

PROCESSO - A. I. N° 206847.0022/06-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUA e PLUMATEX COLHÕES INDUSTRIAL LTDA.
RECORRIDOS - PLUMATEX COLCHÕES INDUSTRIAL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0107-02/07
ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA
INTERNET - 09/07/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0189-12/09

EMENTA: ICMS. 1. PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO INDÚSTRIAL E DE INTEGRAÇÃO ECONÔMICA DO ESTADO DA BAHIA – DESENOLVE. PAGAMENTO INTEMPESTIVO DA PARCELA NÃO SUJEITA À DILAÇÃO. PERDA DO BENEFÍCIO, OCASIONANDO RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO NO MÊS EM QUESTÃO. A acusação está caracterizada, porém fica retificada a multa indicada na autuação para o percentual de 50%, já que o imposto não recolhido no prazo regulamentar era referente a operações devidamente escriturados nos livros fiscais próprios. Modificada a Decisão recorrida.

2. NULIDADE DE PROCEDIMENTO. **a)** ARQUIVOS MAGNÉTICOS. OMISSÃO DE INFORMAÇÕES. FALTA DE INDICAÇÃO DAS INCONSISTÊNCIAS. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. Nas intimações expedidas não foi indicado qual o equívoco existente nos arquivos magnéticos apresentados, o que violou os princípios do devido processo legal e do direito de defesa. Infração nula. Modificada a Decisão recorrida. **b)** LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO E DO VALOR DEVIDO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Diligência realizada comprovou que havia inconsistências no levantamento quantitativo de estoques, as quais não podiam ser saneadas mediante revisão fiscal. Infração nula. Modificada a Decisão recorrida.

3. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO INCORRETA. VENDAS DE MERCADORIAS POR EMPRESA INDUSTRIAL A MICROEMPRESAS. A adoção da alíquota de 7% por estabelecimento industrial, nas vendas a contribuintes cadastrados no Regime Especial de Apuração do ICMS – SIMBAHIA – é condicionada ao repasse por parte do vendedor do valor correspondente ao benefício da redução da carga tributária. Infração não caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 2ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário em valor superior ao previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99. São objetos dos Recursos as seguintes infrações:

1. “Recolheu a menor o ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Económica do Estado da Bahia – DESENVOLVE”. Foi lançado imposto no valor de R\$110.152,93, mais a multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte recolheu a parcela referente ao mês de agosto de 2005 no dia 12/09/2005, quando a data correta era o dia 09/09/2005, conforme Anexo I (fls. 10 a 31).
3. Forneceu informações em arquivos magnéticos previstos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, caracterizando a não entrega prevista na alínea “g” do inciso XIII-A, do artigo 915, do RICMS/97. Não foram informados dados do livro Registro de Inventários, apesar de ter sido intimado com a entrega dos relatórios de inconsistências, referente ao período de janeiro a dezembro de 2005, sujeitando-se à multa de R\$368.368,02, equivalente a 1% sobre as operações de saídas, conforme Anexo III (fls. 84 a 147).
6. Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$85.135,69, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de janeiro a dezembro de 2005, conforme o Anexo VI (fls. 176 a 793). Em complemento à acusação, o autuante consignou que em razão do autuado ter excluído indevidamente do valor da mercadoria o percentual de 17%, quando na base de cálculo da operação já se encontrava o ICMS embutido à alíquota de 7%, nas saídas de mercadorias destinadas a contribuintes inscritos no SIMBAHIA, e que foram superavaliadas as mercadorias vendidas.
7. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$1.175.140,87, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais no total de R\$6.912.593,41, e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, relativo ao exercício de 2005, conforme Anexo VII (fls. 794 a 1.458).

O autuado apresentou defesa (fls. 1.461 a 1.486) e, referindo-se à infração 1, alegou que a multa cabível era de 50%, pois as operações estavam escrituradas nos livros fiscais próprios. Pediu que a pena fosse reduzida em 100%.

Quanto à infração 3, disse que estava dispensado de informar o valor do seu inventário nos arquivos magnéticos, pois escriturava o livro Registro de Inventário por meio de sistema eletrônico. Pediu a dispensa da multa, com base no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/97.

No que tange à infração 6, negou a ocorrência de erro na determinação da base de cálculo e de superavaliação do preço das mercadorias vendidas para contribuintes do SimBahia. Disse que foi cumprida a determinação legal que previa a concessão de desconto nas saídas destinadas a microempresas, conforme a questão já fora discutida no Acórdão JJF nº 0070-05/05.

Em relação à infração 7, afirmou que foram ignorados os estoques de matéria-prima e de embalagens, bem como as notas fiscais de entradas.

Na informação fiscal (fls. 1.521 a 1.526), o autuante manteve a autuação quanto às infrações 1 e 7. No que tange à infração 3, afirmou que a contadora da empresa não lhe entregou os inventários de 2004 e 2005, bem como não providenciou a retificação dos arquivos magnéticos. Relativamente à infração 6, salientou que nas notas fiscais de vendas a contribuinte inscrito no SimBahia foi utilizada uma fórmula errônea, conforme exemplo que citou.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0107-02/07, a 2ª JJF julgou o Auto de Infração Procedente em Parte.

As infrações 1 e 3 foram julgadas procedentes, pois as acusações estavam caracterizadas e as multas foram corretamente aplicadas, não sendo cabível a redução ou dispensa de multa pleiteada na defesa.

A infração 6 foi julgada improcedente, tendo o ilustre relator, em síntese, assim se pronunciado:

[...]

Portanto, de acordo com a norma do citado dispositivo regulamentar, a adoção da alíquota de 7% por estabelecimento industrial, nas vendas a contribuintes cadastrados no Regime Especial de Apuração do ICMS – SIMBAHIA, é condicionada ao repasse por parte do vendedor do valor aproximadamente correspondente ao benefício da redução da carga tributária.

Na fase de instrução, o processo foi submetido a pauta suplementar do dia 22/03/2007, visando a verificação se realmente o preço constante no documento fiscal representa o valor da operação e se houve o desconto sobre a forma de repasse ao contribuinte Simbahia, sendo decidido que não haveria necessidade de tal verificação, uma vez que em fiscalização anterior, esta questão foi examinada pela primeira instância de julgamento e confirmada pela Câmara de Julgamento do CONSEF, sendo considerado que o procedimento adotado pelo contribuinte estava correto.

Como trata este item da mesma ocorrência do processo anterior, apenas em período diferente, da análise das notas fiscais que constam nos autos, destacando a Nota Fiscal nº 14.812 (doc. fl. 203), observo no corpo da mesma está especificado o valor do desconto que foi concedido ao contribuinte Simbahia, referente a redução da alíquota de 17,0% para 7,0%. Por outro lado, não restou comprovado nos autos que o seu procedimento desatendeu ao estabelecido no art. 51, § 1º, inc. II, do RICMS-BA bem como o valor correspondente à quantia proveniente da redução da alíquota deixou de ser repassada ao adquirente das mercadorias sob forma de desconto.

Acompanhando a Decisão exarada no Acórdão CJF nº 0247-12/06 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, conclui que realmente, na emissão das notas fiscais para clientes do SIMBAHIA, o autuado destacou o desconto, no corpo da nota fiscal, conforme previsto na legislação tributária, não havendo descumprimento ao estabelecido no art. 51, § 1º, inc. II, do RICMS-BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

A infração 7 foi julgada procedente, uma vez que a metodologia de apuração do débito obedeceu ao roteiro de auditoria de estoques, e o débito foi calculado seguindo os procedimentos previstos na Portaria nº 445/98.

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 2ª JJF recorreu de ofício de sua Decisão.

Inconformado com a Decisão proferida pela 2ª JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde alega que o Acórdão JJF Nº 0107-02/07 merece ser reformado.

Quanto à infração 1, o recorrente explica que a parte não recolhida do imposto era a incentivada pelo DESENVOLVE. Frisa que não questiona o pagamento do principal, no valor de R\$110.152,93, mas sustenta que a multa cabível é a de 50%, prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, já que se trata de imposto escriturado em livros próprios. Solicita que a multa já paga seja compensada. Após transcrever o disposto no artigo 45-A da Lei nº 7.014/96, o recorrente afirma que, como o imposto foi pago no prazo de vinte dias, a multa cabível deve ser reduzida em 100%.

No que tange à infração 3, afirma que as intimações realizadas não discriminam as inconsistências existentes nos arquivos magnéticos transmitidos, não havendo, assim, qualquer pedido para a regularização de informações referentes a inventários [registro 74], conforme as intimações de fls. 89, 90, 91 e 92. Diz que as intimações de fls. 86 e 87 não estão assinadas pela empresa ou por sua contadora, o que as tornam sem valor legal. Aduz que os documentos de fls. 93 a 96 tratam de termos de arrecadação/devolução de documentos e, portanto, nada têm a ver com solicitação para entrega de registro 74. Reconhece que lhe foi solicitada a correção de inconsistência referente a vendas para clientes do SIMBAHIA, porém diz que essa retificação foi feita conforme os documentos de fls. 126 a 137.

Diz que, por força do disposto no § 5º do art. 683, do RICMS-BA, não estava obrigado a apresentar informações referentes a seu inventário nos arquivos magnéticos, uma vez que era usuário de sistema eletrônico de processamento de dados. Transcreve ementa de Parecer, onde consta que “*Quando escriturar o Livro Registro de Inventário por SEPD não precisa fazer a entrega dos arquivos magnéticos via Sintegra.*”

Pede que a infração em tela seja considerada improcedente, ou que a multa seja cancelada nos termos do disposto no art. 158 do RPAF/99.

Quanto à infração 7, o recorrente suscita a nulidade desse item do lançamento, por cerceamento de defesa, alegando que a informação fiscal foi prestada sem a devida fundamentação.

No mérito, diz que as saídas consideradas pelo autuante contemplam apenas as vendas, ao passo que deveriam abranger todas as saídas. Alega que as planilhas de fls. 819 a 828 tratam das vendas referentes a treze meses e, no entanto, todas essas vendas foram computadas pelo autuante como sendo atinentes ao mês de maio de 2005. Para comprovar suas alegações, junta ao processo as planilhas de fls. 1580 a 1783, referentes ao exercício de 2005.

Salienta que a planilha de fls. 796 e 797 (resumo do levantamento quantitativo) contém diversos equívocos, os quais não são passíveis de correção. Frisa que, para se apurar a produção do exercício, era necessária a dedução das devoluções, das remessas para conserto e das transferências realizadas, o que diz não ter sido observado pelo autuante. Menciona que o ICMS devido foi pago. Diz que a sua contabilidade está à disposição do fisco para qualquer verificação.

Requer que seja declarada a improcedência ou a nulidade da infração, nos termos do disposto no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Ao finalizar o seu Recurso Voluntário, o recorrente solicita que: sejam extintos, por pagamento, os débitos referentes às infrações 1, 2, 4 e 5, conforme DAE às fls. 1491/1492; seja concedida a compensação do valor da multa já paga referente à infração 1, nos termos do art. 45-A da Lei nº 7.014/96; seja julgada improcedente a infração 3, ou que seja a multa dispensada, nos termos do art. 158 do RPAF/99; seja considerada improcedente ou nula a infração 7, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99; seja aplicada a redução da multa prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96 às infrações em que couber, inclusive naquelas cujos débitos já foram recolhidos; seja extinto o crédito tributário, com o consequente arquivamento do Auto de Infração.

Às fls. 1577 a 1579, foi acostado um documento intitulado “Nota de Esclarecimento e Desagravo”, onde a contadora da empresa expressa o seu descontentamento com a forma como foi tratada pelo autuante durante a ação fiscal.

Ao exarar o Parecer de fl. 1795, a ilustre representante da PGE/PROFIS sugeriu a realização de diligência. Após apreciação em pauta suplementar, decidiu a 2ª CJF acolher a sugestão da PGE/PROFIS e converter o processo em diligência à ASTEC do CONSEF, para que fossem atendidas as seguintes solicitações: que fosse verificada a veracidade dos argumentos recursais e, caso sejam verdadeiros, que fossem efetuadas as correções pertinentes no levantamento; que fosse verificada a veracidade dos dados da planilha de fls. 1580/1783 e, caso necessário, fossem realizadas as devidas correções.

A diligência solicitada foi atendida conforme o Parecer ASTEC nº 072/2008 (fls. 1802 e 1803).

Nesse citado Parecer, a diligenciadora informou que, levando-se em conta a quantidade de produtos fabricados durante o ano de 2005, as saídas apuradas pelo autuante relativamente ao mês de maio de 2005 apresentaram uma grande desproporção com os demais meses. Salientou que, conforme constatado *in loco*, o galpão onde são produzidos os colchões não comporta mais do que a própria produção diária. Disse que, após a correção das saídas ocorridas no mês de maio de 2005 (fls. 819/828), o débito referente à infração 7 passa de R\$1.175.140,87 para R\$14.769,18.

Segundo a diligenciadora, para a constatação da veracidade dos fatos correspondentes às operações de saídas consignadas nas planilhas de fls. 1580/1783 seria necessária uma revisão de todas as operações arroladas no levantamento quantitativo. Disse que essa verificação era impossível de ser feita mediante uma diligência fiscal, haja vista que se tratava de uma empresa industrial com benefício do programa DESENVOLVE.

Notificado acerca do resultado da diligência, o recorrente disse que apenas foi corrigido o erro referente ao mês de maio de 2005, apesar de ter sido trazido no Recurso Voluntário demonstrativo apontando a existência de diversos equívocos no levantamento realizado pelo autuante. Afirmou que os seus livros fiscais estavam à disposição do fisco para novas verificações. Pediu que a infração fosse julgada improcedente.

Considerando que o autuante não estava mais lotado na sua unidade de origem, o supervisor da INFRAZ Indústria tomou ciência do resultado da diligência (fl. 1843).

Ao exarar o Parecer de fls. 1844 a 1850, a ilustre representante da PGE/PROFIS, referindo-se à infração 1, afirma que não há como se aplicar ao recorrente a multa prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, pois o caso em tela trata de operações escrituradas nos livros próprios, porém não recolhidas tempestivamente. Diz que o recolhimento a menor do imposto afasta a aplicação da referida multa. Opina pela manutenção da multa originalmente aplicada.

Quanto à infração 3, diz que as intimações de fls. 86 e 87 não estão acompanhadas de prova do recebimento delas pelo recorrente e, portanto, não produzem efeitos jurídicos. Afirma que, no entanto, as intimações de fls. 89 e 91 contêm a ciência do recorrente e, além, disso, estão acompanhadas da descrição dos livros fiscais a serem apresentados, especialmente o livro Registro de Inventário. Diz que a entrega dos arquivos magnéticos sem os registros referentes ao Registro de Inventário enseja a aplicação da multa indicada na autuação. Salienta que caberá ao CONSEF apreciar o cabimento da redução ou da dispensa da multa.

Em relação à infração 7, diz que, salvo melhor juízo, esse item do lançamento não merece prosperar, pois sobre ele paira a incerteza quanto à determinação da infração. Ressalta que nem mesmo a realização de diligência foi capaz de afastar tal incerteza.

Ao finalizar o seu Parecer, a ilustre procuradora opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, para que seja decretada a nulidade da infração 7.

Em despacho à fl. 1852, o doutor José Augusto Martins Junior, procurador assistente da PGE/PROFIS, acolhe o Parecer de fls. 1844 a 1850, para que seja a infração 7 julgada nula, uma vez que está eivada de inconsistências.

Na sessão de julgamento, decidiu a 2ª CJF converter o processo em diligência à INFRAZ Indústria, para o atendimento das seguintes solicitações: a) que seja informado se, em relação à infração 1, o recorrente preenchia os requisitos previstos no parágrafo único do artigo 45-A da Lei nº 7.014/96 para usufruir da redução da multa em 100%; b) que seja informado se o recolhimento atinente à infração 1 foi efetuado com o pagamento da multa correspondente.

A diligência foi atendida, fl. 1857, tendo o diligenciador informado que:

1. Em relação à infração 1, o recorrente solicitou pagamento parcial do débito no valor de R\$7.285,00, juntamente com outras importâncias referentes às demais infrações.
2. O valor citado acima foi recolhido aos cofres públicos em 28/12/09.
3. Na elaboração dos cálculos para o pagamento do citado valor, o sistema da GCRED apropriou os montantes referentes a acréscimos moratórios e à multa, nos valores de, respectivamente, R\$1.337,64 e R\$847,27.
4. Na data do respectivo pagamento, a princípio, o contribuinte atendia ao previsto no art. 45-A da Lei nº 7.014/96, uma vez que se encontrava no período inferior aos vinte dias previstos para redução da multa no percentual de 100%.
5. Segundo a planilha de cálculo, a multa foi incluída para o pagamento do valor solicitado.
6. O recorrente teve outros Autos de Infração lavrados em um prazo inferior a três anos a contar desta ação fiscal.

7. Foi anexado ao processo, fls. 1858 a 1866, DAEs referentes a pagamentos efetuados, bem como planilhas de cálculo para os dois últimos Autos lavrados pela fiscalização do comércio.

Ao finalizar, o diligenciador sugeriu o encaminhamento do processo à GCRED, para as demais informações necessárias ao atendimento da diligência solicitada.

À fl. 1869, a GECOB/Dívida Ativa, complementando as informações de fls. 1857, informou que o recorrente já tinha usufruído do benefício previsto no artigo 45-A da Lei nº 7.014/96, quando efetuou o pagamento do Auto de Infração nº 113839.0022/04-6 com a redução de 100% (fl. 1868).

Notificado acerca do resultado da diligência, o recorrente, às fls. 1874 a 1879, afirma que a multa indicada na infração 1, no percentual de 60%, prevista no artigo 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, não procede. Explica que a irregularidade foi decorrente da falta de atenção do responsável pelo setor fiscal, que deixou de emitir a guia na data correta e, em consequência, o pagamento foi efetuado no dia seguinte ao do vencimento. Diz que inexistiu dolo, fraude ou simulação. Pugna pela aplicação da redução de multa prevista no artigo 45-A da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 5.534/02. Em seguida, o recorrente diz que foi alegada a hipótese de aplicação da multa prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, no percentual de 50%, cabível nos casos em que as operações estejam devidamente escrituradas nos livros fiscais próprios, uma vez que o valor devido foi registrado à fl. 32 do livro Registro de Apuração de ICMS.

Quanto à infração 3, o recorrente afirma que, segundo a intimação datada de 09/11/06, tinha até o dia 09/12/06 para entregar os arquivos magnéticos solicitados. Diz que a entrega foi efetuada em 23/11/06 e, portanto, a acusação não procede. Discorre sobre o SINTEGRA e DMA. Menciona que estava desobrigado de apresentar os arquivos magnéticos solicitados. Diz que, caso assim não entenda este colegiado, a multa seja reduzida ou dispensada, ao teor do disposto no artigo 158 do RPAF/99 e no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96. Requer que seja declarada a nulidade dessa infração, ao teor do disposto no art. 18, IV, do RPAF/99.

No que tange à infração 7, o recorrente diz que o opinativo do representante da PGE/PROFIS pela nulidade da autuação foi acertado, já que a diligência comprovou que o levantamento quantitativo estava eivado de vícios. Destaca que há divergências entre as afirmações da fiscalização relativamente às infrações 3 e 7.

Ao finalizar, o recorrente solicita que “*seja julgada procedente a manifestação de inconformidade e o pedido de reconsideração, declarando a improcedência da referida infração com a devida exclusão da multa e procedendo a anulação da Decisão proferida pela 2ª JJF que julgou improcedente a exclusão de parte do AI, para, ao final, declarar extinto o crédito tributário em sua totalidade.*”

Ao finalizar, o recorrente solicita que a multa referente à infração 1 seja excluída, que a infração 3 seja julgada improcedente e que o crédito seja extinto em sua totalidade.

O autuante foi notificado acerca do resultado da diligência, porém não se pronunciou (fl. 1883).

Ao exarar o Parecer de fl. 1886, a doutora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, procuradora do Estado, inicialmente externa a sua anuência com o Parecer da PGE/PROFIS já exarado.

Referindo-se à infração 1, a procuradora afirma que, segundo informação prestada pela INFRAZ Indústria, o recorrente efetuou o pagamento do imposto, porém o valor foi apropriado em parcelas proporcionais ao imposto lançado, à correção monetária, aos acréscimos moratórios e à multa aplicada. Após ressaltar que a INFRAZ Indústria confirmou que à época da realização do pagamento o recorrente fazia jus ao benefício previsto no artigo 45-A da Lei nº 7.014/96, a ilustre procuradora diz que a GCRED deverá efetuar a correta imputação do pagamento realizado.

Quanto à infração 7, a procuradora ratifica o posicionamento anterior da PGE/PROFIS que opinou pela nulidade desse item do lançamento, com a proposição de refazimento da ação fiscal.

Em relação aos pedidos de alteração de multa, a Parecerista ratifica o posicionamento já exarado nos autos.

Ao finalizar seu Parecer, a ilustre procuradora opina pelo acolhimento do resultado da diligência realizada pela ASTEC e pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

VOTO

O Recurso Voluntário versa sobre as infrações 1, 3, e 7, as quais foram julgadas procedentes em primeira instância.

Na infração 1, o recorrente foi acusado de ter recolhido a menos o ICMS referente ao mês de agosto de 2005, em razão de ter deixado de efetuar o pagamento, na data regulamentar, da parcela não sujeita à dilação de prazo previsto no programa DESENVOLVE. Em decorrência desse fato, relativamente àquele mês, o recorrente perdeu o benefício atinente à parcela incentivada pelo programa DESENVOLVE.

O demonstrativo de fl. 11, os DAEs de fls. 12 e 13 e a fotocópia do livro Registro de Apuração de ICMS de fl. 65 atestam a veracidade da acusação feita na infração 1. No Recurso Voluntário, o recorrente, expressamente, reconhece a procedência da acusação que lhe foi feita, porém questiona a multa que lhe foi aplicada, solicita que seja compensado o valor pago e requer que a pena seja reduzida conforme o previsto no art. 45-A da Lei nº 7.014/96.

No que tange à multa cabível, o pleito recursal merece ser acolhido, já que o imposto não pago no prazo regulamentar era referente a operações devidamente escriturado nos livros fiscais próprios. Nesse item do lançamento, o autuante refez a conta corrente fiscal do recorrente desconsiderando o benefício do DESENVOLVE, porém nessa infração não há qualquer referência a operação ou prestação que não tenha sido registrada nos livros fiscais próprios. Desse modo, retifico a multa indicada na autuação, aplicando a pena prevista no artigo 42, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, no percentual de 50%.

Quanto à redução de multa prevista no artigo 45-A, da Lei nº 7.014/96, observo que o Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 15/12/06, ao passo que o recorrente já tinha usufruído desse benefício em 26/03/04, quando efetuou o pagamento do Auto de Infração nº 113839.0022/04-6 (fls. 1868 e 1869). Não há, portanto, com se aplicar a redução prevista no artigo 45-A da Lei nº 7.014/96, pois o disposto no inciso II do parágrafo único desse citado artigo e lei prevê que esse benefício não se aplicará quando o contribuinte já tenha dele usufruído nos três anos imediatamente anteriores à data de lavratura do auto de infração.

Relativamente à “compensação” pleiteada pelo recorrente, não há amparo legal para atender tal pedido, porém ressalto que o valor pago e informado na diligência de fl. 1857 (R\$ 7.285,60) deverá ser homologado pela repartição fazendária competente quando da quitação do Auto de Infração.

Em face do acima exposto, a infração 1 subsiste, porém a multa indicada na autuação (60%) fica retificada para 50%, prevista no artigo 42, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Na infração 3, o recorrente foi acusado de ter fornecido informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de dados referentes ao livro Registro de Inventário.

Nos termos do disposto nos §§ 3º e 5º do artigo 708-B, do RICMS-BA, quando o contribuinte for intimado para corrigir arquivos magnéticos apresentados com inconsistências, lhe deverá ser entregue “Listagem Diagnóstico” indicativa das irregularidades apuradas.

Examinando a documentação que compõe o Anexo III (fls. 84 a 147), constato que é verdadeira a alegação recursal de que o autuante, ao intimar o recorrente para corrigir os arquivos magnéticos,

não lhe entregou a “Listagem Diagnóstico”, onde deveria estar indicada a inconsistência contida nos arquivos magnéticos apresentados – ausência de dados referentes ao inventário (Registro 74).

Respeitosamente, uso divergir do entendimento da ilustre representante da PGE/PROFIS sobre a validade do procedimento do autuante nesse item do lançamento. Os documentos que acompanham os de fls. 89 e 91 são duas intimações para apresentação de livros e documentos no prazo de quarenta e oito horas, os quais não se confundem e nem substituem a “Listagem Diagnóstico” prevista no artigo 708-B do RICMS-BA. Ademais, as intimações para apresentação de livros Registro de Inventário foram atendidas, e os livros estão acostados ao processo.

Dessa forma, considero que as intimações realizadas pelo autuante não especificavam qual a inconsistência que havia nos arquivos magnéticos apresentados e, ao deixar de fornecer essa especificação, foram violados os princípios do devido processo legal e do direito de defesa. A infração é nula, ao teor do disposto no artigo 18, inciso II, do RPAF/99.

Ressalto que caso não houvesse essa nulidade citada acima, a multa indicada na autuação mereceria, com base no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, ser reduzida ou dispensada. O descumprimento da obrigação acessória em tela não trouxe prejuízo ao fisco, já que a empresa pode ser fiscalizada, inclusive mediante a realização de levantamento quantitativo de estoque, sendo relevante observar que os estoques da empresa eram “zero”, informação que poderia ser obtida diretamente do livro Registro de Inventário entregue pelo recorrente à fiscalização.

Quanto à infração 7, afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, pois uma eventual falha na informação fiscal não é razão para a nulidade da autuação, já que esse procedimento visa fornecer aos julgadores elementos para a decisão da lide, não causando qualquer prejuízo ao recorrente. Todavia, acompanhado o opinativo da PGE/PROFIS, considero que as informações trazidas ao processo na diligência efetuada pela ASTEC/CONSEF evidenciam a existência de insegurança na determinação da infração e do montante devido, conforme passo a expor.

Após a diligência efetuada *in loco*, auditora fiscal lotada na ASTEC do CONSEF comprovou a existência de erro na determinação da produção referente ao mês de maio de 2005. Com a correção desse erro, o valor do imposto cobrado na infração em tela passa de R\$ 1.175.140,87 para R\$ 14.769,18. Em seguida, afirma a diligenciadora que para a verificação das demais alegações recursais seria necessário um completo refazimento do levantamento quantitativo de estoque, o que seria impossível de ser realizado mediante diligência.

Com base no resultado dessa diligência, concluo que, efetivamente, há insegurança na determinação da infração e do montante devido, o que, ao teor do disposto no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, acarreta a nulidade do levantamento quantitativo de estoque. Comungando com o informado na diligência, considero que os vícios existentes nos levantamentos quantitativos são de tal monta que não podem ser saneados mediante realização de diligência. Dessa forma, acolhendo o opinativo da PGE/PROFIS, julgo nula a infração 7.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, represento à autoridade fazendária competente para que seja providenciada a renovação da ação fiscal quanto às infrações 3 e 7, a salvo de falhas.

No que tange à solicitação recursal para que, relativamente as infrações reconhecidas e pagas, sejam declarados extintos os débitos tributários, saliento que caberá à repartição fazendária competente homologar os pagamentos realizados quando da quitação do Auto de Infração.

Pelo acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida para retificar a multa indicada na infração 1 e julgar Nulas as infrações 3 e 7, devendo ser renovado o procedimento fiscal dos itens julgados nulos.

O Recurso de Ofício cinge-se à infração 6, a qual foi julgada improcedente na decisão recorrida.

Decidiu a primeira instância que a infração 6 era improcedente, pois o autuado, ora recorrido, fez constar nas notas fiscais que o benefício decorrente da redução da alíquota foi repassado ao

destinatário das mercadorias enquadrado no regime do SIMBAHIA. Também salientou a primeira instância que, em relação ao recorrente, no que tange a exercícios anteriores, tal matéria já tinha sido objeto de decisão favorável ao contribuinte.

Não há reparo a fazer na decisão recorrida, uma vez que restou comprovado que o recorrente atendeu às condições previstas na legislação para aplicar a alíquota de 7% nas saídas destinadas às empresas enquadradas no Regime do SIMBAHIA. Corroborando tal entendimento, ressalto que decisão anterior deste CONSEF (Acórdão CJF N° 0247-12/06), ao tratar da mesma matéria, comprovou que o recorrente destacava no corpo da nota fiscal o valor correspondente ao desconto, o qual era repassado ao adquirente das mercadorias, conforme exige a legislação tributária estadual.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para homologar a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n° 206847.0022/06-0, lavrado contra **PLUMATEX COLCHÕES INDUSTRIAL LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$133.394,39, acrescido da multa de 50% sobre R\$110.152,93 e 60% sobre R\$23.241,46, previstas no art. 42, incisos I, “a” e II, alíneas “a” e “f”; e VII, “a”, da Lei n° 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal em relação aos itens julgados nulos.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de junho de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ANA CAROLINA ISABELLA MOREIRA – REPR. DA PGE/PROFIS