falta de recolhimento do imposto relativo às operações não escrituradas nos livros próprios (diferença constatada através das saídas com cupons fiscais em 2012, em confronto com aquelas escrituradas no livro Registro de Saídas). Valor: R\$76,50 e multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/1996.

Infração 04 – Falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas no Anexo 88 do RICMS/2012. Valor: R\$1.151,20 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 05 – Fornecimento de informações em meio magnético, exigido mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando a multa limitada a 1% do valor das saídas e prestações de cada período, calculando-se a mesma em relação às operações omitidas. Consta que o ilícito resulta das omissões e inconsistências constatadas entre os registros nºs 50, 53, 54, 60 e 60R, as quais prejudicaram a realização de determinados roteiros de auditoria, como, por exemplo, o levantamento quantitativo de estoques (exercícios de 2012 e 2013). Multa de R\$37.060,37, prevista no art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 06 – Falta de recolhimento do ICMS decorrente de operações escrituradas nos livros próprios. Valor: R\$23.623,20 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996.

A empresa impugna somente o lançamento fiscal relativo à infração 05, que equivocadamente a numera como 06 (fls. 112/116). Após pontuar a tempestividade de sua defesa, argui de que não houve prévia notificação, no sentido de orientá-lo a proceder corretamente, uma vez que o contribuinte é incapaz de absorver o emaranhado da legislação tributária em vigor. Diz que *“a legislação que trata do processo administrativo embora silente sobre a existência de uma ordem de atos consecutivos para a conseqüente lavratura do Auto de Infração, permite entendimento diverso quanto aos atos prévios ao lançamento”*, conforme consta no art. 26, do RPAF/BA. E no específico caso, trata-se de notificação para apresentação de arquivos magnéticos, o qual se reveste de maiores formalidades, já que o intuito do fisco é que o contribuinte preste informações precisas e não autuá-lo pela não entrega das informações, pois, de um modo ou de outro, o imposto foi devidamente recolhido.

Em seguida, assinala que os arquivos magnéticos, embora inicialmente entregues, estão sendo refeitos (já que foi autuado por *“omissões e inconsistências apuradas através dos arquivos magnéticos exigidos mediante intimação”*), o que lhe permitirá cumprir a obrigação acessória, situação que não enseja prejuízo ao Erário.

Argumenta que não foi apresentada a demonstração de operações mensais que totalizaram os valores informados, maculando desta forma o normal procedimento de fiscalização e inviabilizando o direito de defesa, *“pois não se tem, mês a mês, o levantamento correto para se confrontar e confirmar a base de cálculo da autuação”*.

Argumenta, em seguida, de que a intimação para entrega dos arquivos SINTEGRA é especial em relação às demais, pois o prazo para cumprimento é de 30 (trinta) dias, renováveis por igual período. Uma vez que não ocorreu a citada prorrogação, devido à complexidade da matéria, entende que restou prejudicado.

Conclui pleiteando a nulidade do Auto de Infração pelas razões expostas.

Na sua informação fiscal (fls. 120/122), o autuante, primeiramente, observa o equívoco cometido pela empresa em relação a sua impugnação, ou seja, resta evidente de que ele somente contestou a infração 05 e não a infração 06.

Assinala, em seguida e diante dos argumentos defensivos, de que o procedimento fiscal observou as determinações da legislação, tendo sido o contribuinte intimado pela primeira vez no dia

03/04/2014 (fl. 09) com a concessão do prazo de cinco dias. Após a transmissão dos arquivos, verificadas as inconsistências e omissões, nova intimação foi apresentada, desta feita com o prazo de 30 (trinta) dias e com o acompanhamento da listagem diagnóstico – com a devida ciência (art. 261, § 5º, RICMS/2012), sendo indicados detalhadamente, mês a mês, os registros com as respectivas inconsistências, bem como seus valores.

Transcrevendo os §§ 4º e 5º do art. 261 do RICMS/2012, diz que a prorrogação do lapso temporal é uma faculdade do inspetor fazendário, a ser efetuada por intermédio de despacho fundamentado.

O contribuinte, além de não ter efetuado as necessárias correções, não pediu que fosse prorrogado o prazo, prejudicando os trabalhos da fiscalização, *“haja vista a falta de condição de leitura nos intervalos verificados nos referidos arquivos, provocada pelas inconsistências nos registros indicados na leitura (fls. 11/12)”*.

Observando de que as demais infrações não foram contestadas, requer que o lançamento de ofício seja julgado procedente.

O processo foi redistribuído a esta relatora tendo em vista que o seu anterior relator foi convocado a exercer suas atividades na 2ª Instância deste Colegiado.

## VOTO

Inicialmente cumpre ressaltar que embora a empresa autuada tenha sido acusada de seis irregularidades cometidas contra a legislação tributária deste Estado, somente se insurge contra a infração 05 (e não a 06 como, equivocadamente, colocou em sua impugnação) que trata do fornecimento de informações em meio magnético, exigido mediante intimação com omissão de operações ou prestações (divergências).

Em assim sendo, todos os seus argumentos, mesmo quando solicita a nulidade do Auto de Infração, tratam tão somente da infração 05 (arquivos magnéticos).

E tais argumentos passam pela nulidade da ação fiscal sob dois argumentos:

1. Inexistência de prévia notificação no sentido de orientá-lo a proceder corretamente visando absorver a legislação tributária em vigor. Diz que o RPAF/BA (citando o seu art. 26) é *“silente sobre a existência de uma ordem de atos consecutivos para a conseqüente lavratura do Auto de Infração”*. Em assim sendo, *“permite entendimento diverso quanto aos atos prévios ao lançamento”*. E mais, tratando-se de notificação para apresentação de arquivos magnéticos, o procedimento legal, por dever, deve se revestir de maiores formalidades.

O Código Tributário Nacional – CTN assim dispõe:

*Art. 194. A legislação tributária, observado o disposto nesta Lei, regulará, em caráter geral, ou especificamente em função da natureza do tributo de que se tratar, a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação.*

Obedecendo a tais determinações, o RPAF/BA (Dec. nº 7.926/96) determina no seu art. 26, entre outras:

*Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:*

...

*III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização;*

E o seu art. 28, ainda expressa:

*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:*

...

*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;*

E como aqui se discute sobre arquivos magnéticos, a legislação tributária deste Estado ainda determina (RICMS/2012):

*Art. 261. Sempre que for intimado, o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata esta seção, 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.*

...

*§ 2º Tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas.*

...

*§ 4º 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.*

Após tais colocações e voltando ao caso ora específico, em 03/04/2014 (fl. 09) o contribuinte recebeu Termo de Intimação para apresentação dos seus arquivos magnéticos dos exercícios de 2012 e 2013 com o Registro 54 acrescido do Registro 60 completo (ECF). Nesta Intimação está dito que a falta de seu atendimento sujeitará o contribuinte, de forma cumulativa, às multas de R\$1.380,00 e de 1% sobre o valor das operações omitidas ou com inconsistências. Foi dado prazo de cinco dias para tal apresentação.

No dia 20/05/2014 (fl. 10) a empresa recebeu nova intimação. Nesta, a fiscalização solicitou que a empresa enviasse, em um prazo de 30 dias, os arquivos magnéticos com a regularização dos Registros n<sup>os</sup> 54, 60, 60A, 60M e 60R já que, após análise dos dados enviados, foram contatadas divergências nos citados registros, conforme listagem diagnóstico que foi anexada à intimação e recebida pela empresa (fls. 11/12).

A empresa não enviou qualquer dado solicitado. O Auto de Infração foi lavrado em 27/06/2014.

Diante de tudo exposto, os argumentos defensivos relativos aos pressupostos de validade do procedimento administrativo não possuem amparo fático ou jurídico para que possam se sustentar.

Ainda neste mesmo tópico, advoga o impugnante de que não foi apresentada a demonstração de operações mensais que totalizaram os valores informados, maculando o procedimento de fiscalização e inviabilizando o direito de sua defesa.

Este é argumento, de igual forma, sem a menor sustentação. Ao analisar a Listagem Diagnóstico (fls. 11/12) lá consta, mês a mês e por exercício, todos os valores constantes no Registro 60Mestre (valores brutos diários do ECF X Resumo da Situação Tributária) e aqueles constantes nos Registros 60/60R (valores brutos itens mercadorias/saídas). Foi realizada comparação entre tais valores e detectadas as divergências que não foram incluídas no Registro 60R.

Portanto desde 20/05/2014 o contribuinte estava de posse dos dados (e valor de base de cálculo) da multa ora discutida, não podendo argumentar mácula do procedimento de fiscalização, nem, tampouco, cerceamento do seu direito de defesa.

2. Intimação especial para o caso em análise – neste item, o que a empresa advoga é que não houve prorrogação do prazo de 30 dias anteriormente concedido.

Mais uma vez saco das determinações do art. 261, do RICMS/2012 que assim dispõe no seu § 5º:

*§ 5º O prazo previsto no § 4º deste artigo poderá ser prorrogado por igual período pelo inspetor fazendário, mediante despacho fundamentado.*

Diante da legislação posta, conforme bem assinalado pelo fiscal autuante, esta prorrogação é uma faculdade do inspetor fazendário e não um dever, do que concluo não haver qualquer irregularidade atinente a este aspecto. Ademais, não foi apresentada no processo qualquer petição de dilação de prazo dirigida à autoridade competente.

Por tudo exposto, as arguições de nulidades são rejeitadas, uma vez que não ficou constatada

violação aos princípios do devido processo legal ou de quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º, RPAF/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, conforme se constata pela análise dos aspectos abordados na impugnação.

No mérito as infrações 01 a 04 e 06 não foram impugnadas. Assim, com fundamento no art. 140 do RPAF/BA, somente podem ser consideradas procedentes.

No mérito da infração 05, de acordo com o art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/1996, 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, aplica-se a multa de 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 dos 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.

No presente caso, a fiscalização, embora tenha calculado 5% sobre as divergências encontradas mensalmente, ao lançar no Auto de Infração, o fez por exercício. Neste caso deveria lançar a multa aplicada por mês e como realizado nos levantamentos fiscais. Entretanto, neste momento não se pode modificar o lançamento fiscal sob pena de modificar o lançamento e conseqüentemente onerar o contribuinte. Em assim sendo, o mantenho na forma posta.

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 **110427.0002/14-0**, lavrado contra **G & E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$38.635,24**, acrescido das multas de 60% sobre R\$38.558,74 e de 100% sobre R\$76,50, previstas no art. 42, II, “a”, “d” e “f” e III da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$37.060,37**, prevista no art. 42, XIII-A, “i” da precitada Lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/2005.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de março de 2015.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA