

A.I. Nº - 206948.0002/08-6
AUTUADO - SALVADOR MOTOS LTDA.
AUTUANTE - MARCO AURELIO DUTRA DE REZENDE
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 16. 07. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0213-01/09

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Existência de equívocos no levantamento realizado pelo autuante decorrentes de cômputo de notas fiscais referentes à prestações e operações tributáveis. Refeitos os cálculos com a redução do débito originalmente exigido. Infração parcialmente subsistente.

2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Autuado não atendeu a intimação no prazo regulamentar para apresentação dos arquivos magnéticos. Multa de 1% sobre o valor das operações realizadas, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07. Infração caracterizada, com redução da penalidade para 10% do valor originalmente aplicado, de acordo com o que estabelece o § 7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96 Rejeitadas as nulidades argüidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE** . Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2008, impõe multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$ 452.635,16, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a agosto e novembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 3.766,26. Consta que a autuação decorreu da execução do Roteiro de Auditoria AUDIF-202, auditoria em documentos e lançamentos fiscais, que consiste inicialmente em efetuar o cruzamento entre o conjunto de informações constantes dos documentos fiscais de fornecedores (4.545 documentos fiscais) com o conjunto e dados constantes dos documentos fiscais efetivamente escrituradas nos livros Registro de Entradas (7.690 documentos fiscais). Consta ainda que, dada a extensão do período sob ação fiscal e o grande volume de operações efetuadas no período, esse cruzamento só poderia ser efetuado eletronicamente, ou seja, com o auxílio de Banco de Dados do ACCESS, criado especificamente para efetuar o cruzamento de informações, onde lá são transformadas em tabelas, Tabela Fornecedores e a Tabela LRE, respectivamente. Mediante uma consulta do tipo seleção criada no referido Banco de Dados, associando-se entre as duas tabelas (de Fornecedores e do LRE) os registros relativos à Unidade da Federação de origem (UF) e ao número do Documento Fiscal, é possível identificar

todos os Documentos Fiscais constantes da referida amostra, não registrados nos livros de Registro de Entradas. O resultado da consulta criada revelou que a escrituração indicou entradas de mercadorias ou bens efetivamente não registrados, sujeitando o contribuinte à multa prevista no art. 42, inciso XI, da Lei 7014/96, em virtude de comercializar predominantemente mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária por antecipação, cujo ICMS incide nas entradas. Partes integrantes desta infração: Relação dos Documentos Fiscais considerados no cruzamento de informações; Demonstrativo de Débito da Multa; Notas Fiscais prova material do ilícito fiscal, bem como, gravados em CD anexo ao Auto de Infração; o Banco de dados do ACESS e os livros Registro de Entradas do período fiscalizado;

2. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, nos meses de janeiro a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 448.868,90. Consta que a autuação decorreu da execução do Roteiro de Auditoria AUDIF-242 Auditoria das Informações em Meio Magnético – Conv. 57/95, com base inicialmente nos arquivos magnéticos existentes na Base de Dados da SEFAZ e recepcionados no SCAM (Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos) que, após uma análise preliminar, constatou-se diversas inconsistências: nos meses de agosto e setembro de 2004 verificando-se 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. Consta ainda que o contribuinte foi intimado em 09/01/2008 a, num prazo de trinta dias, regularizar as falhas constatadas. Contudo, expirado o prazo de atendimento da intimação, sem que ela fosse atendida, ficou configurada a ocorrência desta infração. Há também o registro que intimado o contribuinte, este não apresentou os arquivos magnéticos retificadores relativos aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2004, e, quanto aos arquivos relativos aos meses de janeiro de 2003 a setembro de 2004, estes, só foram enviados à Base de Dados da SEFAZ na segunda quinzena de fevereiro, assim mesmo, contendo diversas inconsistências, conforme Listagem Diagnóstico anexada a esta infração, o que, segundo o §6º do art. 708-B do RICMS/97-BA, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “g” do inciso XIII-A do art. 915 do referido regulamento, conforme Demonstrativo de Débito anexado. Consta ainda que se os arquivos magnéticos enviados originalmente pelo contribuinte à Base de Dados da SEFAZ contiverem inconsistências e se essas inconsistências não forem corrigidas e a contento, isso, com certeza, vai afetar o resultado da fiscalização. A Fiscalização ao intimar a empresa para regularizar as inconsistências detectadas em seus arquivos magnéticos pretendia com isso executar o roteiro de auditoria AUDIF-207 AUDITORIA DE ESTOQUES, exatamente por se tratar de empresa que comercializa predominantemente mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, cujo ICMS incide nas entradas. Essa auditoria apura com precisão irregularidades havidas nessas entradas, isto é, confere se as entradas foram devidamente documentadas com Notas Fiscais, caso contrário, dele (contribuinte) poderão ser reclamados não só o imposto da operação normal, como o antecipado. Entretanto, o não atendimento a contento da intimação inviabilizou a execução do roteiro em questão, obrigando a Fiscalização buscar outras alternativas de roteiros, afetando com isso o resultado da Fiscalização. Integram a presente infração, o Demonstrativo de Débito da Multa, a Listagem Diagnóstico anexa ao Auto de Infração, bem como, gravados em CD, o Banco de Dados do ACESS e os Livros Fiscais de Apuração do ICMS do Período Fiscal examinado.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls.299 a 335) indicando como endereço profissional para recebimento de intimações e notificações a Av. Tancredo Neves, 275-Sl. 203-Ed. Metropolitan Center –Salvador-BA. Alega cerceamento ao direito de ampla defesa, por não serem os demonstrativos e o próprio Auto de Infração entregues, claros nem auto-explicativo, não permitindo elaborar uma defesa ideal, onde pudesse apresentar todos os argumentos defensivos aplicáveis à questão.

Afirma relativamente à infração 01, que o autuante não forneceu cópia das notas fiscais coletadas no sistema CFAMT/SEFAZ, cerceando o seu direito de ampla defesa. Diz que existem inúmeros casos, em que no sistema CFAMT/SEFAZ e nas informações contidas nos arquivos magnéticos dos fornecedores, constam notas fiscais cujos destinatários são outras empresas, os números das notas estão incorretos, os valores das notas fiscais constantes na relação do CFAMT e nos arquivos magnéticos não coincidem com o valor real constante da via das notas fiscais, a natureza da operação não é compra para revenda, às vezes sendo remessa para conserto, bonificação, etc.

Registra que o CONSEF tem se pronunciado em reiteradas decisões que a via arrecadada nos diversos postos fiscais fixos e volantes ou a cópia fornecida por fornecedores é prova material imprescindível para comprovação de irregularidade fiscal e que deve ser anexada aos autos e também ser fornecida cópia das mesmas ao contribuinte para que o mesmo tenha o direito de garantia de ampla defesa.

Alega que ao agredir a garantia do contraditório pleno, o autuante impossibilitou o exercício do direito de defesa, violentando a possibilidade de questionamento aprimorado quanto ao mérito da infração, o que, por consequência, implica na caracterização da nulidade da autuação. Cita e reproduz a ementa do Acórdão n. 104-6.427, publicado no DOU de 31/08/89, pág. 1524.

Afirma que a ação fiscal foi eivada de inteira nulidade, não podendo perpetrar-se à luz dos princípios do processo administrativo fiscal, que recomendam a perfeita constituição do crédito tributário, em especial no que se refere à necessidade que sejam atendidos os corolários jurídicos ao direito tributário, a exemplo do princípio da ampla defesa, a fim de que seja preservado o contraditório e se faça o devido processo legal. Invoca os Acórdãos deste CONSEF de nº.s CJF 0033-12/05, JJF nº 0159-04/05; CJF nº 0270-11/05; CJF nº 0034-12/05; JJF nº 0492-02/04; JJF nº 0505-04/04, para corroborar os seus argumentos.

Argumenta que para o Auto de Infração ser aceito como documento regular de cobrança de obrigação tributária, precisa obedecer a diversos requisitos previstos na legislação, destacando-se, pela sua essencialidade, o previsto no art. 39, III do RPAF/99, que reproduz, no caso, a descrição do que a autoridade fiscal entender como fato gerador do tributo. Portanto, deve estar indicado na peça de acusação, o fato gerador visualizado pelo agente fiscal, o que lhe daria respaldo para levar a efeito, exigência tributária, por meio da autuação.

Diz que, no presente caso, à vista da redação constante na infração 01, verifica-se que o autuante afirma ter apurado *“deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(s) sem o devido registro na escrita fiscal”* fato que teria lhe dado motivação para a exigência tributária ora em discussão, fato que afirma não ser verdadeiro.

Sustenta que a infração não está caracterizada e não existe nos autos qualquer elemento que possa determiná-la com segurança, razão suficiente para se decretar a nulidade do Auto de Infração, conforme o artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, que transcreve.

Salienta que o CONSEF nas suas decisões, tem deixado claro que não é aceitável que uma acusação, contida em um Auto de Infração, seja obscura e, conseqüentemente, não retrate com clareza qual o seu verdadeiro teor. Cita e transcreve os Acórdãos nº.s JJF nº 0062-05/05; JJF nº 0094-01/05; CJF nº 0071-11/05.

Reportando-se ao mérito da infração 01, alega que o autuante cometeu alguns equívocos, conforme passa a analisar:

- a) as notas fiscais de nº 512849, 531354, 569680, 610007, 617080, 656305, 662888, 699982, 709658, 748290, 753241, 789492 e 796045, elencadas pelo autuante são de emissão da Embratel S/A e referem-se a pagamentos por serviços de comunicação utilizados pela autuada. Por não se tratar de compra de mercadorias e estas operações de aquisição de serviços de comunicação não darem direito a crédito fiscal de ICMS, optou por registrar estes documentos diretamente na escrita contábil como despesas gerais;

- b) o autuante cometeu um grande equívoco, quando lançou no seu demonstrativo, as notas fiscais de nº 512849, 531354, 569680, 6101007, 617080, 656305, 662888, 699982, 709658, 748290, 753241, 789492 e 796045, repetindo-as por três vezes, o que ocasionou a aplicação de multa referente a estas notas fiscais em valor três vezes superior ao valor real;
- c) o autuante não anexou ao processo fiscal e nem forneceu, cópias das notas fiscais de nº 512, 849, 531354, 714777, 716598, 313432, 569680, 735392, 754150, 610007, 617080, 656305, 662888, 699982, 709658, 706711, 706712, 535909, 748290, 753241, 43845, 789492, 796045, 44263, 44264, 21877, 853156, 742451, 877781, 745169, 745403, 48028, 863674, 867950, 873827, 876398, 881794, 94999, 908333, 105346, 112242, 165159, 96, 29054, 174796, 97, 98, 102, 29845, 801231, 30008, 30011, 158763, 123, 124, 992486, 128, 1613, 132, 133, 360642, 360666, 360667, 361573, 361577, 361593, 362731, 362739, 364211, 364212, 366098, 366788, 366789, 394569, 394570, 394600, 394601, 26784, 26785, 27176, 27274, 29667, 57855, 444824, 445242 e 451682;
- d) o autuante ao não fornecer cópias das notas fiscais constantes do demonstrativo constante da infração 01, cerceou o seu direito de ampla defesa. Aduz que na instauração do processo administrativo fiscal atender-se-á entre outros princípios, o princípio da verdade material conforme determina o art. 2º do RPAF. Alega que existem inúmeros casos, em que no sistema CFAMT/SEFAZ e nos arquivos do Sintegra dos fornecedores constam notas fiscais cujos destinatários são outras empresas, os números das notas estão incorretos, os valores das notas fiscais constantes na relação do CFAMT não coincidem com o valor real constante da via das notas fiscais, a natureza da operação não é compra para revenda, às vezes sendo remessa para conserto, bonificação, etc. Diz que este CONSEF tem se pronunciado constantemente em inúmeras decisões proferidas que a via arrecadada nos diversos postos fiscais fixos e volantes e a cópia da nota fiscal pelo fornecedor fornecida é prova material imprescindível para comprovação de irregularidade fiscal e que deve ser anexada aos autos e também ser fornecida cópia das mesmas ao contribuinte para que o mesmo tenha o direito de garantia de ampla defesa;
- e) as notas nºs 71556, 1904, 760224, 9983, 26130, 26186, 637811, 29192, 15205, 268110, 15831, 9202 e 9390 se tratam de notas cuja natureza da operação é “Remessa por conta e ordem de Terceiros” (nota fiscal 26130), Remessa de Peças para Manutenção (nota fiscal 029192), “Retorno de Bem recebido para Conserto” (nota fiscal 15205), além das outras notas se referirem a compras de mercadorias cujo ICMS foi pago por substituição tributária e a quantidade de notas não registradas são ínfimas em relação ao universo fiscalizado. Diz que foram apenas 13 (treze) notas com valores inexpressivos num total de 7.690 (sete mil, seiscentos e noventa) notas fiscais o que representa 0,001% do total examinado.

Sustenta que não houve descumprimento da obrigação principal e que a falta do registro das notas fiscais na escrita fiscal não implicou em falta de recolhimento de tributo, não sendo a infração praticada com intuito de dolo, fraude ou simulação.

Conclui requerendo o cancelamento ou redução da multa aplicada, conforme prevê o art. 158 do RPAF, para o valor de R\$ 50,00.

No que concerne à infração 02, esclarece que exerce atividade comercial com o ramo de comércio varejista de motocicletas e motonetas novas e peças e acessórios para veículos automotores, sendo a maioria dos produtos comercializados, que correspondem a aproximadamente 95% (noventa e cinco por cento) do valor econômico negociado, não sofrem tributação quando da sua saída em virtude de ter a sua fase de tributação encerrada, por motivo ser o ICMS pago pelo regime de substituição tributária ou pelo regime de antecipação tributária. Acrescenta que, conforme pode ser verificado através das notas fiscais de saídas e cupons fiscais emitidos, estes produtos são: veículos novos motorizados classificados na posição 8711 da NCM como motocicletas e motonetas novas, além de peças, acessórios e pneumáticos novos e câmaras de ar para as respectivas motos e motonetas. Diz que todos esses produtos têm a sua tributação do ICMS pelo regime de Substituição Tributária previstas em Convênios e/ou Antecipação Tributária conforme dispõe o art. 353, Inciso II, itens 17, 18 e 30 do RICMS/97.

Alega que o autuante cometeu um grande equívoco, pois a ação fiscal decorreu de Ordem de Serviço de nº 520580/07, que sugeria a aplicação de diversos Roteiros de Auditoria conforme cópia da Ordem de Serviço anexada à fl. 88 dos autos, sendo que ao se iniciar a ação fiscal, no mês de janeiro de 2008, apresentou todas as notas fiscais de entradas e saídas acompanhadas dos respectivos livros Registro de Entradas, Saídas, Registro de Apuração do ICMS, livro Registro de Inventário e livro Registro de Ocorrências, e os respectivos arquivos magnéticos, referentes aos exercícios de 2003 e 2004.

Diz que durante a fiscalização, o autuante após analisar o conteúdo dos arquivos, solicitou via intimação fiscal, que assinou em 09 de janeiro de 2008, a apresentação de novos arquivos magnéticos com a correção das inconsistências contidas nos mesmos, referente aos exercícios de 2003 e 2004.

Assevera que apresentou novos arquivos contendo os dados do livro de Registro de Entradas, livro Registro de Saídas, livro Registro de Apuração do ICMS com correção das inconsistências referentes ao exercício de 2003 no dia 28 de janeiro de 2008 (fls. 13, 14 e 15) e dos livros de Registros de Inventários com correção das inconsistências referente ao exercício de 2002 e 2003 no dia 29 de janeiro de 2008 (fl. 16).

Afirma também que foram apresentados novos arquivos contendo os dados do livro Registro de Entradas, com correção das inconsistências referente ao período de janeiro de 2004 a janeiro de 2005, nos dias 28 de janeiro de 2008 e 29 de janeiro de 2008 (fl. 17).

Alega que apresentou ainda novos arquivos contendo os dados do livro Registro de Saídas e do livro Registro de Apuração do ICMS com correção das inconsistências referente ao exercício de 2004, nos dias 21 de janeiro de 2008 e 28 de janeiro de 2008 (fls. 18 e 19) e dos livros Registros de Inventários de 2003 e 2004, nos dias 28 de janeiro de 2008 e 29 de janeiro de 2008 (fl. 18).

Diz que apresentou ainda novos arquivos contendo todos os dados do livro Registro de Saídas, livro Registro de Entradas, livro Registro de Apuração do ICMS e livros de Inventário no período de 15 de fevereiro de 2008 a 27 de fevereiro de 2008.

Aduz que durante o período de 02 de janeiro de 2008 a 31 de março de 2008, o autuante de posse dos documentos; livros fiscais e das informações contidas nos arquivos de 2003 e 2004 realizou a auditoria prevista na Ordem de Serviço nº 520580/07, cumprindo os roteiros, conforme consta no documento acostado a este processo intitulado Relatório de Fiscalização.

Continuando, manifesta o entendimento sobre os exames fiscalizatório que devem ter sido efetuados pelo autuante, discriminando cada Roteiro de Auditoria e o seu respectivo resultado.

Diz que no Roteiro AUDIF 202 - Auditoria em documentos e lançamentos fiscais- o autuante acusa a falta de registro de 124 notas fiscais que estão sendo motivo de impugnação.

Com relação ao Roteiro AUDIF -242 – Auditoria das informações em meio magnético – Convênio n. 57/95, alega que o autuante constatou pequenas divergências de dados contidos nos arquivos magnéticos que estão sendo motivo de impugnação.

Afirma que após os exames efetuados na documentação apresentada e de posse dos documentos, livros fiscais e das informações contidas nos arquivos magnéticos de 2003 e 2004, o autuante realizou as auditorias previstas, não tendo encontrado nenhuma irregularidade que resultasse em constituição de crédito de obrigação principal, com exceção da apresentação dos arquivos magnéticos com inconsistências, mas que não comprometeu o trabalho de auditoria realizado pelo autuante.

Esclarece que já enviou para o Sistema da Secretaria da Fazenda novos arquivos magnéticos do exercício de 2003 e 2004 com as devidas correções das inconsistências.

Alega que a intimação feita pelo autuante para que apresentasse os arquivos magnéticos com a correção das inconsistências em 09 de janeiro de 2008 foi atendida no prazo de 20 (vinte) dias, quando o prazo seria de 30 (trinta) dias, logo em 08 de fevereiro de 2008. Diz que esperou a

informação a ser prestada pelo autuante, para saber se haveria necessidade de apresentação de novos arquivos.

Invoca o § 5º - A do art. 708-B do RICMS/BA, para dizer que este permite que o prazo de entrega de arquivos magnéticos seja prorrogado por igual período de 30 (trinta) dias pelo Inspetor Fazendário, prazo este que se findaria em 09 de março de 2008. Assevera que efetuou novo envio de arquivos magnéticos no mês de fevereiro e não recebeu nenhuma informação do autuante se ainda havia divergências nos mesmos.

Prosseguindo, sustenta que na lavratura do Auto de Infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, a data de ocorrência e data do vencimento a constar no Auto de Infração deve ser a data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo contido na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados.

Afirma que o autuante cometeu um grave erro, quando colocou as datas dos fatos geradores e as datas dos vencimentos, como sendo o último dia de cada mês fiscalizado, o que contraria norma legal emanada pela Secretaria da Fazenda, motivo pelo qual requer a nulidade da autuação. Diz que está fartamente comprovada a inocorrência das infrações apontadas na autuação nas datas de ocorrências apontadas no Auto de Infração.

Salienta que não deixou de recolher o ICMS devido, e que entregou todos os livros e documentos fiscais solicitados pela fiscalização, sendo a multa imposta desproporcional e irrazoável.

Alega que a autuação foi feita de modo equivocado e por implicar mudança do fulcro da imputação, o relator não deve dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal. Afirma que 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.

Requer a nulidade deste item da autuação, por restar caracterizada a existência de falta de clareza na apuração do período da base de cálculo e da data de vencimento dos períodos envolvidos na fiscalização, bem como, por estar o lançamento em desacordo com as normas que regem a matéria, no caso, Informação Técnica da SAT, demonstrando insegurança do lançamento de ofício e não atendem ao devido processo legal.

Rechaça o mérito deste item da autuação, afirmando que a simples apresentação de arquivos magnéticos com inconsistências à Secretaria da Fazenda não prejudicou os trabalhos de fiscalização do autuante, que não apurou nenhuma irregularidade quanto ao exercício de 2003 e 2004, no que tange à obrigação principal, motivo pelo qual requer que seja cancelada ou reduzida a multa imposta por tratar-se de infração por cometimento de falta de cumprimento de obrigação acessória, por não ter sido praticada com dolo, fraude ou simulação. Invoca e transcreve os Acórdãos JJF nº 0012-01/07; CJF nº 0075 - 12/07; CJF nº 0125 - 12/07; CJF nº 0026 - 12/08; CJF nº 0058 - 12/08.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração, em consonância com as arguições preliminares ou, caso não seja acatado o pedido de nulidade, que seja julgada a infração 01, procedente em parte; e considerando que a infração 02 foi praticada sem dolo, fraude ou simulação e não implicou em falta de recolhimento do imposto, que seja reduzido o valor da multa para 1(uma) UPF consoante decisões já proferidas por este CONSEF.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 375 a 380), afirmando que em nenhum momento foi dito que os documentos fiscais de fornecedores do autuado utilizados no cruzamento eletrônico com os documentos fiscais escriturados no livro Registro de Entradas do sujeito passivo são originários do Sistema CFAMT e/ou de Arquivos Magnéticos do Sintegra dos fornecedores, como alega a defesa à fl. 304 dos autos.

Assevera se tratar de um grande Banco de Dados criado e gerido pela Secretaria da Fazenda com objetivo de subsidiar a fiscalização, onde constam, entre outras informações, os dados relativos a

Notas Fiscais de Saídas de fornecedores de bens, serviços e mercadorias de todos os contribuintes deste Estado.

Contesta as alegações defensivas relativas à existência de cerceamento ao direito de ampla defesa, afirmando que no momento da entrega do Auto de Infração o presente processo possuía 294 folhas, numeradas de 01 a 294, as quais foram entregues ao preposto da empresa, no caso, o senhor André Almeida Gonçalves, CPF N. 117.111.915-15, contabilista da empresa Salvador Motos Ltda., conforme recibo firmado às fls. 09 deste processo, onde constam, discriminadamente, peça por peça do PAF.

Assevera que a referida fl. 09, onde consta também o índice do PAF, com a indicação dos números das folhas de cada peça, é seguramente a prova material de que todas as peças que compunham o presente processo administrativo fiscal até aquela data foram devidamente entregues ao citado preposto do autuado. Esclarece ainda que o Auto de Infração em lide aponta duas infrações, e, em nenhuma delas, há exigência de ICMS, sendo a primeira referente à multa prevista no Art. 42, inciso XI, da Lei 7014/96 e a segunda à multa prevista na alínea "g" do inciso XIII-A do art. 42, da Lei 7014/96.

Acrescenta ainda que as notas fiscais que o contribuinte mediante intimações específicas conforme documentos às fls. 21 a 44 (primeira Intimação) e fls. 67 a 75 (segunda Intimação) disponibilizou para a fiscalização, arrecadadas regularmente mediante Termos de Arrecadações às fls. 45 a 66 (primeiro Termo de Arrecadação de Notas Fiscais) e às fls. 76 a 84 (segundo Termo de Arrecadação de Notas Fiscais), encontram-se anexadas ao Demonstrativo de Débito da Infração, conforme documentos às fls. 224 a 247.

Esclarece ainda que algumas das notas fiscais intimadas para serem examinadas pela fiscalização deixaram de ser apresentadas pelo contribuinte, sob alegação de dificuldades devido a desorganização dos arquivos. Apresenta listagem contendo as notas fiscais que deixaram de ser apresentadas para exame da fiscalização embora o autuado tenha sido regularmente intimada por duas vezes.

Admite que, por engano, houve lançamentos em duplicidade de notas fiscais no Demonstrativo de Débito às fls. 224 a 231, o que o obrigou a efetuar uma correção de valores, resultando na modificação do valor do débito de R\$ 3.766,37 para R\$ 3.707,78, conforme novo Demonstrativo de Débito anexado às fls. 383 a 389.

Tece comentário sobre o procedimento adotado pelo Fisco Federal, que se vale apenas de um Banco de Dados criado e gerido pela Delegacia da Receita Federal para subsidiar a fiscalização, utilizando-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), isto é, executa uma consulta do tipo seleção associando o CIC do médico com o CIC do cliente informado na declaração.

Esclarece que do resultado dessa consulta permite revelar ou não divergências entre valores declarados pelo prestador dos serviços e pelo tomador dos serviços. Havendo divergências, ambos são intimados a apresentar ao Fisco as Notas Fiscais de Prestação de Serviços, para confronto de informações, entendendo-se pacificamente que quem deve apresentar o documento fiscal é próprio contribuinte, não o Fisco Federal.

Afirma que a nível estadual, há uma “cultura” no sentido de que ao Fisco Estadual cabe apresentar como prova da acusação os documentos fiscais objeto de cruzamento eletrônico de informações entre contribuintes estaduais, remetentes e destinatários de mercadorias.

Diz que o RPAF/BA, por sua vez, em seu art.123, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos (documentos fiscais), levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, provas essas que, segundo o § 5º do referido art.123, de

caráter documental, deveriam ser apresentadas na impugnação, precluindo-se o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual.

No que concerne à infração 02, diz que conforme o texto transcrito no corpo do Auto de Infração, o autuado, após regularmente intimado (fls. 249 a 257), praticou duas irregularidades que deram ensejo à infração em questão:

1. falta de apresentação dos Arquivos Magnéticos Retificadores relativos aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2004, até a data da lavratura do Auto de Infração. O Auto de Infração foi lavrado no dia 04/04/2008, entregue no dia 07/04/2008, enquanto esses arquivos só foram enviados à Base de Dados da SEFAZ nos dias 24 e 28/04/2008, conforme Recibos de Entregas às fls. 347, 348 e 349 deste PAF; e,
2. envio dos Arquivos Magnéticos Retificadores relativos aos meses de janeiro de 2003 a setembro de 2004, após o prazo estabelecido na referida intimação que seria 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. 272 a 292 do presente PAF.

Afirma o autuante que não atender 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.

Finaliza a sua informação fiscal dizendo que, relativamente à infração 01, o valor deve ser alterado de R\$ 3.766,37 para R\$ 3.707,78, em virtude de erro na elaboração do Demonstrativo de Débito às fls. 224 a 231, conforme novo Demonstrativo de Débito anexado às fls. 383 a 389. Quanto à infração 02, mantém integralmente o valor da Infração de R\$ 448.868,90.

Intimado o autuado para ciência sobre a informação fiscal (fl. 391), este se manifestou às fls. 395 a 403, reiterando todos os argumentos da defesa inicial, acrescentando o seguinte sobre a contestação do autuante:

- que as informações não são verídicas. 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 dos arquivos magnéticos entregues pelos mesmos através do sistema Sintegra. Os dados relativos às notas fiscais de entradas registradas no livro Registro de Entradas referem-se às notas fiscais constantes também no sistema Sintegra. Diz que pode haver diversas hipóteses de divergências entre os dados dos fornecedores como as seguintes:

- 1 – A nota fiscal ter sido emitida pelo fornecedor e posteriormente cancelada, sem haver a efetiva saída da mercadoria e o fornecedor ter informado no sistema Sintegra que houve a emissão e não ter informado posteriormente o cancelamento da nota fiscal;
- 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, em virtude de acidente com o veículo transportador e as mercadorias terem sido avariadas e imprestáveis para comercialização e a mesma constar nas informações contidas nos arquivos magnéticos enviados pelo fornecedor pelo sistema Sintegra como operação normal;
- 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, em virtude de ocorrência de assalto durante o trajeto da viagem e a mesma constar nas informações contidas nos arquivos magnéticos enviados pelo fornecedor pelo sistema Sintegra como operação normal.

Argumenta que existem inúmeras hipóteses de divergências, inexistindo neste processo prova material para comprovar a acusação fiscal.

Reafirma que a prova material, reiteradamente exigida por este CONSEF, quanto à falta de escrituração de notas fiscais supostamente emitidas por fornecedores e não registradas pelo autuado é a cópia da nota fiscal arrecadada pelo Fisco nos postos fiscais ou conseguida através de processo de circularização junto aos diversos fornecedores. Registra a sua discordância quanto à declaração do autuante referente à desorganização dos arquivos. Diz que solicitou ao autuante que fornecesse as cópias das notas fiscais relacionadas na autuação e este declarou que não possuía tais cópias.

Com relação às notas fiscais emitidas pela Embratel e também pela Xerox Comercio e Indústria Ltda., diz que como se referem a pagamentos por prestação de serviços que não geram crédito fiscal de ICMS, optou por registrar estes documentos diretamente na escrita contábil como despesas gerais.

Prosseguindo, diz que o longo texto escrito pelo autuante quer justificar o injustificável. Salienta que, conforme declara o próprio autuante, no Fisco Federal quando há *“divergências, ambos são intimados a apresentar ao Fisco as Notas Fiscais de Prestação de Serviços, para confronto de informações”*.

Aduz que deve o autuante efetuar diligências para conseguir as tais notas dos diversos fornecedores que o mesmo alega que houve circulação e que não foi registrada na sua escrita fiscal.

Solicita que, caso não haja a apresentação que esta JJF julgue a infração 01, nula por falta de apresentação de prova material que comprove o ilícito fiscal.

No respeitante à infração 02, afirma que a falta de entrega de parte dos arquivos magnéticos não prejudicou os trabalhos de fiscalização, pois o autuante efetuou a Auditoria Fiscal, cumpriu o determinado na Ordem de Serviço, realizando os exames correspondentes a 11 (onze) roteiros de fiscalização, não encontrando nenhuma irregularidade que constituísse crédito fiscal de natureza de obrigação principal, conforme já relatado nas folhas de nº 18 a 29 da defesa inicial.

Assevera que está comprovado que não houve as infrações apontadas pelo autuante nas datas dos fatos geradores e nas datas dos vencimentos constantes do Auto de Infração, fato não contestado pelo autuante. Diz que os seus argumentos não foram contestados, com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação, como determina o § 6º do Art. 127, motivo pelo qual, requer que durante o julgamento seja interpretada a regra constante no art. 140 do RPAF/99, que reproduz.

Conclui requerendo que esta Junta de Julgamento aplique o princípio da razoabilidade, conforme decisão proferida no Acórdão CJP nº 0058 -12/08 deste CONSEF, cujo julgamento referiu-se à contribuinte com o mesmo ramo de sua atividade já que todas as suas aquisições de mercadorias (motos e motonetas) ocorrem com imposto pago por substituição tributária e a infração ter sido de caráter genérico, reduzindo a multa para 1(uma) UPF como forma da lúdima justiça.

O autuante apresentou contestação(fls. 409 a 412), afirmando que algumas hipóteses de situações que podem resultar em operações não efetivadas, que são os casos de notas fiscais canceladas pelo fornecedor, ou em operações improdutivas, que são os casos de sinistros (carga envolvida em acidentes com viatura transportadora ou em assaltos), o Banco de Dados criado e gerido pela Secretaria da Fazenda com objetivo de subsidiar a fiscalização, onde constam, entre outras informações, os dados relativos a Notas Fiscais de Saídas de Fornecedores de Bens, Serviços e Mercadorias de todos os contribuintes deste Estado é dotado de recursos que identificam todos os casos de cancelamentos de notas fiscais por fornecedores e, automaticamente, estas notas são excluídas do cruzamento eletrônico de informações entre contribuintes estaduais. Quanto às hipóteses de sinistro, diz que embora o referido Banco e Dados não as preveja, é sabido que tais situações só são consideradas pelo Fisco se devidamente documentadas com as respectivas ocorrências policiais, e, sempre que isso ocorre, em respeito às boas relações comerciais entre fornecedores e o autuado, este seria devidamente informado, como não há registros dessas ocorrências o Fisco descarta a existência de tais situações com as notas fiscais solicitadas.

No que tange à produção de provas alegada pelo autuado, baseado em supostos entendimentos do Conselho de Fazenda de caber única e exclusivamente ao Fisco Estadual, salienta que o art.123 do RPAF, assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos fiscais, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, na realidade, divide essa responsabilidade.

Ressalta que a maioria das notas fiscais pertence ao principal fornecedor do autuado, MotoHonda da Amazônia Ltda., cuja matriz está 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).

Manifesta o entendimento de que, nesses casos, seria muito mais fácil para o próprio autuado, até para recompor seus arquivos, solicitar desses fornecedores cópia das notas fiscais em questão, já que as mesmas não foram encontradas na empresa, e anexá-las ao PAF, do que o Fisco da Bahia.

Reportando-se especificamente sobre as notas fiscais emitidas pelos fornecedores Embratel S/A e Xerox Comércio e Indústria Ltda., tece três comentários: o primeiro é que a autuada confessa que realmente não fez os registros das notas fiscais desses fornecedores nos livros Registro de Entradas; o segundo é que tais registros são de natureza obrigatória e não optativos, razão pela qual procede a aplicação da multa pela falta desses registros na escrita fiscal; e, o terceiro é que restou por parte do autuado provar que os referidos documentos fiscais foram devidamente contabilizados, sendo essa comprovação é exigida pelo art. 123 do RPAF/99.

Com relação às demais notas fiscais emitidas pelos fornecedores Moto Honda da Amazônia Ltda., CNPJ 04.337.168/0001-48 (AM); Motopema Motos e Peças Ltda., CNPJ 01.014.856/0001-89 (BA); 3R Distribuidora de Motopeças Ltda., CNPJ 03.967.6710001-14; esclarece que solicitou através de “e-mail” cópia dos documentos fiscais, relação às fls.376 e 377, e constatou que de todas as notas solicitadas apenas as Notas Fiscais n.s 43.845, de 10/06/2003; e, 44.264, de 05/07/2003; emitidas pela Motopema Motos e Peças Ltda., não se destinam a Salvador Motos Ltda., mas, a outros clientes daquela empresa de nomes “Eduardo José Fernandes da Silva” e “Edson Cerqueira Nogueira”, respectivamente, conforme cópias anexas.

Acrescenta que, além dessas duas notas fiscais, ficou esclarecido que apenas três notas emitidas pela Moto Honda da Amazônia Ltda., CNPJ 04.337.168/0006-52 (SP), constavam com a numeração errada, sendo estas notas excluídas do levantamento fiscal e novos Demonstrativos foram elaborados para serem entregues ao autuado, para manifestação.

Esclarece que as Notas Fiscais n.ºs 44.263, de 05/07/2003; 48.028, de 25/11/2003; 57.855, de 26/11/2004; e, 58.061, de 02/12/2004, emitidas por Motopema Motos e Peças Ltda., destinadas a Salvador Motos Ltda., encontram-se anexadas aos autos, como prova material da infração.

Frisa que as notas fiscais emitidas pela 3R Distribuidora de Motopeças Ltda. e pela Embratel S/A, todas destinadas à Salvador Motos Ltda., encontram-se anexadas aos autos, como prova material da infração

Diz que as notas fiscais emitidas pelos fornecedores Moto Honda da Amazônia Ltda., de Manaus e de São Paulo, bem como as notas fiscais emitidas pela Xerox Comércio e Indústria Ltda., todas destinadas ao autuado, lhe foram enviadas em meio magnético, digitalizadas, conforme cópias anexadas aos autos, como prova material da infração. Informa que os arquivos contendo essas notas fiscais se encontram gravados em CD também anexado aos autos.

Relativamente à infração 02, diz que recebeu a Ordem de Serviço 520.580/07, conforme fl. 88 do presente PAF, onde consta para execução dentre outros Roteiros de Auditorias o Roteiro AUDIF-207 AUDITORIA DE ESTOQUES .

Afirma que o não atendimento a contento da intimação para regularizar os arquivos magnéticos inviabilizou a execução desse Roteiro de Auditoria e que se este pudesse ter sido executado, o resultado certamente teria sido outro completamente diferente, pois, o levantamento quantitativo acusaria omissão de entradas e poderia ter sido reclamado não só o imposto normal como o imposto antecipado não recolhido por ocasião das entradas, tendo em vista que nem todas as entradas são devidamente registradas, conforme ficou comprovado na infração 01, bem como, que os itens que

iam ser selecionados para o levantamento fiscal seriam mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, no caso, os diversos modelos de motos e peças para reposição.

Reafirma que os trabalhos da fiscalização foram certamente afetados.

Finaliza a sua contestação dizendo que, relativamente à infração 01, o valor deve ser alterado de R\$ 3.766,26 para R\$ 3.604,21, em face dos esclarecimentos acima prestados, referentes às notas fiscais obtidas junto a alguns dos fornecedores do autuado, conforme documentos anexos. Quanto à infração 02, mantém integralmente a autuação.

Intimado o autuado para ciência da contestação do autuante e recebimento de cópias das notas fiscais de fls. 409 a 533, este acusa o recebimento e se manifesta às fls. 537 a 550, reiterando em todos os seus termos os argumentos constantes na defesa inicial.

Acrescenta que, reafirma a sua manifestação anterior, pois, conforme o próprio autuante declara na sua informação fiscal o Banco de Dados criado e gerido pela Secretaria da Fazenda tem o objetivo apenas de subsidiar o trabalho de fiscalização. Portanto pode ter dados incompletos e divergentes dos documentos originais.

Afirma que o autuante na sua informação fiscal anexou cópias das notas fiscais que deixou de apresentar quando da elaboração dos seus demonstrativos e da lavratura do Auto de Infração e que a juntada de novos documentos ao processo fiscal deve ser acompanhada da reabertura de prazo para defesa por 30 (trinta) dias sob pena de julgamento pela nulidade do Processo Administrativo Fiscal.

Diz que a intimação fiscal que recebeu concedeu apenas o prazo de 10 (dez) dias, sendo cabível este prazo quando houver apenas incorreções ou omissões e não observância de exigências meramente formais, o que não é caso em discussão neste processo.

Assevera que efetivamente não escriturou as notas fiscais emitidas pela Embratel e Xerox Comércio e Indústria Ltda., contudo, tais notas têm a natureza de prestação de serviços, que não geram crédito fiscal, estando devidamente contabilizadas na sua escrita contábil que está à disposição do Fisco.

Registra que o autuante reconhece em parte que os seus demonstrativos continham enganos e retificou os valores das multas aplicadas, comprovando a alegação defensiva de que os dados contidos em arquivos magnéticos fornecidos pelos emitentes que fazem parte do Banco de Dados da SEFAZ/BA, não são confiáveis para servir de prova para lavratura de Auto de Infração.

Reportando-se à infração 02, reafirma o contido na defesa e manifestação anterior. Sustenta que os arquivos magnéticos foram regularizados e não houve embaraço à ação fiscal realizada pelo autuante, tendo este realizado auditoria em todos os documentos fiscais de entradas e saídas, cumprindo os 11 (onze) roteiros determinados pela OS nº 520.580/07, nada encontrando de irregular, motivo pelo qual, concluiu a sua fiscalização com homologação dos exercícios de 2003 e 2004, sem constituição de crédito de obrigação principal.

Afirma que a alegação do autuante de que aplicou a multa por descumprimento de obrigação acessória, por apenas não ter realizado o roteiro de Auditoria de Estoques não procede. Diz que o autuante poderia ter feito o levantamento lançando os produtos e as quantidades por meio manual, se na sua análise considerava que os dados contidos nos arquivos magnéticos não mereciam confiança. Acrescenta que todos os arquivos magnéticos foram regularizados e se a Secretaria da Fazenda entender que deve ser realizada uma reprogramação fiscal com a finalidade de refazer a fiscalização aplicando o roteiro de Auditoria de Estoques, coloca todos os documentos fiscais e contábeis à disposição do Fisco.

Consigna que o autuante não contesta os seus argumentos de que não houve as infrações apontadas nas datas de ocorrências constantes no Auto de Infração.

Reafirma o argumento de que na lavratura do Auto de Infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, a data de ocorrência e data do vencimento a constar no Auto de Infração deve ser a data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo

contido na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados.

Alega que o autuante incorreu em grave erro, quando colocou as datas dos fatos geradores e as datas dos vencimentos, como sendo o último dia de cada mês fiscalizado, o que contraria norma legal emanada pela Secretaria da Fazenda, motivo pelo qual requer o julgamento pela nulidade desta infração.

Aduz que não deixou de recolher o ICMS devido e entregou todos os livros e documentos fiscais solicitados pela Fiscalização e que multa imposta ao invés de atingir seus reais objetivos, principalmente de ordem pedagógica, está impondo uma penalidade desproporcional e irrazoável.

Reportando-se ao mérito desta infração, diz que se verifica que a simples apresentação de arquivos magnéticos com inconsistências à Secretaria da Fazenda não prejudicou os trabalhos de Fiscalização, que não apurou nenhuma irregularidade quanto ao exercício de 2003 e 2004, no que tange à obrigação principal.

Requer a Junta de Julgamento, que seja cancelada ou reduzida a multa imposta, por se tratar de infração por descumprimento de obrigação acessória, por não ter sido praticada com dolo, fraude ou simulação, consoante decisões deste Conselho de Fazenda, conforme Acórdãos JJF Nº. 0012/01/07, CJF N.0075-12/07, CJF N.0125-12/07, CJF N. 0026-12/08, CJF N.0058-12/08. Observa que a Câmara acolheu o Recurso apresentado e reduziu a multa para apenas 1 (uma) UPF (R\$ 50,00).

O autuante se pronunciou sobre a manifestação do impugnante às fls. 554 a 557, esclarecendo que, relativamente à infração 01, os documentos fiscais dos fornecedores do autuado foram por eles enviados à Fiscalização, por correspondência e por “e-mail”, e que os anexou ao presente processo administrativo fiscal, e, em face disso, algumas correções foram efetuadas no procedimento original, resultando na redução do valor desta infração de R\$ 3.766,26 para R\$ 3.604,21, tendo sido elaborados novos Demonstrativos os quais foram entregues ao contribuinte para que o mesmo, no prazo de dez dias, se manifestasse.

Registra que, considerando que os fornecedores consultados não só confirmaram que efetuaram as saídas questionadas para o autuado como também enviaram as respectivas notas fiscais, algumas sob forma de cópia outras gravadas em arquivos digitalizados, pode-se concluir que o Banco de Dados criado e gerido pela Secretaria da Fazenda com objetivo de subsidiar a Fiscalização, onde constam, entre outras informações, os dados relativos a notas fiscais de saídas de fornecedores de bens, serviços e mercadorias de todos os contribuintes deste Estado, pelo menos em relação a essas notas fiscais, apresenta dados corretos.

Quanto às notas fiscais emitidas pela Embratel e pela Xerox que o autuado reconhece que não foram registradas em sua escrita fiscal, esclarece que a multa em questão diz respeito exatamente ao fato de não terem sido escrituradas nos livros fiscais próprios, independentemente de terem ou não sido contabilizadas.

No respeitante à infração 02, reitera o que foi dito na Informação Fiscal sobre esta infração, conforme fl. 224 dos autos.

Esclarece que a multa da infração 02 tem como base de cálculo os valores contábeis das saídas mensais, sendo considerado regularmente como data da ocorrência e vencimento o último dia do mês das respectivas saídas, portanto, nada havendo de errado no demonstrativo anexo ao Auto de Infração.

Finaliza a sua contestação, dizendo que, relativamente à infração 01, o valor deve ser alterado de R\$ 3.766,26 para R\$ 3.604,21, em face dos esclarecimentos prestados, e a infração 02, mantida integralmente.

O senhor Inspetor Fazendário da INFAZ/VAREJO, analisando o pedido de reabertura de prazo de 30(trinta) dias, consignou à fl. 569 despacho no qual diz que em virtude da complexidade da autuação, autoriza a reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

Intimado o contribuinte para ciência da informação fiscal e reabertura do prazo de defesa de 30(trinta) dias, este se manifesta às fls. 574 a 587, reafirmando em todos os seus termos os argumentos constantes da defesa inicial e manifestação posterior.

O autuante apresentou contestação à manifestação do autuado à fl. 592, esclarecendo, no que diz respeito à infração 01, que os documentos fiscais dos fornecedores do autuado foram por eles enviados ao Fisco, por correspondência e por “e-mail”, os quais foram anexados aos autos, como prova material da infração, ocasionando, em decorrência disso, algumas correções que foram efetuadas no procedimento original, resultando na redução do valor desta infração de R\$ 3.766,26 para R\$ 3.604,21, tendo sido elaborados novos demonstrativos os quais foram entregues ao contribuinte, para que este, mediante a reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, se manifestasse.

Acrescenta que o Demonstrativo de débito anexo ao Auto de Infração, devidamente retificado encontra-se às fls. 413 e 414; o Demonstrativo de Débito da multa aplicada, também devidamente retificado encontra-se às fls. 415 a 421; os dados relativos às notas fiscais, prova material da infração, já se encontram às fls. 232 a 247, e, de forma complementar, às fls. 422 a 532.

Diz ainda que com essas informações considera esgotado os seus argumentos na sustentação da acusação fiscal, tendo em vista que o autuado em suas últimas razões de defesa apenas se limitou a repetir as manifestações anteriormente apresentadas, conforme textos às fls. 576,577 e 578.

Quanto à infração 02, mantém integralmente a autuação.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, considerando a alegação defensiva, converteu o processo em diligência (fls.595/596), a fim de que fosse entregue ao autuado, cópia das notas fiscais arroladas na autuação, assim como fossem excluídas da exigência aquelas porventura não localizadas, informando-o da reabertura do prazo de defesa 30 (trinta) dias, a contar da ciência do recebimento desta intimação.

Cumprindo a diligência, o autuante prestou informação fiscal à fl. 599, esclarecendo que os documentos fiscais dos fornecedores do autuado foram enviados por eles à Fiscalização, mediante correspondência e por “e-mail”, os quais foram anexados ao presente processo, como prova material da infração. Acrescenta que, em decorrência disso, algumas correções foram efetuadas no procedimento original, resultando na redução do valor exigido de R\$ 3.766,26 para R\$ 3.604,21, tendo sido elaborados novos demonstrativos os quais foram entregues ao contribuinte, inclusive com a reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

Esclarece ainda o autuante que o Demonstrativo de débito anexo ao Auto de Infração, devidamente retificado encontra-se às fls. 413 e 414; o Demonstrativo de Débito da multa aplicada, também devidamente retificado encontra-se às fls. 415 a 421; os dados relativos às notas fiscais, prova material da infração, já se encontram às fls. 232 a 247, e, de forma complementar, às fls. 422 a 532.

Diz ainda que, como as notas fiscais arroladas no Demonstrativo da Multa Aplicada(retificador) às fls. 415 a 421, já se encontram anexadas ao processo às fls. 232 a 247, e, complementarmente, às fls. 422 a 532, não existindo mais nenhuma nota fiscal a ser anexada ou excluída do levantamento fiscal, os seus argumentos contestatório ficam esgotados, uma vez que o autuado em suas manifestações apenas se limitou a repetir as razões anteriormente apresentadas, conforme textos às fls. 576 a 578.

Finaliza dizendo que as suas conclusões se encontram às fls. 557 sobre as quais o autuado já se manifestou, conforme fls. 576 a 578.

Submetida a matéria à discussão em pauta suplementar, os membros da 1ª JJF deliberam por unanimidade, pela desnecessidade de conversão do processo em nova diligência, considerando que os elementos existentes nos autos são suficientes para decisão da lide, e que o autuado recebera os documentos arrolados na autuação, bem como, tomara ciência da reabertura do prazo de defesa de 30(trinta) dias concedido pelo Inspetor Fazendário.

VOTO

Inicialmente, rejeito a nulidade argüida pelo autuado, por não estarem descritos com clareza os fatos apontados no Auto de Infração, pois, verifico que o próprio sujeito passivo ataca as acusações com precisão e detalhamento, inexistindo ofensa ao artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal –RPAF/99. Constatado que o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com o artigo 39 do mesmo Diploma regulamentar processual retro referido, inexistindo vícios ou falhas que possam determinar a nulidade do ato.

Inexiste o alegado cerceamento de defesa pela falta de entrega de demonstrativos e do próprio Auto de Infração, haja vista que consta a assinatura de preposto do autuado à fl. 09, confirmando o recebimento de todas as peças do processo. Ademais, todas as notas fiscais arroladas na autuação foram entregues ao autuado, inclusive, com a reabertura do prazo de defesa de 30(trinta) dias, conforme despacho do senhor Inspetor Fazendário à fl. 569 e confirmação da ciência e recebimento pelo autuado à fl. 571.

No que concerne a indicação do impugnante do endereço profissional para recebimento de intimações sito a Av. Tancredo Neves, 275-Sl.203-Ed. Metropolitan Center –Salvador-BA, nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Cumpre-me fazer um breve registro sobre a questão suscitada tanto pelo autuante quanto pelo autuado, referente à necessidade de comprovação de elementos obtidos através de Banco de Dados.

O entendimento pacificado neste CONSEF tem sido no sentido de que as notas fiscais coletadas no sistema CFAMT por si só comprovam o trânsito das mercadorias, sendo suficiente para imputar ao contribuinte o cometimento da infração. Nessa situação, considerando que houve comprovadamente a circulação das mercadorias nos postos fiscais, cabe ao destinatário, no caso de denegar o recebimento ou mesmo a compra efetuada junto ao fornecedor, comprovar as suas alegações, trazendo aos autos elementos de provas hábeis capazes de elidir a autuação.

Por outro lado, nas demais situações de coletas de notas fiscais, a exemplo de Banco de Dados, não há efetivamente a comprovação do trânsito da mercadoria, o que exige a juntada por parte do Fisco de todos os elementos de provas que disponha para alicerçar a autuação. Nos casos que tais, a solicitação junto aos fornecedores de cópias das notas fiscais, troca de correspondências no intuito de comprovar a acusação fiscal e outros elementos são indispensáveis.

Vale registrar que, tanto na situação do CFAMT quanto nas demais situações de coletas de notas fiscais, torna-se imprescindível que o contribuinte receba cópias dos documentos fiscais arrolados na autuação, a fim de que possa exercer o seu direito de ampla defesa e do contraditório, haja vista que a inobservância do direito do contribuinte por parte do Fisco, é fator determinante de nulidade da autuação.

No mérito, relativamente à infração 01, apesar de assistir razão ao autuado quando alega na peça de defesa que as Notas Fiscais nº.s 512849, 531354, 569680, 6101007, 617080, 656305, 662888, 699982, 709658, 748290, 753241, 789492 e 796045, foram lançadas na autuação por três vezes, o que ocasionou a aplicação de multa referente a estas notas fiscais em valor três vezes superior ao valor real, constato que o autuante corrigiu o equívoco refazendo os cálculos e reduzindo a exigência originalmente de R\$ 3.766,37 para R\$ 3.707,78.

Ocorre que, verifico que as Notas Fiscais nº.s 512849, 531354, 569680, 6101007, 617080, 656305, 662888, 699982, 709658, 748290, 753241, foram emitidas pela Embratel S/A, sendo referentes à prestação de serviços de telecomunicações tributáveis, portanto, passível de aplicação da multa de 10% do valor comercial do serviço utilizado pelo estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, conforme previsto no artigo 42, inciso IX da Lei n. 7.014/96.

Constatamos também que as Notas Fiscais n.s 9983, 15381,9202 e 9393, dizem respeito a operações tributáveis, significando dizer que cabe a aplicação da multa de 10% do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, conforme previsto no artigo 42, inciso IX da Lei n. 7.014/96.

Assim sendo, descabe a exigência neste Auto de Infração da multa de 1% no valor total de R\$ 116,85, relativo às notas fiscais acima mencionadas, devendo a autoridade competente analisar a possibilidade de lavratura de outro Auto de Infração para imposição da penalidade correta de 10% sobre o valor comercial das mercadorias, consoante o artigo 156 do RPAF/99.

Com relação às Notas Fiscais nº 71556, 1904, 760224, 9983, 26130, 26186, 637811, 29192, 15205, 268110, 15831, 9202 e 9390, que o autuado alega se tratarem de notas cuja natureza da operação é “Remessa por conta e ordem de Terceiros”, observo que nos termos do artigo 322, inciso I, do RICMS/BA, é obrigatório o registro das entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento.

Observo ainda que as Notas Fiscais nº.s 43.845 e 44.264, ambas emitidas por Motopema Motos e Peças Ltda., foram acertadamente excluídas da exigência fiscal pelo autuante, haja vista que não foram destinadas ao autuado, mas a outros clientes do emitente, no caso, Eduardo José Fernandes da Silva e Edson Cerqueira Nogueira, respectivamente, conforme cópias anexadas aos autos.

Vejo também que o autuante excluiu do levantamento três notas fiscais emitidas por Moto Honda da Amazônia Ltda., CNPJ 04.337.168/0006-52 (SP), que constavam com a numeração errada tendo elaborado novo Demonstrativo de Débito (fls.415 a 421), no qual o débito foi reduzido de R\$ 3.707,78 para R\$ 3.604,21.

Vale registrar que as notas fiscais arroladas na autuação foram emitidas por fornecedores habituais do autuado, a exemplo de Moto Honda da Amazônia Ltda., Motopema Motos e Peças Ltda., 3R Distribuidora de Motopeças Ltda., que por solicitação do autuante através de correspondência, inclusive, “e-mail”, confirmaram as operações realizadas com o autuado, enviando cópias das notas fiscais pertinentes.

Portanto, os documentos acostados aos autos, cujas cópias o autuado teve pleno conhecimento, inclusive, com a reabertura do prazo de defesa de 30(trinta) dias, para exercer o direito de ampla defesa e do contraditório, confirmam o acerto da ação fiscal.

Diante do exposto, considero parcialmente subsistente a autuação com as exclusões e correções realizadas, passando o valor exigido para R\$ 3.487,46, conforme demonstrativo de débito abaixo:

Data de Ocorrência	Multa (%)	Valor devido (R\$)
31/01/2003	1,00	321,63
28/02/2003	1,00	149,50
30/04/2003	1,00	16,99
31/05/2003	1,00	88,08
31/07/2003	1,00	177,79
31/08/2003	1,00	9,26
30/11/2003	1,00	31,67
29/02/2004	1,00	15,00
31/03/2004	1,00	102,76
30/04/2004	1,00	12,57
31/05/2004	1,00	214,91
30/06/2004	1,00	85,00
31/07/2004	1,00	192,88
31/08/2004	1,00	114,57

30/09/2004	1,00	107,91
31/10/2004	1,00	1.112,76
30/11/2004	1,00	448,07
31/12/2004	1,00	286,11
TOTAL		3.487,46

Quanto à solicitação de dispensa ou redução da multa aplicada, entendo que de acordo com o artigo 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, o pleito não deve ser atendido, considerando ter ficado comprovado o cometimento da infração.

No que concerne à infração 02, verifico que o autuado argúi a nulidade da autuação sob a alegação de que o autuante cometeu um grave erro, quando colocou as datas dos fatos geradores e as datas dos vencimentos, como sendo o último dia de cada mês fiscalizado, o que contraria norma legal emanada pela Secretaria da Fazenda, por estar comprovada a inocorrência das infrações apontadas na autuação nas datas de ocorrências descritas no Auto de Infração.

Apesar de erroneamente constar no Auto de Infração no campo “*Data de Ocorrência*” o último dia de cada mês fiscalizado, certamente, não pode prosperar a pretensão de nulidade deste item da autuação conforme pretendido pelo impugnante.

Isto porque ao ser intimado o contribuinte para apresentar arquivos magnéticos referentes a fatos pretéritos e este desatende a intimação, o não atendimento constitui uma infração, contudo, a ocorrência dessa infração surge no momento em que expira o prazo para apresentação dos arquivos solicitados, e não na data dos fatos relativos aos elementos constantes nos referidos arquivos.

Vale observar que a importância da data da ocorrência reside no fato de que é com base nela que são feitos os cálculos dos acréscimos legais, a exemplo da atualização monetária e dos acréscimos moratórios.

O art. 708-A cuida da obrigação de entregar os arquivos mensalmente à repartição fazendária, até as datas estipuladas nos incisos do artigo, sendo que a entrega é feita via internet. Os prazos para entrega são fixados até os dias 15, 20, 25 e 30 do mês subsequente ao mês considerado, a depender do algarismo final da inscrição cadastral do estabelecimento.

Já o art. 708-B, cuida da entrega a ser feita à Fiscalização, quando for o contribuinte intimado nesse sentido, e a entrega é feita pessoalmente ao preposto do Fisco, até a data estipulada na intimação, que pode ser prorrogado, se assim decidir a autoridade fiscal.

Conforme consta na descrição da infração, o autuado “*Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas*”. Assim sendo, não importa o exercício a que se refiram os arquivos, o que importa é a natureza da infração, de modo que esta se considera ocorrida no dia em que vence o prazo para a entrega dos arquivos ao Fisco, estabelecido na intimação.

Consoante estabelece o § 5º do art. 708-B do RICMS/BA, o prazo para que o contribuinte corrija arquivo magnético apresentado com inconsistência é de 30 dias úteis. Ora, se o Regulamento concede prazo para que o contribuinte corrija erros do arquivo, isto significa que somente depois de decorrido tal prazo é que, não sendo atendida a intimação, fica o contribuinte sujeito às sanções legais em virtude da falta de entrega do arquivo devidamente corrigido.

No caso em exame, a infração de que cuida este item da autuação não ocorreu nas datas indicadas no Auto de Infração, mas sim na data em que venceu o prazo estabelecido pela Fiscalização na intimação efetuada para que o contribuinte entregasse os arquivos devidamente corrigidos e o contribuinte não atendeu à intimação.

De acordo com a intimação, o autuado foi intimado em 09/01/2008 para apresentar os arquivos magnéticos, em virtude de inconsistências, sendo-lhe concedido o prazo de 30 dias, cujo vencimento ocorreu em 08/02/2008, sendo este, portanto, o dia do cometimento da infração.

Assim, ao deixar de cumprir uma obrigação de fazer, no caso, de entregar os arquivos magnéticos, quando intimado, o contribuinte incorreu em infração, cuja data de ocorrência se deu no dia em que venceu o prazo para que apresentasse os arquivos solicitados, ou seja, 08/02/2008.

Diante do exposto, rejeito a nulidade argüida pelo autuado, devendo o demonstrativo de débito ser corrigido, alterando-se a data de ocorrência da infração 02, para 08/02/2008.

No mérito, a teor do artigo 708-A do RICMS/97, o contribuinte do ICMS usuário de SEPD para emissão de documentos fiscais e/ou livros fiscais, deverá entregar o arquivo magnético, referente ao movimento econômico de cada mês, a partir do mês de outubro de 2000, inclusive, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, devendo ser incluídos todos os registros exigidos pela legislação.

O § 4º do citado art. 708-A, determina que:

“§4º 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 Inspeção 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.”

Vale registrar que o arquivo magnético é recebido e submetido a teste de consistência, e por isso, a legislação prevê que a sua recepção pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, de acordo com o § 6º do mesmo artigo 708-A do RICMS/BA, abaixo transcrito:

“§ 6º A recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas.”

Independentemente da entrega mensal prevista no art. 708-A do RICMS/97, acima referido, o contribuinte também é obrigado a entregar, quando intimado, os referidos arquivos, conforme a previsão do art. 708-B, § 5º, do mesmo RICMS/97, *in verbis*:

“Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

(...)

§ 5º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente a retificação total de arquivo.

O que se verifica no caso em exame, é que após a constatação de falta dos registros 54, 60R, 74 e 75, referentes aos exercícios de 2003 e 2004, o contribuinte foi intimado (fls. 249 a 257), a corrigir as irregularidades apontadas, no prazo de 30 (trinta) dias, na forma do artigo 708, §5º, do RICMS/BA, contudo, entregou novos arquivos após o prazo estabelecido, mesmo assim, sem os ajustes necessários, inclusive, com falta de informação dos registros, o que configurou a não entrega, consoante o artigo 708-B, § 6º, do RICMS/BA, infração passível da multa de 1% sobre o valor das operações.

Assim, considerando que o procedimento fiscal foi efetuado observando os requisitos estabelecidos na legislação tributária, quanto à necessidade de intimação específica ao contribuinte para a necessária correção dos arquivos, conforme acima exposto, e as divergências não foram sanadas, equivalendo à falta de entrega dos arquivos, este item da autuação é integralmente subsistente.

Cumpre registrar que, o artigo 42, XIII-A, “g” da Lei nº 7.014/96, teve a sua redação modificada através da Lei nº 10.847 de 27/11/2007, passando a multa pela falta de fornecimento de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, para o artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº. 7.014/96, contudo, permanecendo limitada ao percentual de 1% sobre o valor das operações ou prestações realizadas.

Contudo, entendo que deve ser acolhido o pedido do autuado de redução da multa, haja vista que não restou comprovada a falta de pagamento do imposto, bem como, que tenha existido dolo, fraude ou simulação, além do fato de os registros terem sido feitos nos livros fiscais próprios, estando preenchidas as condições previstas no §7º do artigo 42 da Lei n.7.014/96, para atendimento do pleito.

Registro que este tem sido entendimento deste CONSEF, especialmente na Segunda Instância, conforme Acórdãos n.s 0171-12/08, 0145-12/08 e 0282-11/08, CJF 0211-12/08, sendo que, deste último, reproduzo parte do voto a título ilustrativo:

“VOTO

(...)

Todavia, ao contrário do quanto manifestado na Decisão recorrida, entendo que o montante da multa inicialmente aplicada, em face do permissivo constante do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96 e art. 158, do RPAF, deve ser reduzido.

Isso porque o recorrente, desde o início da ação fiscal, entregou ao autuante todos os livros e documentos fiscais da empresa, submetendo-se ao início e fim da fiscalização, tendo o autuante apurado imposto a recolher de pequenissima monta, objeto da infração 2, que já fora, inclusive, objeto de reconhecimento e pagamento por parte do contribuinte.

Ora, por tal razão, a despeito do cometimento da infração, o ilícito praticado pelo recorrente se encontra “relativizado”, vez que o mesmo entregou documentos outros à fiscalização, os quais, inclusive, redundaram em cobrança de valor de imposto, absolutamente desproporcional em relação à multa exigida na infração 1, a despeito de se tratarem de períodos distintos concernentes ao levantamento quantitativo de estoque. Saliento, portanto, que em relação ao exercício de 2003, não há qualquer imposto exigido na presente autuação.

Daí porque, minimiza-se, na prática, o prejuízo ao Fisco Estadual que, através de outros roteiros de auditoria e com os documentos apresentados pelo próprio recorrente, poderia apurar o imposto devido.

Tenho ressaltado em outros votos por mim proferidos e que se assemelham ao presente que o que deve almejar o Estado da Bahia é a cobrança do imposto, jamais a aplicação de multas com o fim de substituir aquela cobrança, utilizáveis apenas como “meio” de compelir o contribuinte a pagar eventual imposto devido. O objetivo é a cobrança do imposto (fim) e não a aplicação de multa acessória (meio), que não se confunde com o mesmo.

Assim, a manutenção do valor da multa constante da autuação - sem prejuízo da cobrança do imposto propriamente dito –, afigura-se como manifesta violação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade que deve, indubitavelmente, nortear o processo administrativo fiscal, apresentando-se absurda no caso vertente.

Destarte, a despeito de ser inegável o cometimento da infração e a dificuldade que a omissão do autuado gerou para a fiscalização, entendo, por outro lado, ser irrazoável a multa aplicada, razão pela qual, invocando, no particular, os Acórdãos paradigmas de nºs 0383-12/06 e 0405-12/06 e com espeque no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, c/c o art. 158, do RPAF, aplicando in casu a equidade, voto no sentido PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário para reduzir para 10%, ou seja, R\$ R\$45.078,86, o valor da infração 2, como demonstra abaixo:”

Diante do exposto, a infração 02 é integralmente subsistente, com a redução da multa para 10% do valor originalmente exigido, com base no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, percentual este aplicado pelas Câmaras deste CONSEF em reiteradas decisões, passando o valor devido para R\$ 44.886,89.

Voto pela PROCÊDENCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206948.0002/08-6**, lavrado contra **SALVADOR MOTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de multa decorrente de descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$48.374,35**, previstas nos incisos XI e XIII-A, alínea “j”, art. 42 da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de julho de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSE FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR