

A. I. Nº - 207185.0013/09-7
AUTUADO - SODRÉ TRANSPORTES DE MALOTES LTDA.
AUTUANTE - PAULO ROBERTO MENDES LIMA
ORIGEM - INFAS ITABUNA
INTERNET - 19. 11. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0369-01/09

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. **a)** RECOLHIMENTO DE IMPOSTO EFETUADO A MENOS. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DE IMPOSTO. Restou comprovado nos autos que o contribuinte incorreu nas infrações que lhe foram imputadas. A impugnação apresentada não traz qualquer elemento de prova capaz de elidir a acusação. Infrações 01 e 02, subsistentes. **c)** LIVRO CAIXA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DADOS INCORRETOS. MULTA. Contribuinte não elide a imputação. Infração subsistente. 3. LIVROS FISCAIS. **a)** FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Infração caracterizada. **b)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Fato provado. Infração subsistente. 4. INSCRIÇÃO CADASTRAL. MUDANÇA DE ENDEREÇO SEM PRÉVIA COMUNICAÇÃO AO FISCO. MULTA. Acusação confirmada. O contribuinte não providenciou a alteração dos dados cadastrais através do instrumento próprio antes da ação fiscal. Infração subsistente. 5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. MULTA. OMISSÃO DE DADOS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. De acordo com o RICMS/97 sendo constatadas inconsistências nos arquivos magnéticos, deve ser apresentada uma nova intimação para correção das inconsistências, sendo fornecida ao contribuinte listagem diagnóstica e relatório detalhado das ausências para que sejam realizadas as devidas correções no prazo de 30 dias. Não tendo sido intimado o sujeito passivo de forma específica para proceder à correção dos dados inconsistentes verificados nos arquivos magnéticos, impõe-se a nulidade da autuação, por ter sido praticada com preterição ao direito de defesa, em razão da inobservância do devido processo legal. Infração nula. Não acolhidas as preliminares de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 03/06/2009, exige ICMS no valor de R\$ 29.961,22, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$ 33.879,63, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Recolheu a menos ICMS, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), nos meses de abril a dezembro de 2004, janeiro e fevereiro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 6.901,18, acrescido da multa de 50%;
2. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), nos meses de março a dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 23.060,04, acrescido da multa de 50%;
3. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), no mês de julho de 2007, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 140,00;
4. Deixou de apresentar livros fiscais, quando regularmente intimado, no mês de abril de 2009, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 460,00. Consta que o desatendimento ocorreu após a primeira intimação, em 16/04/2009, até 29/04/2009 data da segunda intimação;
5. Microempresa e Empresa de Pequeno Porte com Receita Bruta Ajustada superior a R\$ 30.000,00 (Trinta mil reais) não escriturou o livro de Caixa, nos exercícios de 2004 e 2005, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 460,00;
6. Deixou de comunicar mudança de endereço do estabelecimento na repartição fiscal competente, no mês de abril de 2009, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 460,00;
7. Deixou de escrutar livros fiscais, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 460,00. Consta se tratar dos livros REM [Registro de Entradas de Mercadorias], RSM[Registro de Saídas de Mercadorias] e RAICMS [Registro de Apuração do ICMS];
8. Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas, nos meses de fevereiro a dezembro de 2007, janeiro, abril a dezembro de 2008 e janeiro de 2009, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 31.899,63.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 67 a 82, argüindo, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração pela ausência do Termo de Início de Fiscalização, requisito legal para validade do ato.

Tece considerações sobre a natureza jurídica do Auto de Infração, afirmando que por ser um ato administrativo deve ter requisitos para que produza efeitos legais.

Invoca os artigos 7º, 26, II, III, 28 e 29, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, assim como o artigo 37 da Constituição Federal e 2º, parágrafo único, I, da Lei n. 9.784/99, fundamentar os seus argumentos de que a inexistência do Termo de Início de Fiscalização não pode ser considerado mero documento à disposição do agente fiscalizador para utilizá-lo discricionariamente. Ao contrário, é documento indispensável, uma vez que determina o início da fiscalização e limita a atividade do agente no tempo. Cita e transcreve o Acórdão n. 201-73595 do 2º Conselho de Contribuintes, nesse mesmo sentido.

Alega ainda que a descrição sucinta da infração consiste em violação do artigo 28, §3º, VI do RPAF/99, por dificultar a defesa, por quanto parca e lacônica, transferindo-lhe a obrigação de provar aquilo que o Auto de Infração não conseguiu, invertendo o ônus da prova, que em Direito fiscal é sempre de quem acusa, por aplicação analógica do art. 333, I, c/c o art. 126, 2ª parte, do CPC, do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e do art. 108, I, do CTN.

Afirma que não houve estipulação do prazo de duração do procedimento fiscalizatório, que pode ser de 90 (noventa) dias prorrogado mediante comunicação escrita (art. 28, VII, §1º, do Decreto Estadual 7.629/99), não se sabendo quanto tempo durou a fiscalização, mas se fosse um tempo razoável, com certeza, não seria lavrado o presente Auto de Infração, qualificado como temerário, porquanto desprovido de substrato fático.

Reportando-se à autuação diz que exigência do ICMS supostamente devido pela empresa diz respeito a dentre outras infrações a: “01) recolhimento a menor de ICMS na condição de SIMBAHIA – EPP – INFRAÇÃO 01; 02) falta de recolhimento do ICMS na condição de SIMBAHIA – EPP – INFRAÇÃO 02; 03) e multa por descumprimento de dever instrumental de deixar de fornecer informações através de arquivos magnéticos exigidos pela legislação tributária – INFRAÇÃO 08.”

Frisa que como será demonstrado o Auto de Infração tergiversou o enquadramento do SimBahia, no que se refere à tributação; incorreu em invasão de competência, tendo em vista que tributou operação de transporte ocorrida exclusivamente em outra unidade da Federação, e, por fim, o crédito tributário em tese devido e exigido, já foi pago, portanto, extinta a obrigação tributária. Diz também que, não há que se falar em multa do descumprimento de dever instrumental, visto que todos os livros foram escriturados, de acordo com a legislação de regência.

Prosseguindo, esclarece que é empresa do ramo de transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças, intermunicipal, interestadual e internacional, sendo os serviços prestados pela empresa no período fiscalizado, exclusivamente, de transporte intermunicipal, realizados entre Municípios do Estado da Bahia, bem como entre Municípios do Estado do Maranhão.

Salienta que, conforme demonstram os Conhecimentos de Embarque anexados, os serviços prestados fora do Estado da Bahia, no Estado do Maranhão, tiveram início e fim no próprio Maranhão, portanto, tratando-se, de “operação interna” de transporte de cargas, uma vez que não há cruzamento de fronteiras estaduais.

Afirma que o ICMS devido nas operações internas de transporte de cargas no Estado do Maranhão foi devidamente retido pela contratante dos serviços de transporte, de acordo com a legislação do Estado em que foi prestado o serviço.

Diz que foi optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS-SimBahia, no ano calendário de 2004, sendo o seu faturamento de R\$ 182.935,72, faturamento este que permitia a pessoa jurídica recolher o imposto como microempresa em valores fixos, na forma do artigo 7º, I, “d”, que transcreve. Portanto, poderia recolher o valor fixo de R\$ 190,00 por mês, independentemente do valor de seu faturamento, desde que não ultrapassasse o teto estabelecido.

Diz que assim, não há que se falar em lançamento suplementar, eis que recolheu o valor estabelecido pela Lei, não havendo razão para desconsiderar sua opção. Salienta que o valor pago ainda excede o *quantum* estabelecido em lei, pelo que há de ser resarcido, ou, em caso de eventual decisão contrária, ser abatido do valor arbitrado neste Auto de Infração.

Continuando registra que no exercício de 2005 optou pelo regime de tributação normal em relação ao tributo estadual, razão pela qual teria deixado de recolher o tributo lançado pelo autuante. Frisa que ainda no regime normal de apuração, não seria devido o tributo eis que atingido pela isenção do ICMS sobre operações internas de transportes de cargas, prevista no § 7º do artigo 1º e artigo 632 do RICMS/BA, transcrevendo-os.

Consigna que a partir do exercício de 2005 optou pelo regime normal de apuração do ICMS, mantendo esta opção até o final de 2007. Discorre sobre a isenção acima referida e sustenta que descabe se falar em lançamento de ICMS sobre o serviço de transporte intermunicipal que realizou no ano de 2005 nem em qualquer outro ano no Estado da Bahia, uma vez que tais operações são alcançadas pela isenção do referido tributo.

Assevera que no caso de prestações internas ou intermunicipais de serviço de transporte, o Estado competente para exigir o ICMS é aquele no qual a atividade de transporte se iniciou, ainda que

diferente daquele Estado onde se encontra a sede do contribuinte, significando dizer que a operação de transporte entre Municípios do Estado do Maranhão somente por este Estado pode ser tributada, não sendo objeto de exação pelo Estado da Bahia.

Registra que “tal exação provocaria o nefasto *bis in idem*, a bitributação rechaçada por nosso Estado de Direito, uma vez que a mesma prestação de serviços já foi objeto de exação no Estado do Maranhão.”

Conclui que a parcela do lançamento fiscal incidente sobre a prestação de serviços de transporte intermunicipal no Estado do Maranhão, conforme conhecimentos de embarque anexos devem ser excluídos da autuação, uma vez que já tributados por aquele Estado.

Reportando-se à infração 08, diz que por ser isento de imposto nas operações intermunicipais de transporte realizadas no Estado da Bahia, também está desobrigado de efetuar o lançamento do tributo, conforme os artigos 1º,§7º e 632,§2º, do RICMS/BA.

Sustenta que não há que se falar em omissão de prestações, uma vez que era legalmente dispensado de tal obrigação acessória.

Consigna ainda que parte dos serviços prestados sequer foi iniciado, terminado, ou passou em qualquer instante pelo espaço territorial da Bahia, sendo que as operações internas ocorridas dentro de outro Estado, não sujeitas ao ICMS no Estado da Bahia, não são passíveis de informação à Secretaria da Fazenda deste Estado. Aduz que a falta de prestação de qualquer informação sobre tais serviços, realizados em outro ente federativo, somente pode gerar consequências naquele ente.

Assim, não há que se falar, por qualquer destas duas razões, em falta ou insuficiência de informações, uma vez que tais informações não deveriam ser apresentadas ao Estado da Bahia.

Finaliza a sua peça defensiva requerendo a este órgão julgador que declare nulo o Auto de Infração ou, a sua improcedência.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 311 a 314, na qual contesta os argumentos defensivos relativos às preliminares de nulidade, dizendo que a alegação de ausência de Termo de Início de Fiscalização, pode ser verificado nas peças processuais que o Termo de Início de Fiscalização, bem como dois Termos de Ocorrências, além das Intimações expedidas no curso da ação fiscal, tiveram seus originais juntados ao PAF, às fls. 10, 11, 12, 13, e 14.

Quanto à argüição de ser a narração sucinta, sustenta que as infrações apontadas estão claramente descritas na “Descrição dos Fatos” e, na indicação de cada infração, contidas no Auto, às fls. 01 a 09, do qual o autuado recebeu cópia ao tomar ciência em 15/06/2009.

Tece comentário sobre a defesa apresentada, transcrevendo expressões usadas pelo impugnante, para afirmar que parte do texto não guarda qualquer relação com o PAF em discussão, tendo em vista que o Auto de Infração se refere à fiscalização de 05 (cinco) exercícios, de 2004 a 2008, assim como em nenhum momento trata de “comercialização de produtos” e muito menos de “pagamentos com cartões de crédito ou débito”.

No que concerne às infrações apontadas no Auto de Infração, esclarece com relação à infração 01, que até 31/03/2004, o contribuinte operou cadastrado na condição de SimBahia- ME, não havendo exigência de diferenças de ICMS.

Diz que a partir de 01/04/2004, passou a operar na condição de SimBahia-EPP, por iniciativa do próprio contribuinte, que reconhece esta condição, em virtude de ter ultrapassado o limite operacional de ME, anexando à Defesa, fotocópia de DAE recolhido em 20/05/2004, especificando a receita: “ICMS EMP. PEQUENO PORTE/SIMBAHIA – INSCR.”, no valor de: R\$1.152,10 (docs. Anexos, fls. 98 e 99, do PAF).

Acrescenta o autuante que os débitos apurados nesta infração correspondem a diferenças entre os valores de ICMS devido, apurados e recolhidos pelo contribuinte no período, e os valores reais

devidos, apurados no curso da ação fiscal, sendo relativos a recolhimentos a menos na condição de Simbahia-EPP, no período de abril de 2004 a fevereiro de 2005. Diz que estão claramente demonstrados nas Planilhas de Apuração do ICMS devido pela EPP – Simbahia, relativas aos exercícios de 2004 e 2005, juntadas às fls. 15 e 16, e totalizaram R\$6.901,18.

Com relação à infração 02, registra o autuante que o contribuinte permaneceu cadastrado na condição de Simbahia – EPP, ate 31/12/2.005, e contrariamente ao que afirma em sua Defesa, somente passou à condição “NORMAL”, em 01/01/2.006 – conforme extrato de “Histórico de Atividade Econômica/Condição/Situação”, obtido junto ao INC/SEFAZ, em 13/04/2.009(doc.fl. 57).

Assim, até dezembro de 2005 operou cadastrado na condição de Simbahia-EPP e, como tal, deveria recolher o ICMS apurado no período de março de 2005 a dezembro de 2005, conforme Planilha de Apuração do ICMS devido pela EPP-Simbahia, (doc.fl. 16), sendo que o débito total apurado, importou em R\$23.060,04, conforme demonstrado no Auto de Infração e seus anexos.

No respeitante à infração 03, diz que o contribuinte não impugnou a multa imposta de R\$140,00, pela declaração de dados incorretos nas DMAs, relativas ao período de janeiro a junho de 2007.

Salienta que no período, apesar de ter realizado operações de saídas (prestações de serviços de transporte), conforme apurado nos CTRCs emitidos nesses meses, conforme fls. 17 e 18 declarou “Sem Movimento” nas respectivas DMAs, conforme Relatório da DMA consolidada do período janeiro a junho de 2007, à fl. 58.

No que tange à infração 04, diz que o contribuinte não contestou a multa imposta no valor de R\$ 460,00, pela falta de apresentação de livros e documentos fiscais na primeira Intimação, expedida em 16/04/2009 e até a expedição de uma segunda Intimação, em 29/04/2.009 (docs. às fls. 12 e 13).

Relativamente à infração 05, registra que o contribuinte não contestou a multa imposta no valor de R\$460,00, pela falta de escrituração dos livros Caixa, relativos aos exercícios de 2004 e 2005, exercícios em que esteve cadastrada na condição de SimBahia-EPP.

Com relação à infração 06, consigna que o contribuinte não contestou a multa imposta no valor de R\$460,00, pela falta de comunicação de mudança de endereço cadastral. Esclarece que o fato encontra-se registrado no “Termo de Inicio de Fiscalização”, à fl. 10, do PAF, o que obrigou a entrega das Intimações no escritório de contabilidade da empresa – fato também registrado no referido Termo de Inicio de Fiscalização. Ressalta que as cópias das Intimações e também dos Termos de Inicio de Fiscalização e de Ocorrências, lavrados no curso da ação fiscal, foram entregues à contabilidade da empresa – fatos registrados nos referidos Termos – em virtude do contribuinte não ter apresentado o seu livro RUDFTO, no curso da ação fiscal.

No que diz respeito à infração 07, diz que contribuinte não contestou a multa no valor de R\$460,00, pela falta de escrituração dos livros fiscais REM, RSM e RAICMS, no período de janeiro de 2006 a junho de 2007, em que esteve cadastrado na condição “NORMAL” e, por conseguinte, obrigado a escriturar regularmente os citados livros.

No tocante à infração 08, afirma que as multas aplicadas pela omissão de operações nos dados informados nos arquivos magnéticos SINTEGRA, relativos ao período de janeiro de 2007 a dezembro de 2008, estão claramente demonstradas no Auto de Infração, nas Planilhas anexas às fls. 17 a 20, do PAF e, confrontadas com as fotocópias dos Recibos do SINTEGRA (fls. 21 a 56), totalizando o valor de R\$ 31.899,63.

Observa que o autuado não impugnou os valores apurados, nem a legitimidade da exigência, limitando-se a citar dispositivo normativo que “dispensa o lançamento e o pagamento do imposto incidente nas prestações internas de serviços de transporte de carga”. Diz que tal dispositivo, obviamente, libera o contribuinte da obrigação de lançar o valor do imposto devido, nos documentos fiscais (CTRCs) emitidos e, pagar o imposto que seria devido, contudo, não o desobriga

das demais obrigações acessórias, de escrituração de livros fiscais, prestação de informações econômico fiscais e, apresentação dos arquivos magnéticos do SINTEGRA.

Ressalta que o impugnante cita dispositivo aplicável tão somente, às operações internas, realizadas no âmbito do território do Estado da Bahia, o que contraria a alegação contida na defesa, em que alega ter realizado operações de características claramente interestaduais.

Finaliza mantendo integralmente a autuação.

VOTO

Inicialmente, cumpre-me apreciar as nulidades argüidas pelo impugnante, por ausência de Termo de Início de Fiscalização e pela narração sucinta da infração.

No que concerne à ausência do Termo de Início de Fiscalização, constato incorrer em equívoco o impugnante, haja vista que o referido Termo foi lavrado tempestivamente, conforme consta à fl. 10 dos autos. Na realidade, além do Termo de Início de Fiscalização, verifico a existência de dois Termos de Ocorrências, bem como de Intimações expedidas pelo autuante, de acordo com as fls. 11, 12, 13, e 14 dos autos.

Quanto à alegação de narração sucinta da infração, verifico não assistir razão ao impugnante, tendo em vista que o autuante discorreu claramente sobre as infrações na “Descrição dos Fatos”, bem como na identificação da própria infração no Auto de Infração. Vejo que a autuação foi feita em completa observância às disposições do artigo 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, inexistindo ofensa ao artigo 28, § 3º, VI do mencionado Diploma regulamentar processual.

Diante do exposto, não acolho as nulidades argüidas.

No mérito, no que diz respeito à infração 01 - *Recolheu a menos ICMS, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA)-*, observo que até 31/03/2004, o contribuinte se encontrava cadastrado no Regime SimBahia, não condição de microempresa, inclusive, recolhendo o ICMS devido como microempresa, conforme documento de arrecadação acostados aos autos.

Ocorreu que, a partir de 01/04/2004, o próprio contribuinte passou a operar na condição de empresa de pequeno porte-SimBahia-EPP, conforme comprovantes de recolhimentos acostados às fls. 98 e 99, onde se verifica na especificação da receita o seguinte: “ICMS EMP. PEQUENO PORTE/SIMBAHIA – INSCR.”, sendo recolhido o valor de R\$1.152,10.

Ora, ao agir da forma acima referida, o autuado atendeu a determinação do artigo 404-A, do RICMS/BA, pois ao constatar que a sua receita bruta ultrapassava o limite para continuar na condição de microempresa, espontaneamente, passou a recolher o imposto na condição de empresa de pequeno porte.

Certamente que, se assim não tivesse procedido, estaria passível de desenquadramento de ofício, portanto, de aplicação de sanção.

E não se alegue que caberia a formalização junto à repartição fazendária para validade da mudança, pois, no caso, por se tratar de aspecto acessório da mudança de faixa, como a iniciativa foi do próprio contribuinte, não houve qualquer prejuízo quanto ao correto enquadramento e, por consequência, do imposto efetivamente devido.

Verifico que os valores apontados neste item da autuação foram apurados pelo autuante, mediante o confronto dos valores do ICMS apurados e recolhidos pelo contribuinte no período, e os valores efetivamente devidos no período de abril de 2004 a fevereiro de 2005. Infração mantida.

Relativamente à infração 02 - *Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS SimBahia* – constato assistir razão ao autuante, pois, conforme registros existentes no INC/SEFAZ, extrato de “Histórico de Atividade Econômica/Condição/Situação” acostado aos autos à fl. 57, o autuado, efetivamente, esteve cadastrado na condição de optante pelo Regime Simbahia, na qualidade de empresa de pequeno porte, até 31/12/2005, diversamente do que alega na peça defensiva, passando a condição de “NORMAL”, somente a partir de 01/01/2006.

Portanto, laborou em acerto o autuante ao apurar e exigir o ICMS no valor de R\$ 23.060,04, referente ao período de março a dezembro de 2005, conforme Planilha de Apuração do ICMS devido pela EPP-Simbahia, acostada à fl. 16. Infração mantida.

No respeitante à infração 03, verifico que o autuado não impugnou este item da autuação, prevalecendo no caso a determinação do artigo 140 do RPAF/99, de que *o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas*. No presente caso, as provas acostadas aos autos confirmam a veracidade do fato infracional. Infração mantida.

Com relação à infração 04, observo que o contribuinte também não impugnou este item da autuação, restando comprovado que não apresentou os livros e documentos fiscais quando regularmente intimado. Ou seja, na primeira intimação, expedida em 16/04/2009 e até a expedição da segunda intimação, em 29/04/2009, conforme documentos acostados às fls. 12/13. Contudo, verifico que o valor da multa de R\$ 460,00, consignado no Auto de Infração está equivocado, haja vista que, tratando-se de não atendimento da segunda intimação caberia a exigência de R\$ 460,00 referente à primeira intimação e R\$ 960,00 referente à segunda intimação, conforme determina o artigo 42, XX, da Lei n. 7.014/96. Diante disso, represento a autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, conforme o artigo 156 do RPAF/99, no sentido de exigir a diferença acima referida. Infração mantida.

Relativamente à infração 05, vejo também que o contribuinte não impugnou este item da autuação, restando comprovado que não escriturou os livros Caixa, relativos aos exercícios de 2004 e 2005, exercícios em que esteve cadastrado na condição de optante pelo Regime SimBahia, na qualidade de empresa de pequeno porte. Infração mantida.

Quanto à infração 06, observo que o autuado também não impugnou este item da autuação, restando comprovada a irregularidade cometida, conforme registro existente no “Termo de Início de Fiscalização”, à fl. 10. Infração mantida.

No que diz respeito à infração 07, também silenciou o autuado, restando comprovado que, apesar de estar cadastrado na condição de “normal” no período de janeiro de 2006 a junho de 2007, não escriturou os livros Registro de Entradas de Mercadorias, Registro de Saídas de Mercadorias e Registro de Apuração do ICMS. Mantida a infração.

No que concerne à infração 08 - *Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações*, observo que diversamente do entendimento manifestado pelo impugnante, 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, 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, conforme determina o art. 708-A do RICMS/97.

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 artigo 708-B do citado RICMS/97, abaixo reproduzido:

“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 ACÓRDÃO JUF Nº 0369-01/09

recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.”

Verifico que o autuante acostou aos autos, às fls. 12, 13 e 14, intimações expedidas ao autuado, a fim de que este entregasse os arquivos magnéticos. Observo que na terceira intimação (fl. 14) foi solicitada a apresentação dos arquivos magnéticos relativos aos meses de 01/2006 a 12/2008, tendo sido concedido o prazo de 05(cinco) dias para atendimento.

Portanto, a ação fiscal atendeu ao disposto no artigo 708-B do RICMS/97, pois o sujeito passivo foi regularmente intimado para fornecer os documentos e o arquivo magnético, sendo concedido o prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, tendo o contribuinte fornecido os arquivos com omissão de operações ou prestações.

Ocorre que, após o recebimento dos arquivos magnéticos, tendo sido constatado inconsistência devido à omissão de registros foi lavrado o Auto de Infração. Em verdade, caberia, no caso, antes da autuação, a intimação ao contribuinte com a apresentação da Listagem Diagnóstica e os relatórios detalhados das ausências, a fim de lhe possibilitar a realização das necessárias correções, se fosse o caso. Certamente, não houve observância da determinação contida nos §§ 3º e 5º do art. 708-B do RICMS/97.

Assim sendo, considerando que o procedimento fiscal foi efetuado sem observância das disposições estabelecidas na legislação do ICMS, inclusive quanto à necessidade de intimação específica ao contribuinte para a necessária correção dos arquivos, haja vista que as intimações foram efetuadas para apresentação dos arquivos magnéticos, restou caracterizada a ofensa ao devido processo legal, com preterição do direito de defesa do contribuinte, o que determina a nulidade do ato de lançamento.

Diante do exposto, com fulcro no artigo 18, inciso II, do RPAF/99, considero esta infração nula, devendo a autoridade competente determinar a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de falhas, em conformidade com o artigo 21 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL 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 207185.0013/09-7, lavrado contra **SODRÉ TRANSPORTES DE MALOTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$29.961,22**, acrescido da multa de 50%, prevista no artigo 42, I, “b”, item 3 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$1.980,00**, previstas no art. 42, incisos XVIII, “c”, XX, XV, “d”, “i”, “g”, do mesmo Diploma legal, e dos acréscimos moratórios, na forma da Lei nº 9.837/05. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal em relação à infração 8.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de outubro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR