

A. I. Nº - 233055.0901/08-8  
AUTUADO - CHECON DISTRIBUIDORA E TRANSPORTES LTDA.  
AUTUANTE - SERGIO TERUYUKI TAIRA E JOSE LUIZ OLIVEIRA MACEDO  
ORIGEM - IFEP - DAT/SUL

Retificação da Resolução relativa ao Acórdão nº 0171-01/10, de 28 de junho de 2010, exarado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal deste Colegiado, de acordo com o previsto no art. 164, § 3º, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 9 de Julho de 1999, para fim de inserção do Recurso de Ofício nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99. Ressalte-se que as infrações 04 e 05 referente a entrega dos arquivos magnéticos com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais foram julgadas integralmente subsistentes, no entanto, como ocorreu mudança da data de ocorrência dos fatos geradores (períodos mensais) para o primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo da intimação, resultou na redução do valor do total do débito original, cabendo o mencionado recurso de ofício.

#### 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0171-01/10--A

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. O contribuinte apesar de intimado não apresentou em sua totalidade os documentos comprobatórios dos créditos fiscais escriturados. Excluídos da exigência fiscal os valores cujos documentos que originaram o crédito fiscal foram apresentados. Infração parcialmente subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO E DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infrações reconhecidas tacitamente. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Multas de 1% e de 5% sobre o valor das operações de saídas realizadas em cada período, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “i” da Lei nº. 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº. 10.847/07. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2008, exige do autuado o valor de R\$ 231.827,62, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de outubro a dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 28.455,36, acrescido da multa de 60%;
2. 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, nos meses de novembro e dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 828,53, acrescido da multa de 60%;

3. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de julho e outubro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 999,35, acrescido da multa de 60%;

4. Forneceu através de arquivos magnéticos exigido na legislação tributária, requerido mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% 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 divergentes, nos meses de novembro e dezembro de 2004, janeiro a novembro de 2005, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 196.989,96;

5. Forneceu através de arquivos magnéticos exigido na legislação tributária, requerido mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% 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 divergentes, no mês de dezembro de 2005, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 4.554,42.

O autuado apresentou defesa (fls. 103 a 107), esclarecendo relativamente à infração 01, que devido a problemas em seu arquivo, ainda está procurando os documentos fiscais, contudo, apresenta os seguintes argumentos:

**- mês de outubro de 2005**

- Notas Fiscais nº. 22.036, 1.805, 20.812, está anexando cópias;
- Nota Fiscal n. 280.991, se refere à transferência de mercadorias entre Matriz e Filial, cujos registros foram efetivados, conforme consta nos livros fiscais de saída pela Matriz à fl.1.390 e no livro de entrada pela Filial à fl. 143;
- Notas Fiscais nºs. 57.179 e 57187, dizem respeito a devoluções de vendas efetuadas pela própria empresa, registradas no livro Registro de Entradas à fl. 144;
- relativamente ao crédito glosado de produtos retirados da antecipação tributária, diz se referir à mudança na forma de tributação destes produtos, conforme orientação da própria Secretaria da Fazenda;

**- mês de novembro de 2005**

- Notas Fiscais nº.s 20.824 e 1.876, apresenta cópias;
- Notas Fiscais nº's 282.493, 285.767 e 288.509, se referem às transferências de mercadorias entre a Matriz e a Filial, registradas no livro de saídas da Matriz às fls. 1.399, 1.417 e 1432, e no livro de entradas da Filial às fls.149, 154 e 159, sendo que, no que concerne à Nota Fiscal nº. 288.509 houve equívoco no valor apropriado do crédito, decorrente de a base de cálculo ter sido informada erroneamente.
- Notas Fiscais registradas com CFOP 1.202, se referem às devoluções de vendas efetuadas pela própria empresa, registradas às fls. 151 a 159 do livro Registro de Entradas.
- relativamente ao crédito glosado de produtos retirados da antecipação tributária, diz se referir à mudança na forma de tributação destes produtos, conforme orientação da própria Secretaria da Fazenda;

**- mês de dezembro de 2005**

-Notas Fiscais nºs. 288.814, 290857, 292.009, 292.489 e 292759, se referem às transferências de mercadorias entre a Matriz e a Filial, registradas no livro de saídas da Matriz às fls.1.438, 1.453, 1458, 1461 e 1463, e no livro de entradas da Filial às fls. 163 a 166, sendo que, no que concerne à Nota Fiscal nº. 288.814 houve equívoco no valor apropriado do crédito, decorrente de a alíquota ter sido lançada a maior. Quanto a Nota Fiscal n. 20837 refere-se à transferência de crédito de ICMS entre Matriz e Filial, registrada no livro Registro de Saídas à fl. 1.441 e no livro Registro de Entradas à fl. 163.

- Notas Fiscais registradas com CFOP 1.202, se referem às devoluções de vendas efetuadas pela própria empresa, registradas às fls. 167 a 176 do livro Registro de Entradas.

- relativamente ao crédito glosado de produtos retirados da antecipação tributária, diz se referir à mudança na forma de tributação destes produtos, conforme orientação da própria Secretaria da Fazenda.

Reportando-se à infração 04, afirma que conforme cópias de “emails” em anexo, atendeu o pedido dos Auditores Fiscais, tendo enviado os arquivos diretamente para estes, sendo validados pelo programa validador, porém não enviado eletronicamente, razão pela qual não dispõe dos recibos eletrônicos através do TED. Acrescenta ainda que foi solicitado junto a Secretaria da Fazenda, através da Infaz Eunápolis, que devido ao HD do computador que armazenava esses arquivos ter sido danificado, não dispunham destes arquivos e recibos, sendo solicitado cópias dos mesmos conforme protocolo 189.829/2008-0.

Os autuantes prestaram informação fiscal (fls. 120 a 126), na qual registram inicialmente que o autuado embaraçou a ação fiscal deixando de apresentar a maioria dos documentos fiscais solicitados, apesar de intimado por diversas vezes, conforme se verifica às fls. 08 a 23 dos autos, sendo inclusive lavrado os Autos de Infração nºs 233055.0502/08-6, 233055.0602/08-0 e 233055.0605/08-0, por falta de apresentação de livros e documentos fiscais.

Acrescentam que da primeira intimação no dia 16/04/2008 até a data da apresentação da defesa por parte do autuado, no dia 30/10/2008, este apresentou somente as 05 (cinco) cópias de notas fiscais que estão anexadas em sua defesa, enquanto as demais, devido a problemas no arquivo, estão sendo procuradas, conforme alega na peça defensiva.

No que concerne aos argumentos defensivos referentes à infração 01, esclarecem que, em razão de o autuado não ter apresentado as notas fiscais de entradas, todos os créditos foram glosados. Contudo, devido à apresentação em sua defesa das Notas Fiscais 22.036, 1.805 e 1876 que se referem às compras de mercadorias, acataram a alegação da defesa e excluíram os valores, conforme novo demonstrativo que apresentam.

Quanto às Notas Fiscais nºs. 20.812 (fl. 115) e 20.824 (fl. 116) registradas com o CFOP 1.601 apresentadas pelo autuado dizem que são notas fiscais complementares, respectivamente, das Notas Fiscais nºs 271.114 e 273.856 (fls. 133 e 134 do livro Registro de Entradas) e 280.991 (fl. 143 do livro Registro de Entradas) que são de transferência de ativo imobilizado, conforme lançamento efetuado no livro Registro de Entradas no CFOP 1.552, o que não daria direito a creditar-se pelo valor integral, mas na proporção de 1/48 por mês.

No tocante às demais notas fiscais, dizem que apesar da alegação defensiva que tenha sido escrutinado no livro fiscal, não apresentou as respectivas notas fiscais.

Relativamente aos créditos lançados no livro Registro de Apuração do ICMS, como “OUTROS CRÉDITOS – Crédito ref. Prod. Retirados – Antecipação Tributária”, afirmam que o autuado simplesmente alega que se refere à mudança na forma de tributação destes produtos, conforme orientação da própria Secretaria da Fazenda, não apresentando a relação com os estoques das mercadorias e o demonstrativo com os cálculos dos valores.

Apresentam novo demonstrativo com a exclusão das notas fiscais apresentadas pelo autuado, bem como relacionam os documentos que não foram apresentados.

Prosseguindo, dizem que o autuado não impugnou as infrações 02 e 03, e relativamente às infrações 04 e 05, não condiz totalmente com a realidade a alegação defensiva, pois os arquivos foram enviados com diversas irregularidades, gerando intimações e re-intimações para que estes fossem corrigidos.

Salientam que para confirmar que os arquivos não haviam sido enviados corretamente, em 10/10/2008, conforme protocolo 189839/2008-0 (fl. 112) o autuado solicitou junto a Inspetoria Fazendária de Eunápolis que fossem disponibilizados os arquivos gerados com os respectivos recibos da empresa do período de janeiro/2004 a dezembro/2006, devido a problemas no computador que continham os arquivos do SINTEGRA e que não foi possível recuperar, coincidentemente, o período que estava sob ação fiscal era de 01/2004 a 12/2005.

Finalizam mantendo parcialmente a autuação.

A 1<sup>a</sup> JJF, considerando que na informação fiscal prestada pelos autuantes (fls. 120 a 126), estes acataram parcialmente as alegações defensivas relativas à infração 01, excluindo da exigência notas fiscais arroladas na autuação cujas cópias foram apresentadas pelo impugnante, reduzindo o valor do débito originalmente consignado no Auto de Infração, conforme novo demonstrativo que elaboraram, contudo, não constava nos autos a comprovação de que o autuado fora cientificado da informação, converteu o processo em diligência a IFEP/DAT/SUL, a fim de que intimasse o contribuinte, entregando-lhe no ato da intimação, mediante recibo específico, cópia da informação fiscal e do novo demonstrativo elaborado pelos autuantes.

Intimado o contribuinte (fls. 134 a 136) este acusa o recebimento, contudo, não se manifesta.

#### VOTO

Do exame das peças que compõem o presente processo, verifico que o impugnante elide parcialmente a infração 01, apresentando cópias das Notas Fiscais nºs 22.036, 1.805 e 1876 que, efetivamente, dizem respeito a compras de mercadorias tributáveis, cuja admissibilidade do crédito fiscal na forma apropriada pelo contribuinte encontra amparo no art. 93 do RICMS/BA.

No que concerne às Notas Fiscais nºs. 20.812 e 20.824, registradas com o CFOP 1.601 constato assistir razão aos autuantes, pois, na realidade, são notas fiscais complementares das Notas Fiscais nº.s 271.114 e 273.856, conforme se verifica às fls. 133 e 134 do livro Registro de Entradas. Já a Nota Fiscal nº 280.991, registrada à fl. 143 do livro Registro de Entradas diz respeito à transferência de ativo imobilizado, conforme lançamento efetuado no livro Registro de Entradas no CFOP 1.552, cujo creditamento somente é admitido na proporção de 1/48 avos por mês, conforme o art. 93, §§11 e 17 do RICMS/BA.

Com relação as demais notas fiscais vejo que o impugnante apenas alega que “ainda está procurando os documentos fiscais”, o que certamente confirma o acerto da autuação, haja vista que nos termos do art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, o contribuinte tem o prazo de 30(trinta) dias para apresentar defesa com todos os elementos capazes de elidir a autuação, não podendo o processo depender da “procura” de notas fiscais pelo contribuinte. Afinal, cabe ao sujeito passivo a guarda dos documentos fiscais, pelo prazo estabelecido na legislação tributária devendo ser apresentados ao Fisco, quando solicitado.

Também com relação aos créditos glosados lançados no livro Registro de Apuração do ICMS, como “OUTROS CRÉDITOS – Crédito ref. Prod. Retirados – Antecipação Tributária”, noto que o impugnante apenas alega que se refere à mudança na forma de tributação das mercadorias que comercializa, conforme orientação da própria Secretaria da Fazenda, porém, não apresenta qualquer elemento de prova nesse sentido, a exemplo do levantamento de estoques destas mercadorias e demonstrativo com os cálculos dos valores apropriados.

Cabe consignar que, apesar de esta 1<sup>a</sup> JJF ter convertido o processo em diligência, a fim de que o autuado fosse cientificado da informação fiscal e o novo demonstrativo apresentando pelos autuantes, este não se manifestou.

Diante disso, considero parcialmente subsistente esta infração no valor de R\$ 25.920,73.

No respeitante às infrações 02 e 03, noto que o autuado não apresenta qualquer impugnação, valendo dizer que reconhece tacitamente tais infrações. Observo que ambas as exigências estão em conformidade com a legislação do ICMS e os roteiros de fiscalização aplicáveis. Infrações subsistentes.

Quanto às infrações 04 e 05, verifico que dizem respeito ao fornecimento de informações através de arquivos magnéticos com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes.

Nestes casos, a multa aplicável é de 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior 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 ou sobre o valor das divergências (art. 42, XIII-A, "i" da Lei nº 7.014/96).

Observo que os autuantes apuraram na infração 04 os valores sobre os quais aplicaram a multa de 1% e na infração 05 os valores sobre os quais aplicaram a multa de 5%, tudo em conformidade com o acima explanado. Ou seja, em observância ao limite 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período.

O RICMS/97 apresentava no período abrangido pela autuação – 2004 e 2005 – a seguinte redação nos seus arts. 708-A e 708-B:

*"Art. 708-A. O contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar o arquivo de que trata este capítulo, 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:*

*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.*

Observo 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, conforme disposto no art. 708-A, § 6º do RICMS/BA.

No caso em exame, verifico que após a constatação das inconsistências, o contribuinte foi intimado a apresentar os arquivos magnéticos com a necessária correção, no prazo de 30 (trinta) dias, tendo sido indicadas na intimação às fls. 11/12 dos autos, as irregularidades encontradas no período de novembro e dezembro de 2004 e janeiro a dezembro de 2005. Ocorre que o autuado não atendeu a intimação, permanecendo as inconsistências, cabendo a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, conforme a autuação.

Vejo que não há como prosperar o argumento defensivo de que enviou os arquivos diretamente para os Auditores Fiscais, pois, mesmo tendo enviado o fez com irregularidades, ou seja, sem corrigir as inconsistências. Ademais, a alegação de que não dispunha dos arquivos solicitados em razão de o HD do computador que armazenava esses arquivos ter sido danificado, apenas confirma o acerto da autuação.

Cabe-me registrar que a despeito de os autuantes terem indicado no Auto de Infração como dispositivo da multa imposta o art. 42, XIII-A, alínea "f" da Lei n.7.014/96, este não mais se aplicava

à situação objeto da presente lide, haja vista que o dispositivo correto passou a corresponder à alínea “i” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, conforme reprodução que faço abaixo, sendo que, o enquadramento baseado na alínea “f” vigorou até 27/11/2007, enquanto a mudança para a alínea “i” decorreu da Lei nº 10.847/2007, cuja vigência se iniciou em 28/11/2007:

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

*XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:*

*f) 5% (cinco por cento) do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período: Redação anterior dada pela Lei nº. 9.430, de 10/02/2005, DOE de 11/02/05, efeitos de 11/02/05 a 27/11/07;*

*i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior 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 ou sobre o valor das divergências, conforme o caso: Redação atual dada pela Lei nº. 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, efeitos a partir de 28/11/07.”*

Vale observar que tal fato não implica em invalidade da autuação, tendo em vista que a irregularidade detectada pelo Fisco se encontra corretamente descrita no Auto de Infração, referindo-se à existência de inconsistências nos arquivos entregues à SEFAZ.

Diante do exposto, considero restar comprovada a falta de atendimento à intimação específica, para correção dos arquivos apresentados com irregularidades na forma descrita nas infrações 04 e 05, sendo integralmente subsistente ambas as infrações.

Verifico, entretanto, que no presente caso, os autuantes incorreram em equívoco no que se refere às datas de ocorrência, tendo em vista que como a imputação diz respeito à falta de atendimento de intimação específica referente a arquivos magnéticos, a data de ocorrência deve ser aquela correspondente à falta de atendimento ao quanto requerido na intimação. A título de esclarecimento, consigno que este entendimento encontra-se em conformidade com a Orientação Gerencial nº 0G-GEAFI-FISC-003/2005, disponibilizada pela SAT/DPF/GEAFI/SEFAZ, que trata especificamente do Convênio nº 57/95, e que versa sobre arquivos magnéticos.

Em conformidade com o item 5.1 da referida Orientação, na lavratura de Auto de Infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos “data de ocorrência” e “data de vencimento” deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados.

Como o contribuinte foi intimado para regularizar as inconsistências, sendo-lhe concedido o prazo de 30 (trinta) dias para atendimento, o primeiro dia útil subsequente ao término do prazo concedido

para correção dos erros indicados corresponde à data que deve ser consignada como a de ocorrência das infrações.

Assim sendo, faço de ofício a correção da data de ocorrência das infrações 04 e 05, que conforme dito acima são integralmente subsistentes, porém, a data de ocorrência fica modificada para 21/07/2008, que corresponde ao primeiro dia útil subsequente ao vencimento da intimação específica sobre arquivos magnéticos, que se encerrou em 18/07/2008.

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 233055.0901/08-8, lavrado contra **CHECON DISTRIBUIDORA E TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$27.748,61**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, “f”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$201.544,38**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “i”do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da 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, 30 de maio de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR