

A. I. Nº - 060624.0016/13-8
AUTUADO - COMPANHIA DE MARCAS (INBRANDS S.A)
AUTUANTE - MARIA DE LOURDES PIMENTEL MORAES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 29.04.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0064-04/15

EMENTA. ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário, por antecipação, sobre o valor determinado pela legislação. Infração não contestada. **2.** ARQUIVO MAGNÉTICO. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. O lançamento de crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Na ação fiscal foram cometidos erros que não podem ser sanados, tendo em vista não ter sido comprovada a entrega, ao contribuinte, da “Listagem Diagnóstico” como determina a legislação tributária deste Estado, bem como, o que poderia ser constatado seria a omissão de dados nos arquivos magnéticos e não divergências de valores entre a escrita fiscal do contribuinte e os arquivos magnéticos entregues ao fisco. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2014, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$137.515,52 em razão do cometimento das seguintes irregularidades contra a legislação tributária deste Estado:

Infração 01: Recolhimento a menos do ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou exterior nos exercícios de 2010 e 2011 e de janeiro a julho de 2012. Valor do débito: R\$14.408,54 com multa de 60%.

Infração 02: 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% 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, nos exercícios de 2009, 2010 e 2011. Valor do débito: R\$123.106,98.

A empresa INBRANDS S.A apresenta impugnação (fls. 91/121 dos autos), informando ser é sucessora por incorporação da COMPANHIA DE MARCAS, conforme documentos apensados aos autos.

Em seguida, observa a tempestividade de sua defesa, que atua no comércio varejista de artigos de vestuário e acessórios e transcreve as infrações a ela ora imputadas.

Passa, em seguida, a argúi as seguintes preliminares de nulidade ao lançamento fiscal:

1. Nulidade da autuação por falta de indicação precisa das infrações supostamente cometidas – trazendo aos autos o quanto disposto no art. 5º, LV da CF/88 e dos princípios que regem o processo administrativo fiscal, sob pena de nulidade de um lançamento, ressalta de que *“é fundamental que a fundamentação da infração seja clara e objetiva, possibilitando que o autuado exerça de forma ampla o seu direito de defesa, garantido constitucionalmente”*, ou seja, *“é essencial que os elementos contidos no Auto de Infração não gerem dúvidas e/ou obscuridades acerca da imposição fiscal, para que, uma vez precisamente identificados, o autuado exerça a sua defesa, sob pena de afronta aos princípios constitucionais acima citados”*.

Com tais argumentos, diz que da análise do Auto de Infração, especificamente em relação á infração 02, não se tem idéia de quais seriam as omissões de operações e prestações que deram azo à imposição da multa, em completa dissonância com o quanto disposto no art. 39 RPAF/BA. E nesta linha, diz que a fiscal autuante se limita a informar que está lançando a penalidade por haver supostas omissões de operações ou prestações, sem discorrer sobre quais fatos lhe estão sendo imputados (não se sabe em que documentos estão os equívocos), em claro desacordo com o art. 123 da Lei nº 3.956/81. Neste sentido, traz ensinamentos do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello e Alberto Xavier e decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF para requer a nulidade do Auto de Infração por evidente cerceamento ao seu direito de defesa.

2. Da nulidade do auto de infração fundamentado apenas em decreto. Da violação à legalidade tributária – afirma que o CTN, em seu art. 97 (transcrito), ratifica a essencialidade da existência de uma lei para tornar legítima qualquer pretensão do fisco quanto à exigência de um tributo. Colaciona aos autos decisões do TRF (Tribunal Regional Federal), 1ª Região e do STJ, entendimento do Ministro Gilmar Mendes, dos Profs. Paulo de Barros Carvalho, Roque Carraza e Celso Antônio Bandeira de Melo, para concluir *“resta evidente que norma exclusivamente regulamentar não é apta a lastrear autuação. Logo, é claramente nulo o presente auto de infração, por não estar fundamentado em dispositivo de lei”*.

No mérito e quanto à infração 01, afirma que diante do pouco tempo concedido para a defesa, do longo período decorrido entre os fatos geradores e a autuação, além do fato de que a COMPANHIA DE MARCAS foi incorporada pela INBRANDS, que não mais conta com todo o quadro de funcionários que então a gerenciava, não foi possível reunir os documentos necessários para impugnar a infração. Assim, mesmo ciente da sua improcedência, não iria contestá-la.

Em relação á infração 02, ressalta, inicialmente de que não lhe foram disponibilizados os elementos necessários para que pudesse contestar, ou até mesmo concordar, com exigência fiscal, inclusive *“o fiscal sequer se deu ao trabalho de elaborar planilhas confrontando as informações constantes nos livros fiscais da Recorrente, aptas a justificar a suposta existência de omissões”*.

Até tentou a entendê-la, objetivando tecer algum esclarecimento que pudesse ser necessário, porém sem êxito, como passa a expor.

Transcrevendo a infração 02 e o levantamento realizado pela fiscal autuante (*“Demonstrativo de Valores de Entradas e Saídas em 2009”*) e tomando por base, aleatoriamente, a competência de Julho/2009, verificou que neste mês houve devoluções no montante de R\$57.982,00, valor este que se encontra em pleno acordo com as informações prestadas pela empresa, conforme se pode provar da análise do Documento Auxiliar da Nota Fiscal – DANFE referentes às notas com crédito (CFOP 1202), sem crédito (CFOP 1202) e de sapatos - ST (CFOP 1411), as quais, somadas, totalizam o mesmo valor indicado pela fiscalização, bem como, do Registro de Entradas, Mapa

Acumulado de Demonstrativo das Trocas; Mapa Diário de Demonstrativo de Trocas e, especialmente, por meio do relatório de envio de informações ao SINTEGRA (apensados aos autos). Elabora planilha.

Este mesmo exemplo apresenta para o mês de dezembro de 2011 e afirma de que estes são exemplos meramente ilustrativos, que se repetem em todos os meses.

Afora tais fatos, registra que à época da autuação fazia jus ao Regime Especial, concedido pela Secretaria do Estado de Fazenda da Bahia, às filiais com Inscrição Estadual nº 40.639.611 e nº 24.626.370, através do Parecer/GECOT nº 10293/2005, exarado no Processo nº 009508720053. Este Regime Especial permitia que, nos casos de trocas de mercadorias, as empresas utilizassem o formulário denominado DMGT – Devolução de Mercadoria por Garantia ou Troca (nos termos autorizados no inciso V no referido Regime, conforme transcreve), ao invés de emitir o cupom fiscal para cada troca realizada. E, no final de cada período mensal, era emitida uma única nota fiscal de entrada, conforme atestam os documentos anexados aos autos.

Porém a fiscalização desconsiderou os demonstrativos confeccionados com base em tal Regime Especial, o que, supõe, a levou à conclusão de suposta omissão de entradas de mercadorias provenientes das trocas. E conclui: *“Portanto, é evidentemente improcedente o lançamento fiscal, que decorre da inexplicável desconsideração do Regime Especial e das informações prestadas pela Impugnante, concernentes às devoluções ocorridas nos anos de 2009 a 2012, as quais foram devidamente embasadas pelos já citados documentos fiscais apresentados à Secretaria de Fazenda deste Estado”*.

Passa a contestar as multas aplicadas. Discorrendo sobre a vedação do não confisco e do objetivo da aplicação de uma penalidade (multa), trazendo aos autos julgados do STF, voto do Min. Ilmar Galvão, ensinamentos de Odete Medauar e as determinações do § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, afirma que ela não pode exceder o limite da razoabilidade, sob pena de violar, por conseguinte, o princípio da capacidade contributiva. Entende que um percentual entre 20% e 30% são considerados percentuais adequados à luz do princípio do não confisco. E, principalmente no seu específico caso em que não sabe nem direito o que se estar sendo exigido.

Requer ao final:

1. *seja anulada a autuação em voga, ante a evidente falta de clareza na descrição do seu objeto, impossibilitando que a Impugnante exerça o seu direito à ampla defesa e contraditório, constitucionalmente garantidos, além de violar a legislação estadual, que determina expressamente que no Auto de Infração deve haver a descrição circunstanciada do fato punível ou dos fatos concretos que justifiquem a exigência do tributo, bem como a imposição da penalidade;*
2. *se assim não entendido, que seja anulada autuação, na medida em que as infrações imputadas basearam-se unicamente em decreto, sem qualquer arcabouço legal;*
3. *na hipótese de superadas as preliminares de nulidade, o que se admite unicamente em atenção à eventualidade processual, seja no mérito, a autuação n. 2 julgada improcedente, tendo em vista que a Impugnante não descumpriu nenhuma obrigação acessória;*
4. *se superadas todos os pedidos anteriores, roga-se seja aplicado ao caso o disposto no art. 42, p. 7º, da 7.014/96, suprimindo a penalidade em tela, ou reduzindo-a ao mínimo possível, tendo em vista que a Impugnante, de boa fé, sempre entendeu estar cumprindo à risca o regime especial que à ela foi concedido.*

A fiscal autuante presta informação (fls. 430/431) contestando os argumentos de defesa.

Em relação á preliminar de nulidade argüida por *“falta de indicação precisa das infrações, fundamentação apenas em Decreto. Não procedendo tais alegações, pois às fls. de nº 01 na Descrição dos Fatos foram informados os procedimentos detalhados relativos a cada uma das*

infrações. E quanto a fundamentação destas vale salientar se encontram às fls. 02 e 03 emitidas pelo próprio SEAI (sistema de Emissão do Auto de Infração)”.

Em seguida, ressaltando de que a infração 01 não foi contestada, afirma que, em relação à infração 02 a respeito da incompreensão do contribuinte quanto à acusação, diz que ele não havia observado os levantamentos de fls. 18/23 dos autos onde constam as devoluções apuradas de janeiro/2009 a dezembro/2012 e ainda, os “Demonstrativos para a Infração 16.12.14.

Informa, em seguida, que ao aplicar a auditoria AUDIF-249 (auditoria das informações de Arquivos Eletrônicos), detectou erros no Registro 54, pois apresentados sem a devida discriminação por itens. Que havia intimado a empresa, na forma regulamentar, para correção dos mesmos. Como não foi atendida, exigiu a multa ora em debate.

Quanto à alegação do Regime Especial, diz que tal regime não autoriza a empresa a contrariar as determinações legais, conforme dispõe a sua Cláusula III. Ressalta que tal regime poderá ser alterado ou cassado a qualquer tempo no interesse da Administração Tributária e a sua concessão não dispensa o contribuinte do cumprimento das demais obrigações, previstas na legislação estadual.

Mantém em sua totalidade o Auto de Infração.

Constam às fls. 435/436 DAE e extrato de pagamento da infração 01, bem como, o envio da defesa em arquivo magnético por solicitação por parte deste Colegiado ao contribuinte (fls. 448/456.)

VOTO

A empresa traz aos autos duas questões de nulidade.

Abordo, primeiramente, aquela em que o impugnante afirma que houve violação à legalidade tributária (art. 97, do CTN) já que as infrações a ele imputadas não estão fincadas em lei para lhe legitimar e sim por decreto.

A Constituição Federal de 1988 determina de que compete aos Estados instituir o ICMS (art. 145 e 155, II), cabendo à lei Complementar definir os contribuintes, dispor sobre a substituição tributária, definir base de cálculo, entre outros (inciso XII do art. 155).

Tais determinações constitucionais foram completamente absorvidas pela Lei Complementar nº 87/96, que no seu art. 1º dispõe: *Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.*

Seguindo as determinações das normas superiores, no Estado da Bahia foi editada a Lei nº 7.014/96 que: *“Trata do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), e dá outras providências”*, no âmbito do Estado da Bahia.

E, como não poderia deixar de ser, tal lei deve ser regulamentada, objetivando viabilizar a sua aplicação e execução legal, com fundamento no art. 105, inciso V, da Constituição do Estado da Bahia (Art. 105 - *Compete privativamente ao governador do Estado: [...] V - sancionar, promulgar, vetar, fazer publicar as leis e, para sua fiel execução, expedir decretos e regulamentos;*) – grifo não original, sob pena de assim não sendo feito, pode torná-la desprovida de eficácia.

Em assim sendo, o RICMS apenas regulamenta a Lei nº 7.014/96 e no presente caso, quer seja a exigência do ICMS quer seja aquela que exige multa por descumprimento de obrigação acessória nela (lei) estão dispostas.

É por tal motivo que o art. 18 do RPAF/BA não elenca em suas disposições tal situação e o art. 19 da nominada norma regulamentar é claro e expresse prevê que *a indicação de dispositivo*

equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Pelo exposto, é rejeitada esta questão de nulidade levantada pelo impugnante.

Volto-me a segunda preliminar de nulidade apresentada. Embora a empresa autuada não tenha sido expressa a que infração se referia, ao analisá-la, resta claro que sua contestação refere-se à infração 02.

A empresa alega, em resumo, a “*falta de indicação precisa das infrações supostamente cometidas*”, uma vez que diante dos fatos apresentados pela fiscalização não pode saber quais seriam as omissões de operações e prestações que deram azo à imposição da multa, em completa dissonância com o quanto disposto no art. 39 RPAF/BA.

A infração 02 assim resta descrita: *Forneceu informações através de arquivo (s) magnético (s) exigidos na legislação tributária, requerido (s) mediante intimação, com omissão de operações ou prestações* (grifo não original), 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 omitidas.

Esta situação foi descrita no campo “Descrição dos Fatos” como “*apresentação do Arquivo Eletrônico com dados divergentes aos constantes nos documentos fiscais*”

A fiscal autuante detectou “*divergências de informações em relação aos livros e documentos fiscais, conforme demonstrativo anexo*”, como consta descrito na Intimação feita ao contribuinte (fl. 13), sendo a ele dado prazo de 30 dias para corrigir “as divergências”. Como observação consigna: “*Solicitamos que sejam feitas as correções do Registro 75, onde se lê REGIME ESPECIAL tendo em vista tratar-se de operações apenas com registro de saídas*”. Esta intimação foi recepcionada pela empresa em 20/05/2014.

O demonstrativo anexo à Intimação não se encontra apensado aos autos e pelo que se têm notícias, ele (autuado) não atendeu ao que foi solicitado. Foi lavrado o Auto de Infração em 30/06/2014.

A auditoria foi realizada da seguinte forma: a fiscal autuante levantou todas as notas fiscais com natureza de operações “Devoluções” emitidas pela empresa, ou seja, notas fiscais de entradas (CNPJ 29.557.105/0018-76 e cópias anexadas ao processo pelo impugnante das notas fiscais - fls. 18/23 e 269 e 271, a exemplo). Calculou a multa de 5% sobre o valor mensal destas devoluções e de 1% sobre os valores de saídas dos mesmos períodos. Aplicou a multa de 5% já que verificou de que a multa de 1% (em relação às saídas) era maior (fl. 24/31) – art. 42, inciso XIII-A, “i”, da Lei nº 7.014/96.

Ao analisar a situação ora posta em discussão, duas situações restam patentes: a primeira referente à Listagem Diagnóstico e a segunda quanto à multa que foi aplicada.

O RICMS/12 (Decreto nº 13.780/12) determina que:

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**.* (grifo não original)

§ 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.*

Diante das determinações legais, aqui se faz a seguinte indagação: quais foram às omissões ou divergências de operações ou prestações que a autuante detectou e apresentou ao contribuinte antes da lavratura do Auto de Infração?

Estando tais omissões ou divergências na “Listagem Diagnóstico”, tal listagem deveria estar apensada aos autos com a ciência da empresa de que a recebeu para que o fisco possua a prova da irregularidade detectada e o contribuinte possa exercer seu direito de defesa.

Não se tendo conhecimento desta Listagem Diagnóstico, as razões de defesa são, a princípio, pertinentes, pois esta falha procedimental da auditoria realizada não pode ser suprida com os levantamentos do Auto de Infração, como entende a autuante. A multa ora em lide é aplicada somente após a tentativa do fisco em sanar a irregularidade, a apresentando clara e expressamente ao contribuinte e não após lavratura do Auto de Infração, conforme determinado na legislação tributária e acima exposta.

Estes são, obedecendo a norma acima nominada, os procedimentos que emanam da Secretaria da Fazenda deste Estado e deste Colegiado.

Embora editada posteriormente à lavratura do presente Auto de Infração, a Instrução Normativa nº 055/2014 de 23/10/2014, normatizou os procedimentos, existentes desde antes, a serem tomados pelo fisco estadual na aplicação das multas referentes às infrações relacionadas com arquivos eletrônicos, previstas na Lei nº 7.014/96. Em assim sendo, valho-me de suas determinações para corroborar o que ora se expõe. Nela resta disposto:

3.3 - as omissões ou divergências resultarão em intimação específica para a correção das inconsistências que estarão indicadas na listagem diagnóstico anexada à intimação, devendo o contribuinte ser orientado, expressamente, a adotar os seguintes procedimentos:

[...]

3.4 – na hipótese de o contribuinte não entregar os arquivos corrigidos ou os apresentar com inconsistências, após a intimação, será efetuado o lançamento de ofício do valor da penalidade, sendo que:

3.4.1 – deverão ser anexados os seguintes documentos:

3.4.1.1 – a intimação expedida para correção das inconsistências verificadas;

3.4.1.2 – as listagens diagnóstico, anexadas à intimação, comprovadamente entregues ao contribuinte, seu representante ou preposto;

3.4.1.3 – os demonstrativos das inconsistências apuradas, ao final do procedimento fiscal, comprovadamente entregues ao contribuinte, seu representante ou preposto;

Esta 4ª JJF poderia buscar a verdade material dos fatos, encaminhando os autos à n. autuante para que ela apensasse ao processo a “Listagem Diagnóstica” que havia apresentado ao contribuinte, o que sanaria a situação e desconstituiria os argumentos apresentados pelo impugnante. No entanto, deixo de assim me posicionar tendo em vista que outra situação resta caracterizada e que inquina a presente infração à nulidade.

Somente com a informação fiscal se tem conhecimento de que o que a auditoria realizada (AUDIF – 249) detectou que o Registro 54 dos arquivos magnéticos apresentados pela empresa continha erros, pois “*sem a devida discriminação dos itens*” (fl. 431 do PAF), o que se entende de que os documentos fiscais emitidos pela empresa autuada com natureza de “devolução”, embora lançados no arquivo magnético, foram assim lançados sem discriminar os produtos (mercadorias) que deveriam nele constar (omissão de dados).

Primeiramente, observo de que o Registro 54 dos arquivos magnéticos tem por objetivo o registro do produto (classificação fiscal), quer de entradas ou de saídas do estabelecimento, através das notas fiscais recebidas e/ou emitidas. Por isto é que nele, entre outras informações, devem ser indicados os CNPJ's dos remetentes (entradas) e dos destinatários (saídas). E deve ser gerado um registro para cada produto ou serviço constante da nota fiscal e/ou romaneio e ser informada “*a própria codificação utilizada no sistema de controle de estoque/emissão de nota fiscal do contribuinte, listando esta codificação e os demais dados do produto/ mercadoria, através do registro "Tipo 75" (considera-se o código EAN-13 ou equivalente como codificação própria)*”.

Valendo-me novamente da IN nº 55/2014, quando ela trata da aplicação da multa de 5% constante na alínea “i” do inciso XIII-A do art. 42, da Lei nº 7.014/96 é expressa em determinar que somente “*deverá ser aplicada ao contribuinte que entregar, no prazo regulamentar ou após ter sido intimado, o arquivo eletrônico com todos os TIPOS DE REGISTRO e desde que sejam observadas a existência de inconsistências*”.

E aqui se pergunta: o que são “inconsistências” para aplicação da multa ora em discussão?

Mais uma vez responde a IN nº 55/2014 (grifos não originais).

*3.1 – o arquivo eletrônico **será inconsistente** quando ficar constatado que:*

*3.1.1 - a **totalização dos valores** nele informados, relativos a determinado período de apuração, não reflete os mesmos **valores lançados** na escrituração fiscal do contribuinte;*

*3.1.2 - sendo dispensado de determinada escrituração fiscal, os **valores informados** não refletem os mesmos **valores totalizados** a partir dos documentos fiscais referentes ao mês, conforme os seguintes exemplos:*

3.1.2.1 - a totalização das informações do registro 50 é diferente daquela lançada no Registro de Entradas ou no Registro de Saídas;

*3.1.2.2 - a totalização das informações do registro 50, relativas às operações de saídas, em empresas optantes pelo simples nacional, portanto, não obrigadas à escrituração do Registro de Saídas, é diferente dos **valores totalizados**, no mês, a partir do **somatório dos documentos fiscais**;*

*3.1.2.3 – a totalização das informações do REGISTRO 74, correspondente ao **valor total dos itens inventariados**, é diferente do **valor total lançado no Registro de Inventário**;*

*3.1.3 – o **somatório dos valores** contidos no Registro 50 apresenta-se diferente do **somatório dos valores** informados no Registro 53 acrescido dos valores do Registro 54, sendo que somente será realizado o confronto quando o contribuinte for obrigado a apresentar os Registros 53 e 54;*

E sendo detectadas tais inconsistências, quais os seus efeitos?

Responde a nominada IN com grifos não originais

3.2 – as inconsistências apuradas mensalmente podem resultar das seguintes situações:

3.2.1 – OMISSÃO – caracteriza-se quando:

*3.2.1.1 - se constata que os **valores** informados nos arquivos eletrônicos de determinado mês são inferiores aos lançados na escrituração fiscal do contribuinte ou aos totalizados diretamente dos documentos fiscais; ou*

*3.2.1.2 – o **somatório** dos Registros 50 é maior que o **somatório** dos Registros 53 mais o **somatório** dos Registros 54.*

3.2.2 – DIVERGÊNCIA – caracteriza-se quando:

*3.2.2.1 – se constata que os **valores** informados nos arquivos eletrônicos em determinado mês são superiores aos **valores** lançados na escrituração fiscal do contribuinte ou aos totalizados diretamente dos documentos fiscais;*

*3.2.2.2 – o **somatório** dos Registros 50 é menor que o **somatório** dos Registros 53 mais o **somatório** dos Registros 54.*

Ou seja, tanto as omissões quanto as divergências que se constatar refere-se, exclusivamente, aos valores apresentados e não a omissão de outros dados, no caso, a discriminação das mercadorias constantes nos documentos fiscais de entradas com natureza de operação “devoluções”. Em qualquer momento o contribuinte foi acusado de omitir valores nos arquivos magnéticos.

Com tal situação, encontra-se equivocada a multa que foi aplicada, já que não houve nem omissões nem divergências de valores entre os registros dos arquivos magnéticos em confronto com os livros e documentos fiscais da empresa.

Neste específico caso, e pela informação prestada pela autuante, o que poderia ser provado (levando inclusive em consideração o Regime Especial que usufruía a empresa) foi que o contribuinte entregou à Secretaria da Fazenda os arquivos eletrônicos **sem a inclusão de todos os tipos de registros** a que estava obrigado.

Neste caso, determina o § 6º do art. 261, do RICMS/12:

§ 6º A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no Conv. ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014, de 04/12/96.

Ou seja, a irregularidade apurada teve outra direção daquela autuada, tendo pertinência as alegações de defesa. Diante de tudo ora exposto, entendo que não existe qualquer atitude deste Colegiado que possa sanar a situação posta, a não ser decretar a nulidade da infração 02 com base no que dispõe o art. 18, II e III, do RPAF/BA.

Quanto a infração 01 - recolhimento a menos do ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou exterior, a empresa não impugna o seu mérito, a reconhecendo e recolhendo integralmente o imposto ora exigido. Não havendo lide a ser discutida, a mantenho no valor histórico e R\$14.408,54.

Quanto ao pedido do impugnante sobre o cancelamento ou redução da multa com fundamento no § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, com o desfecho da lide em relação à infração 02, não tem mais motivação a sua apreciação. E caso queira, pode ele, com base no art. 159, do RPAF/BA requerer a sua dispensa em relação à infração 01.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$14.408,54 já que a infração 01 foi reconhecida e o imposto pago pela empresa. Solicita-se ao órgão competente desta Secretaria de Fazenda a homologação dos valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **060624.0016/13-8**, lavrado contra **COMPANHIA DE MARCAS (INBRANDS S.A)** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.408,54**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Solicita-se ao órgão competente desta Secretaria de Fazenda a homologação dos valores efetivamente recolhidos.

Esta Junta de Julgamento recorre de Ofício desta decisão, para uma das Câmaras deste Conselho, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, alterado pelo Decreto n.º 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, de 22 de abril de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR