

A. I. N.^º - 102148.0022/07-9
AUTUADO - DISTRIBUIDORA ITAPOAN DE VEÍCULOS LTDA.
AUTUANTE - MARCUS VENÍCIUS BARRETO MAGALHÃES
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 09.10.2009

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0320-02/09

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇAS DE ALÍQUOTAS. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. Infração parcialmente elidida. Reduzido o valor exigido. **b)** MATERIAIS DESTINADOS AO CONSUMO. Infração parcialmente elidida. Reduzido o valor exigido. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% e de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações insubstinentes. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Infração comprovada. Rejeitadas as preliminares de nulidades, bem como as preliminares de mérito, relativas à decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 17/12/2007, reclama ICMS e penalidade por descumprimento de obrigação acessória, pelas seguintes irregularidades:

Infração 01- deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Total do ICMS R\$3.977,59, com aplicação de multa de 60%.

Infração 02- deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Total do ICMS R\$5.692,32, com aplicação de multa de 60%.

Infração 03- deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$828,16;

Infração 04 – entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. ICMS no valor de R\$51,85;

05 – deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Consta que esta infração resultou de inconsistência dos arquivos magnéticos (considerada falta de entrega dos arquivos magnéticos), conforme a Orientação Técnica (OTE-DPF-3005), originada na SAT/DPF/GIFI, da SEFAZ. Multa no valor de R\$ 257.650,73.

O autuado, inconformado, apresenta defesa tempestiva, às fls. 396 a 409 dos autos, arguindo decadência do direito de constituição do crédito tributário, no que tange ao exercício de 2002, visto que o lançamento não restou concretizado até 31/12/2007, pois o autuado só teria sido regularmente intimada em 15/01/2008, data em que assinou o AR, com amparo no CTN, bem como no art. 965 do RICMS/BA.

Inicia pela infração 05, arguindo que a ação fiscal somente foi iniciada em 11 de outubro de 2007, com a arrecadação de livros e documentos suficientes para a conferência das obrigações fiscais da Autuada, como consta dos termos de arrecadação de fls. 51 a 63. Essa fiscalização “tardia”, com certeza interferiu e contribuiu para os “atropelos” constatados na ação fiscal.

Apresenta, à fl. 397, decisão do STJ, para amparar a sua arguição de decadência.

Alega que, quanto à infração 05, somente dia 26/10/07 a Autuada foi intimada para a regularização dos arquivos magnéticos, com a concessão do prazo regulamentar de 30 dias, interstício que então acabaria dia 26/11/07. Se Autuada, portanto, tivesse apresentado a correção dos arquivos dia 26/11/07, não teria sofrido a pesada sanção de R\$ 257.650,73. Nesta mesma data, ou seja, dia 26/11/07, não tendo conseguido terminar o trabalho em andamento, a Autuada protocolou um pedido de prorrogação, por mais 20 dias. O prazo pretendido seria até o dia 15/12/07.

Afirma que, de acordo com o edital de fls. 16 a 18, publicado no DOE dos dias 1º e 02 de dezembro de 2007 (sábado e domingo), somente dia 05/12/07, a Autuada, nos termos do art. 109, do RPAF, foi cientificada da negativa da prorrogação de prazo. Até esta data, como não havia deliberação contrária ao seu pleito, se os arquivos fossem entregues não haveria base legal para a aplicação da multa. Complementa que os arquivos foram transmitidos para a SEFAZ, consoante comprovantes anexos, entre os dias 03/12/07 (janeiro a abril de 2002), 04/12/07 (maio de 2002), 05/12/07 (junho de 2002), 06/12/07 (julho de 2002), 07/12/07 (agosto e setembro de 2002), 09/12/07 (outubro, novembro e dezembro de 2007).

Consigna que, a rigor, assim, somente os arquivos dos meses de julho a dezembro de 2002 foram apresentados com atraso. Mesmo assim, o atraso foi no máximo de 4 dias. Afirma que se até 05/12/07 a Autuada poderia entregar os arquivos, o fez em parte. A partir daí, atrasou somente 4 dias, não sendo sensato considerar que o exercício da fiscalização ficou prejudicado, pois teria até o dia 31/12/07 para fiscalizar. Conclui que o Fisco, mesmo contando da última data de entrega (09/12/07), teve 22 dias para exercer suas atividades. Entende que a exigência toma um caráter irregular e, especialmente, absurdo, pois até mesmo o fator temporal depõe em favor do contribuinte, ressaltando a injustiça que contra ele foi praticada.

Destaca que contribui para demonstração da ineficácia da autuação, a comprovada arrecadação de livros e documentos suficientes para o regular exercício de qualquer roteiro de auditoria, como registrado nos termos de fls. 51 a 63. Os dados que foram posteriormente apresentados em arquivos magnéticos já se encontravam em poder da fiscalização, em outro suporte físico.

Afirma que o Julgador Administrativo deve levar em consideração, ainda, que mais de 90% das mercadorias com as quais a Autuada trabalha estão sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme DMA's de fls. 80 a 91. Ainda mais no setor de veículos, que para gozar da garantia de fábrica os produtos não podem ser vendidos sem NF, isso se constitui em mais uma atenuante, pois roteiros de auditoria, a exemplo do Roteiro da Substituição e da Antecipação Tributária – AUDIF 205 – poderiam serem exercidos mesmo sem os arquivos magnéticos. De posse dos tais arquivos, a partir de 03/12/07, o trabalho da fiscalização ficou ainda mais viabilizado.

Complementa que a compreensão destas e muitas outras circunstâncias que envolvem o tema têm levado o CONSEF a fazer uma interpretação equilibrada, caso a caso, conforme se extrai do Acórdão CJF nº 0241-12/04, ACORDÃO CJFNº 0368-12/06, ACORDÃO CJFNº 0041-21/05, ACORDÃO CJFNº 0125-12/07, ACORDÃO CJFNº 0542-12/06, ACORDÃO CJFNº 0429-11/06, ACORDÃO CJFNº 0111-12/05.

Destaca que, até mesmo no campo da obrigação principal, detectado que o contribuinte trabalha com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, o CONSEF tem impedido a cobrança integral do imposto. Se o faz em relação à obrigação principal, deve fazê-lo no que tange a obrigação acessória, tornando a multa proporcional às operações sujeitas ao regime normal.

Espera a Autuada que os fundamentos e circunstâncias acima permitam ao Julgador enxergar a impertinência da multa, para julgar o item improcedente, ou, pelo menos, para, julgando-o procedente, aplicar a disposto no art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, cancelando ou reduzindo a multa, no caso, devido às circunstâncias atenuantes especiais, inclusive o cumprimento parcial da obrigação dentro do prazo, para 5% do seu valor original.

Com relação aos itens 01 e 02, pertinentes a “diferença de alíquota”, em razão de aquisições interestaduais para uso, consumo ou ativo fixo, além da decadência, aponta que deve ser observado que muitas notas fiscais foram apresentadas pelo sistema CFAMT, as quais não se encontram no PAF, impossibilitando o direito de defesa, trazendo decisões do CONSEF sobre ausência das notas fiscais nos autos.

Aduz que, em relação à falta de escrituração no LRE, estará buscando os comprovantes e dos pagamentos das compensações, quando devidas, solicitando, de logo a juntada, procedendo da mesma forma em relação aos itens 032 e 033.

Protesta pela NULIDADE ou IMPROCEDÊNCIA dos itens contestados, e, em razão ao item 05, pede o cancelamento ou redução da multa, para 5% da montante cobrado no Auto de Infração, garantindo o caráter educativo da pena.

Em 22/10/08, a 1ª JJF, baixou este PAF em diligência, à fl. 498, a fim de que a Inspetoria de Varejo entregasse ao autuado cópias reprográficas das Notas Fiscais constantes nos autos, colhidas no CFAMT, bem como os demonstrativos correspondentes. Determinou também que concedesse ao autuado 30(trinta) dias para, querendo, apresentasse nova Defesa. Diligência cumprida à fl. 502 e 503.

O autuante, às fl. 484 a 494, apresenta a informação fiscal alegando que as decisões por ele praticadas foram levadas ao conhecimento do contribuinte em 18 de dezembro de 2007, conforme Termo de Ocorrência, anexo aos autos, á fl. 6-A, em que o sócio Sr. Jaime Oliveira, negou-se a assinar, apenas pelo fato de não ter cumprido os requisitos previsto no RICMS-BA, no que tange à entrega de arquivos magnéticos.

Afirma, quanto às exigências relativas à diferença de alíquota (ativo immobilizado e uso/consumo), que constam às fl. 70 a 79, o registro nas notas no Livro de Entrada e, que nesse caso, a defesa não contestou, infamando que buscará comprovante.

Quanto à diferença de alíquota das notas fiscais que não se encontram no PAF, afirmam que excluiu da exigência, conforme novos demonstrativos que apresenta às fls. 486 a 497 dos autos, restando devido para a infração 01, R\$ 129,89, relativo ao mês de mar/02, R\$ 291,89, relativo ao mês de maio/02, R\$ 550,00 no mês de junho/02, R\$ 48,81, mês de julho/02, R\$ 912,64, mês de agosto/02 e setembro R\$ 347,50, totalizando a infração 01 em R\$ 2.280,73. Quanto à infração 02, material de consumo, restou R\$ 840,85, junho/02, R\$ 247,30, julho/02, R\$ 928,33, outubro/02, R\$ 88,01, novembro/02, e R\$48,41, em dezembro de 2002.

O autuante conclui que os pagamentos trazidos pelo contribuinte como diferença de alíquota foram tidos como se fosse, apenas, de material de consumo, havendo ainda valores a pagar. Por outro lado há valores a pagar também, de diferenças de alíquotas de material permanente. Tudo conforme planilha apresentada.

Mantém as infrações 03 e 04, pois o autuado afirma que vai continuar buscando os comprovantes solicitados, fls. 408 dos autos.

Quanto à infração 05, relativa à multa por falta da entrega dos arquivos magnéticos, afirma que o contribuinte não enviou os arquivos magnéticos na data correta (desde 2002 em diante) e por isso foi-lhe dado o prazo inicial de 05 (cinco) dias, conforme a Intimação de 11/10/07; posteriormente, o prazo oportunizado ao contribuinte foi de 30 (trinta) dias, para atender a fiscalização, no sentido de apresentar os arquivos retificados nas suas inconsistências.

O autuante afirma que após todo esse prazo o contribuinte enviou os arquivos sem resultado capaz de operá-los, visto que encontravam-se com inconsistência, conforme registrados no Auto de Infração à epígrafe, inviabilizando roteiros de fiscalização, inclusive auditoria dos estoques.

Mantém, assim, a penalidade, ou seja, a multa imposta relativa à infração 05.

O autuado volta a se manifestar, através de seu representante legal, às fls. 505 a 519, pedindo inicialmente que todas as intimações relativas ao feito sejam encaminhadas ao profissional subscritor da presente peça, na Rua Cel. Almerindo Rehem, 126, Edf. Empresarial Costa Andrade, Salas 411/414, Caminho das Árvores, Salvador, Bahia, Cep nº 41820-768. O advogado regularmente constituído é o representante legal da Autuada na ação administrativa. O direcionamento de intimações para local diverso poderá gerar nulidade de todo o PAF, por cerceamento do direito de defesa.

Ao tempo em que reitera todos os termos da defesa apresentada em 31/01/2008, de forma preliminar. Assevera que a Informação Fiscal fortalece a arguição de decadência do direito de constituição do crédito tributário, no que tange ao exercício de 2002. Ora, alega o autuado, ao sustentar que o AI foi “lavrado em 17/12/07 (quase 16 horas, ou seja, praticamente no dia 18) e “registrado no sistema da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia em 18/12/07”, o digno Autuante demonstra que, em verdade, houve um “cochilo” na regular intimação do contribuinte, que só aconteceu em 15/01/08.

Afirmam que a Autoridade Fiscal, para corrigir esse “cochilo”, tenta sustentar que houve “recusa” por parte da Autuada em assinar a intimação, sem, contudo, ofertar segurança e, principalmente, lastro legal, para sua afirmação. Tendo sido o AI lavrado em 17/12/07 e seu registro tendo ocorrido dia 18/12/07, afigura-se improvável que tivesse tido lugar a tentativa de intimação pessoal no dia 18/12/07, ou seja, apenas um dia após a lavratura e na mesma data do registro.

Acredita a Autuada o ocorrido foi que a Autoridade interpretou que basta “postar” o AR dentro do exercício de 2007, para que a decadência ficasse afastada. Assim agindo, ficou surpreendido com a alegação de decadência, pois é pacífico nos nossos Tribunais que a data base é a data da efetiva intimação. Assegura que o autuante revela essa sua interpretação ao afirmar às fls. 485 que: “O marco inicial da ação fiscal se deu com a Intimação e o marco final com a lavratura e o registro do Auto de Infração. A ciência é uma formalidade que deve ser cumprida para que o contribuinte possa, reconhecendo o procedimento fiscal, efetue o pagamento ou parcelamento; e não reconhecendo ou reconhecendo parcialmente, tenha o prazo regulamentar para a apresentação ou sua impugnação”.

Argumenta que “O fato do auto de Infração ter sido lavrado em 17/12/2007 e registrado no sistema da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia em 18/12/2007, por si só retira qualquer possibilidade do contribuinte alegar à decadência do lançamento do crédito tributário”.

Conclui o autuado que a decadência encontra-se perfeitamente caracterizada, em primeiro plano, pelo decurso de 5 anos, contados, como alguns desejam, a partir do primeiro dia do exercício posterior ou da suposta ocorrência. A tentativa de saneamento, com a elaboração do “Termo de Ocorrência”, datado também de 18/12/07, assinado pelo próprio Autuante e por outra e única pessoa, em relação à qual não se sabe a origem, o interesse na ação, a motivação e sequer se comprova a validade da assinatura, não possui fundamentação legal e não acarreta a necessária segurança jurídica da relação processual.

Entende que não fossem desconsideradas as irregularidades na intimação e, somente agindo atropelando a norma, se desse validade ao ato como sendo efetivado em 18/12/07, o que em hipótese alguma é verdade, estaria caracterizada a decadência pelo decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados do fato gerador da obrigação. Observe-se que a decadência atinge inclusive o item 05, pois a multa foi aplicada sobre arquivos magnéticos relativos a 2002.

Aduz que ocorreu, assim, a decadência de qualquer crédito tributário relativo ao mencionado período de 2002, *ex vi* do artigo 150, § 4º, do CTN, citando decisões do STF, para amparar sua tese, bem como do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme acórdão anexo à defesa, proferido nos autos da Apelação Civil 15909-0/2006.

Finaliza a discussão acerca da decadência, enxergando a aplicação analógica, inclusive para fins de análise da legislação Estadual, deve o CONSEF atentar para a Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal nº 08.

Repete os argumentos quanto à infração 05, afirmando que é inteiramente impertinente a alegação de fls. 494, de que “dentre outros roteiros de fiscalização que viabilizaria a homologação dos exercícios, ficou prejudicado, por exemplo, a fiscalização da auditoria dos estoques.” De posse dos dados necessários em meio físico, o roteiro aludido não fica impossibilitado. Aliás, no passado recente, quando não existia o meio magnético, dito trabalho era realizado com base na documentação arrecadada.

Afirma que a Fiscalização poderia adotar outros meios (como efetivamente adotou – itens 01 a 04), como também, mesmo que os arquivos fossem corrigidos até 26/11/07 (data limite do prazo de 30 dias), provavelmente a opção seria por outro roteiro. Se não o fosse, não existiria significativa diferença entre o dia 26/11/07 e as datas de apresentação dos arquivos corrigidos, até 09/12/07, valendo destacar que a partir da última entrega não foi produzido relatório circunstanciados de inconsistências que impedissem a ação fiscal, como também não foi concedido novo prazo para regularização.

Consigna que o Julgador Administrativo deve levar em consideração, ainda, que mais de 90% das mercadorias com as quais a Autuada trabalha estão sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme DMA's de fls. 80 a 91. Ainda mais no setor de veículos, que para gozar da garantia de fábrica os produtos não podem ser vendidos sem NF, isso se constitui em mais uma atenuante, pois roteiros de auditoria, a exemplo do Roteiro da Substituição e da Antecipação Tributária – AUDIF 205 – poderiam ser exercidos mesmo sem os arquivos magnéticos. De posse dos tais arquivos, a partir de 03/12/07, o trabalho da fiscalização ficou ainda mais viabilizado.

Entende que a compreensão destas e muitas outras circunstâncias que envolvem o tema tem levado o CONSEF a fazer uma interpretação equilibrada, caso e caso, conforme se extrai do Acórdão CJF nº 0241-12/04, autuação na qual foi aplicada apenas a sanção de R\$90,00, tendo como escopo a falta de apresentação dos arquivos ao fiscal em razão de intimação específica, sendo retirada até mesmo a multa sobre as saídas (o que estaria previsto no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei 7914/96). Finalmente, a redação atualizada do art. 686, dado como infringido, não se aplica aos fatos ocorridos até 2003, o que torna irregular a sanção.

Complementa que, nesse sentido, no mínimo, deve ser reduzida a sanção, sendo cobrada a multa de R\$50,00, prevalecendo o caráter educativo da multa, com base no art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, tudo conforme já decidiu o CONSEF em casos análogos, como, v.g., se apura através dos Acórdãos cujas ementas seguem abaixo transcritas: ACORDÃO CJFNº 0241-12/04, Acórdão CJF nº 0111-12/05 – ACORDÃO CJFNº 0368-12/06, ACORDÃO CJFNº 0041-21/05, ACORDÃO CJFNº 0125-12/07, ACORDÃO CJFNº 0542-12/06, ACORDÃO CJFNº 0429-11/06

Espera a Autuada que os fundamentos e circunstâncias acima permitam ao Julgador enxergar a impertinência da multa, para julgar o item improcedente, ou, pelo menos, para, julgando-o procedente, aplicar a disposto no art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, cancelando ou reduzindo a multa, no

caso, devido às circunstâncias atenuantes especiais, inclusive o cumprimento parcial da obrigação dentro do prazo, para 5% do seu valor original.

Com relação aos itens 01 e 02, pertinentes a “diferença de alíquota”, em razão de aquisições interestaduais para uso, consumo ou ativo fixo, afirma que os demonstrativos de fls. 486 a 497 são confusos e não permitem interpretação segura, notadamente quanto aos valores residuais, raramente lançados, de forma individualizada, na coluna “ICMS a pagar”. Em assim sendo, a Autuada limita-se a ratificar sua defesa, o mesmo fazendo em relação aos itens 03 e 04. Pede, como meio de prova, pela posterior juntada de documentos que comprovem pagamentos e registros de notas, devendo o Julgador observar, ainda, com relação aos 03 e 04, se as multas não recaíram sobre as mesmas notas dos itens 01 e 02, hipótese em que deve haver a absorção.

Ante o exposto, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos, a Autuada protesta pela NULIDADE ou IMPROCEDÊNCIA dos itens contestados, e, em relação ao item 05, pede o cancelamento ou redução da multa, para 5% da montante cobrado no Auto de Infração, garantindo o caráter educativo da pena.

O autuante, às fls. 523 a 530, apresenta nova informação fiscal, reiterando todos os termos da minha Informação Fiscal anterior, chamando a atenção dos Julgadores o fato de que a defesa, a todo o momento, tenta distrair aos leitores deste PAF, ao deixar de lado (ou mesmo descharacterizar) o Termo de Ocorrência lavrado em 18/12/07 (e que consta neste PAF, à página 6-A), uma vez que este é prova essencial para comprovar que o contribuinte negou-se a assinar o Auto de Infração, acima indicado, o que evidencia que não houve decadência em constituir o crédito.

Afirma que o deficiente repete os mesmos “argumentos” anteriores para a Infração nº 05, os quais já foram devidamente contestados na 1ª Informação Fiscal e que, mais uma vez, reitero.

Quanto às infrações 01, 02, 03 e 04, o contribuinte também não os contesta, apenas afirma que os itens 01 e 02 estão “confusos” e sem uma segura interpretação. E essa falta de argumentação concisa do contribuinte, parece-lhe que é uma confissão dos seus erros cometidos. O mesmo entendimento confesso do contribuinte está em relação aos itens 03 e 04, os quais, sem nenhuma nova prova manifestada pelo deficiente. Sendo assim mantém a autuação.

Entende que o CONSEF deve julgar procedente em todos os seus termos este Auto de Infração, considerando as modificações efetuadas na 1ª Informação Fiscal, pois:

1º) a tentativa do Deficiente em anular este Auto de Infração, não encontra guarida, uma vez que a decadência não se configurou, pelo fato de que o contribuinte ter se negado a assinar antes de decair à constituição do crédito;

2º) a busca pelo autuado em requerer à improcedência deste mesmo Auto de Infração, também não procede, uma vez que se tratou de multa pela falta de entrega dos arquivos magnéticos corrigidos de suas inconsistências em tempo hábil, previsto no RICMS-BA, inclusive pelo fato de ser do exercício de 2002, o qual o contribuinte não resolveu esta pendência pelo tempo de cinco anos.

Quanto ao item 02, da defesa, afirma que o contribuinte reitera todos os termos anteriores, datada de 31/01/08, inclusive o contribuinte diz que a Informação Fiscal fortalece a sua demanda, uma vez que, embora o Auto de Infração tenha sido lavrado em 17/12/07 e registrado em 18/12/07, a intimação ao contribuinte se deu em 15/01/08.

Considera o autuante que estes aspectos já foram analisados pelo autuante quando da 1ª Informação Fiscal, em 07/05/08, os quais as reitera, inclusive, fortaleço o fato do Termo de Ocorrência, datado de 18/12/07, à página 6-A, deste PAF, em que é dito que o contribuinte negou-se a assinar. Diante disso, conclue que a demanda do contribuinte não procede.

Afirma que a defesa, no item 03, argui que há um interregno entre a data da lavratura (17/12/08) e a data do registro deste mesmo Auto de Infração (18/12/07), e considera que tal fato levou o autuante a “este cochilo” ao tentar sustentar que houve recusa.

Consigna o autuante que, de acordo com o Artigo 45, do RPAF-BA, “O auto de Infração será registrado no sistema eletrônico de processamento de dados pela repartição fiscal encarregada do preparo do processo, no prazo de 5 (cinco) dias, contado da data da emissão ou do saneamento prévio, quando previsto.”.

Repete os mesmos argumentos já discutidos no item 04, bem como do item 05. No item 06, a defesa reclama da decadência, informa que, como dito anteriormente, não há nenhuma base legal que assista, neste caso, ao contribuinte, uma vez que, ao fazer uma diligência ao mesmo, este se negou a assinar o Auto de Infração em foco, isto tudo, dentro do prazo legal que assistia à SEFAZ.

Afirma, quanto ao item 07 da defesa, que o contribuinte diz que a decadência atinge também o item 5 (cinco) do Auto de Infração, já que se aplicou a multa sobre a falta de entrega de arquivos magnéticos do exercício de 2002, com os registros corrigidos. Informa que a decadência não se aplica a este Auto de Infração pelas razões já expostas.

No item 08, relata que a defesa apresenta a cópia do Art. 150, § 4º, do CTN, para fundamentar a “decadência do crédito tributário” constituído por este fiscal, porém, considera desnecessário, pois estes não se aplicam pelos motivos já elencados antes.

Para o item 09 da defesa, volta a carga, agora, dizendo que lançou o ICMS corretamente e atendeu às obrigações acessórias conforme a lei, além de ter recolhido o imposto. Acredita que o prazo decadencial inicia-se a 1º de janeiro do ano seguinte, apresentando no item 10, o Art. 965, inc. I, do RICMS-BA, para discutir a decadência, assunto já rebatido.

Aduz que no item 11, volta a discutir a decadência da constituição de crédito tributário, observando que o contribuinte não deixou de lançar o ICMS nem deixou de atender às obrigações acessórias. Sobre tal, assunto repete os mesmos argumentos anteriores.

Item 12, 13, 14, 15, 16, volta a discutir a decadência, inclusive com decisões do STF, Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

No que diz respeito ao item 18 da defesa, o afirma que o autuado diz que, argumenta que embora a ação fiscal tenha se iniciado em 11/10/07, foi “tardia”, e isto interferiu e contribuiu para os atropelos na ação fiscal.

O autuante assegura que o contribuinte não enviou os arquivos magnéticos na data correta (desde 2002 em diante) e por isso foi-lhe dado o prazo inicial de 05 (cinco) dias, conforme a Intimação de 11/10/07; posteriormente, o prazo oportunizado ao contribuinte foi de 30 (trinta) dias, de acordo com a Intimação datada de 26/10/07, que estão acostadas a este PAF, às páginas 22 e 23. Com base nisso, entende que não cabe nenhuma crítica do contribuinte quanto ao prazo de entrega de arquivos magnéticos corrigidos, uma vez que a SEFAZ deu-lhe todas as chances possíveis, tudo isso dentro da lei.

Afirma que a defesa, no item 19, diz que, com os 30 (trinta) dias de prazo, ao constatar de que não conseguiria enviar os arquivos, requereu prorrogação à SEFAZ por mais 20 (vinte) dias para atender à fiscalização e no item 20, explica que o indeferimento da solicitação da prorrogação de prazo somente ocorreu no DOE dos dias 1º e 02/12/07 (sábado e domingo), mas que foi no dia 05/12/07 é que foi cientificada. Além disso, o contribuinte elenca as datas da transmissão dos arquivos magnéticos. No Item 21 a defesa diz ainda que somente os arquivos magnéticos de julho a dezembro de 2008 é que foram enviados com atraso. Como a data final de entrega era até o dia 05/12/07, então efetuou em parte, diz o contribuinte. Depois disso, só atrasou por 4 (quatro) dias. A Defesa então concluiu que não é sensato considerar que a fiscalização tenha ficado prejudicada,

uma vez que o prazo da decadência seria até o dia 31/12/07. Por esse motivo, a exigência do Fisco “toma um caráter irregular e, especialmente, absurdo.”.

Assegura o autuante que a Defesa quer comprovar o absurdo, ou seja, que o contribuinte tem razão nesta fiscalização, diante do que ocorreu, pois:

- a) teria que prestar informações através de arquivos magnéticos desde 2002, mas não o fez. Portanto, decorreram 5 (cinco) anos, e o contribuinte acha pouco este prazo para cumprir as suas obrigações com o Fisco;
- b) além disso, quando iniciou-se a ação fiscal, foi dado o prazo de 5 (cinco) dias para que o contribuinte enviasse os dados através do arquivo magnético, e também não o fez;
- c) foi efetuada nova intimação ao contribuinte, dessa vez com um prazo de 30 (trinta) dias, a fim de que o contribuinte apresentasse os arquivos magnéticos com os registros que estavam com inconsistências, de forma correta;
- d) apesar disso, a Defesa diz que “só” (grifo do autuante) atrasou 4 (quatro) dias, conforme declara à página 512, deste PAF, mas mesmo assim, os arquivos estavam com problemas;
- e) o autuante lavrou o Auto de Infração, e no dia 17/12/07, o contribuinte, diante deste mesmo fiscal e de uma testemunha, negou-se a tomar ciência de suas infrações cometidas em relação ao fisco estadual;
- f) com todos esses problemas que o contribuinte criou diante da lei, ainda assim a Defesa conclui que teria de ser usado os dias que faltavam para completar o mês de dezembro de 2007, a fim de que, a seu juízo, fosse solucionado todos os problemas do contribuinte, já narrados neste PAF;
- g) afirma que os seus argumentos, sob este aspecto, são rizíveis.
- h) o contribuinte negou-se a assinar no dia 17/12/07 o Auto de Infração. Agora, imagine se o Auto de infração fosse levado ao seu representante legal no dia 31/12/07.

Alude que, no item 22, a Defesa informa que a autuação também foi ineficaz pelo fato de o contribuinte ter apresentado os livros e documentos fiscais que atenderiam ao exercício fiscalizatório. No item 23, assegura a defesa que por esse motivo, não concorda com a alegação do autuante, página 494, deste PAF, de que, a falta dos arquivos magnéticos inviabilizou a auditoria de estoque.

Afirma entender a defesa que com a quantidade de documentos fiscais emitidos pelo contribuinte, somente através de arquivos magnéticos (instrumento que viabiliza a fiscalização de grande quantidade de documentos fiscais) o levantamento quantitativo de estoque poderia ser efetuado.

Complementa que, esse fato foi reconhecido por todos os agentes econômicos (aí, incluindo as empresas, os contadores, o fisco – em todos os níveis – etc.) de que, pelo faturamento do contribuinte, pelo uso de documentos fiscais e /ou pelo uso dos procedimentos fiscais, seria útil para todos o uso do arquivo magnético, e por isso o Brasil adotou este procedimento.

Conclui que, além disso, o autuante decidiu multar o contribuinte pela falta de entrega dos arquivos magnéticos, e não por omissão de mercadorias com base em um Levantamento Quantitativo de Estoque, roteiro este que foi inviabilizado pelo contribuinte.

Relata que o autuado em sua defesa informa que o autuante poderia ter fiscalizado o contribuinte por outros roteiros, inclusive os previstos na Ordem de Serviço emitida para tal. Diz também

que, após a última entrega dos arquivos magnéticos, o autuante não gerou relatório das circunstâncias das inconsistências que impedisse a ação fiscal nem foi concedido mais prazo para a correção.

Informa o autuante os relatórios, a que se refere, são emitidos quando o contribuinte apresenta arquivos magnéticos com inconsistências e o fiscal intima-o para que os corrija num prazo certo e como foi realizado. Quando está para finalizar a fiscalização, este procedimento não mais se repete, pois se assim o fizesse, não acabaria tão cedo de fiscalizar a empresa. O encerramento da fiscalização, portanto, tem prazo certo. Principalmente quando há exercício a decair.

Em relação ao item 25, constata que a defesa salienta que o contribuinte trabalha com mercadorias substituídas em 90% do total da sua atividade. Diz também que no setor de veículos, as suas vendas devem ser com Nota fiscal, pois sem tal, não há garantia de fábrica do veículo.

Entende o autuante que a defesa só esqueceu de completar ao seu pensamento, que o contribuinte não viabilizou ao fisco poder fazer a comprovação da regularidade ou não de todas as operações usando do roteiro, por exemplo de estoque.

Quanto ao item 26, consigna que diante das circunstâncias, a Defesa observa que o CONSEF tem sido equilibrado na sua interpretação, conforme as suas citações ilustradas neste PAF, inclusive cobrando, apenas, uma multa de R\$ 90,00 quando houve falta de entrega dos arquivos magnéticos ao autuante. Mas, informo ao nobre Defendente que a interpretação, não se aplica a esta autuação.

No item 27, sugere a defesa que seja reduzida a multa para R\$ 50,00, a título educativo, considerando casos análogos. Apresenta vários Acórdãos do CONSEF, para consubstanciar a sua sugestão. Afirma que a redução da multa não é compatível com este Auto de Infração lavrado, pelos motivos já elencados antes.

No item 28, assegura que o defensor afirma o fato de trabalhar com mercadorias sujeitas ao Regime de Substituição Tributária. E ao analisar os Acórdãos do CONSEF, o contribuinte entende que se este órgão tem impedido a cobrança integral do imposto, deveria fazê-lo também em relação à obrigação principal. Para tal, apresenta um Acórdão.

Para o item 29, relata que o contribuinte entende também que o fato de ter havido suporte físico para o procedimento fiscalizatório, aliada a ação fiscal iniciada de forma tardia, apóia a sua pretensão em um Acórdão que registrou no PAF.

Argumenta o autuante que o autuado parece ser contraditório, uma vez que para entregar os arquivos magnéticos ao fisco, cuja data de entrega remete-se ao ano de 2002, portanto, por 5 (cinco) anos, acredita ser um prazo curto para atender ao fisco; além do que, a defesa entende também que os 5 (cinco) dias da primeira Intimação, mais os 30 (trinta) dias da segunda Intimação, também continua um prazo curíssimo. Já o Fisco também é o problema, posto que começou tarde o procedimento fiscalizatório. Então, o contribuinte deixa de cumprir às suas obrigações, e o errado é o Fisco.

Consigna no item 30, que, diante dos fundamentos elencados, o Julgador julgue este Auto de Infração improcedente, ou mesmo reduza o valor da obrigação em 5% do valor original. Informa o autuante que não há motivo para nenhuma redução de multa, uma vez que o contribuinte não cumpriu com as suas obrigações (por exemplo, entrega de arquivos magnéticos na data prevista no RICMS-BA, correção de inconsistências de registros de arquivos magnéticos também na data prevista pelo RICMS-BA).

Quanto ao item 31, concernente às infrações 01, 02, 03 e 04, alude informar o contribuinte que, os itens 01 e 02, que tratam da Diferença de Alíquota (de Material de Consumo e de Material Permanente), são confusas, sem condições de uma segura interpretação, principalmente quanto

aos valores residuais. Por esse motivo o defendant ratifica a sua Defesa, inclusive quanto aos itens 03 e 04.

Por último, relata o autuante, que o contribuinte solicita a posterior aposição de documentos como meio de prova, no que tange a pagamentos e Notas Fiscais, chamando a atenção do Julgador para que as multas dos itens 03 e 04 não recaiam sobre as mesmas Notas Fiscais dos itens 01 e 02. Por fim, o contribuinte requer a Nulidade e Improcedência das infrações contestadas, enquanto em relação à infração 05, solicita o cancelamento ou redução da multa para 5% do valor cobrado no Auto de Infração.

Rebate o autuante que não concorda com nenhuma das demandas do contribuinte (seja a do item 05, seja as dos itens 01, 02, 03 e 04), pelas razões expostas aqui e na primeira Informação Fiscal, mantém portanto os termos de sua autuação, agora com base também nas alterações apresentadas quando da primeira Informação Fiscal.

VOTO

O presente Auto de Infração reclama ICMS e penalidade por descumprimento de obrigação acessória, conforme segue resumidamente, pois já relatado: Infração 01- deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais destinada a ativo fixo; Infração 02- deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo; Infração 03- Multa de 1%, relativo à entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal; 04 Multa de 10% relativa à entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal; e Infração 05 – Multa por deixar de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Consta que esta infração resultou de inconsistência dos arquivos magnéticos (considerada fala de entrega dos arquivos magnéticos).

Cabe, preliminarmente, enfrentar as arguições de nulidade. Ficam rejeitadas as nulidades argüidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa; não há confusão nos demonstrativos, pois as indicações das notas e valores devidos correspondentes estão claramente indicados, cabendo ao autuado apresentar os respectivos pagamentos do imposto devido, bem como as notas fiscais do CEFAMT, não constante dos autos, foram excluídos da presente exigência fiscal; foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais. Assim, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal.

Quanto à decadência arguida, o disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O parágrafo único do art. 173 do CTN, bem como o parágrafo único do art. 107-A do COTEB, estatuem que o direito de constituir-se o crédito tributário pelo lançamento ficará extinto definitivamente pelo decurso dos cinco anos, contados do dia em que o sujeito passivo foi notificado de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. A intimação para apresentação de livros e documentos fiscais ocorrem ainda dentro do exercício de 2007, conforme

consta dos autos e afirma o próprio autuado em sua peça defensiva. Tais medidas preparatórias, deram inicio ao lançamento, portanto, o Estado agiu antes que transcorressem os 05 anos previstos para a decadência, indicados na forma dos dispositivos citados.

Sendo assim, mesmo sem considerar que o autuado negou-se a assinar o Auto de infração no dia 17/12/07, diante de testemunha consubstanciada nos autos, não há o que se falar em decadência, relativas aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2002, alvo das aludidas intimações, pois estas ocorreram dentro do prazo de 05 anos, ou seja, dentro do exercício de 2007, contados na forma que dispõe a art. 173, I e Parágrafo único do CTN.

Quanto às infrações 01, 02, 03 e 04, o autuado alega que os itens 01 e 02 estão “confusos” e sem uma segura interpretação, já tratados quando da argüição de nulidade. O autuante excluiu da exigência fiscal as notas colhidas no CFAMT que não se encontravam nos autos. Assim, o certo é que o autuado não trouxe aos autos qualquer prova de pagamentos dos valores exigidos ou mesmo da não ocorrência dos fatos a ele imputados. As infrações, 03 e 04, portanto, são subsistentes integralmente, não cabendo, inclusive os argumentos de que existem notas fiscais cujas incidências das multas ocorreram em ambas as infrações.

Para as infrações 01 e 02, restaram os ajustes em função da exclusão relativa às aludidas existências das notas fiscais colhidas no CFAMT, não constantes dos autos. Assim, conforme novos demonstrativos às fls. 486 a 497 dos autos, restou devido para a infração 01, R\$129,89, relativo ao mês de mar/02, R\$ 291,89, relativo ao mês de maio/02, R\$ 550,00 no mês de junho/02, R\$48,81, mês de julho/02, R\$ 912,64, mês de agosto/02 e setembro R\$ 347,50, totalizando a infração 01 em R\$2.280,73. Quanto à infração 02, material de consumo, restou R\$840,85, junho/02, R\$247,30, julho/02, R\$928,33, outubro/02, R\$ 88,01, novembro /02, e R\$48,41, em dezembro de 200, totalizando a infração 02 em R\$2.152,90.

As infrações 01 e 02, por conseguinte, são parcialmente subsistentes.

Verifico que o autuado, conforme alerta o autuante, teria que prestar informações através de arquivos magnéticos desde 2002, mas não o fez. Quando se iniciou a ação fiscal, foi dado o prazo de 5 (cinco) dias para que o contribuinte enviasse os dados através do arquivo magnético, conforme a Intimação de 11/10/07, e também não o fez; foi efetuada nova intimação ao contribuinte, dessa vez com um prazo de 30 (trinta) dias, de acordo com a Intimação datada de 26/10/07, a fim de que o contribuinte apresentasse os arquivos magnéticos com os registros que estavam com inconsistências, de forma correta; apesar disso o autuante atesta que os arquivos continuavam com problemas. Assim, o autuante agiu em consonância com o que determina a legislação tributária estadual. Intimações que estão acostadas a este PAF, às páginas 22 e 23.

Quanto ao pedido de redução ou cancelamento da multa, o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA.

Esta discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo as infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

No presente caso, o autuado cometeu diversas irregularidades, como: Infração 01- deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais destinada a ativo fixo; Infração 02- deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da

Federação e destinadas a consumo; Infração 03- Multa de 10%, relativo à entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal; Infração 04 Multa de 1% relativa à entrada no estabelecimento de mercadorias tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Assim, diante de tantas infrações claramente cometidas, devidamente apuradas e confirmadas nesse voto, bem como da inexistência de demonstração da não ocorrência de dolo, especialmente considerando o episódio da não assinatura do auto de infração para viabilizar a decadência, não há como contemplar o pedido do impugnante de redução ou cancelamento das multas.

Assim, mantendo integralmente a exigência da infração 05.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, cabendo a subsistência parcial das infrações 01 e 02, na forma dos ajustes constantes às fls. 486 a 491, e a subsistência total quanto às infrações 03, 04 e 05, conforme demonstrativo de débito original.

Resta, por conseguinte, indicar um novo demonstrativo de débito que segue:

Débito	Ocorrência	Vencimento	Base de Cálculo	Aliq %	Multa %	Val. Principal (R\$)
1	31/3/2002	9/4/2002	764,06	17	60	129,89
1	31/5/2002	9/6/2002	1.717,00	17	60	291,89
1	30/6/2002	9/7/2002	3.235,29	17	60	550,00
1	31/7/2002	9/8/2002	287,12	17	60	48,81
1	31/8/2002	9/9/2002	5.368,47	17	60	912,64
1	30/9/2002	9/10/2002	2.044,12	17	60	347,50
TOTAL						2.280,73
<hr/>						
2	30/6/2002	9/7/2002	4.946,18	17	60	840,85
2	31/7/2002	9/8/2002	1.454,71	17	60	247,30
2	31/10/2002	9/11/2002	5.460,76	17	60	928,33
2	30/11/2002	9/12/2002	517,71	17	60	88,01
2	31/12/2002	9/1/2003	284,76	17	60	48,41
TOTAL				17	60	2.152,90
<hr/>						
3	31/1/2002	9/2/2002	2.647,50		10	264,75
3	28/2/2002	9/3/2002	4.310,30		10	431,03
3	31/3/2002	9/4/2002	1.323,80		10	132,38
TOTAL						828,16
<hr/>						
4	28/2/2002	9/3/2002	5.185,00		1	51,85
<hr/>						
5	27/11/2007	9/12/2007	25.765.073,00		1	257.650,73
TOTAL GERAL						262.964,37

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 102148.0022/07-9, lavrado contra **DISTRIBUIDORA ITAPOAN DE VEÍCULOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$4.433,63**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$257.650,74**, previstas no artigo 42, incisos

*ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL – (CONSEF)*

IX, XI e XIII-A, alínea “g” do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto na Lei 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 1 de outubro de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR