

A. I. Nº - 232856.0007/07-8
AUTUADO - RAIMUNDO DE SOUZA SILVA
AUTUANTE - FLÁVIO DO PRADO FRANCO JUNIOR
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 31/07/2008

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0227-03/08

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. NULIDADE. VÍCIO FORMAL DE PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A imputação descreve a falta de entrega de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, mas as intimações acostadas ao processo indicam inconsistências nos arquivos magnéticos enviados via internet, e ao mesmo tempo informam a não entrega desses arquivos no prazo legal. Ademais, para a correção de inconsistências a legislação prevê o prazo de trinta dias, e foram concedidos cinco dias ao contribuinte para o atendimento da intimação. Infração nula. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Refeitos os cálculos mediante diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC, o imposto originalmente apurado ficou reduzido. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO E DE BENS PARA O ATIVO FIXO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo, ou ativo fixo do estabelecimento. Imputações não contestadas pelo sujeito passivo. Rejeitada a preliminar de nulidade argüida em relação à infração 02. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 31/05/2007, exige ICMS no valor total de R\$8.905,70, acrescido das multas de 60% e 70%, e penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$551,76, em razão das seguintes imputações:

Infração 01. Falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Exercício de 2002 - meses de janeiro a dezembro; Exercício de 2003 - meses de janeiro a dezembro; Exercício de 2004 - meses de janeiro a junho. Demonstrativos às fls. 17, 32 e 47, cópias do livro Registro de Saídas às fls. 18 a 22, 33 a 46, e 48 a 55. Multa no valor de R\$551,76.

Infração 02. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Exercício de 2002 - mês de outubro; Exercício de 2003 - meses de

abril, junho, julho, setembro e outubro; Exercício de 2004 – mês de março. Demonstrativos às fls. 47 a 50, e 68. ICMS no valor de R\$6.131,30, acrescido da multa de 70%.

Infração 03: Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Exercício de 2003 - mês de junho. Demonstrativo à fl. 69. ICMS no valor de R\$2.616,00, acrescido da multa de 60%.

Infração 04: Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento. Exercício de 2003 - mês de abril. Demonstrativo à fl. 71. ICMS no valor de R\$158,40, acrescido da multa de 60%.

O autuado, por intermédio de advogado com Procuração à fl.103, impugna o lançamento de ofício às fls. 75 a 102, inicialmente expondo os termos das imputações e, em seguida, alegando, em relação à infração 01, que o autuante cometeu erro de enquadramento desta imputação, porque teria descrito circunstância alheia à realidade dos fatos, e promovido a capitulação incorreta da infração. Aduz que o autuante consignou como infração uma suposta falta de fornecimento dos arquivos magnéticos exigidos pela legislação, situação que ensejaria a aplicação da multa prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96, mas não seria verdade que o autuado deixara de fornecer os arquivos magnéticos solicitados mediante intimação, vez que os mencionados arquivos foram entregues, “os quais, contudo, por uma informação do autuante e, certamente, por uma falha não intencional”, apresentavam omissão do livro Registro de Inventário (Registro tipo 74). Assevera que a imputação jamais poderia ter sido a de não fornecimento dos arquivos magnéticos, mas a de omissão de dados na entrega desses arquivos, imputação diversa. Que para cada uma dessas infrações existe previsão diferenciada de penalidades, descritas nas alíneas “f” e “g” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 (redação vigente à época da impugnação). Afirmar “que o eventual descumprimento da obrigação acessória não provocou prejuízo econômico ao erário e decorreu de uma falha não intencional da impugnante”, pelo que teria aplicabilidade o §7º do artigo 42 da Lei 7.014/96, o que diz que “impede a cobrança da infração 01 do auto.” Prossegue dizendo que, se ultrapassados todos os argumentos apresentados, teria havido equívoco do autuante na mensuração da multa aplicada, na medida em que somente as saídas tributáveis, e não toda a movimentação do estabelecimento, poderiam ser consideradas na base de cálculo da multa, “conforme pacificada jurisprudência deste CONSEF”.

O contribuinte afirma ainda, quanto à imputação 01, que, dentre os princípios de proteção do cidadão frente ao Estado, merecem destaque, no lançamento tributário, o da segurança jurídica e o da ampla defesa. Que o Estado só pode restringir o patrimônio particular se apresentar com clareza e objetividade sua imputação, oportunizando o direito à ampla defesa. Cita, comentando, o artigo 5º da Constituição da República. Afirmar que se o ato administrativo descumpra os primados de proteção, por exemplo, quando não informa, ou informa equivocadamente, os métodos empregados, deve ser extirpado do sistema, por ser isto desrespeito à Carta Magna. Que na descrição da infração não se menciona qual o tipo de omissão, ou mesmo se os arquivos foram entregues fora do padrão exigido. Que o Auto de Infração, neste aspecto, é omissivo e contraditório, e que deveria ter sido apontado o dispositivo correto para a aplicação da multa correspondente, sem o que o contribuinte fica impedido de se defender. Transcreve, comentando, o caput, inciso XIII-A e suas alíneas “f” e “g”, da Lei nº 7.014/96 (redação vigente à data da impugnação). Aduz que não se confunde falta de entrega de arquivos com omissão de dados; que o autuante não poderia tratar uma infração pela outra e que, neste ponto, a auditagem é incorreta e insegura. Pede a nulidade da infração 01, reproduzindo o artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, citando decisão da 4ª JF do CONSEF em processo administrativo análogo. Assevera ser aplicável, à infração 01, o teor do § 7º do artigo 42 da Lei 7.014/96, repetindo não ter havido dolo; que a ausência do Registro 74 nos arquivos magnéticos enviados à SEFAZ não teria implicado em falta de recolhimento do tributo, tendo o Fisco lançado a obrigação principal; e que esta ausência

do Registro 74 decorreu do seu desconhecimento quanto à obrigatoriedade do envio daquele Registro relativamente ao período fiscalizado. Pede o cancelamento da multa ou a sua redução, inclusive citando decisões do CONSEF às fls. 88 a 92. Repete que houve erro na quantificação da multa, alegando que o autuante considerou como base de cálculo da imputação toda a movimentação do estabelecimento, e não apenas as saídas tributáveis, conforme diz que o CONSEF determina. Cita e transcreve trechos de decisões do CONSEF e pede a realização de diligência por auditor fiscal estranho ao feito, ou pelo próprio autuante, para se encontrar o valor correto da multa, caso persista, o que resultaria na declaração de procedência parcial da imputação 01.

Em relação à segunda imputação, o contribuinte diz ser descabida a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, “fundamentada na existência de notas fiscais de entrada supostamente não registradas, todas arrecadadas pelo sistema CFAMT,” porque essas entradas não registradas são, em maioria, de bens destinados ao uso e consumo, e ativo permanente do estabelecimento, a exemplo de copos, bandejas, bobinas, etiquetas, canudos, garfos, sacos, sacolas, materiais de embalagem, produtos de limpeza, fornos, etc., conforme notas fiscais anexadas aos autos. Assevera que essas mercadorias não são destinadas à comercialização, nem saíram do estabelecimento, pelo que não poderiam ensejar omissão de saídas, com lançamento do imposto por presunção. Que também foram arroladas pela fiscalização notas fiscais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, tais como sorvete, refrigerante, água, cerveja, etc, o que diz que invalidaria a presunção de saídas destas mercadorias no estabelecimento, pelo encerramento anterior da fase de tributação e que, neste caso, a falta de registro de entrada dessas mercadorias implicaria em multas formais por descumprimento de obrigação acessória, previstas no artigo 42, incisos IX e XI da Lei 7.014/96, que transcreve. Diz que o CONSEF não dispõe de outra alternativa senão a de declarar nula a autuação, porque o autuante presumira equivocadamente omissão de saídas de mercadorias que, em grande parte, foram destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, e que foi capitulada incorretamente a infração, tendo sido lançado o imposto, ao invés da multa formal prevista na legislação; ou da alternativa de julgar parcialmente procedente a infração 02, convertendo-a em multa por descumprimento de obrigação acessória. Transcreve julgados do CONSEF com decisões de aplicação da multa de 10% em razão da falta de registro na escrita fiscal de entrada de mercadoria, às fls. 97 a 99. Diz que parte das mercadorias discriminadas nas notas fiscais que embasaram a imputação 02 são tributáveis, e parte não, dentre as quais as que constituem bens destinadas ao ativo fixo, ou utilizados como material de consumo, além daquelas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, estas por já estarem com fase de tributação encerrada. Reprisa a transcrição do artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/BA, dizendo que a infração 02 deve ser declarada nula por não apresentar, com segurança, a infração cometida, e por ter sido consignada sanção diversa da prevista em Lei. Assevera que, se não for declarada nula, é apenas parcialmente procedente, dizendo que deveria ser convertida, a multa material aplicada, em multa formal por descumprimento de obrigação acessória, nos termos da Lei nº 7.014/96. Conclui pedindo pela declaração de nulidade, ou de procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal às fls. 108 a 110, relatando os termos da autuação e as alegações defensivas e aduzindo que, em relação à infração 01, o contribuinte deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações, ou prestações, realizadas. Explica que todo contribuinte do Estado da Bahia que emita documento fiscal eletronicamente, e/ou faça escrituração de livro fiscal por processamento de dados, mesmo se usar sistemas de terceiros, é obrigado à entrega de arquivos magnéticos, obrigação que também alcança usuários de ECF, nos termos dos artigos 683, 686 e 708-A do RICMS/BA, pelo que o autuado estava obrigado a apresentar os “arquivos” 50, 60M, 60A, 61, 74 e 75. Relata que em 15/05/2007 intimou o sujeito passivo a apresentar aqueles sob código 74, 75, 60M e 60A, referentes ao exercício de 2002, porque os demais tinham sido apresentados antes da presente ação fiscal; os sob código 74, 75, e 60A, referentes ao exercício de 2003; os sob código 74, 75, 60M e 60A,

referentes ao exercício de 2004; e que, dentro do prazo de cinco dias, estabelecido em Lei, conforme intimação anexada aos autos, os mesmos não foram entregues.

O autuante aduz que salienta ao contribuinte que o Registro 74 conterá informações do livro Registro de Inventário e que deve ser informado no mês em que o inventário for realizado, ou no mês subsequente. Assim, que se o contribuinte escriturou o livro Registro de Inventário no mês de dezembro, “deve informar o arquivo magnético referente ao mês de dezembro”, que servirá de estoque final de exercício, e no mês de janeiro, como estoque inicial do exercício seguinte. Que a exigibilidade da informação de dados do inventário é a partir de 01/12/2001. Que, como o prazo não foi cumprido, foi aplicada a penalidade de 1% prevista na alínea “g” do inciso XIII-A do artigo 915 do RICMS/BA.

Quanto à infração 02, o autuante diz que o argumento defensivo de que as mercadorias destinavam-se a consumo do estabelecimento é irrelevante e não pode ser oposto ao apurado, porque ocorreu desembolso de caixa, tendo sido por isto exigido o imposto por presunção legal, consoante previsto no artigo 2º, §3º, inciso IV, do RICMS/97. Que o desembolso de numerário ocorrido fez aflorar situação de vendas de mercadorias sem nota fiscal, em momento anterior ao das aquisições informadas. Afirma que o autuado não elidiu a infração apurada. O autuante assegura que o autuado não abordou as demais imputações. Conclui mantendo o valor total do Auto de Infração, pedindo a declaração de sua procedência.

O defendente, cientificado da informação fiscal, consoante documento de fl. 111, apresenta nova manifestação às fls. 113 a 122. Relata os termos da informação fiscal quanto à infração 01. Repete os argumentos defensivos apresentados na primeira impugnação, inclusive quanto a ter enviado os arquivos magnéticos à SEFAZ, todos recepcionados sem qualquer restrição, mas que a Fiscalização constatou que neles não constava o Registro 74, fato que motivou o Fisco a intimá-lo para, em cinco dias, apresentar os Registros faltantes. Aduz que “De fato, pelo exíguo prazo disponível e pela grande quantidade de informações exigidas” ele, impugnante, reconhece que não conseguiu cumprir a intimação, deixando de apresentar os dados requisitados. Diz “que, para a sua surpresa, foi autuada pela não apresentação de arquivos magnéticos, como se jamais houvesse enviado qualquer arquivo magnético do SINTEGRA para a SEFAZ.” O contribuinte repete o argumento de “que a infração não poderia ser de falta de apresentação de arquivos magnéticos, uma vez que estes foram enviados regularmente para a Secretaria da Fazenda”, mas que deveria ter sido aplicada a multa prevista na alínea “f” do artigo 42, inciso XIII-A da Lei nº 7.014/96, “correspondente à entrega de arquivos com omissão de informações ou contendo dados divergentes.” Reitera o pedido de nulidade da autuação fiscal por erro no enquadramento, citando Acórdãos deste CONSEF, dos quais transcreve Ementas. Prossegue sua explanação no sentido de que, se ultrapassada a nulidade por erro no enquadramento da infração, seja esta reenquadrada para efeito de aplicação da multa constante no inciso XX, alínea “b” do artigo 42 da Lei 7.014/96, ou reduzida a penalidade para 10% do valor original, conforme afirma que já decidiu este CONSEF em casos similares.

No que tange à imputação 02, o defendente relata os termos da informação fiscal, repete o teor da primeira impugnação, e argumenta que o entendimento expressado pelo autuante contraria a atual jurisprudência do CONSEF, no sentido de que, em se tratando de contribuinte que comercialize com mercadorias substituídas, seria inviável a cobrança do ICMS por presunção, por falta de escrituração de entrada de mercadoria, a exemplo do que diz ocorrer no presente Auto de Infração. O contribuinte fala que o CONSEF considera relevante o fato de se tratar de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, porque não se poderia cobrar, por presunção, um imposto que não seria devido normalmente na saída, por ter sido encerrada a fase de tributação. Diz que o CONSEF tem sustentado ser inválido o roteiro de fiscalização com base em presunção de evasão fiscal por desembolso de caixa. Transcreve ementa do Acórdão JF nº 0341-02/05 e parte do voto do Relator José Bezerra Irmão, que trata de empresa em que está citado que praticamente todas as operações efetuadas pelo contribuinte dizem respeito a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Reitera o pedido de nulidade desta infração ou,

alternativamente, a sua conversão em multa de 1% sobre o valor da mercadoria não registrada, por descumprimento de obrigação acessória, conforme exposto em sua impugnação. Conclui reiterando o pedido de procedência parcial do Auto de Infração.

O autuado anexa, às fls. 123 a 228, recibos de envio para a SEFAZ, via internet, de arquivos magnéticos referentes ao período de 03/2002 a 11/2006, transmitidos no período de 14/02/2002 até 08/12/2006.

O defendente, às fls. 232 e 233, apresenta sua terceira manifestação no processo aduzindo, em relação à infração 02, que já teria demonstrado, na primeira impugnação, que as mercadorias não registradas são, em sua grande maioria, sujeitas ao regime de substituição tributária, ou destinadas ao consumo/ativo fixo do estabelecimento, situação em que, afirma, o CONSEF reconheceria ser inviável a exigência do imposto por presunção. Diz que deve ser cobrada penalidade por descumprimento de obrigação acessória, por falta de escrituração de entradas, o que ensejaria a aplicação de multa de 1%, ou de 10%, sobre o valor das mercadorias não registradas. Transcreve o artigo 42, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/96, e requer a juntada de planilha e de notas fiscais, “demonstrando o valor eventualmente devido”. Conclui pedindo a declaração de procedência parcial do presente Auto de Infração. Junta ao processo planilhas do levantamento fiscal, e cópia de notas fiscais objeto da imputação, às fls. 234 a 249.

Esta 3ª JJF, diante dos fatos argüidos e da documentação acostada aos autos, deliberou por converter o processo em Diligência à INFAZ de origem, para que o autuante verificasse se o contribuinte possui escrita contábil, e qual o seu regime de apuração do ICMS (conta-corrente fiscal, ou receita bruta), e elaborasse demonstrativo indicando, separadamente, as mercadorias objeto da autuação que são destinadas à utilização como material de uso e consumo, bens do ativo, mercadorias sob regime de apuração do imposto por substituição tributária, mercadorias isentas, e mercadorias tributadas sob regime normal de apuração do imposto. Foi também determinado, à INFAZ de origem, a intimação ao autuante para tomar conhecimento das novas manifestações e documentos acostados ao PAF pelo contribuinte, às fls. 113 a 230, e 232 a 249, sendo-lhe concedido o prazo de dez dias para manifestar-se sobre as mesmas, querendo, e que, após o cumprimento do quanto solicitado ao preposto do Fisco, fosse intimado o autuado para fornecer-lhe cópia dos novos demonstrativo elaborados pelo autuante.

O autuante cumpriu a diligência às fls. 255 e 256, acostando os demonstrativos de fls. 257 a 268, e expondo que o contribuinte apura o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal, tendo escrita contábil, com a atividade de restaurante e bar. Expõe dúvida quanto à necessidade da elaboração das planilhas solicitadas, a que atendeu, citando o artigo 359 do RICMS/BA, que trata do aproveitamento de crédito pelo destinatário, no caso de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, sendo mercadorias sujeitas a tributação destinadas para restaurantes, bares, e outras atividades comerciais.

Intimado a pronunciar-se à fl. 269, o contribuinte expressa-se às fls. 271 a 273, expondo que, do exame das fls. 257 a 268, observa que o autuante, acatando em parte a defesa no que tange à infração “01”, converteu a exigência de tributo em multa por descumprimento de obrigação acessória no percentual de 1% do valor da mercadoria, em relação às entradas de produtos sujeitos à substituição tributária, o que entende ser grande passo no trabalho fiscalizatório, aproximando-se do entendimento que o contribuinte diz ser consolidado pelo CONSEF e consagrado na Instrução Normativa nº 56, publicada no DOE de 21/09/2007, mas que, em relação às mercadorias destinadas ao consumo e ativo fixo, o autuante manteve a cobrança do ICMS devido por presunção à alíquota de 17%, apesar de essas mercadorias não saírem do estabelecimento e, portanto, não serem tributadas pelo imposto estadual, sobre as quais o autuado diz ser aplicável a multa de 1% sobre o valor das mercadorias não registradas. Diz que “Não se deve cobrar por presunção aquilo que não é devido normalmente pelo estabelecimento.” Repete parcialmente os termos de suas manifestações anteriores a respeito. Entende “que deve pagar a infração da seguinte forma” expondo que concorda com o percentual de 1% para as

mercadorias “substituídas”; em relação às mercadorias “consumo”, pleiteia a “conversão da obrigação principal para multa de 1% do valor das mercadorias”, em relação às mercadorias “tributadas”, pleiteia a “conversão da obrigação principal para multa de 10% do valor das mercadorias”. Afirma que, a partir das novas planilhas elaboradas pelo autuante, “convivem” na mesma infração uma exigência atinente ao descumprimento de obrigação principal e uma aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória. Que, “para manter a harmonia lógica da acusação, a impugnante acredita em relação às mercadorias “consumo” e “tributada”, deve-se, ao menos, converter a obrigação principal para multa de obrigação acessória, no valor de 10% do valor da mercadoria.” Repete o pleito já exposto em relação ao assunto, apresentando a alternativa de que, em relação às mesmas, seja aplicada a multa de 10% por descumprimento de obrigação acessória, ao invés da exigência de tributo, “uma vez que em relação às substituídas já foi feita essa conversão.”

À fl. 278, esta 3ª JJF, diante dos fatos argüidos e da documentação acostada aos autos, além da superveniência da Instrução Normativa nº 56, publicada no DOE de 21/09/2007, deliberou por converter o processo em Diligência à ASTEC/CONSEF, para que fiscal designado elaborasse planilhas baseadas nos dados informados pelo contribuinte em sua Declaração e Apuração Mensal do ICMS - DMA do período de janeiro 2002 a fevereiro/2004, correspondente ao percentual atinente às entradas das mercadorias tributáveis (excluindo as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e as mercadorias não tributáveis), separando estes percentuais por exercício, encontrando assim o percentual das mercadorias tributáveis para cada ano e que, utilizando o percentual proporcional às mercadorias tributáveis em cada exercício, fosse calculado o débito tributário para cada mês lançado na Infração 02, nos termos da Instrução Normativa nº 56/07.

Em atendimento à Diligência solicitada, foi emitido o Parecer ASTEC nº 68/2008, às fls. 279 e 280, com a elaboração da planilha demonstrativa do cálculo da proporcionalidade à fl. 281, e novo demonstrativo de débito à fl. 280, com ICMS a recolher no valor total de R\$1.393,34, para a infração 02.

À fl. 286, o autuante confirma-se ciente do Parecer ASTEC nº 68/2008, e não se pronuncia a respeito, enquanto que, à fl. 287, o contribuinte assina o comprovante da cientificação do Parecer ASTEC nº 68/2008, e, também não se pronuncia.

VOTO

Inicialmente, acolho a preliminar de nulidade em relação à infração 01, falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, porque, tal como afirma o autuado, houve cerceamento do direito de defesa, por falta de congruência entre a imputação e os dados dos documentos que a embasam, visto que as intimações anexadas ao processo, às fls. 11 a 13, trazem a informação de que os arquivos magnéticos não foram apresentados nos prazos legais, e, em seguida, os mesmos documentos informam ao autuado que houve a apresentação desses arquivos com falta de registros do tipo 74, 75, 60A, e 60M. Ademais, às fls. 14 a 16, o autuante anexou cópias de intimações não datadas, mas com assinatura, na intimação de fl. 14, confirmando a ciência do contribuinte, e assinadas pelo autuante, relativas à apresentação de arquivos magnéticos com divergências de informações em relação aos livros e documentos fiscais, referentes aos mesmos exercícios das intimações de fls. 11 a 13, citando que foram anexados demonstrativos das inconsistências, a tais intimações de fls. 14 a 16, tendo sido concedido ao sujeito passivo, nestas intimações, o prazo de 30 dias para o seu atendimento.

A falta de entrega do arquivo magnético mediante intimação é infração diferente da falta de envio mensal dos arquivos magnéticos, existindo previsão legal diferenciada de multas para as mesmas, tal como asseverado pelo contribuinte. A imputação 01, segundo o preposto do Fisco, dá-se em razão da primeira hipótese.

Embora o contribuinte confesse não ter entregado os arquivos magnéticos quando intimado, alega que não o fez por não ter tido tempo útil para corrigir as inconsistências apresentadas nas intimações em que lhe foi concedido o prazo de cinco dias úteis, e afirma, comprovando com os recibos eletrônicos às fls. 123 a 228, que enviara os arquivos magnéticos à SEFAZ, via internet, antes de iniciada a ação fiscal. O auditor, tendo acesso a esses arquivos magnéticos enviados via internet, cujos dados ficam arquivados no sistema informatizado desta SEFAZ, detectou que nos mesmos faltavam registros, a exemplo daqueles sob códigos 50, 60M, 60A, 61, 74 e 75, conforme apostado nas intimações de fls. 11 a 13, expresso na informação fiscal, e exposto pelo contribuinte em sua manifestação à fl. 114 dos autos.

A legislação é clara ao conceder o prazo de cinco dias úteis para a apresentação de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, e de trinta dias para a correção de arquivos apresentados com inconsistências:

RICMS/BA:

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, (...).

§ 5º. O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, (...).

Ao ser concedido o prazo de cinco dias úteis para a apresentação de arquivos magnéticos em atendimento às intimações de fls. 11 a 13, estando também citado, nas mesmas, que os arquivos magnéticos enviados continham inconsistências ali descritas, e, ao mesmo tempo, constando a informação de que os arquivos magnéticos não haviam sido apresentados nos prazos legais, tais documentos, que basearam o ato administrativo, prescindiram da necessária clareza. Nestes documentos não está definido, para o sujeito passivo, se, para atendê-las devidamente, deveria apenas apresentar os arquivos magnéticos solicitados, ou também deveria, de pronto, dentro de cinco dias úteis, corrigir as inconsistências que o Fisco nelas elencou. Se o defendente deveria corrigir as inconsistências listadas pelo Fisco, o prazo previsto é de trinta dias, e não de cinco dias úteis, tal como expresso no §5º do artigo 708-B do RICMS/BA, transcrito neste voto, e a intimação concedeu apenas cinco dias úteis para seu atendimento, prazo do qual reclama o contribuinte.

Além desses fatos, constato que há ainda outra irregularidade, qual seja a de que, em seguida às intimações de fls. 11 a 13, com data de ciência em 15/05/2007, foram anexadas ao processo, pelo preposto do Fisco, às fls. 14 a 16, as demais intimações já mencionadas neste voto, sem data de cientificação do contribuinte, mas com sua assinatura à fl. 14, e assinadas pelo autuante, e nas quais a Fiscalização concede ao contribuinte o prazo de trinta dias para que apresente os arquivos magnéticos SINTEGRA, tendo em vista “a apresentação do(s) referido(s) arquivo(s) com divergências de informações em relação aos livros e documentos fiscais, conforme demonstrativo anexo”.

Tendo em vista que as três primeiras intimações para apresentação de arquivos magnéticos anexadas ao processo, e que também elencam inconsistências nesses arquivos, trazem data de ciência ao contribuinte em 15/05/2007, e determinam o prazo de cinco dias úteis para seu atendimento; que as intimações anexadas pelo autuante às fls. 14 a 16, em seguimento às três primeiras, concedem o prazo de 30 dias para que o contribuinte apresente os arquivos magnéticos em razão de inconsistências encontradas em arquivos magnéticos apresentados pelo contribuinte, e que estas, embora não contendo a data de cientificação ao contribuinte, trazem sua assinatura à fl. 14; considerando ainda que o Auto de Infração foi lavrado em 31/05/2007, inexistente a possibilidade de respeito ao prazo de trinta dias constante às fls. 14 a 16, se estas intimações houverem sido expedidas em data posterior às das três de fls. 11 a 13, que o autuante anexou

primeiro aos autos. Ademais, se nas intimações de fls. 14 a 16, o autuante informa que há divergências entre os arquivos magnéticos apresentados pelo contribuinte, e os dados de seus livros e documentos fiscais, isto indica que os arquivos magnéticos, em algum momento, foram apresentados pelo contribuinte e analisados pela Fiscalização.

Assim, tanto pela falta de clareza do texto das três primeiras intimações, quanto pela falta de certeza quanto a ter sido respeitado o prazo de trinta dias concedido ao contribuinte, estas irregularidades caracterizam desrespeito ao devido processo legal, implicando em cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

Assim, nos termos do artigo 18, inciso II, do RPAF/99, considero nula a infração 01, recomendando à autoridade administrativa competente a renovação do procedimento fiscal, a salvo de incorreções.

Contudo, rejeito as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado em relação à imputação 02, tendo em vista que encontram regularmente descritos o sujeito passivo, o montante e fatos geradores do débito imputado, incorrendo as hipóteses do artigo 18 do RPAF/99, tendo sido garantido ao contribuinte, nas quatro ocasiões em que se manifestou no processo, o direito ao exercício da ampla defesa, tendo o mesmo demonstrado que compreendeu esta imputação, expressando discordância parcial quanto a esta exigência fiscal.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS no valor total de R\$8.905,70, acrescido das multas de 60% e 70%, e penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$551,76, em razão de quatro imputações.

O contribuinte não contesta as infrações 03 e 04, lastreadas respectivamente nos demonstrativos de fls. 69 e 71, pelo que as considero procedentes, inexistindo controvérsias.

No que tange à infração 01, foi acatada a preliminar de nulidade suscitada.

Em relação à infração 02, omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, o defendente alega que o autuante, além de presumir equivocadamente a existência de omissão de saídas de mercadorias, capitulou incorretamente a infração, exigindo o imposto, e não multa por descumprimento de obrigação acessória. Entretanto, o artigo 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, estabelece que:

art. 4º:

§ 4º. O fato de a escrituração indicar (...) a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas, (...), autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

A presunção legal é relativa, ou seja, admite prova em contrário. No caso em apreço, caberia ao impugnante exibir as provas do não cometimento da infração imputada no lançamento de ofício, o que não ocorreu. Pelo contrário, o contribuinte admite a falta de escrituração das notas fiscais objeto da imputação.

A situação de o contribuinte não ter registrado as notas fiscais em sua escrita, fato imputado contra o qual não se insurge, autoriza a presunção legal de que o sujeito passivo praticou a omissão de saídas anteriores de mercadorias sem pagamento do imposto. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

O autuado alegou ser descabida a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, porque as entradas não registradas são, em maioria, de bens destinados ao uso e consumo e ativo permanente do estabelecimento, e de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, o que expressa que igualmente invalidaria a presunção de saídas destas mercadorias no

estabelecimento, devido ao encerramento anterior da fase de tributação. Contudo, não se trata de falta de pagamento de imposto relativo às operações para as quais foram emitidos os documentos fiscais acostados ao Auto de Infração, mas de presunção legal da ocorrência de operações anteriores nas quais não houve o devido recolhimento de ICMS. Nesse sentido, não estando escrituradas as notas fiscais, como o autuado reconhece, tais documentos prestam-se, no caso presente, apenas a provar uma operação financeira anterior não contabilizada, na qual houve falta de recolhimento de ICMS.

Não acato a alegação defensiva de que poder-se-ia cobrar não o imposto, mas multas de 1% e de 10% do valor comercial das mercadorias não tributáveis, e tributáveis, que ingressaram no estabelecimento sem a devida escrituração, tendo em vista que a exigência de imposto por presunção se aplica por falta de escrituração fiscal e contábil das notas fiscais de entradas, e o contribuinte não comprovou que os valores relativos a essas aquisições foram lançados em sua escrita contábil (livros Caixa, Razão e Diário).

Ressalto, todavia, que nos termos da Instrução Normativa nº 56/2007, sendo apurada omissão de saídas presumidas, a fiscalização pode considerar que parte desses valores se refere a operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, excluindo esses valores do montante de ICMS devido, se existirem informações e elementos que permitam essa exclusão. Neste sentido, esta 3ª JF, deliberou pela realização de diligência para a determinação de tais valores, tendo sido emitido o PARECER ASTEC Nº 068/2008, as fls. 279 e 280, resultando na elaboração de demonstrativo do cálculo da proporcionalidade das entradas de mercadorias tributáveis, isentas ou não tributáveis, e mercadorias sujeitas à substituição tributária, à fl. 281, com base nas DMAs dos exercícios de 2002, 2003 e 2004, às fls. 282 a 284, tendo sido apurados novos valores do ICMS a recolher com base na mencionada proporcionalidade, no total de R\$1.393,35, consoante demonstrativo de débito à fl. 280, cujo resultado não foi contestado pelo autuado, nem pelo autuante. Acato os cálculos efetuados pelo Auditor Fiscal da ASTEC, e voto pela subsistência parcial desta infração.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$4.167,75, conforme tabela a seguir, e novo demonstrativo de débito mensal de ICMS da infração 02 elaborada pelo auditor fiscal diligente, à fl. 280:

INFRAÇÃO	CONCLUSÃO	ICMS	MULTA
01	NULA		
02	PROCEDENTE EM PARTE	1.393,35	70%
03	PROCEDENTE	2.616,00	60%
04	PROCEDENTE	158,40	60%
TOTAL		4.167,75	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232856.0007/07-8**, lavrado contra **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$4.167,75**, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.774,40, e de 70% sobre R\$1.393,35, previstas no artigo 42, incisos II, alínea “f”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomenda-se à autoridade administrativa competente a renovação do procedimento fiscal referente à imputação 01, a salvo de incorreções.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA- PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR