

A. I. N.º - 279266.0601/08-4
AUTUADO - DEC CONAR DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTE - WALMIR SALDANHA FEIJÓ
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 18/08/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0187-03/10

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA AO FISCO QUANDO INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Multa de 1% sobre o total das operações de saídas. Autuado enviou arquivos magnéticos fora das especificações legais, e não atendeu à subsequente intimação para apresentação dos arquivos retificados, sujeitando-se à exigência da multa no prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96. Infração comprovada. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. EXERCÍCIO FECHADO. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada, mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Infração caracterizada. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) LANÇADO CRÉDITO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. A legislação só admite a utilização do crédito pelo valor corretamente calculado. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. b) MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. Infrações caracterizadas. 4. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. CONTRIBUINTE ATACADISTA. SAÍDAS INTERNAS DESTINADAS A CONTRIBUINTE COM INSCRIÇÃO ESTADUAL CANCELADA E A PESSOAS NÃO INSCRITAS. Nas saídas internas de mercadorias promovidas por estabelecimento atacadista, beneficiário de Termo de Acordo previsto no Decreto nº 7.799/00, destinadas às pessoas jurídicas contribuintes do ICMS, a base de cálculo poderá ser reduzida em até 41,176%. Infração caracterizada por restar comprovado que as operações foram efetuadas para contribuintes com inscrição estadual cancelada e para pessoas não inscritas. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime em relação às infrações 2 a 5 e não unânime quanto à Infração 1.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2008, exige ICMS e aplica penalidade por descumprimento de obrigação acessória no v. das infrações a seguir:

Infração 01. Falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações, ou prestações, realizadas nos exercícios de 2005 e 2006, correspondente a 1% sobre o valor das operações de saídas do contribuinte em cada período de apuração. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte não atendeu à Intimação de 16/05/2008, conforme Relatório dos Arquivos Recepcionados do Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos - SCAM, emitido em 17/06/2008. Termo de Intimação à fl. 51, com data de ciência do contribuinte em 16/05/2008, concedendo o prazo de trinta dias ao sujeito passivo para a apresentação de arquivos magnéticos, em razão da sua apresentação com as inconsistências constantes do Relatório anexado ao Termo de Intimação. Relatório SCAM às fls. 70 a 115. Demonstrativo do levantamento fiscal à fl. 342. Multa no valor de R\$806.067,08.

Infração 02. Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Exercício de 2004. Demonstrativos do levantamento fiscal às fls. 166 a 292. ICMS no valor de R\$94.481,14, acrescido da multa de 70%.

Infração 03. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. Consta, na descrição dos fatos, que se refere à Nota Fiscal nº 4.359, de 17/09/2004, emitida pelo CNPJ 46303855000192, de São Paulo, conforme declarado no arquivo magnético do Convênio ICMS nº 57/95, enviado pelo contribuinte à SEFAZ/BA, conforme demonstrativo no Anexo A. Demonstrativo do levantamento fiscal às fls. 16 e 17. ICMS no valor de R\$694,98, acrescido da multa de 60%.

Infração 04. Recolhimento a menos do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Consta, na descrição dos fatos, que o sujeito passivo realizou vendas a contribuintes sem direito à utilização do benefício previsto no Decreto nº 7.799/2000, “conforme os Anexos 1 D e 1 E deste PAF, discriminados em CD-Rom entregue ao contribuinte, que o abriu e leu nesta data.” Exercício de 2004. Demonstrativos do levantamento fiscal às fls. 140 a 165, e fl. 343. ICMS no valor de R\$54.765,20, acrescido da multa de 60%.

Infração 05. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Consta, na descrição dos fatos, que se refere à utilização de créditos fiscais referente às compras declaradas pelo contribuinte em seus arquivos magnéticos do Convênio ICMS nº 57/95, discriminadas no Anexo 1B. Demonstrativo do levantamento fiscal às fls. 18 a 50. ICMS no valor de R\$23.470,84, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresenta impugnação ao lançamento de ofício às fls. 294 a 296, aduzindo, quanto à Infração 01, ter o autuante alegado que ele, peticionário, deixou de entregar arquivos do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com mercadorias e Serviços - SINTEGRA, em atendimento a Intimação expedida, “conforme comprovado no Relatório de Arquivos Recepcionados no SCAM, emitido em 17/06/2008”, mas que os arquivos do SINTEGRA, referentes aos exercícios de 2005 e 2006, foram entregues à SEFAZ, conforme comprovantes anexados (fls. 296 a 324). O contribuinte relaciona, às fls. 294 e 295, datas e números de protocolo de envios de arquivos magnéticos SINTEGRA referentes aos envios mensais normais e aos envios de arquivos retificadores, realizados no período de tempo compreendido entre 18/02/2005 e 18/07/2007, e referentes aos arquivos magnéticos dos meses de janeiro/2005 a dezembro/2006.

Salienta que “as Retificações Totais foram efetuadas com base em solicitação da SEFAZ e as Aditivas por solicitação e crítica feita pelo próprio preposto junto aos responsáveis pelo Sistema de Gestão Fiscal utilizado, no caso a Próton, ficando pois patente o atendimento, antes mesmo de solicitado, na apresentação e nas retificações, ao menos que os siste
preposto mudem de parâmetros de acordo com o momento da análise

O sujeito passivo afirma, em relação às infrações 02 a 05, que o período auditado pelo autuante já fora objeto de fiscalização por outro preposto da SEFAZ/BA, tendo sido efetuado levantamento semelhante, contestado em parte por ele, autuado, “com recolhimento tempestivo da parte reconhecida, estando, atualmente, em fase de discussão judicial, sendo o Auto de Infração referido o de número 207101.0004/04-11, não procedendo, portanto, a autuação e tentativa de cobrança, por se tratar de duplicidade.”

Conclui asseverando que não houve omissão de entrega dos arquivos magnéticos solicitados, e que as demais infrações pretendidas como existentes não subsistiriam em face do que expôs, pelo que requer a declaração de improcedência do Auto de Infração.

O contribuinte anexa, às fls. 296 a 324, cópias de protocolos de envios de arquivos magnéticos SINTEGRA realizados no período de tempo compreendido entre 18/02/2005 e 18/07/2007, e referentes a envios de arquivos magnéticos normais e a envio de arquivos magnéticos retificadores dos meses de janeiro a dezembro/2005.

O autuante produz informação fiscal à fl. 334 afirmando que a lista de protocolos e as cópias de recibos que o contribuinte anexou ao processo, às fls. 296 a 234, todos com datas anteriores a 18/07/2007, comprovam que não foi atendida a intimação de 16/05/2008 para que fossem fornecidos os arquivos magnéticos com as correções das irregularidades listadas em anexo à Intimação, constantes às fls. 51 a 69 dos autos.

Em relação às Infrações 02 a 05, afirma que o Auto de Infração nº 207101.0004/04-11, citado pelo impugnante, e cujo demonstrativo de débito ele, autuante, acosta à fl. 335, refere-se ao exercício de 2003, com apuração das infrações descritas no SEAI sob os códigos 01.05.03, 03.02.05 e 04.05.02, e que no presente Auto de Infração as imputações 02 a 05 reportam-se ao exercício de 2004, com os códigos de infração 04.05.01, 01.02.40, 03.02.06 e 01.02.06, restando comprovada a inexistência de relação entre os dois Autos de Infração.

Conclui mantendo a autuação.

Às fls. 338 e 339, considerando que, em relação à Infração 01, o autuante anexara a Intimação à fl. 51, com o demonstrativo analítico das diferenças encontradas, às fls. 52 a 69, e Relação dos Arquivos Recepcionados às fls. 70 a 115 sem, contudo, anexar o demonstrativo sintético, com a indicação da forma de apuração de cada débito lançado para os períodos mensais de apuração de 01/2005 até 12/2006, lançados no Auto de Infração; quanto à Infração 02, não havia comprovação de que o contribuinte recebera o demonstrativo de fls. 269 a 292, vez que não consta sua assinatura no recibo de fl. 292; em relação à Infração 03, não havia comprovação de que o contribuinte recebera o demonstrativo de fls. 16 e 17, vez que não consta sua assinatura no recibo de fl. 17; quanto à Infração 04, o autuante acostara demonstrativos analíticos às fls. 140 a 165, dos quais o contribuinte recebera cópia, conforme seu recibos às fls. 152 e 165, mas não fora acostado demonstrativo sintético dos débitos mensais lançados de ofício para esta infração; esta 3ª JfF deliberou, em pauta suplementar, por converter o processo em diligência à INFAZ de origem para que o autuante anexasse o demonstrativo sintético das diferenças encontradas nas Infrações 01 e 04, com a indicação da forma de apuração de cada débito lançado para os períodos mensais de apuração lançados no Auto de Infração, e para que a INFAZ de origem fornecesse ao autuado cópia das fls. 16 e 17, e fls. 269 a 292; da Informação Fiscal à fl. 334, do demonstrativo de fl. 335; daquela Diligência, e de todos os demonstrativos anexados pelo autuante em seu atendimento, reabrindo-lhe o prazo de trinta dias para impugnação ao lançamento fiscal.

À fl. 341 o representante do Fisco, em atendimento à Diligência solicitada informou, em relação à Infração 01, que em obediência ao preceituado nos artigos 686 e 708-B do RICMS/BA, e no artigo 42, inciso XII-A [XIII-A], alínea “g”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela penalidade de multa no valor de 1% do total das saídas mensais (

mediante intimação, com informações das prestações ou operações realizadas. Que, para tanto, foram utilizadas as informações prestadas pelo contribuinte em suas Declarações e Apurações Mensais – DMAS, constantes dos quadros 10 e 11, referentes a saída de mercadorias e/ou prestações de serviços - valor contábil do total de saídas - conforme cópias das mencionadas DMAS às fls. 116 a 139. Que o demonstrativo sintético dos valores apurados mensalmente constam à fl. 343 dos autos.

Em relação à Infração 04 afirma que, em obediência ao disposto nos artigos 11 e 124 do RICMS/BA, e aos artigos 1º e 7º do Decreto nº 7.799/00, o contribuinte foi autuado pelas vendas realizadas a contribuintes não ativos e “isentos” e, portanto, sem direito à utilização do benefício objeto do mencionado Decreto. Que o detalhamento desta apuração consta no Anexo 1D, à fl. 140 dos autos, e no Anexo 1E, à fl. 153. Que, pela grande quantidade de fls. a serem impressas, foi gerado arquivo “somente leitura” em CD-Rom entregue ao contribuinte quando da ciência do Auto de Infração, e que o contribuinte o abriu e leu, naquela data. Que está anexado, à fl. 343, demonstrativo sintético dos valores apurados mensalmente nos Anexos citados. Que foi constatado que, para a data de ocorrência de 28/04/2004, não foi considerado, no lançamento de ofício, o valor de R\$1.938,38, referente ao total de vendas a “isentos”. Que para a data de ocorrência de 31/03/2004 foi totalizado como vendas a não ativos e a “isentos” um valor a menos de R\$0,09, persistindo a diferença a ser exigida de R\$1.938,47, pelo que sugere a este Conselho de fazenda a abertura de nova Ordem de Serviço para a constituição deste crédito tributário.

Intimado pela INFAZ de origem, conforme documentos de fls. 344 e 345, para receber os documentos determinados por esta 3ª JF às fls. 338 e 339, com a reabertura de seu prazo para apresentação de impugnação, o contribuinte, por intermédio de advogado com Procuração à fl. 352, apresentou nova manifestação às fls. 346 a 351, inicialmente descrevendo os termos das imputações e em seguida expondo, quanto à Infração 01, que o autuante aduzira que ele autuado, deixara de atender à Intimação “de 16.05.2008, a qual determinava que a mesma fornecesse os arquivos magnéticos referentes ao período de janeiro de 2005 a dezembro de 2006. Ocorre que, diferentemente do quanto alegado pela autoridade autuante, a autuada não só cumpriu com essa obrigação, como, mesmo antes de intimada a retificar, o fez de livre e espontânea vontade. Ora, por perfunctória análise dos documentos acostados à esta defesa administrativa, observa-se, de forma hialina, que as determinações solicitadas pela Sefaz já foram atendidas pela autuada. Não persistiria qualquer razão para que a autuada atendesse à intimação referida, se seu conteúdo solicitava ato já praticado pela autuada. Insta salientar, ainda, que as Retificações Totais ao Sintegra, ora anexadas, foram elaboradas em atendimento às solicitações requeridas pela própria Sefaz e, as Retificações Aditivas por deliberações da própria autuada, sempre visando honrar com os compromissos tributários perante à Fazenda Estadual.”

Em relação à Infração 02, aduz que “as inconsistências alegadas no Auto de Infração manifestam-se, em alguns casos, pela não apropriação de quantitativos expressos nas Notas Fiscais de saídas e de entradas, pela apropriação errônea de itens em função da codificação numérica, o que faz com que em alguns itens seja apurada uma suposta omissão de saída e, em outros, uma também suposta omissão de entrada, pelo que entendeu, o ilustre Auditor, a configuração de ambas as hipóteses, tanto de omissão de saídas quanto de presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, optando por aquela de maior expressão Monetária. Ora, ao eleger a ocorrência de maior expressão monetária como base impositiva, foram delimitados os estreitos limites da ocorrência do fato gerador expresso no lançamento, como assim determina o Código Tributário Nacional, protestando, por corolário, a autuada, desde já, em caso de posterior e absurda reversão para ocorrência de presunção de omissão de saída (caso venha apresentar essa em valor maior), pela irreversibilidade do lançamento bem como seu direito de apresentar novos lançamentos que venham a demonstrar a sua improcedência. Ademais, toda e qualquer saída foi devidamente contabilizada e escriturada pela autuada

fundamento para a estapafúrdia autuação, ensejando, por consequência, a total improcedência do auto ora impugnado.”

Relativamente à Infração 03, salienta que “por mero cálculo aritmético, observa-se, hialinamente, que o crédito fiscal utilizado está em perfeita consonância com o RICMS e o Convênio ICMS 57/95, não subsistindo qualquer fundamento para a autuação apontada, na mencionada impugnação. Assim, neste tópico, é flagrante a improcedência do Auto de Infração apresentado, não subsistindo supedâneo para a exigência fiscal.”

No que tange à infração 04, o sujeito passivo aduz que “a matéria envolvida no item em questão é, praticamente, de direito, visto que a errônea interpretação dada pelo agente lançador ao quanto contido no Decreto nº 7.799 de 09 de maio de 2.000, uma vez que o mesmo limitou-se ao Anexo único do referido diploma legal. Preliminarmente, a respeito do referido Anexo, cumpre salientar que, por padecer de erro quando da inserção do inexistente Código de Atividade Econômica (CNAE) 5146-1/01, através do Decreto nº 8.409/2000, dando como sendo ele relativo à atividade de Comércio Atacadista de Cosméticos e Produtos de Perfumarias, teve essa equivocada classificação vigência efêmera, pois surtiria efeitos apenas no período compreendido entre 27.12.2002 a 06.05.2003. Constatado o erro, cuidou o Executivo de corrigi-lo, o que foi feito através do Decreto nº 8.511/2003, que teria vigência ainda mais curta, ou seja, entre 07.05.2003 e 28.05.2003. Entretanto, apesar de haver feito a devida correção, enquadrando a mesma atividade pelo seu código correto, viria o Executivo incidir em novo erro (dessa feita de natureza formal), ao editar o Decreto nº 8.548/2003, que processou a alteração do RICMS. Assim, devido às alterações promovidas pelo Executivo, fica patente que o benefício da redução da Base de Cálculo utilizada pela autuada esta em perfeito acordo com o Decreto 7.799/2000, não havendo qualquer diferença de ICMS a ser recolhida aos cofres estaduais, devendo, por conseguinte, ser o Auto de Infração julgado improcedente no tocante à Infração 04.”

Prossegue alegando que “a Infração 05 também não merece prosperar, sendo que o crédito fiscal utilizado pela autuada está em plena conformidade com o Convênio 57/95. Ora, como é cediço, a substituição tributária compreende o mecanismo pelo qual a lei escolhe um terceiro indivíduo para sujeito passivo da relação tributária, em substituição àquele originariamente determinado como sujeito à hipótese de incidência do imposto.” Cita texto de Sacha Calmon Navarro Coelho reportando-se a definição de Alfredo Augusto Becker acerca de substituição tributária. Afirma que “existem duas modalidades de substituição tributária: a substituição tributária regressiva, ou substituição tributária “para trás”, e a substituição tributária progressiva, ou substituição tributária “para frente”, essa última, ainda conhecida como sujeição passiva antecipada. A modalidade regressiva de substituição pode ser definida como a postergação do momento de recolhimento da exação tributária, imposta em decorrência de expressa disposição legal que responsabiliza uma terceira pessoa (substituto) ao recolhimento de etapas anteriores do tributo. Por outro lado, a modalidade progressiva de substituição tributária, esta pode ser conceituada como a atribuição, por lei, a uma terceira pessoa, diferente daquela originalmente prevista, da responsabilidade concernente a uma obrigação tributária cujo fato impositivo ainda não ocorreu. Nesse caso, o fato gerador do tributo baseia-se numa hipótese de incidência presumida, quantificada sobre uma base de cálculo arbitrada. Assim sendo, o crédito fiscal utilizado em decorrência da substituição tributária encontra-se em perfeita conformidade com o Convênio que regula matéria, não persistindo qualquer alicerce para a esdrúxula impugnação formulada pelo Sr. Auditor, devendo, assim, ser julgada improcedente esta infração.”

Conclui pedindo pela declaração de improcedência do Auto de Infração.

O contribuinte anexa, às fls. 354 a 400, cópias de protocolos de envios de arquivos magnéticos SINTEGRA realizados no período de tempo compreendido entre referidos meses de

envio de arquivos magnéticos retificadores referentes aos meses de janeiro/2005 a dezembro/2006.

O autuante presta nova informação fiscal às fls. 404 e 405 expondo, quanto à Infração 01, que os protocolos de entrega de arquivos magnéticos SINTEGRA anexados e relacionados pelo sujeito passivo, todos com datas de envio do dia 18/07/2007, ou anteriores, comprovam que a intimação de 16/05/2008, conforme documentos às fls. 51 a 69, não foi atendida.

Que, para as infrações 02 a 05, em sua defesa original o contribuinte alegara que as mesmas já teriam sido objeto de autuação anterior, com o Auto de Infração nº 207101.0004/04-11, cujo demonstrativo de débito, extraído do Sistema Informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ, demonstra que se trata de autuação referente a 2003, com apuração das infrações descritas no SEAI sob os códigos 01.05.03, 03.02.05 e 04.05.02, e que no presente Auto de Infração as imputações 02 a 05 reportam-se ao exercício de 2004, com os códigos de infração 04.05.01, 01.02.40, 03.02.06 e 01.02.06, restando comprovada a inexistência de relação entre os dois Autos de Infração. Que agora, na nova impugnação, o sujeito passivo traz argumentos sem base em elementos fáticos, com simples alegações genéricas no sentido de ter procedido de acordo com o RICMS/BA.

O preposto do Fisco aduz que, na Infração 02, o trabalho de auditoria de estoque no exercício fechado de 2004 constatou omissão de saídas, discriminadas itemizadamente às fls. 166 a 292, segundo relatórios às fls. 166 a 292, fato que afirma não ter sido contestado pelo impugnante.

Que, em relação à infração 03, apurou-se, conforme relatório às fls. 16 e 17 dos autos, a apropriação de crédito com a alíquota de 17% para a Nota Fiscal nº 4.359, emitida por empresa com CNPJ 46303855/0001-92, de São Paulo, operação esta informada pelo autuado em seu arquivo magnético SINTEGRA, quando o RICMS/BA determina que, para entradas vindas do Estado de São Paulo, seja considerado o crédito fiscal à alíquota de 7%. Que o contribuinte não apresentou argumento de defesa por ter utilizado o crédito fiscal à alíquota de 17%.

Quanto à infração 04, foi constatado que o contribuinte realizou vendas a contribuintes com inscrição estadual cancelada, conforme discriminado em relatório anexado às fls. 140 a 152, e vendas a contribuintes isentos, discriminados em relatório às fls. 153 a 165, com utilização indevida do benefício previsto no Decreto nº 7.799/00. O preposto do Fisco aduz que, na nova impugnação, o contribuinte discorre sobre o Anexo Único do mencionado Decreto, não apresentando argumento referente às vendas que efetuou a contribuintes com inscrição cancelada, e isentos.

Em relação à infração 05, o contribuinte do Fisco aduz ter sido apurado que o autuado, atacadista não equiparado a indústria, utilizou-se indevidamente de crédito na aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, conforme discriminado às fls. 18 a 50. Que, em sua nova defesa, o contribuinte discorre sobre aspectos teóricos da substituição tributária, sem apresentar alegação a respeito da apurada utilização indevida do crédito. Conclui afirmando a insubsistência dos argumentos defensivos, e mantendo a autuação.

VOTO

Preliminarmente, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, pelo teor das impugnações ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos referentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa, inclusive quando da apresentação da mesma, por determinação desta 3ª JF.

Observo ainda, por oportuno, quanto à capitulação legal da multa imposta na imputação 01, equivocadamente indicada no Auto de Infração expedido eletronicamente pelo Sistema informatizado de Emissão de Auto de Infração – SEAI, desta SEFAZ, como alínea “g” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, que, na verdade, pela descrição da Infração 01, na data da lavratura do Auto de Infração, 30/06/2008, por força da alteração introduzida na Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 10.847/07, a multa aplicada está prevista na alínea “j” do mesmo inciso XIII-A do mencionado artigo 42.

Ressalto que tal equívoco da indicação da alínea do mencionado inciso XIII-A não implica em nulidade do procedimento fiscal, nos termos do artigo 19 do RPAF/99, conforme explicitado a seguir:

RPAF/99:

art 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro de indicação desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

(grifos nossos)

Na descrição da Infração 01, no Auto de Infração, com cópia entregue ao contribuinte, consta:

“Infração 01. Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s) exigidos mediante intimação, com informação das operações ou prestações realizadas.

Não atendeu à intimação de 16/05/08, parte integrante deste PAF, conforme comprovado no Relatório dos Arquivos Recepcionados SCAM, emitido em 17/06/2008, anexo a este PAF.”

No campo do enquadramento legal desta mesma infração está citado o artigo 708-B do RICMS/BA, que determina, com base no inciso VIII do artigo 34, e artigo 35, ambos da Lei nº 7.014/96, no que tange às obrigações tributárias acessórias:

RICMS/BA:

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.

(...)

(grifo nosso)

Assim, embora quanto à multa indicada no Auto de Infração o Fisco tenha utilizado o dispositivo legal incorreto, ou seja, a alínea “g”, quando se trata da hipótese da alínea “j”, do mesmo inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, o artigo 708-B do RICMS/BA, também citado nesta imputação no Auto de Infração, é exatamente o dispositivo regulamentar que prevê a obrigação acessória que o Fisco aponta como descumprida. E a descrição da Infração 01, inclusive, está complementada pela indicação específica da intimação que o Fisco afirma que não foi atendida, anexada à fl. 51 dos autos deste processo.

Ademais, conforme está escrito nas duas impugnações do contribuinte às fls. 294 a 296, e às fls. 346 a 351, este descreve a imputação 01 tal como está exposta no Auto de Infração, impugnando-a.

Por este motivo, tendo o contribuinte descrito a imputação 01 tal como esta consta no Auto de Infração, demonstrando tê-la compreendido ao defender-se da mesma no mérito, em duas manifestações neste processo, conforme exposto no Relatório qu

Também por necessário, esclareço que está incorreta a indicação das datas de ocorrência que constam no Auto de Infração para a imputação 01, uma vez que o descumprimento da obrigação acessória, imputado pelo Fisco como falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, deu-se no dia em que ocorreu o termo final do prazo de trinta dias concedido pelo Fisco ao contribuinte, para atendê-la.

Assim, conforme comprova o documento de fl. 51 dos autos, o sujeito passivo teve ciência da intimação no dia 16/05/2008, sexta-feira, pelo que o prazo iniciou-se no primeiro dia útil seguinte, ou seja, segunda-feira, dia 19/05/2008, tendo ocorrido o termo final deste prazo na quarta-feira de 18/06/2008, pelo que o descumprimento da obrigação acessória aconteceu no dia 19/06/2008, em relação à falta de entrega de todos os arquivos magnéticos solicitados pela Fiscalização na citada intimação.

E é esta data, 19/06/2008, a que deve constar como data de ocorrência de todos os débitos apurados na imputação 01 deste Auto de Infração. A correção das datas indicadas no Auto de Infração, nesta situação específica, não interfere no mérito da imputação, não importa em nulidade, não onera o contribuinte, nem prejudica o Estado, cujo dever precípua é a aplicação correta da legislação vigente.

A correção deste dado tem influência apenas para efeito de cálculo de acréscimos moratórios, que são necessariamente menores do que aqueles originalmente constantes no anexo respectivo do Auto de Infração ora em lide.

Por tudo quanto exposto, rejeito as preliminares de nulidade argüidas.

No mérito, o Auto de Infração trata das cinco infrações descritas no Relatório que antecede este voto.

A imputação 01 refere-se a falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações, ou prestações, realizadas nos exercícios de 2005 e 2006, correspondente a 1% sobre o valor das operações de saídas do contribuinte em cada período de apuração, constando, na descrição dos fatos, que o contribuinte não atendeu à Intimação de 16/05/2008 (fl. 51), conforme Relatório dos Arquivos Recepcionados do Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos - SCAM, emitido em 17/06/2008 (fls. 70 a 115).

O defendente não contesta a falta de entrega dos arquivos magnéticos quando intimado na presente ação fiscal, mas afirma que não teria obrigação de entregar tais arquivos em razão da intimação que baseia esta imputação, porque já os teria enviado anteriormente cumprindo sua obrigação acessória de envio mensal, e que, após este envio, e antes da intimação que baseia a imputação 01, a SEFAZ o teria orientado para corrigir os arquivos magnéticos, o que alega que fez, portanto, antes mesmo de intimado na ação fiscal em lide. Que, assim, já tendo enviado e retificado seus arquivos magnéticos por orientação da SEFAZ/BA, já teria cumprido sua obrigação acessória previamente à intimação que baseia a presente imputação 01.

Para corroborar o que afirma, o impugnante relaciona, às fls. 294 e 295, datas e números de protocolo de envios de arquivos magnéticos SINTEGRA referentes aos envios mensais normais e aos envios de arquivos retificadores, realizados no período de tempo compreendido entre 18/02/2005 e 18/07/2007, e referentes aos arquivos magnéticos dos meses de janeiro/2005 a dezembro/2006. O contribuinte também anexa, às fls. 296 a 324, cópias de protocolos de envios de arquivos magnéticos SINTEGRA realizados no período de tempo compreendido entre 18/02/2005 e 18/07/2007, e referentes a envios de arquivos magnéticos normais e a envio de arquivos magnéticos retificadores dos meses de janeiro a dezembro/2005. E acosta, às fls. 354 a 400, cópias de protocolos de envios de arquivos magnéticos SINTEGRA realizados no período de tempo compreendido entre 24/04/2006 e 18/07/2007, e referentes a envios de dos meses de janeiro a dezembro/2006 e a envio de arquivos magnéticos aos meses de janeiro/2005 a dezembro/2006.

Observo que, tal como relatado pelo preposto do Fisco, tanto os documentos relacionados e anexados pelo contribuinte, quanto os dados do Relatório SCAM/GEAFI/SINTEGRA, às fls. 70 a 115, em especial às fls. 106 a 112, que trazem os dados de envios de arquivos magnéticos relativos aos exercícios de 2005 e de 2006, objeto da imputação 01, comprovam que os envios de todos os arquivos magnéticos à SEFAZ, referentes a estes dois exercícios, ocorreram no período de tempo compreendido entre 18/02/2005 a 18/07/2007, portanto em momento anterior ao da intimação que lastreia a imputação, assinada pelo sujeito passivo em 16/05/2008, no ano seguinte ao daqueles envios comprovados.

Consta, na descrição da Infração 01 no Auto de Infração, que está sendo imposta a penalidade pela falta de entrega de arquivos magnéticos SINTEGRA ao Fisco, quando para tanto intimado. No presente Auto de Infração, não está sendo aplicada penalidade por falta de envio mensal de arquivo magnético à SEFAZ/BA.

O contribuinte, por ser empresa do segmento atacadista usuária de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados - SEPD, nos termos do artigo 708-A do RICMS/BA está obrigado tanto ao envio mensal de arquivos magnéticos SINTEGRA, quanto a fornecê-los quando para tanto intimado, e não contesta esta sua obrigação, apenas alega que já teria cumprido a obrigação da entrega agora solicitada, em operação anterior, quando teria enviado arquivos magnéticos retificadores dos seus arquivos magnéticos normais, quando para tanto orientada.

O Convênio ICMS nº 57/95 - ratificado, neste Estado, pelo Decreto Estadual nº 4.361/95 - em sua Cláusula Primeira estabelece as condições em que o contribuinte de ICMS está obrigado à entrega, e manutenção, de arquivos magnéticos ao poder público, mensalmente e quando para tanto intimado.

Convênio ICMS nº 57/95:

Cláusula primeira.

§ 1º Fica obrigado às disposições deste Convênio o contribuinte que:

- 1. emitir documento fiscal e/ou escriturar livro fiscal em equipamento que utilize ou tenha condições de utilizar arquivo magnético ou equivalente;*

A Cláusula oitava do mesmo Convênio, e o artigo 708-A do RICMS/BA determinam a periodicidade mensal para envio do arquivo SINTEGRA à SEFAZ, pelo contribuinte, independentemente de intimação. O contribuinte comprova que enviou eletronicamente os arquivos SINTEGRA dos meses de 2005 e de 2006 à SEFAZ, embora em alguns meses o tenha feito após o dia 30 do mês imediatamente posterior, prazo previsto nas normas citadas, mas este não é o fulcro da autuação. Também não é o motivo desta autuação o fato de que o contribuinte, segundo esse assevera, teria recebido outra orientação, anteriormente, para corrigir inconsistências em seus arquivos magnéticos, e a teria atendido com envio eletrônico de arquivos magnéticos retificadores realizados até à data de 18/07/2007.

O fulcro da presente autuação é a falta de entrega dos arquivos magnéticos quando para tanto intimado em 16/05/2008 (fl. 51), porque os arquivos anteriormente enviados estavam com inconsistências.

Ou seja, apesar da primeira orientação que o contribuinte menciona - e segundo o qual teria sido o motivo para que enviasse arquivos magnéticos retificadores a esta SEFAZ, antes da intimação de fl. 51- ainda persistiam irregularidades nos arquivos.

A obrigatoriedade de entrega do arquivo magnético ao Fisco, sempre que o contribuinte for intimado, está prevista no caput da Cláusula vigésima sétima do mencionado Convênio ICMS nº 57/95:

Cláusula vigésima sétima.

O contribuinte fornecerá ao Fisco, quando exigido, os documentos e arquivo magnético de que trata este Convênio, no prazo de cinco (5) dias úteis contados da data da exigência, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

Determinação esta repetida, com detalhamento, no artigo 708-B do RICMS/BA:

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.

§ 2º O atendimento ao explicitado neste artigo não exclui a obrigação de que trata o artigo anterior e vice-versa.

§ 3º Tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas.

§ 4º O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet, devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria, quando for o caso.

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

A intimação para que o contribuinte apresentasse os arquivos magnéticos, com respectivo Relatório de omissões e divergências, encontra-se acostada às fls. 51 a 69. Na intimação, foi concedido o prazo de trinta dias, portanto foram respeitadas as disposições regulamentares no procedimento fiscal em lide.

Assinalo, por oportuno, que o contribuinte também fora intimado para apresentar seus livros e documentos fiscais relativos aos exercícios de 2004 a 2006, conforme Termo de Intimação à fl. 10, assinado pelo sujeito passivo em 29/01/2008, mas apresentou ao Fisco a declaração e cópias de documentos de fls. 11 a 15, informando que seus livros e documentos fiscais encontrar-se-iam retidos na Receita Federal, pelo que estaria impossibilitado de atender àquela intimação (fl. 10) do Fisco Estadual, para apresentar livros e documentos fiscais.

Quanto aos arquivos magnéticos, na ação fiscal em lide, as inconsistências verificadas, segundo documentos de fls. 52 a 69, referem-se às diferenças encontradas entre o registro 50 (totais das notas fiscais modelo 01, modelo 04, modelo 21 e modelo 22) e o registro 54 (itens produtos/serviços contidos nas notas fiscais), ambos registros componentes dos arquivos magnéticos enviados pelo sujeito passivo a esta SEFAZ, e não entre os livros e documentos fiscais do sujeito passivo - que não foram entregues ao preposto do Fisco na presente ação fiscal - e os dados que o contribuinte informou em seus arquivos magnéticos.

Diante do citado Relatório de inconsistências da Intimação de fl. 51, acostado pelo Fisco às fls. 52 a 69, ambos recebidos pelo sujeito passivo, está comprovado que, ainda que o contribuinte tenha enviado, antes de intimado em 16/05/2008, arquivos retificadores relativos a 2005 e a 2006, persistiam, na data da presente autuação, incorreções em seus arquivos magnéticos, e disto o contribuinte foi devidamente cientificado para corrigi-las e apresent

Assim, apenas subseqüentemente ao envio dos arquivos ma
SEFAZ/BA, foi o contribuinte intimado, na presente ação fiscal, p

elencadas às fls. 52 a 69 dos autos. E, após tal intimação, conforme admite o contribuinte, o mesmo não entregou ao preposto fiscal, nem enviou à SEFAZ, no prazo regularmente concedido pelo Fisco, os arquivos magnéticos devidamente corrigidos.

Assim, está comprovado, nos autos, que tendo o contribuinte enviado arquivos eletrônicos em desconformidade com a previsão do artigo 708-A do RICMS/BA, ou seja, sem os dados corretos exigido na legislação, também não atendeu à intimação, subsequente ao envio dos arquivos irregulares, para apresentação dos mesmos arquivos magnéticos já devidamente retificados, pelo está caracterizada a infração 01.

Quanto ao dispositivo de multa indicado nesta imputação 01 do Auto de Infração, à fl. 02, assinalo, por oportuno, que a redação da alínea “g” e do caput do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, vigente até 27/11/2007, e portanto até esta data aplicável às infrações que previa, era a transcrita a seguir:

Lei nº 7.014/96: (redação vigente até 27/11/2007)

art. 42:

XIII-A - nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados:

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

Contudo, a falta do atendimento à intimação subsequente ao envio irregular dos arquivos magnéticos ocorreu apenas após transcorridos os trinta dias de prazo contados a partir de 19/05/2008, dia útil posterior à data de assinatura da mencionada intimação de fl. 51. Ou seja, conforme já exposto neste voto, o descumprimento desta obrigação acessória, pelo autuado, esgotado em 18/06/2008 o prazo concedido, ocorreu em 19/06/2008, quando já vigente a redação atual do inciso XIII-A da Lei nº 7.014/96.

Nesta redação atual, a multa pela infração de falta de atendimento à intimação para entrega de arquivos magnéticos com os dados fiscais (entradas, saídas, etc), subsequentemente ao envio de arquivos magnéticos em desconformidade com a legislação, passou a estar prevista na alínea “j” do mesmo inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96:

Lei nº 7.014/96 (redação vigente a partir de 28/11/2007, por força da alteração introduzida pela Lei nº 10.847/07):

art. 42:

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:

j) R\$1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações;

*em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo.
(grifos nossos)*

Assinalo que texto atual da alínea “j” do inciso XIII-A da Lei nº 7.014/96 não prevê a existência de mais de uma intimação para a aplicação da multa de 1% que cita, até porque para a aplicação da multa de R\$1.380,00, também prevista na mesma alínea “j”, é suficiente a falta de entrega dos arquivos magnéticos nos prazos e com os requisitos previstos pela legislação, descumprindo-se a correspondente obrigação acessória de envio mensal destes arquivos magnéticos.

Assim, na redação anterior da alínea “g”, mencionada no Auto de Infração, e no texto atual da alínea “j”, ambas do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, está prevista a multa de 1% do valor das saídas realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, dos arquivos eletrônicos.

Por conseguinte, neste voto reportar-me-ei à redação atual do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, vigente em 19/06/2008, data do não cumprimento da obrigação acessória que tem o contribuinte de entrega de arquivo magnético quando intimado pelo Fisco.

Assinalo que o preposto fiscal não aplicou a multa de R\$1.380,00 por cada arquivo magnético enviado sem obediência às especificações regulamentares, multa esta também prevista na supra-transcrita alínea “j”, cumulativamente à multa no percentual de 1% sobre as saídas de mercadorias, e o deveria ter feito, conforme prevê o mencionado dispositivo legal, mas entendo que o agravamento da penalidade aplicada, já agora, em instância de julgamento, nesta situação em lide, seria um cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, uma vez que ao mesmo não foi imposta a penalidade quando do lançamento fiscal originário.

Observe, contudo, que continua vigente a previsão legal da aplicação da mencionada penalidade para o cometimento da infração, e a verificação da regularização dos dados dos arquivos magnéticos do contribuinte pode ser realizada em nova ação fiscal.

Consoante já exposto neste voto, o contribuinte não contesta a falta de entrega dos arquivos magnéticos ao Fisco, apenas nega a obrigatoriedade da entrega, o que implica em confissão do fato imputado, nos termos do artigo 140 do RPAF/99. Mas, ainda que não confessasse, não há, nos autos, prova da entrega de tais arquivos à Fiscalização, em obediência à intimação acostada à fl. 51 deste processo. Ao inverso disto, a documentação acostada pelo contribuinte às fls. 294 a 324 confirma o quanto lhe foi imputado, de que havia enviado arquivos magnéticos com inconsistências, anteriormente à intimação de fl. 51 dos autos.

Quanto à base de cálculo da Infração 01, embora não tenha sido questionada pelo impugnante, assinalo que os valores das multas aplicadas foram calculados com base nos valores das saídas de mercadorias informados à SEFAZ pelo contribuinte em suas DMAS Consolidadas dos exercícios de 2005 e 2006 (fls. 116 a 139), conforme Demonstrativo de fl. 342, tal como informado pelo autuante à fl. 341, em documentos encaminhados ao contribuinte pela INFAZ de origem (fls. 344 e 344-A), quando da reabertura de seu prazo de defesa.

Infração 01 procedente.

No que tange à Infração 02, falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2004, com demonstrativos às fls. 166 a 292, na primeira impugnação o contribuinte afirma que esta inautuação anterior, mas o autuante comprova que o Auto de Infr referia-se ao exercício de 2003, e a imputação era diferente da infraç

impugnação, o contribuinte não faz nova menção a seu argumento anterior, que está elidido pela prova anexada aos autos pelo Fisco.

Tendo o contribuinte recebido todos os demonstrativos do levantamento de estoque realizado, conforme comprovam seus recibos de fls. 167, 212, 256, 258, 260, 262, 264, 266 e 268, e documentos acostados aos autos pela INFAZ às fls. 344 e 344-A, o sujeito passivo não apontou, de forma objetiva, qualquer irregularidade no procedimento fiscal, ou equívoco em relação a qualquer dado numérico levantado na ação fiscal.

Também não comprovou sua assertiva genérica de que todas as mercadorias em operação de saída teriam sido por ele, autuado, devidamente contabilizadas e escrituradas, nem trouxe, aos autos, novos demonstrativos, ou documentos fiscais, que comprovassem equívocos no lançamento de ofício. Do exame dos demonstrativos anexados pelo Fisco aos autos, observo que a auditoria de estoque foi realizada em obediência ao preconizado pela Portaria nº 445/98. Infração 02 procedente.

No quanto pertinente à Infração 03, utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais constando, na descrição dos fatos do Auto de Infração, que o crédito fiscal utilizado é oriundo da Nota Fiscal nº 4.359, de 17/09/2004, emitida pela empresa com CNPJ 46303855000192, de São Paulo, dado este constante de arquivo magnético SINTEGRA enviado pelo contribuinte à SEFAZ/BA, o autuante acosta demonstrativo às fls. 16 e 17, no qual apura o ICMS no valor de R\$694,98, e o contribuinte, na primeira impugnação, argüi que este débito teria sido objeto de autuação anterior, tanto quanto as demais infrações 02 a 05 do presente Auto de Infração mas o autuante comprovou que aquele Auto de Infração referia-se ao exercício de 2003, e que as imputações dos dois Autos de Infração não guardam relação entre si, pelo que este argumento defensivo não pode ser acatado.

Em sua segunda manifestação neste processo, o contribuinte não faz menção ao seu primeiro argumento em relação à infração 03, e afirma “por mero cálculo aritmético, observa-se, hialinamente, que o crédito fiscal utilizado está em perfeita consonância com o RICMS e o Convênio ICMS 57/95, não subsistindo qualquer fundamento para a autuação apontada, na mencionada impugnação. Assim, neste tópico, é flagrante a improcedência do Auto de Infração apresentado, não subsistindo supedâneo para a exigência fiscal.” Expressando-se nestes termos, o contribuinte não contesta, de forma objetiva, os dados levantados pelo Fisco nesta imputação, nem aponta, ou comprova, erro numérico no levantamento realizado. Assim, considerando a diferença de ICMS corretamente apurada na ação fiscal, referente a uso de crédito a mais do que o legalmente permitido, em operação de aquisição de mercadoria oriunda do Estado de São Paulo, é procedente a Infração 03.

Em relação à Infração 04, recolhimento a menos do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo constando, na descrição dos fatos, que o sujeito passivo realizou, no exercício de 2004, vendas a contribuintes sem direito à utilização do benefício previsto no Decreto nº 7.799/2000, conforme demonstrativos às fls. 140 a 165, e fl. 343, e dados discriminados em mídia CD-Rom entregue ao contribuinte, o mesmo, em sua primeira impugnação, também alega que a imputação teria sido objeto de autuação anterior, mas este argumento foi rechaçado pelo Fisco, tal como já exposto neste voto, pelo que também é improcedente este argumento defensivo em relação à infração 04. Em sua segunda impugnação, abandonando o primeiro argumento, o impugnante passa a expor que o Fisco teria interpretado de maneira equivocada o teor do Decreto nº 7.799/00, mas não aponta, de forma objetiva, em que consistiria o aludido equívoco.

O Fisco imputa ao autuado a utilização indevida do benefício de

situação irregular, ou seja, com inscrição estadual cancelada, e a pessoas não inscritas na condição de contribuintes.

Esclareço que o Decreto nº 7.799 de 09/05/2000, com efeitos a partir de 30/09/2000, conforme disposto em seu art. 1º, concede o benefício fiscal de redução da base de cálculo do ICMS em 41,176%, nas vendas internas por estabelecimento atacadista, ficando este benefício, no entanto, condicionado ao cumprimento prévio de certas condições.

O texto do seu artigo 1º, com efeitos até 26/12/2002, previa que a redução da base de cálculo se daria nas saídas de mercadorias, quando destinadas à pessoa jurídica contribuinte do ICMS, ou seja, observando a definição dada pelo artigo 5º, da Lei nº 7.014/96, de que seria contribuinte qualquer pessoa física, ou jurídica, que realizasse com habitualidade ou em volume que caracteriza intuito comercial, a circulação de mercadorias. Pela redação original do Decreto em discussão, somente o consumidor final se encontrava excluído da redução da base de cálculo sobre as vendas efetuadas.

Com a redação dada ao Decreto nº 7.799/00 pelo Decreto nº 8.435, de 03/02/03, DOE de 04/02/03, efeitos a partir de 01/01/03, e em vigor no período objeto da imputação, o seu artigo 1º passou a prever que as mercadorias deveriam ser destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia:

Decreto nº 7.799/00:

art. 1º Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento(...)

O autuado não comprovou que suas vendas, relacionadas pelo preposto do Fisco no levantamento às fls. 140 a 165 - cujas cópias ele, autuado, recebeu, conforme comprovam seus recibos de fls. 152 e 165, e documentos de fls. 344 e 344-A - eram destinadas a contribuintes regularmente inscritos nesta SEFAZ. Dessa maneira, as saídas listadas no levantamento fiscal estão em desacordo com o aludido Decreto e, portanto, fora do benefício fiscal de redução de base de cálculo. O contribuinte também não aponta erro numérico no levantamento fiscal.

Contudo, compulsando os autos, verifico que no mês de fevereiro/2004, embora as colunas “Valor Histórico” e “Valor em Real”, no Auto de Infração, tragam o valor de R\$3.097,23, verifico que o Fisco, no levantamento fiscal, detectou irregularidades decorrentes das operações de circulação de mercadorias praticadas pelo sujeito passivo, neste mês de fevereiro/2004, com débito total de ICMS não recolhido de R\$5.845,61, conforme demonstrativos analíticos (fls. 142 e 155) e demonstrativo sintético (fl. 343) do levantamento fiscal realizado. Portanto, o valor lançado de ofício para o mês de fevereiro/2004 está menor do que o efetivamente apurado na ação fiscal, conforme demonstrativos fiscais, posto que foi lançado o montante de R\$3.073,23, e apurado o débito de imposto de R\$5.845,61.

Também constato que no mês de novembro/2004 desta mesma Infração 04, as colunas “Valor Histórico” e “Valor em Real”, no Auto de Infração emitido eletronicamente, trazem montantes diferentes de débito de ICMS. Na coluna “Valor Histórico” consta o montante de R\$4.208,84, e na coluna “Valor em Real” está o montante de R\$4.208,84.

Observo que, conforme demonstrativo sintético do levantamento fiscal, à fl. 343, o valor total das operações irregulares realizadas neste mês de novembro/2004, na Infração 04, é de R\$4.208,84.

Deste total, R\$3.073,91 (montante lançado na coluna “Valor Histórico”) corresponde apenas ao levantamento das operações que o sujeito passivo realizou com contribuintes com inscrição suspensa, ou cancelada (demonstrativos fiscais de fls. 151 e 343), e a diferença de R\$1.134,93 ($R\$4.208,84 - R\$3.073,91 = R\$1.134,93$) corresponde ao valor de ICMS também não recolhido aos cofres públicos e decorrente de operações com contribuintes sem inscrição estadual, ou “isentos” de inscrição (demonstrativos fiscais de fls. 164 e 343).

Por conseguinte, o débito total de ICMS decorrente das operações verificadas pelo Fisco no mês de novembro/2004 da imputação 04 é de R\$4.208,84, tal como consta na coluna “Valor em Real” e no demonstrativo do levantamento fiscal, à fl. 343 dos autos.

Por este motivo, recomendo ao gestor SIGAT/SEFAZ a correção do dado numérico relativo ao débito de ICMS constante na coluna “Valor Histórico”, deste mês de novembro/2004 da Infração 04, de R\$3.073,91, para o débito realmente apurado de R\$4.208,84, valor este corretamente lançado na coluna “Valor em Real”, neste mesmo mês.

Assinalo que a soma total dos débitos lançados mensalmente nesta imputação 04, no Auto de Infração impresso que consta neste processo, e do qual o contribuinte recebeu cópia quando intimado para apresentar sua impugnação ao lançamento de ofício, resulta em R\$54.765,20, que é a soma dos débitos mensais lançados na coluna “Valor em Real”, e não a soma dos débitos mensais lançados na coluna “Valor Histórico”. Este valor de R\$54.765,20 é, de fato, o débito total lançado de ofício nesta imputação. Portanto, a correção deste dado numérico da coluna “Valor Histórico”, no sistema informatizado SIGAT/SEFAZ, em nada majora o débito de ICMS que consta no Auto de Infração.

Comprovado o débito já lançado de ofício no Auto de Infração em foco, é procedente a Infração 04 tal como consta no Auto de Infração, no valor total de R\$54.765,20.

Assinalo ainda que, sendo vedada, em instância de julgamento, a majoração do débito de imposto já lançado de ofício, nos termos do artigo 156 do RPAF/99 recomendo à autoridade fazendária competente a realização de nova ação fiscal, a salvo de incorreções, para a verificação da regularidade do cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias em relação ao mês de fevereiro/2004.

Em relação à Infração 05, utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária constando, na descrição dos fatos, que a imputação refere-se à utilização de créditos fiscais referente às compras declaradas pelo contribuinte em seus arquivos magnéticos do Convênio ICMS nº 57/95, conforme demonstrativo às fls. 18 a 50, o contribuinte, na primeira impugnação, apresenta o mesmo argumento de que a imputação teria sido objeto de autuação anterior mas, vencido este argumento, tal como já relatado neste voto, em sua segunda impugnação o contribuinte não faz alusão à primeira defesa, que comprovadamente não procede. O contribuinte, então, em sua exposição passa a alegar que o crédito fiscal utilizado estaria “em plena conformidade com o Convênio 57/65.” Tece considerações acerca da substituição tributária, mas não aponta erros de fato no levantamento do Fisco, cuja cópia recebeu, conforme seu recibo à fl. 50.

Observo que, conforme asseverado pelo Fisco em documentos cuja cópia foi entregue ao Contribuinte (fls. 341 e 344-A), todo o levantamento fiscal foi realizado de acordo com os dados que o próprio autuado informa em seus arquivos SINTEGRA, fato que o mesmo não contesta. O demonstrativo do levantamento fiscal discrimina mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Conforme previsto no artigo 356 do RICMS crédito fiscal relativo a mercadoria enquadrada no regime de substit

RICMS/BA:

art. 356. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.

Nestes termos, a Infração 05 é procedente.

Por tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE – ITEM 1º

O item 1º deste Auto diz respeito a uma multa por falta de entrega de arquivos magnéticos solicitados mediante intimação.

Para melhor compreensão do fato, cumpre esclarecer o que realmente aconteceu, já que a descrição constante no Auto é incompleta.

Pelo que se depreende da análise dos autos, o fato é este: o contribuinte enviou ao fisco seus arquivos magnéticos contendo inconsistências. O próprio contribuinte, percebendo as inconsistências, providenciou algumas correções antes desta ação fiscal. Ao iniciar a fiscalização, o autuante encontrou outras inconsistências, e intimou o contribuinte a fim de apresentar novos arquivos, corrigidos. A intimação não foi atendida. Tendo em vista que a entrega de arquivos inconsistentes equivale à falta de entrega, o autuado foi multado por esse fato: falta de entrega de arquivos magnéticos ao fiscal, *mediante intimação*.

O fato foi enquadrado – erroneamente – na alínea “g” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Cumpre observar de antemão que houve uma alteração na lei, porém o nobre autuante não atentou para tal alteração, e desenvolveu o procedimento fiscal nos moldes da norma antiga.

Era comum a aplicação da multa de 1% do valor das saídas de mercadorias pelo não fornecimento de arquivos magnéticos, ao fisco, mediante intimação, e havia jurisprudência do CONSEF nesse sentido.

Porém a legislação foi modificada. Sendo assim, a fiscalização deve adaptar-se à mudança, e, obviamente, a jurisprudência do CONSEF a partir dessa mudança também terá nova orientação.

Este Auto de Infração foi lavrado em 30.6.08. Nessa data já estava em vigor a alteração do inciso XIII-A do art. 42 em apreço. A alteração foi feita através da Lei nº 10.847/07.

A alínea “g”, apontada no enquadramento da multa, prevê uma multa de R\$ 46,00 para casos de *extravio de etiqueta ou lacre destinado à instalação em ECF ou de emissão de atestado de intervenção em ECF com informação inexata*. Isto nada tem a ver com o fato em discussão nestes autos...

Seria o caso então de se determinar a reabertura do prazo de defesa, em atenção aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

No entanto, há uma questão que desaconselha essa providência, pois o procedimento fiscal contém um vício jurídico insanável, haja vista que o nobre autuante deixou de atentar para a regra do § 6º do art. 708-B do RICMS, segundo o qual a entrega de arquivo magnético fora das especificações e requisitos regulamentares configura não fornecimento, estendendo o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A. Eis o tex

“§ 6º A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o *caput* deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 915 deste Regulamento.”

Seguindo os passos procedimentais:

- a) o contribuinte deve enviar ao fisco o arquivo magnético referente ao movimento econômico de cada mês: art. 708-A, “caput”, do RICMS;
- b) independentemente dessa obrigação, o contribuinte deve fornecer ao fisco os documentos e o arquivo magnético, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis: art. 708-B, “caput”;
- c) a entrega de arquivo magnético fora das especificações e requisitos regulamentares configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 915.

Resta agora interpretar o teor da alínea “j”, haja vista que nela existem várias hipóteses, que precisam ser dissecadas devidamente. Ela prevê a aplicação de multa (ou multas) nestes termos:

“j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela *falta de entrega*, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, *ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação*, devendo ser aplicada, *cumulativamente*, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de *intimação subsequente* para apresentação do respectivo arquivo;” (grifei)

Note-se que existe aí a previsão de duas multas, identificadas em virtude da conjunção alternativa “ou”. Uma multa é fixa (R\$ 1.380,00), a outra é proporcional (1%). Para se compreender o sentido do termo “cumulativamente”, deve-se ter em mente a referência à expressão “intimação subsequente”.

Então, quando o fiscal intima o contribuinte para apresentar os arquivos magnéticos, o que se tem aí é a “primeira” intimação. Se o contribuinte não apresenta os arquivos, fica passível, de plano, à multa de R\$ 1.380,00, em face da constatação objetiva do fato. Configurado esse fato, o fiscal deve intimar novamente o contribuinte para apresentar o arquivo, e tem-se aí a intimação “subsequente” a que se refere a lei.

Por outro lado, se o contribuinte apresenta os arquivos porém estes têm inconsistências (arquivos sem o nível de detalhe exigido na legislação), o fiscal deverá apontar as inconsistências e intimar o contribuinte a fim de corrigi-las, no prazo de 30 dias: art. 308-B, § 6º. Se o contribuinte corrigir as inconsistências apontadas, não há infração. Contudo, caso não seja atendida essa intimação, que será considerada a “primeira” (na verdade, um adendo à primeira), fica o contribuinte sujeito à multa de R\$ 1.380,00. Configurado esse fato, o fiscal deve intimar novamente o contribuinte para apresentar o arquivo livre das inconsistências apontadas, e tem-se aí a intimação “subsequente” a que se refere a lei.

Resta analisar a questão da cumulatividade da multa fixa (R\$ 1.380,00) com a proporcional (multa de 1%). Como já salientado, uma vez configurada a infração passível da multa de R\$ 1.380,00, o fiscal deve intimar novamente o contribuinte para apresentar o arquivo ou efetuar as correções apontadas. Se, em face dessa nova intimação (intimação “subsequente”, nos termos da lei), o contribuinte apresenta os arquivos ou corrige as inconsistências, n

de 1%.

Ou seja, apesar da expressão “*devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1%*”, esta segunda multa, de 1%, somente será aplicada se não for atendida a intimação “subseqüente” para apresentação ou correção do arquivo. Não custa repetir: se no prazo regulamentar o contribuinte apresenta os arquivos ou corrige as inconsistências, não haverá a segunda multa.

Poder-se-ia contrapor: mas a lei não diz que a multa de 1% deverá ser aplicada “cumulativamente”?

Não, a lei não diz isso. A chave para a interpretação da norma está na questão do não atendimento de *intimação subseqüente* para apresentação do respectivo arquivo, ou da intimação para correção das inconsistências, haja vista que a entrega de arquivos inconsistentes, quando não corrigidos, equivale à falta de entrega (§ 5º do art. 708-B do RICMS). Note-se o termo “intimação subseqüente”. Subseqüente a quê? Ora, subseqüente à primeira intimação. Ou seja, aplicada a multa de R\$ 1.380,00 e feita, subseqüentemente, a intimação para correção do arquivo, caso o contribuinte não atenda à intimação, aí, sim, será aplicada (cumulativamente) a segunda multa, de 1%.

Sendo assim, concluo que o nobre autuante deixou de proceder como manda a lei, pois ele pulou uma fase, deixando de aplicar a primeira multa, de R\$ 1.380,00 (multa fixa), pelo não atendimento da “primeira” intimação”, e aplicou logo a segunda multa de 1% (multa proporcional), sem observar que esta segunda multa somente se aplica quando o contribuinte não atende à *intimação “subseqüente”* àquela (intimação) que deu motivo à primeira multa.

Está portanto configurada a *inobservância do devido procedimento legal*.

O equívoco da fiscalização, neste caso, implicou grave *prejuízo jurídico* para o contribuinte, pois, se tivesse sido aplicada a multa de R\$ 1.380,00, como expressamente prevê a lei, ficando o contribuinte intimado para cumprir a obrigação sob pena de aplicação, cumulativamente, da multa de 1%, é possível que o contribuinte, para evitar a segunda multa, mais grave, se decidisse a cumprir a obrigação, para não receber a segunda multa. No entanto, como a fiscalização aplicou de plano a segunda multa, muitíssimo mais gravosa, pulando a primeira, houve um prejuízo jurídico inegável, para o autuado.

Porém há outro aspecto ainda a considerar, em que igualmente houve flagrante inobservância da lei.

Note-se que o item 1º se refere à falta de entrega de arquivos magnéticos solicitados *mediante intimação*.

Existe aí um erro flagrante no que concerne ao tempo, ao *momento* em que ocorreu a infração. Quando um contribuinte é intimado para apresentar determinados elementos relativos a fatos do passado – sejam quais forem esses elementos – e não atente à intimação, a falta de atendimento à intimação constitui uma infração, mas a ocorrência dessa infração se dá é no momento em que se esgota o prazo para apresentação dos elementos solicitados, e não na data dos fatos relativos aos documentos solicitados.

Embora isso seja uma coisa de evidência cristalina, porém considerando que se trata de um enfoque não questionado pela defesa mas que estou suscitando de ofício por se tratar de aspecto relacionado à aplicação da lei, que é matéria afeta ao julgador, independentemente da aquiescência ou discordância do sujeito passivo, aprofundarei o exame da questão.

A entrega de arquivos magnéticos é disciplinada basicamente em dois artigos do RICMS: o art. 708-A e o 708-B.

O art. 708-A cuida da obrigação de entregar os arquivos mensalmente nas datas estipuladas nos incisos do artigo, sendo que a entrega é feita

entrega são fixados até os dias 15, 20, 25 e 30 do mês subsequente ao mês considerado, a depender do algarismo final da inscrição cadastral do estabelecimento.

Já o art. 708-B cuida da entrega a ser feita ao fiscal, quando for o contribuinte intimado, e a entrega é feita pessoalmente ao preposto do fisco, até a data estipulada na intimação.

Conforme consta no campo “Enquadramento” do Auto de Infração, o fato aqui em discussão foi enquadrado no art. 708-B, que corresponde precisamente à descrição do motivo da multa: o autuado deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos “mediante intimação”. Sendo assim, *não importa o exercício a que se refiram os arquivos*, o que importa é a *natureza da infração*, que se considera ocorrida no dia em que vence o prazo para sua entrega ao fiscal.

Neste caso, o fiscal discriminou as multas, mês a mês, nos períodos considerados. Isto seria correto se se tratasse de infração ao art. 708-A do RICMS. Porém, como a infração foi ao art. 708-B, a *data da ocorrência* da infração seria o dia seguinte ao vencimento do prazo estipulado na intimação fiscal.

Aí está, portanto, mais uma razão para a nulidade do lançamento.

Voto pela NULIDADE do item 1º. Quanto aos demais itens, acompanho o voto da ilustre Relatora.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade em relação às infrações 2 a 5 e não unânime quanto à multa aplicada na infração 1, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279266.0601/08-4**, lavrado contra **DEC CONAR DISTRIBUIDORA LTDA** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$173.412,16**, acrescido das multas de 60% sobre **R\$78.931,02** e de 70% sobre **R\$94.481,14** previstas, respectivamente, nos incisos II, alínea “a”, III, e VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$806.067,08**, prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da mencionada Lei, e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, considerando como data de ocorrência da infração 01 aquela do seu efetivo cometimento.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/ VOTO DISCORDANTE (quanto à infração 1)