

A. I. N° - 206948.0003/08-2
AUTUADO - SALVADOR MOTOS LTDA.
AUTUANTE - MARCO AURÉLIO DUTRA DE REZENDE
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 12.06.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0129-02/09

EMENTA: ICMS. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA de 1%. Argumentos defensivos não foram capazes para elidir a imputação. Excluídas do levantamento fiscal as notas fiscais que não foram carreadas cópias para o processo. **b)** DOCUMENTOS FISCAIS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. EXIBIÇÃO INCOMPLETA E EM PADRÃO DIFERENTE DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. FALTA DE INFORMAÇÃO DOS REGISTROS TIPO 54, 60R, 74 e 75. MULTA. De acordo com o RICMS/97 sendo constatadas inconsistências no arquivo magnético do SINTEGRA, deve ser concedido o prazo de trinta dias para as devidas correções. Infração subsistente, tendo em vista que foi devidamente cumprido o devido processo legal com a intimação e apresentação das listagens diagnósticos para regularização no prazo de 30 (trinta) dias, não sendo atendido no prazo estipulado. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas na defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2008, reclama MULTA no valor total de R\$122.194,41, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro, maio, junho, julho, outubro e novembro de 2003, março a novembro de 2004, sendo aplicada a multa no valor de R\$1.787,48, conforme demonstrativo fls. 87 a 90.
2. Deixou de fornecer arquivos em meio magnético exigido mediante intimação, referente às informações das operações ou prestações realizadas, no período de janeiro de 2003 a dezembro de 2004, sendo aplicada a multa no valor de R\$ 120.406,93, equivalente a 1% sobre o montante das saídas mensais, conforme demonstrativo à fl. 115.

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, em sua impugnação às fls. 122 a 156, após transcrever as infrações que lhe foram imputadas, suscita a nulidade do lançamento, com base na preliminar de cerceamento ao direito de exercício da ampla defesa, arguindo que através da cópia do Auto de Infração e dos demonstrativos que lhe foram fornecidos pelo autuante não é possível se defender das acusações fiscais, pois tais documentos não são auto-explicativos nem claros.

Observa que na relação do CFAMT e nas informações contidas nos arquivos magnéticos dos fornecedores constam várias notas fiscais cujos destinatários são outras empresas; os números das notas estão incorretos; os valores não coincidem com o valor real constante nas vias das notas fiscais; a natureza da operação não é compra para revenda (remessa para conserto, bonificação, etc). Salientou que o entendimento do CONSEF em inúmeras decisões proferidas é no sentido de que a via arrecadada nos diversos postos fiscais fixos ou de volantes ou a cópia fornecida por fornecedores é prova material imprescindível para comprovação de irregularidade fiscal, as quais devem ser anexadas aos autos e também ser fornecida cópias das mesmas ao contribuinte para garantia do direito de ampla defesa.

Como outra preliminar, alega que a descrição da acusação não foi feita de forma clara e precisa, inexistindo nos autos qualquer elemento que possa determiná-la com segurança.

Em seguida, quanto a infração 01, apontou os equívocos seguintes no lançamento, arguindo que:

a) não foram anexadas ao processo e nem lhe foram fornecidas as cópias das notas fiscais nº 47870, 43833, 565663, 47069, 65797, 65811, 66050, 700373, 703464, 710006, 872233, 872366, 720039, 14122, 30480, 31008, 889284, 911264, 925104, 153837, 160669, 930669, 945338, 957625, 40475, 297398, 297410, 297415, 988681, 324805, 41185, 1744, 361595, 365173, 29798 e 41186.

b) as notas fiscais nº 727208, 704378 e 80306, se tratam de notas cuja natureza da operação é de compras de mercadorias cujo ICMS foi pago por substituição tributária e/ou antecipação tributária e essa quantidade de 03 notas não registradas é ínfima em relação ao universo fiscalizado da ordem de 2.895 notas fiscais.

c) não houve descumprimento de obrigação principal.

d) a falta do registro das notas fiscais na escrita fiscal não implicou em falta de recolhimento de tributo.

e) a infração não foi praticada com intuito de dolo, fraude ou simulação.

Por conta desses argumentos, requer o cancelamento da multa aplicada ou a sua redução para o valor de R\$50,00, conforme previsto no artigo 158, do RPAF/99.

Com relação à infração 02, o autuado destacou que o seu estabelecimento comercial opera no ramo de comércio varejista de motocicletas e motonetas novas e peças e acessórios para veículos automotores, classificados na posição 8711 da NCM, cujos referidos produtos correspondente a aproximadamente a 95% do volume de vendas, e não sofrem tributação quando de sua saída em virtude de ter a sua fase de tributação encerrada, em decorrência do ICMS ter sido pago pelo regime de substituição tributária ou pelo regime de antecipação tributária.

Argumenta que a autuação é nula e não tem como prosperar diante dos equívocos cometidos pelo autuante, tendo em vista que:

1. A ação fiscal decorreu da Ordem de Serviço nº 520585/07 emanada da Superintendência de Administração Tributária que sugeria a aplicação de diversos Roteiros de Auditoria.
2. Foram apresentadas todas as notas fiscais de entradas e de saídas acompanhadas dos respectivos livros fiscais e arquivos magnéticos, referentes aos exercícios de 2003 e 2004.
3. Durante a fiscalização recebeu intimação em 09/01/2008 para apresentar novos arquivos magnéticos com a correção das inconsistências contidas nos mesmos.
4. Foram apresentados em 28/01/2008 novos arquivos contendo os dados dos livros fiscais com as correções das inconsistências referente ao exercício de 2003, e em 29/01/2008 com correção das inconsistências do livro Registro de Inventários dos anos de 2002 e 2003 (fls. 116 e 17).

5. Idem no dia 28/01/2008 os dados do Registro de Entradas referentes ao período de janeiro de 2004 a janeiro de 2005 fl. 18).
6. Idem nos dias 20/01/2008, 21/01/2008 e 28/01/2008 (fls.19 e 20) dos novos arquivos contendo os dados do Registro de Saídas e do RAICMS com correção das inconsistências referente ao ano de 2004, além do livro Registro de Inventário de 2003 e 2004, nos dias 28/01/2008 e 29/01/2008 (fl. 21).
7. Idem novos arquivos contendo todos os dados dos livros Registro de Saídas, Entradas, Apuração do ICMS e Inventário do período de 17 a 27/03/2008.
8. Durante o período de 02/01/2008 a 31/03/2008 o autuante de posse dos livros fiscais e das informações contidas nos arquivos de 2003 e 2004 realizou seu trabalho fiscal, cumprindo os roteiros, nos termos da ordem de serviço, conforme Relatório de Fiscalização anexado ao processo.

Portanto, entende que o autuante teve todas as condições de cumprir seu trabalho fiscal realizando os roteiros: AUDIF 201 – AUDITORIA DA CONTA CORRENTE FISCAL, nada apurando de irregular; AUDIF 202 - AUDITORIA EM DOCUMENTOS E LANÇAMENTOS FISCAIS, acusando a falta de registro de 39 notas fiscais que estão sendo motivo de impugnação nesta peça defensiva; AUDIF 203 – AUDITORIA DAS OPERAÇÕES MERCANTIS OU DA PRODUÇÃO INDUSTRIAL; nada apurando de irregular; AUDIF 204 – AUDITORIA DO CRÉDITO FISCAL DO ICMS, nada apurando de irregular; AUDIF 205 – AUDITORIA DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, nada apurando de irregular; AUDIF 210 – AUDITORIA DAS AQUISIÇÕES DE BENS DE USO OU CONSUMO, nada apurando de irregular; AUDIF 231 – AUDITORIA DAS DEVOLUÇÕES DE MERCADORIAS, nada apurando de irregular; AUDIF 239 – AUDITORIA DA SITUAÇÃO CADASTRAL DO CONTRIBUINTE, nada apurando de irregular; AUDIF 241 – AUDITORIA DOS DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS, nada apurando de irregular; AUDIF 242 – AUDITORIA DAS INFORMAÇÕES EM MEIO MAGNÉTICO 0 CONV.57/95, nada apurando de irregular; AUDIF 247 – AUDITORIA DAS TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS, nada apurando de irregular.

Ressalta ainda que o autuante após os exames efetuados nos livros e documentos fiscais, e das informações contidas nos arquivos magnéticos de 2003 e 2004, tendo realizado as auditorias citadas não encontrou nenhuma irregularidade que resultasse em constituição de crédito de obrigação principal, com exceção da apresentação dos arquivos magnéticos com inconsistências, que no seu entendimento não comprometeu o trabalho fiscal.

Frisa que a orientação da SEFAZ é no sentido de que só deve ser lavrado auto de infração caso o contribuinte não entregue o arquivo solicitado ou o apresente após o prazo de 30 dias com inconsistência. No caso, informa que a intimação recebida foi devidamente atendida em 09/01/2008, no prazo estipulado na intimação, com a entrega de novos arquivos magnéticos com as devidas correções das inconsistências verificadas nos anos de 2003 e 2004, tendo salientado que esperou a informação do autuante se haveria necessidade de apresentação de novos arquivos.

Diz, mais, que efetuou novo envio de arquivos magnéticos no mês de fevereiro e não recebeu nenhuma informação do autuante se ainda haviam divergências nos mesmos.

Além disso, observa que o autuante colocou indevidamente as datas dos fatos geradores e as datas dos vencimentos como sendo o último dia da cada mês fiscalizado, requerendo por esse motivo a nulidade deste item da autuação, pois não houve infrações nestas datas.

Com esse argumento, conclui que a descrição do fato, as datas das ocorrências, as datas de vencimento e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem o direito aplicável, o que demonstram insegurança do lançamento de ofício e não atendem ao devido processo legal.

No mérito, aduz que a simples apresentação de arquivos magnéticos com inconsistências a SEFAZ não prejudicou os trabalhos de fiscalização, que nada apurou de irregular nos exercícios de 2003 e 2004, pelo que, requereu a o cancelamento ou redução da multa aplicada, por não ter sido praticada com dolo, fraude ou simulação, consoante decisões do CONSEF, a exemplo do Acórdão nº JJF nº 0012-01/07, no qual foi reduzida a multa para R\$50,00.

Por fim, que diante dos enganos cometidos pelo autuante:

a) quanto a infração 01, que seja baixado o processo em diligência para que sejam fornecidas cópias das notas fiscais que serviram de base ao levantamento fiscal, de modo a exercer o seu direito de defesa.

b) quanto a infração 02, que não há como caracterizar a infração de forma precisa, pois a descrição ficou confusa, e os demonstrativos não apontam a verdade dos fatos, impondo sua a procedência em parte com a redução da multa para 1 (uma) UPF.

O autuante em sua informação fiscal às fls. 195 a 199, no tocante à infração 01, rebateu a preliminar de falta de clareza na descrição do fato dizendo que o texto que se encontra registrado no corpo da peça acusatória, transcrita na íntegra, deixa claro que em momento algum foi dito que os documentos fiscais utilizados no cruzamento eletrônico com os documentos fiscais escriturados no Registro de Entradas são originários do CFAMT e/ou do SINTEGRA.

Esclareceu que os dados utilizados na apuração fiscal foram obtidos a partir de um banco de dados, do ACCESS, criado e gerido pela SEFAZ, e que todas as folhas do processo numeradas de 01 a 116 foram entregues ao preposto da empresa conforme recibo à fl. 09.

Quanto às cópias das notas fiscais, foi esclarecido que o autuado, mediante intimações (fls. 22 a 26, e 32 a 36), disponibilizou para a fiscalização através de Termos de Arrecadações (fls. 27 a 31, e 37 a 41), e encontram-se anexadas ao Demonstrativo de Débito (fls. 87 a 93).

Diz que algumas das notas fiscais intimadas para serem examinadas pela fiscalização deixaram de ser apresentadas sob alegação de dificuldades devido a desorganização dos arquivos do contribuinte, conforme relação à na peça defensiva.

Observou que o Fisco Federal, também se vale de um Banco de Dados criado e gerido pela Delegacia da Receita Federal para subsidiar a fiscalização, e utiliza-se exatamente do programa ACCESS para cruzamento eletrônico de informações constantes das DIRPF's entre Médicos e Clientes, por exemplo, efetuando a associação apenas entre os registros relativos ao Cadastro de Identificação do Contribuinte (CIC), e que quando é apurada divergência, ambos são intimados a apresentar os respectivos documentos fiscais.

Destaca que no âmbito da SEFAZ a orientação é no sentido de que cabe à fiscalização apresentar cópia do documento fiscal para comprovar a acusação fiscal, porém, no seu entendimento, nos termos do art. 123 do RPAF/99 tal providência cabe ao contribuinte autuado por ocasião da defesa, precluindo-se o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a teor do o § 5º do citado dispositivo regulamentar.

Argumenta ainda que ao serem detectadas através do Banco de Dados do ACCESS notas fiscais não escrituradas no Registro de Entradas, o contribuinte é intimado a apresentar para exame da fiscalização as Notas Fiscais faltosas. No caso, diz que essa etapa eletrônica envolveu um universo de 1.385 (um mil, trezentos e oitenta e cinco) Notas Fiscais de fornecedores, passando para um universo de apenas 39 (trinta e nove) Notas Fiscais a serem examinadas artesanalmente, as quais, o autuado, após ter sido regularmente intimado por duas vezes, deixou de apresentar a maioria das Notas sob alegação de dificuldades devido a desorganização do seu próprio arquivo.

Conclui mantendo este item da autuação, pois entende que o autuado não pode deixar de atender a intimações referentes a programações fiscais específicas autorizadas por ato do superintendente

da SAT, Ordem de Serviço 520.585/07 às fls. 44 deste PAF, sobre Notas Fiscais que deveriam estar organizadamente em seus arquivos, sob pena de submeter-se à medida prevista no Art. 171, inciso IX, do RICMS/97-BA.

O autuante anexou à informação fiscal, mais quatro Notas Fiscais do fornecedor Moto Honda da Amazônia Ltda., todas provenientes de Manaus/AM, de números 700.373, 703.464, 710.006 e 720.039, que foram arrecadadas em 28/03/2008, através do Termo de Arrecadação de Notas Fiscais às fls.27 deste PAF, que, deixaram de ser anexadas à peça acusatória, sobre as quais, frisa que o autuado, querendo, poderá se pronunciar num prazo de dez dias a partir da ciência das mesmas; ficando intimado apresentar para exame da fiscalização as Notas Fiscais de Fornecedores de Mercadorias discriminadas em sua contestação, inclusive as de transferências da matriz da empresa.

Com relação à infração 02, esclareceu que o motivo da autuação é decorrente de:

1. Falta de apresentação dos Arquivos Magnéticos Retificadores relativos aos meses de novembro de 2003 a dezembro de 2004. Os Recibos de Entregas desses arquivos anexados às Razões de Defesa revelam que esses Arquivos só foram enviados à Base de Dados da SEFAZ entre 27/03/2008 e 04/05/2008, conforme documentos às fls. 167 a 180 deste PAF, isto é, após o prazo estabelecido na referida intimação que seria de 11/02/2008.
2. Envio dos Arquivos Magnéticos Retificadores relativos aos meses de janeiro a outubro de 2003, após o prazo estabelecido na referida intimação (seria de 11/02/2008), porém, antes da lavratura do Auto de Infração. A fiscalização analisou esses Arquivos antes de lavrar o Auto de Infração e constatou que os mesmos continham ainda diversas inconsistências, conforme discriminado na “Listagem Diagnóstico – Anexa ao Auto de Infração” às fls. 111 a 114 do presente PAF.

Manteve seu procedimento fiscal, frisando que o não atendimento a intimação ou atendê-la com informações inconsistentes configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea "g" do inciso XIII-A do art. 915 do RICMS/97-BA.

Conforme intimação expedida pela INFAZ VAREJO, o autuado foi cientificado (fl. 206) da primeira informação fiscal mediante a entrega da mesma e dos documentos que a acompanham, tendo o sujeito passivo se manifestado às fls.209 a 216, nos seguintes termos.

Diz que o Banco de Dados criado com os dados relativos à Unidade da Federação de origem referem-se às notas fiscais emitidas pelos fornecedores e constantes nos Arquivos Magnéticos entregues pelos mesmos através do SINTEGRA, e que pode haver divergências entre os dados dos fornecedores para o de sua escrita fiscal em virtude de:

1. A nota fiscal ter sido emitida pelo fornecedor e posteriormente ser cancelada, sem haver a efetiva saída da mercadoria, e o fornecedor não ter informado no SINTEGRA.
2. A nota fiscal ter sido emitida pelo fornecedor, e ter ocorrido a efetiva saída da mercadoria e a mesma não ter sido entregue ao destinatário, por motivo de acidente do veículo.
3. A nota fiscal ter sido emitida pelo fornecedor, e ter ocorrido a efetiva saída da mercadoria e a mesma não ter sido entregue ao destinatário, motivado por assalto durante o trajeto da viagem.
4. Outras hipóteses de divergência, cabendo neste caso a averiguação por parte da fiscalização.

Quanto a prova material, reafirmou que reiteradamente o CONSEF tem se manifestado no sentido de que é a cópia da nota fiscal arrecadada pelo fisco nos postos fiscais ou conseguida através de processo de circularização junto do fornecedores.

Assim, ressalta que cabe ao autuante efetuar diligências para conseguir as cópias das notas fiscais junto aos fornecedores, e que se isto não ocorrer solicita o julgamento desta infração pela nulidade do lançamento por falta de apresentação de prova material que comprove o ilícito fiscal imputado.

Sobre a infração 02, se manifestou reiterando que a falta de entrega de parte dos arquivos magnéticos não prejudicou os trabalhos de fiscalização, pois o autuante cumpriu o determinado na Ordem de Serviço, realizando onze roteiros de fiscalização sem encontrar qualquer irregularidade que constituísse crédito fiscal de natureza de obrigação principal.

Além disso, observa mais uma vez que não está comprovado que ocorreram as infrações nas datas dos fatos geradores e nas datas dos vencimentos constantes do auto de infração, questão não rebatida pelo autuante, devendo no seu entendimento ser interpretado o que dispõe o § 6º do art.124 e a regra do art.140 do RPFA/99.

Reitera seu pedido para que seja aplicada a decisão do Acórdão CJF nº 0058-12/08, com o cancelamento da multa ou a sua redução para 01 (uma) UPF.

Na informação fiscal às fls.222 a 225, o autuante rebateu as razões defensivas da seguinte maneira.

1. que os casos de notas fiscais canceladas pelo fornecedor ou em operações improdutivas, são identificados no Banco de Dados e automaticamente são excluídas do cruzamento eletrônico de informações entre contribuintes estaduais. Na hipótese de sinistro, estes casos só serão considerados pelo fisco se devidamente documentados com as respectivas ocorrências policiais;
2. quanto a produção de provas, invoca o art. 123 do RPAF/99 para argumentar que este dispositivo regulamentar divide essa responsabilidade entre o fisco e o contribuinte.
3. Observa mais uma vez que a maioria das Notas Fiscais pertence ao principal fornecedor da Autuada, “MOTOHONDA DA AMAZÔNIA LTDA.”, a matriz localizada em Manaus/AM (CNPJ 04.337.168/0001-48) e uma filial daquela Empresa localizada em São Paulo/SP (04.337.168/0006-52), o que torna, no entendimento do autuante, muito fácil o autuado obter cópias junto a esses fornecedores, inclusive as notas fiscais de transferência constantes no quadro apresentado na defesa.
4. Quanto às demais Notas Fiscais emitidas pelos Fornecedores MOTO HONDA DA AMAZÔNIA LTDA., CNPJ 04.337.168/0001-48 (AM) e 04.337.168/0006-52 (SP); e, MOTOPEMA MOTOS E PEÇAS LTDA., CNPJ 01.014.856/0001-89 (BA), diz que solicitou através de e-mail cópia dos Documentos Fiscais, relação às fls.196, e constatou que de todas as Notas solicitadas apenas a Nota Fiscal 43.833, de 10/06/2003, emitida pela MOTOPEMA MOTOS E PEÇAS LTDA, não se destina a SALVADOR MOTOS LTDA., mas, a um cliente daquela Empresa de nome “Edmundo Portela”, cópia anexa. Informa que esta nota fiscal foi excluída do levantamento fiscal e novos Demonstrativos foram elaborados para serem entregues ao autuado, sobre os quais, querendo, poderá se pronunciar num prazo de dez dias a partir da data da ciência.
5. A Nota Fiscal 47.069, de 23/10/2003, emitida pela MOTOPEMA MOTOS E PEÇAS LTDA. destinada à SALVADOR MOTOS LTDA., encontra-se anexada a presente Contestação, como prova material da infração.
6. As Notas Fiscais emitidas pelos Fornecedores MOTO HONDA DA AMAZÔNIA LTDA. de Manaus e de São Paulo, todas destinadas ao estabelecimento autuado, foram enviadas em meio magnético, digitalizadas, cópias anexas, como prova material da infração. Os

arquivos contendo essas notas fiscais encontram-se gravados em CD também anexo à essa informação fiscal.

Quanto a infração 02, rebateu a alegação defensiva de que a falta de entrega de parte dos arquivos magnéticos não prejudicou os trabalhos de fiscalização, dizendo que conforme especificado no corpo do auto de infração, recebeu a **Ordem de Serviço 520.585/07**, conforme fls. 44 do presente PAF, onde consta para execução dentre outros Roteiros de Auditorias o Roteiro AUDIF-207 AUDITORIA DE ESTOQUES, que ficou inviabilizado pelo não atendimento a contento da Intimação para regularizar os arquivos magnéticos, pois, se fosse levado a efeito este roteiro de fiscalização sem a apresentação das notas fiscais implicaria na obtenção de OMISSÕES DE ENTRADAS, e poderia ser reclamado não só o imposto normal como o imposto antecipados não recolhidos por ocasião das entradas, considerando que nem todas as entradas são devidamente registradas, conforme ficou comprovado na Infração 01 acima comentada, e, ainda, que os itens que iam ser selecionados para o levantamento fiscal seriam mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (os diversos modelos de motos e peças para reposição).

Conclui que:

Relativamente à infração 01:

1. O valor dessa Infração deve ser alterado de R\$1.787,48 para R\$1.737,48, em face dos esclarecimentos prestados nesta Informação Fiscal referentes às Notas Fiscais conseguidas pelo Fisco Estadual junto a alguns dos fornecedores do autuado, conforme documentos anexos, tendo sido elaborados novos Demonstrativos de Débito, e anexado à informação, frisando que, sobre os quais o autuado, querendo, poderá se pronunciar;
2. o contribuinte efetivamente não mantém seus arquivos de Notas Fiscais de Entradas devidamente organizados; e, fica o contribuinte, INTIMADO a apresentar para exame da fiscalização as Notas Fiscais de transferências da matriz da empresa discriminadas em sua informação fiscal.

Relativamente à infração 02:

Manteve integralmente o valor da Infração, R\$120.406,93.

Conforme intimação expedida pela INFAZ VAREJO, o autuado foi cientificado (286) da segunda informação fiscal mediante a entrega da mesma e dos documentos que a acompanham, tendo o sujeito passivo se manifestado às fls. 288 a 309, nos seguintes termos.

Quanto a infração 01, reafirmou o seu pronunciamento anterior de que conforme declarou o autuante o Banco de Dados criado e gerido pela SEFAZ tem o objetivo de subsidiar o trabalho de fiscalização. Assim, entende que os incompletos e divergentes dos documentos fiscais podem ser dirimidos mediante o exame do próprio documento fiscal.

Quanto às novas cópias de notas fiscais que deixou de apresentar quando da elaboração dos seus demonstrativos e da lavratura do auto de infração, impõe a reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) dias, sob pena de julgamento pela nulidade do processo administrativo fiscal. Diz que a intimação recebida concedeu apenas o prazo de 10 (dez) dias.

Sobre a infração 02, reiterou o contido em sua defesa anterior de que os arquivos magnéticos foram regularizados e não houve embaraço a qualquer roteiro de fiscalização, inclusive a Auditoria de Estoques.

Frisa que o autuante não contestou os seus argumentos de que não houve as infrações apontadas nas datas de ocorrências constantes no auto de infração, mais precisamente no final de cada período, o que no seu entendimento contraria norma emanada pela SEFAZ.

Por outro lado, salienta que a autuação foi feita de modo equivocado por implicar mudança do fulcro da autuação, pois a descrição do fato, as datas das ocorrências, as datas dos vencimentos e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem o direito aplicável.

No mérito, assevera que a simples apresentação de arquivos magnéticos com inconsistência à SEFAZ não prejudicou os trabalhos de fiscalização, pelo que, requer que seja cancelada ou reduzida a multa aplicada, por se tratar de cometimento de falta de cumprimento de obrigação acessória, por não ter sido praticada com dolo, fraude ou simulação. Transcreveu decisões da segunda instância de julgamento do CONSEF, em que foram canceladas e/ou reduzidas multas, conforme Acórdãos CJF nº 0012-01/07; 0075-12/07; 0125-12/07; 0026-12/08; e 0058-12/08.

Em nova informação fiscal (fls. 313 a 316) o autuante observou que os documentos fiscais enviados pelo autuado e anexados ao processo ensejaram algumas correções no levantamento fiscal, resultando na diminuição do débito para o valor de R\$1.737,48.

Salienta que a confirmação dos fornecedores consultados que efetuaram as saídas questionadas como também enviaram as respectivas notas fiscais, algumas sob forma de cópia outras gravadas em arquivos digitalizados, autoriza a conclusão de que os dados obtidos a partir do Banco de Dados estão corretos.

Admitiu que realmente faz-se necessário a reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) dias, esperando que durante este período o autuado apresente as cópias das notas fiscais de transferência de seu estabelecimento matriz, quais sejam: 40.475, 41.185 e 42.186.

No que tange à infração 02, repetiu os termos de sua contestação anterior realçando que o roteiro de Auditoria de Estoques em se tratando de contribuinte varejista, devido ao grande número de documentos a serem manipulados, só seria possível num prazo longo e limitado a poucos itens de mercadorias, a ainda assim, com grande margem de erro. Portanto, sustenta que com o advento dos arquivos magnéticos do SINTEGRA esse roteiro de auditoria eletronicamente pode selecionar a quase totalidade dos itens comercializados obtendo um resultado preciso. Para robustecer sua argumentação, diz que juntou um CD contendo uma auditoria de estoques feita com base nos arquivos magnéticos apresentados por determinado contribuinte.

Manteve a multa aplicada, sustentando que estão corretos os valores contábeis das saídas utilizadas no cálculo da multa no final de cada mês.

Conforme intimação expedida pela INFAZ VAREJO (fls. 328 a 329), o autuado foi cientificado da terceira informação fiscal mediante a entrega da mesma e dos documentos que a acompanham, com a reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) dias, tendo o sujeito passivo se manifestado às fls. 332 a 342, nos seguintes termos.

Reiterou seus pronunciamentos anteriores, em especial que as vias das notas fiscais constantes nos demonstrativos, de que trata a infração 01, devem ser anexadas ao processo e fornecido cópias, sob pena de configurar cerceamento do direito de defesa, bem assim.

Além disso, diz que não houve prejuízo à fiscalização a entrega dos arquivos com inconsistência de dados referente à multa aplicada na infração 02, bem assim, que esse lançamento está em desacordo com a Orientação Técnica da Superintendência de Administração Tributária Orientação Gerencial – SAT – DPF – GEAFI nº 003/2005, itens 1.1 e 1.2, quais sejam:

”1 – Para efeitos da aplicação da multa de 5% limitada a 1% das saídas do estabelecimento em cada período (art. 915, XIII-A, “f” do RICMS):

“1.1 – considera-se omissão de informações relativas a operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, a omissão de informação relativa a determinado(s) documento(s) fiscal(s) em algum (ns) registro(s) do arquivo

magnético entregue à SEFAZ (ex: o envio de registro 50 sem que nele conste a informação de determinado documento fiscal;

1.2 – considera-se apresentação de dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, a situação em que o arquivo magnético tenha sido apresentado com dado(s) divergente(s) do(s) existente(s) no documento fiscal respectivo (ex: o envio do registro 50 em que conste dado diverso da respectiva informação fiscal consignada no documento fiscal correspondente).

....

6 – Caso o contribuinte não entregue o arquivo solicitado ou o apresente ainda com inconsistências, deve ser lavrado Auto de Infração em razão de não atendimento à intimação, conforme referido no item 2 desta orientação gerencial, hipótese em que deverá ser anexada ao auto de infração a intimação não atendida.

6.1 – Na lavratura de auto de infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento do auto de infração deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados.”

Por conta disso, afirma que os arquivos foram regularizados e não houve embaraço à ação fiscal realizada pelo autuante. Transcreveu a jurisprudência do CONSEF, já citada em suas impugnações anteriores, em que foram canceladas e/ou reduzidas multas.

Na informação fiscal prestada à fl. 346, o autuante deu como esgotadas seus argumentos na sustentação da acusação fiscal, por considerar que o sujeito passivo em sua última peça defensiva se limitou a repetir manifestações já apresentadas anteriormente, concluindo pela procedência parcial da infração 01 e integral da infração 02.

VOTO

Analisando as preliminares de nulidade suscitadas na defesa pelo sujeito passivo, observo que a esta altura processual não assiste razão ao sujeito passivo em sua alegação de cerceamento ao direito da ampla defesa e não atendimento ao devido processo legal, tendo em vista que:

a) o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, cujas multas exigidas estão fundamentadas em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam cada item da autuação.

b) a acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, inclusive constando o devido esclarecimento sobre o procedimento fiscal e a origem da cada infração apurada, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Os demonstrativos elaborados pelo autuante identificam de forma bastante clara as infrações, tendo em vista que estão identificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram a exigência tributária em questão.

c) nas informações fiscais o autuante justificou satisfatoriamente todas as questões levantadas nas defesas, anexando documentos e refazendo demonstrativo do débito, merecendo ressaltar que o prazo de defesa foi reaberto, após a terceira informação fiscal, tendo o autuado recebido cópia da mesma com a correção do débito do item 01, e a juntada de cópias de notas fiscais, sendo o sujeito passivo intimado (fl. 328 e 329) do novo prazo de defesa, 30 (trinta) dias, para se manifestar, haja vista a juntada de documentos que já deviam ter sido entregues ao autuado ao final da ação fiscal.

d) Residindo no campo das provas, a alegação defensiva de que não foram juntadas as cópias das notas fiscais ao processo, não há que se falar em nulidade do lançamento, mas sim sobre a sua procedência ou improcedência, questão que será tratada por ocasião do exame do mérito.

e) Igualmente, entendo que se realmente foram colocadas indevidamente as datas dos fatos geradores e as datas dos vencimentos como sendo o último dia de cada mês fiscalizado, também não é motivo para decretação de nulidade, pois por se tratar de questão da natureza formal, poderá ser corrigida pelo órgão julgador, por ocasião do exame do mérito se subsistir a acusação fiscal e for cabível à luz da legislação tributária.

Logo, com os esclarecimentos trazidos na informação fiscal não cabe a alegação de nulidade por descrição imprecisa das infrações. Da mesma forma, não cabe a arguição de nulidade por cerceamento do direito de defesa, uma vez que nas planilhas que embasaram a autuação, desde a formação inicial e durante o a fase processual, consta esclarecimento da descrição correta das infrações, especificando nota por nota, fato que possibilitou ao autuado exercer seu amplo direito de defesa.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, após analisar detidamente as peças que compõem o presente PAF, quais sejam, o auto de infração, demonstrativos, cópias de notas fiscais, intimações, impugnações e informações fiscais, constatei o que segue.

INFRAÇÃO 01

Neste item o contribuinte foi acusado de ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, os meses de fevereiro, junho, julho, outubro e novembro de 2003, março a novembro de 2004.

Para chegar a esta conclusão fiscal, o autuante executando o Roteiro de Auditoria AUDIF-202 Auditoria em Documentos e Lançamentos Fiscais, efetuou o cruzamento entre o conjunto de informações constantes dos Documentos Fiscais de Fornecedores (1.385 Documentos Fiscais) com o conjunto e dados constantes dos Documentos Fiscais efetivamente escrituradas nos Livros Registro de Entradas (2.825 Documentos Fiscais), com o auxílio de Banco de Dados do ACCESS, constatando a falta de registro das 39 notas fiscais que se encontram especificadas no levantamento fiscal.

Diante de tal constatação, foi aplicada a multa prevista no Art. 42, inciso XI, da Lei 7014/96, no valor de R\$1.787,48, em virtude do estabelecimento comercializar predominantemente mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária por antecipação, cujo ICMS incide nas entradas.

O patrono do autuado impugnou este item alegando que: não constam nos autos cópias de várias notas fiscais e que nas existentes vários destinatários são outras empresas; os números das notas estão incorretos; os valores não coincidem com o valor real constante nas vias das notas fiscais; e que em alguns casos, a natureza da operação não é compra para revenda (remessa para conserto, bonificação, etc).

Quanto às cópias das notas fiscais, o patrono do autuado demonstrou sua aceitação de que a via arrecadada nos postos fiscais fixos ou a cópia fornecida por fornecedores é prova material imprescindível para comprovação de irregularidade fiscal, as quais devem ser anexadas aos autos

e também serem fornecidas cópias das mesmas ao contribuinte para garantia do direito de ampla defesa.

O autuado requereu diligência para a juntada das notas fiscais que não existiam no PAF, no que foi atendido, a pedido desta Junta, pelo autuante, que anexou as cópias que não existiam, inclusive por ocasião das várias informações fiscais, as quais foram entregues ao sujeito passivo, permitindo-lhe exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório.

Desta forma, não tendo o autuado comprovado o lançamento das notas fiscais, não acolho o pedido de redução da multa para R\$ 50,00, mantendo-se a exigência fiscal, após a exclusão das notas fiscais nº 47.870, 565.663, 40.475, 324.805, 41.185 e 42.186, que não foram carreadas cópias ao processo, alterando-se o lançamento tributário para o valor de R\$ 1.508,30.

INFRAÇÃO 02

Com relação este item, a acusação fiscal é de que o contribuinte forneceu informações através de arquivos em meio magnético, exigido mediante intimação, com omissão de operações ou prestações realizadas, no formato e padrão estabelecido na legislação (Convênio ICMS 57/95), gerado através do Programa SINTEGRA, referente aos exercícios de 2003 e 2004, conclusão decorrente da execução do *Roteiro de Auditoria AUDIF-242 Auditoria das Informações em Meio Magnético - Conv. 57/95*.

Portanto, o motivo determinante para a aplicação da multa no valor de R\$120.406,93, equivalente a 1% sobre o montante das operações de saídas, foi o descumprimento de obrigação acessória relativa ao fato de que o contribuinte forneceu arquivos em meio magnético com as seguintes inconsistências: o arquivo referente ao mês de outubro de 2003 ainda encontrava-se omisso; no arquivo do mês de agosto de 2004 a ocorrência de Notas Fiscais informadas no Registro Tipo 50 e não informadas no Registro Tipo 54, conforme Listagem Diagnóstico entregue ao contribuinte para as devidas correções; e, nos arquivos relativos aos demais meses do período fiscal examinado, não foram informados os Registros Tipos 54, 60R, 75, e 74 (dezembro e janeiro), todos obrigatórios, conforme Listagem Diagnóstico também entregue ao contribuinte, tudo de conformidade com os documentos às fls. .

De acordo com a legislação do ICMS, a qual recepcionou o disposto no Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, é obrigado a apresentar, quando solicitado, a documentação minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição, gabarito de registro (“*layout*”) dos arquivos, listagem dos programas e as alterações ocorridas no exercício de apuração, relativamente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias ou das prestações realizadas, inclusive o inventário das mercadorias, produtos, matérias primas e embalagens (art. 685, combinado com os arts. 708-A e 708-B, do RICMS/97).

O art. 708-B estabelece que: “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”. O arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria.

Já § 5º do art. 708-A, incorporado ao RICMS/97-BA, através da Alteração nº 63, em vigor a partir de 18/05/2005, estabeleceu um prazo de 30 dias úteis contados da data do recebimento da intimação para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência.

Assim, todos os contribuintes autorizados ao uso de SEPD, exceto os autorizados somente para escrituração do livro Registro de Inventário, estão obrigados a entregar o arquivo magnético contendo os dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário nos meses em que este for realizado. O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético cancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.

Saliento que conforme disposto no art. 708-A, § 6º do RICMS/BA, a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, ou seja, a apresentação dos arquivos magnéticos sem conter todos os registros caracteriza a falta de sua apresentação, tendo em vista a natureza condicional do seu recebimento, sujeitando o contribuinte à correção posterior das inconsistências acaso verificadas.

No presente caso, ao ser recepcionado o arquivo magnético foram constatadas as seguintes inconsistências: o arquivo referente ao mês de outubro de 2003 ainda encontrava-se omisso; no arquivo do mês de agosto de 2004 verificamos a ocorrência de Notas Fiscais informadas no Registro Tipo 50 e não informadas no Registro Tipo 54, conforme Listagem Diagnóstico entregue ao contribuinte para as devidas correções; e, nos arquivos relativos aos demais meses do Período Fiscal examinado, não foram informados os Registros Tipos 54, 60R, 75, e 74 (dezembro e janeiro), todos obrigatórios, conforme Listagem Diagnóstico também entregue ao contribuinte, tudo de conformidade com os documentos às fls. 96 a 114.

Tais constatações nos arquivos que foram entregues à SEFAZ, caracteriza a não entrega prevista na alínea “g” do inciso XIII-A, do artigo 915, do RICMS/97, conforme preceitua o §2º do artigo 708-B, do RICMS/97, cujo autuado, foi intimado a corrigir as inconsistências em 09/01/2008, conforme intimação à fl. 95, entretanto, o contribuinte no prazo estipulado não atendeu integralmente a intimação.

No caso em comento, através da documentação citada na descrição dos fatos, a autuação obedeceu ao devido processo legal, pois, está precedida de intimação expedida ao contribuinte para apresentação de informação em meio magnético e intimação para correção dos registros omitidos, sendo concedido o prazo de 30 dias úteis, para corrigir as irregularidades apontadas.

Nestas circunstâncias, observo que a ação fiscal atendeu ao disposto no artigo 708-A do RICMS/97, pois a fiscalização ao recepcionar os arquivos magnéticos sem o Registro tipo 74, intimou o contribuinte para no prazo de 30 dias úteis, informar o registro omitido, com especificação do Registro 74, relativamente ao primeiro mês subsequente, ou seja, o inventário inicial de 2002, (docs. fls. 09 a 15), e como o contribuinte não cumpriu as determinações legais acima descritas, especialmente o previsto no § 2º, do art. 708-A, do RICMS/97, entendo que foi correta a aplicação da penalidade indicada no presente Auto de Infração, por está prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, que tem a seguinte redação:

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

g) 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura.”

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando o demonstrativo de débito da infração 01, modificado conforme abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 01

Data Ocorr.	Valor Multa	B.de Cálculo	Exclusões		Vl.devido
			N.Fiscal	Vl.multa	
28/02/03	28/02/03	145,17	47870	74,95	70,22
31/05/03	31/05/03	1,48			1,48
30/06/03	30/06/03	-		-	-
31/07/03	31/07/03	63,37	565663	63,37	-
31/10/03	31/10/03	2,09			2,09
30/11/03	30/11/03	1,61			1,61
31/03/04	31/03/04	554,10			554,10
30/04/04	30/04/04	245,25			245,25
31/05/04	31/05/04	1,65			1,65
30/06/04	30/06/04	162,09			162,09
31/07/04	31/07/04	1,05			1,05
31/08/04	31/08/04	1,05			1,05
30/09/04	30/09/04	311,84	40475	7,20	304,64
31/10/04	31/10/04	242,14	324805/41185	82,39	159,75
30/11/04	30/11/04	4,68	42186	1,36	3,32
		1.737,57		229,27	1.508,30

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206948.0003/08-2, lavrado contra **SALVADOR MOTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigações acessória no total de **R\$121.915,23**, previstas no art. 42, incisos XI e, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de maio de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR