

A. I. N° - 146468.0132/13-6
AUTUADO - MANGABANANA RESTAURANTE E PIZZARIA LTDA. - ME
AUTUANTE - HENRIQUE IJALMAR LOPES GRANJEON
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 29.09.2016

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0094-06/16

EMENTA: ICMS. 1. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. SAÍDAS DECLARADAS EM MONTANTE INFERIOR AO FORNECIDO POR EMPRESAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não contestada. 2. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. DESENCONTRO ENTRE O ICMS RECOLHIDO E O ESCRITURADO. Infração procedente. 3. ARQUIVO MAGNÉTICO. INFORMAÇÕES PRESTADAS ATRAVÉS DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS COM DADOS DIVERGENTES DOS CONSTANTES NOS DOCUMENTOS FISCAIS. O § 3º do art. 708-B prevê que o fisco intime o contribuinte para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, fornecendo-se lhe, no ato da intimação, uma Listagem-Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, e, o § 5º, do mesmo artigo, concede o prazo de 30 dias para que o contribuinte corrija o arquivo magnético apresentado com inconsistência. Infração procedente. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. INOBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS REGULAMENTARES NO CANCELAMENTO DE CUPOM FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A não conservação e exibição dos originais dos cupons fiscais cancelados faculta ao fisco a presunção de cancelamento indevido, ficando o contribuinte sujeito ao pagamento do imposto devido na operação. Corrigido a alíquota para 4%, em função do regime da Receita Bruta adotado pelo sujeito passivo. Infração subsistente em parte. 5. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS. MULTAS. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Reduzida de ofício a multa para 1%, em decorrência da aplicação retroativa do art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, autorizada pelo art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN. Infração comprovada. Negado o pedido de diligência. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/11/2014, exige ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de R\$107.123,41, em razão das seguintes irregularidades:

1 - Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. ICMS no valor de R\$6.326,70 e multa de 100%.

2 - Deixou de recolher ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. ICMS no valor de R\$51.803,61 e multa de 60%.

3 - Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requerido mediante intimação, 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. Multa no valor de R\$8.915,38.

4 - Omitiu saídas de mercadorias tributáveis por cancelamento de Cupom Fiscal em desacordo com as normas em vigor. ICMS no valor de R\$37.072,68 e multa de 100%.

5 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$3.005,04.

O sujeito passivo por meio de patrono legalmente constituído, *ex vi* procuração de fl. 291, impugna o lançamento do crédito tributário consoante a peça de defesa colacionada às fls. 284 a 289, e em preliminar coloca a questão da nulidade absoluta do Auto de Infração, uma vez que não lhe foram entregues os anexos citados no Auto de Infração, vício que gera a irregularidade da intimação, consoante o art. 46 do RPAF/99.

No mérito destaca que a sua defesa se referirá apenas às infrações 03 e 04 do Auto de Infração. Dessa forma começa a combater a infração 03, sob o argumento de que, em primeiro lugar, a fundamentação da aludida infração estaria detalhada nos Anexos III e III-A, os quais não teria recebido o que levou ao cerceamento de defesa. Em segundo lugar, também deve ser destacada a nulidade desta infração, uma vez que reconhecendo na descrição do item que a multa é limitada a 1% do valor das operações, o autuante impôs uma multa de 5% do valor das operações, contrariando o dispositivo legal e não mantendo fidelidade entre a acusação e a descrição dos fatos, com a cobrança efetivada.

Aponta que a infração não merece melhor sorte, vez que observa-se da própria declaração contida no Auto de Infração, que a empresa autuada retificou os arquivos magnéticos, corrigindo as divergências apontadas pelo autuante. Tanto é assim que o mesmo declara no Auto de Infração: “Vale esclarecer que a empresa foi regularmente intimada em 26/08/2014, para correção das inconsistências apresentadas nos arquivos magnéticos, no período de janeiro de 2012 a dezembro de 2013. Tendo em vista que os arquivos apresentados pela mesma em 22/09/2014 apresentavam valores divergentes dos constantes nas DMAs para o período acima, aplicou-se a penalidade fixa prevista na legislação tributária estadual ali mencionada, tudo conforme detalhado nos anexos III e III-A, acostados ao presente PAF, e cujas cópias reprográficas foram regularmente entregues ao contribuinte.”.

Como visto, assevera que foram retificados e regularizados os arquivos magnéticos, sanando as divergências apontadas, modificando os lançamentos originais, e não há razão para a aplicação de qualquer multa, já que não foram mantidas as divergências.

Ademais, entende que se fossem encontradas novas divergências, deveria ter sido intimada para corrigir essas novas falhas, com consequente reabertura do prazo de lei para a sua manifestação.

Não foi assim feito, optando o autuante, de forma ilegal e abusiva, em aplicar multa extorsiva contra o autuado. Reafirma ainda que não consta qualquer prova de qualquer divergência nos arquivos magnéticos, depois de corrigidos e reenviados em 22/09/2014.

Outrossim, reclama que em nenhum momento foram demonstrados quais, especificamente, são as divergências que persistiram, justamente porque elas não remanesceram.

Pede a improcedência da infração.

Quanto à infração 04, também há nítida nulidade, com afronta à garantia do contraditório e da ampla defesa. Aduz que há insegurança na determinação da infração, pois os Anexos IV e IV-A não indicam os cupons ou as operações que estariam desprovidos de comprovação e de documentos exigidos pela lei.

Ademais, os Anexos não apontam as datas e os valores que teriam sido cancelados sem a apresentação dos documentos legais.

Caso seja ultrapassada a nulidade apontada, no mérito aduz que também é improcedente a infração, por diversos motivos.

Primeiro destaca que a empresa possui as primeiras vias dos cupons, o que comprova o real cancelamento dos cupons, contudo, como característica da atividade da autuada, está se tratando de milhares de cupons por período, o que dificulta em muito a sua apresentação dentro do tempo exíguo concedido pelo fiscal. Garante que os documentos serão apresentados oportunamente, quando encontrados pela contabilidade.

Aponta outro erro crasso na autuação, que se revela nos anexos IV e IV-A, vez que foram aplicadas as alíquotas de 17%, quando é optante pelo Regime Especial, sendo-lhe aplicável a alíquota de 4%, conforme se observa do seu cadastro na SEFAZ.

Este entendimento é pacífico no CONSEF, a teor do manifestado no julgamento, consoante Acordão CJF nº 0342/12-9.

Pede a revisão fiscal, por estranho ao feito, para conferir a receita bruta ajustada no período, verificar os cancelamentos, seus cupons e a confrontação com os demais documentos e livros contábeis do autuado, bem como para que sejam revistos os arquivos magnéticos, reabrindo-se os prazos para qualquer ajuste necessário. A final pede a improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 295 a 298, e com relação à infração 03, aduz que a mesma diz respeito à entrega de arquivos magnéticos, informados com os valores divergentes daqueles constantes nas DMAs, dos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013. Quanto ao argumento da defesa de que nunca teria recebido qualquer dos Anexos III e III-A, não tendo como ter acesso para exercer o seu direito de defesa, ressalta que os documentos de fls. 94 a 95 foram regularmente entregues ao contribuinte. Ademais, a multa fixa foi apurada observando-se o limite de 1% (um por cento), imposta pela legislação que regula a matéria, argumento meramente protelatório apresentado pelo impugnante quando reclama que teria sido aplicada a multa de 5% do valor das operações.

Outrossim, a indicação da alíquota na infração 03, fls. 02 e 03, é definida automaticamente pelo programa emissor do auto de infração (SEAI), cabendo ao auditor fiscal a observância de eventuais limites impostos pela legislação, o que foi feito.

Aponta que os documentos de fls. 20 e 21 foram regularmente emitidos em 26.08.2014, solicitando à empresa a apresentação de arquivos omissos (período de janeiro a julho/2012) e ainda a correção de várias inconsistências nos seus arquivos magnéticos para o período agosto/2012 e janeiro/2013. Em 22.09.2014, em atendimento a esta intimação, e dentro do prazo ali estipulado, a impugnante apresenta novos arquivos magnéticos, conforme recibos de fls. 108 a 131 (exercício de 2012) e 132 a 155 (exercício de 2013). Ressalta que não obstante esta nova apresentação, as divergências entre os valores consignados nestes novos arquivos magnéticos e seus registros fiscais (DMAs, fls. 67 a 91), permanecem evidentes em relação a todos os 24 meses arrolados nesta infração. Evidente então a infração aos artigos 686 e 708-B do RICMS, e criada as condições para a aplicação da multa prevista no art. 42, XIII-A alínea “i” da Lei nº 7.014/96.

Registra que a defesa tem cunho protelatório e deve ser mantida a infração por este CONSEF.

No que concerne à infração 04, todas as informações sobre a infração encontram-se no Anexo IV, fls. 153 a 163 e Anexo IV-A, fls. 164 a 169.

Quanto à adequação da alíquota aplicada para o percentual de 4%, após acessar a ficha cadastral da sociedade empresária e levando em consideração o art. 504 do RICMS/BA., vigente à época da ocorrência do fato gerador, entende que o pleito deve ser atendido, razão pelo qual anexa ao PAF novos Anexos, IV.2 e IV-A.2, com o valor do ICMS calculado com a redução da base de cálculo e carga efetiva de tributação de 4%, e com isso, os valores devidos para os exercícios de 2012 e 2013,

passam a ser os seguintes: Exercício de 2012 - R\$4.702,73. Exercício de 2013 - R\$4.020,73, conforme planilhas de fls. 299/300.

O autuado por meio de seu patrono, manifesta-se fls. 306/307 e ao tempo em que renova os termos de sua defesa, destaca com relação à infração 03, que o autuante admitiu que recebeu novos arquivos magnéticos, decorrentes de suas intimações para retificações, sem que fossem listadas, a partir da referida entrega, as pendências porventura persistentes. Não existe depois do dia 22/09/2014, regular intimação para a correção dos arquivos, uma vez sendo atendidas as solicitações anteriores, mesmo que parcialmente. No que tange a infração 04, apesar da redução admitida pelo autuante, permanecem os vícios apontados na defesa, sendo recomendável a decretação da nulidade da exigência específica. Protesta pela produção de prova de todos os meios em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos, e a manutenção, se ultrapassadas as questões preliminares, apenas das parcelas não contestadas.

O autuante ratifica a informação fiscal anteriormente prestada, consoante documento de fls. 310 a 313 do PAF, ao tempo em que requer a declaração pela procedência total das infrações 01, 02, 03 e 05 e parcial da infração 04.

O presente PAF foi diligenciado à ASTEC, haja vista que o demonstrativo elaborado pelo autuante, fls. 94/95, não guarda consonância com o disposto no art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/96. Assim, foi solicitado a elaboração de novos demonstrativos, observando o limite exigido na infração, posto que não pode ser majorado o valor originariamente exigido.

Consoante o Parecer ASTEC nº 91/2015, foram elaborados novos demonstrativos de débito, referente à infração 03, considerando os valores das diferenças apuradas pelo autuante, conforme demonstrativos de fls. 94 e 95 dos autos, e de acordo com o limite exigido no art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/96.

Assim, considerando que “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” foi apurado o valor de R\$1.078,11, referente a 1% sobre as diferenças, como solicitado por esta 5ª Junta de Julgamento Fiscal.

A final informa que elaborou novos demonstrativos de débito, de acordo com o limite exigido na Lei nº 7.014/96, observando, porém que os valores apurados são superiores aos autuados, como se verifica nas fls. 2/3 dos autos.

O autuado ao ser cientificado do Parecer adrede mencionado renova todos os termos da sua defesa, entende que os demonstrativos de fls. 325/326, colidem com a informação de fl. 324, de que “foi apurado o valor de R\$1.078,11, referente a 1% sobre as diferenças, como solicitado por esta 5ª Junta de Julgamento Fiscal”, demonstram que o item 3 do Auto de Infração se encontra viciado, pelo que ratifica o pedido de nulidade.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos, e pede pela procedência da autuação, com a manutenção, apenas das parcelas não contestadas, caso ultrapassadas as questões preliminares.

O fiscal autuante ao tomar ciência do Parecer da ASTEC, o contesta sob os seguintes argumentos:

Inicialmente esclarece que a infração 03 exige da impugnante a multa fixa pelo fato de que a mesma “*forneceu informações através de arquivos magnéticos com dados divergentes dos constantes nos seus documentos fiscais*”. Ademais a aplicação da multa fixa “*ficará limitada a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes*.”.

Assim esta infração não foi exigida pela omissão de apresentação de arquivos magnéticos e sim pela sua apresentação após a intimação, ainda assim com dados divergentes.

Assim, no caso em tela não há como ser arguida a figura da Omissão de apresentação de arquivos e sim a da sua apresentação com dados divergentes. Tanto é assim que nos Anexos III e

III-A, que fundamentam a exigência objeto da infração 03, fls. 94 e 95, respectivamente, faz referência ao demonstrativo das divergências constatadas no comparativo entre o SINTEGRA e os LIVROS FISCAIS/DMA.

Resta comprovado, portanto, que a aplicação da multa fixa, nos termos da infração 03, deve ser feita, com um percentual de 5% sobre a base de cálculo apurada nas divergências, com a observância do limite máximo previsto pelo legislador, qual seja, 1% das saídas totais (limite máximo para a exigência da multa a ser aplicada).

Essa foi a sistemática utilizada na elaboração dos Anexos III e III-A, que fundamentam a infração 03. Diante do exposto, solicita a esta egrégia Corte que considere os Valores originais da infração 03, o que gera Multas fixas nos valores respectivos de R\$4.697,69 e R\$4.217,69, para os exercícios de 2012 e de 2013.

Isto decorre do fato de discordar da interpretação dada no Parecer ASTEC nº 91/2015. Pede a procedência das infrações 01, 02 e 05, e parcialmente procedente a infração 04.

O patrono da sociedade empresária solicitou o adiamento da sessão de julgamento para a sessão do dia 08/09/2016, como possibilitam os arts. 66, inciso I e 67, inciso I, ambos do Regimento Interno do CONSEF, no que foi atendido.

VOTO

Rejeito o pedido de revisão fiscal, por estranho ao feito, o sujeito passivo embora aduza a sua necessidade em decorrência de grande número de cupons fiscais, vez que não os apresentou em qualquer quantidade, até o momento, para que pudesse, assim, sustentar qualquer equívoco na elaboração da infração 04, com consequente necessidade de realização de diligência.

Inicialmente constato que não houve cerceamento ao direito de defesa, conforme alegado na impugnação, eis que os demonstrativos elaborados pelo autuante, que fazem parte integrante do Auto de Infração foram entregues ao sujeito passivo, na pessoa do Sr. Bartolomeu Prazeres Filho, contador, como pode ser verificado fl. 32, 65, 94, 95, 157, 164, 183, e em mídia (CD), fls. 274 a 275. Ademais o Auto de Infração foi lavrado com estrita obediência aos ditames do art. 39 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

No mérito, somente as infrações 03 e 04 foram contestadas.

No que concerne à infração 03, esta é relativa ao fornecimento de informações através de arquivos magnéticos, exigido na legislação tributária, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, com a multa limitada a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período. A multa foi calculada sobre o valor das operações ou prestações divergentes.

A empresa foi regularmente intimada em 26/08/2014, para a correção das inconsistências apresentadas nos arquivos magnéticos, no período de janeiro de 2012 a dezembro de 2013, consoante o documento de fl. 20, “TERMO DE INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE INFORMAÇÕES EM MEIO MAGNÉTICO (SINTEGRA)”, ocasião em que foi concedido o prazo de 30 dias para a sua regularização. Tal intimação foi acompanhada do RELATORIO DAS INCONSISTÊNCIAS ENCONTRADAS (FL. 21), observando que faltaram ser inclusos no arquivo magnético, os registros abaixo indicados:

- REGISTRO 60-R - Meses de agosto/2012 a Dezembro/2013;
- REGISTRO 61 - Meses de Agosto/2012 a Dezembro/2013;
- REGISTRO 61-R - Meses de Agosto/2012 a Dezembro/2013;
- REGISTRO 74 - Meses de Dez/2011; Jan/2012; Dez/2012, Jan/2013.

Portanto, restou constatado que os arquivos apresentados em 22/09/2014 apresentavam valores divergentes dos constantes nas DMAs, conforme detalhado nos Anexos III e III-A, acostados ao PAF, cujas cópias foram regulamente entregues ao contribuinte.

Para o período de 31/01/2012 a 31/03/2012, o enquadramento legal da infração encontra-se nos artigos 686 e 708 B do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, como segue:

Art. 686. O contribuinte de que trata o art. 683 está obrigado a manter, pelo prazo decadencial, as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos recebidos ou emitidos por quaisquer meio, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração:

I - por totais de documento fiscal e por item de mercadoria (classificação fiscal) ou serviço, quando se tratar de: a) Nota Fiscal, modelos 1 e 1-A; b) revogada. c) revogada. d) Nota Fiscal do Produtor, modelo 4; e) Nota Fiscal de Serviço de Comunicações, modelo 21, somente em relação às prestações efetuadas; f) Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações, modelo 22, somente em relação às prestações efetuadas. g) Nota Fiscal Eletrônica, modelo 55; II - por totais de documento fiscal, quando se tratar de: a) Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica, modelo 6; b) Nota Fiscal de Serviços de Transporte, modelo 7; c) Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas, modelo 8; d) Conhecimento de Transporte Aquaviário de Cargas, modelo 9; e) Conhecimento Aéreo, modelo 10; f) Conhecimento de Transporte Ferroviário de Cargas, modelo 11; g) Nota Fiscal de Serviço de Comunicações, modelo 21, somente em relação às prestações tomadas; h) Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações, modelo 22, somente em relação às prestações tomadas; i) Nota Fiscal de Serviço de Transporte Ferroviário, modelo 27. j) Conhecimento de Transporte Eletrônico - CT-e, modelo 57. III - revogado III-A - por total diário e por resumo mensal por item de mercadoria (classificação fiscal) ou de serviço, por estabelecimento, quando se tratar de saídas documentadas por Nota Fiscal de Venda a Consumidor emitida de forma manual; IV - por total diário, por equipamento, e por resumo mensal por item de mercadoria (classificação fiscal) ou de serviço, por estabelecimento, quando se tratar de saídas documentadas por ECF; V - por total diário, por espécie de documento fiscal, nos demais casos.

Reza o § 1º que o disposto neste artigo também se aplica aos documentos fiscais nele mencionados quando não sejam emitidos por sistema eletrônico de processamento de dados.

Quanto ao recebimento dos arquivos magnéticos, o § 6º do art. 708 diz que “*A recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas*”.

Consoante o Art. 708-B:

O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, 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.

Tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstica indicativa das irregularidades encontradas. (§ 3º)

Assim, 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. Este prazo poderá ser prorrogado por igual período pelo inspetor fazendário, mediante despacho fundamentado.

Para o período de 30/04/2012 a 31/12/2013, o RICMS aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, regulamenta a matéria quando dispõe no art. 259 que o usuário de SEPD está obrigado a enviar arquivo eletrônico à SEFAZ, atendendo as especificações técnicas estabelecidas no Convênio ICMS 57/95, e mantê-lo pelo prazo decadencial, contendo as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos fiscais recebidos ou emitidos por qualquer meio, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no período de apuração:

Dessa forma, segundo a legislação pertinente à matéria, o arquivo deverá ser entregue via Internet, através do programa Validador/SINTEGRA, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo, chancelado eletronicamente após a transmissão, ou na repartição fazendária.

Contudo, a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Conv. ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas.

A ocorrência de que os arquivos magnéticos estavam com inconsistências, foi verificada pelo autuante, que intimou a empresa a corrigi-las, conforme Intimação de 26/08/2014, de fl. 21, onde consta o Relatório das inconsistências encontradas, com cópia do Relatório expedido pelo SCAM em 25/08/2014. Verifica-se que o procedimento adotado pelo autuante, ao intimar a empresa para a correção das inconsistências encontra fundamento no art. 261, § 2º do RICMS/BA., como segue:

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

Conforme o § 4º do mesmo dispositivo regulamentar, foi fornecido o prazo de 30 dias contados da data do recebimento da intimação, para corrigir os arquivos magnéticos apresentados com inconsistências.

O defensor assevera que não teria recebido os demonstrativos III e III-A, o que não corresponde à realidade, posto que às fls. 94 e 95, encontram-se as assinaturas do recebedor, Sr. Bartolomeu Faleiro Prazeres Filho, Contador CRC 20679 - BA., em 09/10/2014, mesma pessoa que assinou o Auto de Infração.

Também argumenta que retificou os arquivos magnéticos e não haveria razão para aplicação de qualquer multa. Não acolho este argumento, posto que nos documentos de fls. 20 e 21, emitidos em 26/08/2014, foi solicitado à empresa a apresentação de arquivos omissos, no período de janeiro a julho de 2012, e ainda a correção das inconsistências nos seus arquivos magnéticos, para o período de agosto/2012 a janeiro/2013.

Em 22.09.2014, atendendo à intimação, a impugnante apresentou novos arquivos magnéticos, conforme recibos de fls. 108 a 131, e 132 (exercícios de 2012 e de 2013). Não obstante esta nova apresentação, as divergências entre os valores constantes dos arquivos e os registros fiscais, apontados nas DMAs (fls. 67 a 91 do PAF), permanecem evidentes em todos os meses arrolados na infração, como ressaltou o autuante na informação fiscal, não cabendo ser-lhe concedido novo prazo para proceder às retificações desses arquivos que, mais uma vez, foram apresentados com inconsistências.

Desse modo, como não foram procedidas as correções das irregularidades detectadas, o autuante aplicou a multa prevista no art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/96 que dispõe:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

XIII-A 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:

i) 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 nos 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;

Verifico que o autuante ao elaborar o demonstrativo de fl. 94 e 95, respeitou o limite de 1% sobre o valor das operações omitidas ou sobre o valor das divergências, como pode ser observado nos demonstrativos de fls. 94 e 95 do PAF. Desse modo não procede o argumento do defensor de que tal limite não teria sido considerado.

Diante das comprovações trazidas pelo auditor fiscal, com relação às divergências de dados entre os arquivos magnéticos e as informações constantes nas DMAs, resta comprovada a infração. Infração procedente com multa no valor de R\$8.915,38.

A infração 04 decorreu da omissão de saídas de mercadorias tributáveis por cancelamento de Cupom Fiscal em desacordo com as normas em vigor, nos exercícios de 2012 e 2013, conforme indicado nos Anexos IV (fl. 157 a 163) e IV-A (fls. 164 a 169).

Consta que a irregularidade ocorreu ao longo dos exercícios de 2012 e 2013, gerando ICMS a recolher no valor total de R\$37.072,68, conforme indicado nos Anexos IV e IV-A, pelo fato de o contribuinte haver deixado de apresentar as primeiras vias dos cupons fiscais cancelados e dos respectivos cupons fiscais de cancelamento, cujas operações canceladas encontram-se indicadas

nas Reduções Z, considerando que as primeiras das cupons fiscais cancelados e dos respectivos cupons fiscais cancelamento deveriam ser guardadas para apresentação à fiscalização quando solicitado, à semelhança do que ocorre com o cancelamento de nota fiscal. Esclareceu o autuante que o contribuinte foi regularmente intimado em 31/10/2014, para apresentação destes cupons fiscais, deixando de fazê-lo no prazo ali estabelecido.

As informações necessárias ao atendimento do princípio da ampla defesa encontram-se nos Anexos adrede mencionados, os quais foram entregues ao contribuinte, onde consta inclusive a relação dos cupons fiscais cancelados no decorrer do exercício, para exibição ao fisco, na forma prevista no art. 113, § 1º do RICMS/BA. Assim, cai por terra o argumento de que o defendant não teria como identificar quais cupons fiscais cancelados foram considerados na infração, por não terem sido apresentadas os documentos originais, como prevê a legislação que rege a matéria:

Art. 113. Os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações.

§ 1º O cancelamento de Cupom Fiscal poderá ser feito no próprio ECF antes da emissão de um novo cupom, caso em que os documentos originais deverão ser armazenados junto à Redução Z emitida para as respectivas operações.

O contribuinte não apresentou as primeiras vias dos cupons fiscais cancelados e dos respectivos CUPONS FISCAIS DE CANCELAMENTO, cujas operações canceladas encontram-se indicadas nas Reduções Z. O sujeito passivo foi regularmente intimado para apresentação desses cupons fiscais, em 31/10/2014, mas não o fez, no prazo concedido, nem até o presente momento. Desse modo procede a acusação fiscal.

Não obstante o acerto da acusação fiscal, o autuante equivocou-se ao aplicar a alíquota de 17% pois o sujeito passivo apura o ICMS mensal sobre o regime da receita bruta, com alíquota de 4% sobre a receita bruta. Diante de tal erro, o próprio auditor corrigiu a apuração do imposto, e reduziu seu valor para R\$4.702,73 no exercício de 2012 e de R\$4.020,24 para o exercício de 2013, conforme os Anexos IV.2 e Anexo IV-A.2, fls. 299 e 300, o que totaliza o valor de R\$8.722,97. Acompanho as correções efetuadas. Infração procedente em parte.

As infrações 01 e 02 foram reconhecidas pela sociedade empresária. Ficam mantidas.

Quanto à infração 05, relativa à entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2013, quando foi aplicada a multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96, por dever de ofício aplicar o princípio da retroatividade benigna, prevista no Art. 106, I, do CTN, devendo a multa ser no percentual de 1%, consoante a penalidade prevista no mesmo dispositivo legal, com a modificação efetuada pela Lei nº 13.461 de 10/12/2015:

IX - 01% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeito a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;

Dessa forma a infração assume o valor da multa em R\$300,51. Infração procedente com correção da multa aplicada.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE DA INFRAÇÃO 3

Embora entenda que a nobre Relatora tenha elaborado seu voto dentro do estrito entendimento legal acerca da multa por descumprimento de obrigações acessórias, devo discordar por entender que as provas e os fatos apresentados no processo não trazem elementos suficientes para o lançamento da multa. Inicialmente, reproduzo trecho do voto da eminent Relatora:

Em 22.09.2014, atendendo à intimação, a impugnante apresentou novos arquivos magnéticos, conforme recibos de fls. 108 a 131, e 132 (exercícios de 2012 e de 2013). Não obstante esta nova apresentação, as divergências entre os valores constantes dos arquivos e os registros fiscais, apontados nas DMAs (fls. 67 a 91 do PAF), permanecem evidentes em todos os meses arrolados na infração, como ressaltou o autuante na

informação fiscal, não cabendo ser-lhe concedido novo prazo para proceder às retificações desses arquivos que, mais uma vez, foram apresentados com inconsistências.

Entendo que estaria caracterizada perfeitamente a penalidade se o impugnante não tivesse providenciado quaisquer alterações nos arquivos, o que dolosamente se configuraria em recusa de acerto dos erros ou equívocos apontados nos arquivos. De fato, como a Relatora colocou em seu voto, o impugnante atendeu à intimação em 22.09.2014 e realizou reparos nos arquivos.

Se observarmos o relatório do SCAM impresso e entregue ao impugnante, conforme atesta a intimação assinada em 26/08/2014, à fl. 21, foi pedida a inclusão dos registros 60-R, 61, 61-R e registro 74, mas nada foi dito quanto às divergências de valores com as DMA, que certamente já existiam desde o início, e nas páginas subsequentes, vejo, por exemplo, à fl. 23 que o registro de 01/08/2013 na coluna do registro R60R, aparece o quantitativo ZERO; à fl. 106, o autuante anexou cópia do relatório SCAM dos arquivos apresentados pelo impugnante em 22/09/2014 quando aparecem 128 registros R60R, o que implica dizer que o impugnante procedeu às correções dos arquivos quanto à ausência dos Registros; no entanto na descrição da infração foi notificado que os arquivos apresentados em 22/09/2014 (já corrigidos quanto ao pedido da intimação) apresentavam valores divergentes das DMA para o período. Tal notificação de erro não existia na intimação inicial.

Assim, se erros novos surgiram após a correção, tal fato deveria ter sido notificado ao impugnante para nova correção, seja pelo interesse do fisco em ter os arquivos corretos para se executar os roteiros inerentes, seja em obediência ao princípio da ampla defesa. Além disso, quando se compara os valores divergentes das DMA e dos arquivos, no caso do mês citado, agosto de 2013, à fl. 57 aparece o valor contábil de saída de R\$18.000,00, com base de cálculo R\$0,00, e no arquivo corrigido em 22.09.2014, à fl. 146 aparece um valor contábil de saída de R\$92.592,91 com base de cálculo de R\$60.002,28, valores bastante superiores à da DMA.

No mês subsequente, fl. 148 o registro do arquivo magnético apresenta valor de saída contábil como R\$103.069,89 com base de cálculo em R\$70.259,04 enquanto a DMA acusa o valor contábil R\$20.150,00 e base de cálculo de R\$0,00 à fl. 57. Ainda analisando as demais DMA nota-se à fl. 55 que a DMA de junho/2013 apresenta valor contábil de R\$25.000,00, base de cálculo R\$17.000,00 e isentas em R\$8.000,00 e no mês seguinte, julho de 2013, os respectivos valores de R\$18.000,00, R\$10.000,00 e R\$8.000,00. Observando-se as demais DMA nota-se que foram preenchidas com valores “inteiros” o que configura o fato comum do contribuinte que não consegue aprontar as DMA no prazo legal, no intuito de evitar ser penalizado pela falta de entrega, faz o envio com quaisquer valores, para evitar a penalização pela omissão da entrega.

Assim, resta caracterizado que o erro aparentemente se encontra na DMA e não no arquivo. Não há nenhuma evidencia de que os arquivos encontram-se com erros por conta da simples divergência com as DMA conforme assevera o autuante na descrição da infração. Assim, se erros existem, eles se encontram na DMA e não no arquivo, e dessa forma, o contribuinte deveria ter sido notificado a corrigir as DMAs ou multado por ter entregue estes documentos com informações erradas e sem a correção antes da intimação para fiscalização.

Assim, em face da análise dos documentos que servem de lastro probatório, entendo que está configurado o cerceamento de defesa por não ter sido notificado destas divergências mediante intimação, e nem mesmo há certeza que os arquivos comprovadamente tem erros, pois a multa prevista no art. XII-A, i, é dirigida ao arquivo, cujos dados divergem das DMA, mas é preciso asseverar que neste caso está a se presumir as DMA corretas, mediante comparação com outros livros e documentos fiscais, o que não é o caso deste lançamento, onde é evidente que o erro se encontra nas DMA e não nos arquivos, que foram efetivamente corrigidos conforme erros apontados na intimação. As inconsistências que motivaram o lançamento não são inerentes aos erros pelas quais o contribuinte foi intimado a corrigir, mas devido à constatação de divergências com os valores lançados nas DMA, e disso, o contribuinte não foi notificado previamente.

Entendo que não há a necessária clareza e evidência da infração cometida, e nem a necessária segurança jurídica pra se admitir que efetivamente os arquivos não tenham sido corrigidos. O

autuante lançou a infração com motivação diversa do que consta na intimação fiscal para correção dos arquivos. O fato de apresentar valores divergentes e inclusive bastante superiores aos da DMA caracteriza erros na DMA e não nos arquivos, o que muda completamente o fulcro da infração.

Face ao exposto, voto pela nulidade da infração 3.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **146468.0132/13-6**, lavrado contra **MANGABANANA RESTAURANTE E PIZZARIA LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$66.853,28**, acrescido das multas de 60% sobre R\$51.803,61 e 100% sobre R\$15.049,67, previstas no art. 42, incisos III, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias, no total de **R\$9.215,88**, previstas nos incisos XIII-A, “i”, e IX, do mesmo diploma legal, alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.835/05, devendo ser homologados os pagamentos efetuados através de parcelamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de setembro de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO - JULGADORA