

**A. I. N° - 232943.0003/09-7**  
**AUTUADO - VALTER MARTINS JÚNIOR**  
**AUTUANTE- REGINALDO CAVALCANTE COELHO**  
**ORIGEM - INFAZ ITABUNA**  
**INTERNET - 23. 08. 2010**

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACORDÃO JJF N° 0221-01/10**

**EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA.** Restou comprovado o extravio de notas fiscais. Infração subsistente. **2. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Nulidade da exigência no período em que o contribuinte esteve cadastrado na condição de optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia,- exercício de 2005-, pela impossibilidade de se determinar com segurança o cometimento da infração imputada ao sujeito passivo. Recomendada a repetição dos atos, a salvo de falhas, em conformidade com o art. 21 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99. Inaplicável a exigência do imposto por presunção, no período em que o autuado esteve na condição de optante pelo Simples Nacional – 01/07/2007 a 31/12/2007, por não ter o órgão gestor do Simples Nacional estabelecido os procedimentos aplicáveis ao caso. Prevalência da exigência fiscal apenas no período em que o autuado se encontrava cadastrado na condição de normal – 01/01/2006 a 30/06/2007., por restar comprovada a falta de registro na escrita fiscal. Reduzido o valor do débito com a exclusão das notas fiscais arroladas na autuação através do sistema CFAMT, cujas cópias não foram localizadas, portanto, não entregues ao sujeito passivo. Infração parcialmente subsistente. **3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA.** Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor das operações realizadas. Infração comprovada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 07/05/2009, exige o valor de R cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas

1. Extraviou documentos fiscais, em 31/12/2007, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 460,00;
2. Falta de recolhimento do ICMS apurada por omissão de saídas de mercadorias tributáveis através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de janeiro, março a julho, outubro a dezembro de 2004, janeiro a julho, setembro a dezembro de 2005, janeiro a junho, setembro a dezembro de 2006, janeiro, março a agosto, outubro a dezembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 35.150,28, acrescido da multa de 70%;
3. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, nos meses de novembro de 2004, janeiro a dezembro de 2006, janeiro a outubro, dezembro de 2007, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 21.976,09.

O autuado apresentou defesa às fls. 126 a 131, arguindo, preliminarmente, a nulidade da autuação, sustentando que não poderão prosperar as exigências contidas no Auto de Infração em lide, porque a peça fiscal em exame está eivada de vícios insanáveis, que a inquinam de nulidade, c conforme previsto no art. 18 e seus incisos do RPAF/99, que reproduz. Invoca também posição doutrinária de Luis Eduardo Schouri, transcrevendo parte de texto nesse sentido.

Relativamente à infração 01, afirma que estão ausentes os pressupostos de forma e, caracterizado está o cerceamento ao direito inalienável de ampla defesa, porque o autuante, apenas afirma que supostamente “Extraviou Documentos Fiscais”, porém, sem identificá-los no processo, impossibilitando qualquer argumentação defensiva, motivo pelo qual requer a nulidade da multa imposta no valor de R\$460,00.

No que concerne à infração 02, sustenta que o autuante acusa ter havido “Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas”, contudo, anexou ao processo, apenas um “Demonstrativo das Notas Fiscais de Entradas Não Registradas”, de origem não identificada no Processo, no qual, não se vislumbra sequer a identificação da Razão Social dos fornecedores; a identificação a que se referem as “Notas” e, a situação tributária de ditas mercadorias ou bens ou materiais de uso e consumo. Assevera que inexistente no processo, comprovação efetiva de circulação das citadas “Notas” e, muito menos, do seu recebimento e pagamentos que tenha realizado.

Acrescenta que, como agravante, não juntou ao processo vias das citadas “Notas Fiscais”, caracterizando ausência de prova material e, cerceamento ao amplo direito de defesa.

Salienta, ainda, que o autuante não observou que nos exercícios de 2004 e 2005, esteve cadastrado no CICMS, na condição de SIMBAHIA (ME, até 31/08/2004 e EPP, até 31/12/2005), estando, portanto, desobrigado de escriturar os livros fiscais Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS.

Acrescenta que, relativamente ao período de 01/07/2007 a 31/12/2007, optou pelo Simples Nacional, na condição de empresa de pequeno porte, estando também desobrigado da escrituração do livro Registro de Entradas de Mercadorias.

Diz que por estarem ausentes os pressupostos de materialidade da infração e ausentes também pressupostos legais para fundamentá-la, além de caracterizada a ilegitimidade passiva, haja vista, não haver prova no processo de aquisições relativas às Notas Fiscais citadas, cabe a decretação da nulidade desta infração, a qual requer.

Quanto à infração 03, sustenta que não procede a acusação fiscal, tendo em vista que os arquivos magnéticos do SINTEGRA, relativos aos períodos de janeiro de 2006 a dezembro de 2007, até 29/01/2009, já haviam sido entregues, conforme comprovam os Recibos do SINTEGRA, cujas cópias estão acostadas aos autos às fls. 01 a 26. Observa que os arquivos já haviam sido enviados via Internet, antes de iniciada a ação fiscal em 27/03/2009, data da primeira intimação expedida pelo autuante, o que poderá ser confirmado com exame do Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos, banco de dados da SEFAZ-BA.

Ressalta que no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2005, o SimBahia, portanto, dispensado de apresentação dos arquivos.

apontados na autuação, consta inexplicavelmente, o mês de novembro de 2004, com multa no valor de R\$865,20.

Assevera que comprovada a ausência de fundamento legal para a exigência contida nesta infração, e descaracterizada a materialidade da irregularidade apontada, cabe a decretação de sua nulidade, a qual requer, bem como das multas aplicadas.

Reportando-se sobre o mérito da autuação, diz que seria dispensável a discussão, diante dos vícios apontados no Auto de Infração, que o inquinam de nulidade e ineficácia, sob todos os aspectos. Porém, por precaução, se ultrapassadas as preliminares arguidas, diz que demonstrará a total improcedência das exigências contidas na peça acusatória, conforme a seguir.

Alega que na infração 01, torna-se impraticável discutir a procedência da multa no valor de R\$460,00, por suposto “extravio de documentos fiscais”, não havendo no processo, clara e formal identificação dos mesmos.

Com relação à infração 02, sustenta que é impraticável discutir a procedência da exigência de imposto, por “supostas omissões de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de mercadorias não registradas”, caracterizando-se o cerceamento ao direito a ampla defesa.

Afirma que no presente caso, a exigência é totalmente descabida, em relação aos períodos em que esteve cadastrado na condição de SimBahia, estando desobrigado de escrituração dos livros Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS, o que também é aplicável ao período de julho de 2007 a dezembro de 2007, quando já era optante pelo Simples Nacional, na condição de empresa de pequeno porte, também desobrigada de escrituração dos citados livros fiscais.

Afirma que, nesses períodos, descabe a exigência de ICMS pela alíquota interna normal, isto é, 17%, conforme definem as normas aplicáveis às empresas cadastradas no SimBahia e a partir de julho de 2007, no Simples Nacional. Sustenta que o autuante não comprova os pagamentos pelas aquisições citadas, supostamente omitidas.

Aduz que, por se tratar de obrigação acessória, a falta de registro das notas fiscais de aquisições de mercadorias, quando efetivamente comprovada, é punida com aplicação de multa de 1% do valor comercial das aquisições, no caso de mercadorias não tributadas, com tributação encerrada na etapa anterior ou que não conferem créditos ao destinatário, conforme o inciso XI do art. 915 do RICMS/97. Já no caso de não ter sido informado em Declaração Eletrônica a que estiver sujeita a Microempresa e a Empresa de Pequeno Porte, conforme o inciso XII-A do art. 915 do RICMS/97, a multa de 5% (cinco por cento) do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento e dos serviços prestados durante o exercício, transcrevendo os referidos dispositivos regulamentares. Assevera que inexistindo pressupostos fáticos e materiais para caracterização da infração, não há que se falar em exigência de imposto, sendo absolutamente improcedente a exigência contida na infração 02, bem como das multas e acréscimos moratórios incidentes.

Contudo, requer no caso de eventualmente se decidir pela incidência de multas, que estas sejam reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador, considerando que não está comprovada no processo, a prática de dolo, fraude ou simulação, nem falta de recolhimento do imposto, conforme determina o § 6º do artigo 915 do RICMS/97, que reproduz.

Relativamente à infração 03, observa que a eventual falta de envio dos arquivos magnéticos, no período em questão, no caso, exercícios de 2006 e 2007, era punida com multa fixa no valor de R\$1.380,00, conforme disposição regulamentar.

Alega que juntou a defesa prova cabal e concreta do não cometimento da infração apontada, pois os recibos de entrega dos arquivos magnéticos, relativos aos períodos de janeiro de 2006 a dezembro de 2007, atestam o equívoco do autuante. Registra que no curso da ação fiscal, o autuante expediu apenas intimação, na qual, se refere explicitamente a não apresentação do(s) arquivo(s) no prazo legal, no(s) mês(es) de janeiro de 2004 a dezembro de 2007; alegação que não resiste às provas ora apresentadas, de envio dos arquivos, antes de iniciada a ação fiscal.

Assevera que não consta no processo qualquer outra intimação expedida pelo autuante, ou Relatório detalhado, fazendo referência a eventuais omissões ou arquivos apresentados, que se encontravam à disposição do autua SEFAZ, concluindo-se daí pela improcedência das multas impostas, p

as novas disposições do artigo 708-B, §§ 3º, 4º e 5º, e alíneas “i” e “j”, do artigo 915 do RICMS/97. Registra que assim tem decidido este CONSEF, em casos semelhantes.

Requer a improcedência das multas aplicadas, que totalizam nesta infração o valor de R\$21.976,09.

Finaliza a sua peça impugnatória, requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, a sua improcedência. Requer, ainda, a reabertura do prazo de defesa, caso o autuante junte novos elementos aos autos. Protesta pelos meios de prova em Direito admissíveis, bem como pelo reconhecimento de prova representada pelos documentos juntados na defesa.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 160/161, na qual contesta os argumentos defensivos, dizendo que é cabível a imputação referente à infração 01, pois o próprio autuado apresentou “Certidão de Ocorrência Policial”(fl. 23), referente ao extravio.

Quanto à infração 02, diz que as cópias das notas fiscais deixaram de ser tempestivamente anexadas em razão de o sistema CFAMT estar indisponível na ocasião da lavratura do Auto de Infração. Registra que está requisitando e solicitando ao setor responsável a anexação das mesmas ao processo.

No que diz respeito à infração 03, afirma que apesar de devidamente intimado, conforme documentos acostados às fls. 17 a 20, o autuado não apresentou arquivos magnéticos obrigatórios, no caso, Registros 50, 54 e 74, do período de janeiro de 2004 a dezembro de 2005, apresentando em 29/01/2009, portanto, 17 dias após intimado, apesar de o prazo ser de 5 dias, os arquivos do período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007, sem os registros 54 relativos às suas entradas e saídas, bem como o Registro 74 relativo aos inventários, conforme se verifica nos Recibos de Entrega de Arquivos Magnéticos, acostados às fls. 56 a 62, sujeitando-se a multa prevista no art. 42, XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96.

Esclarece ainda que o autuado no período de 01/09/2004 a 01/01/2006 esteve inscrito no CAD/ICMS como EPP e a partir desta data como empresa normal. Aduz que o fato de a empresa estar inscrita no SimBahia não a desobriga de apresentar os arquivos, por exercer a atividade de comércio atacadista.

A 1ª JJF, converteu o processo em diligência (fls. 168/169), a fim de que o autuante juntasse aos autos, as vias das notas fiscais relacionadas no demonstrativo de fls. 24/25, bem como que fosse fornecida cópias ao contribuinte com a reabertura do prazo de defesa de 30 dias.

Intimado o contribuinte para conhecimento da diligência, este se manifestou às fls. 224 a 235, esclarecendo que, comunicado da reabertura de prazo de defesa, expedida em 07/04/2010, cuja ciência via “AR”, ocorreu em 14/04/2010, está apresentando tempestivamente, com fulcro no art. 132, do COTEB, apresentar impugnação, nos termos que se seguem.

Reportando-se aos fatos, diz que tempestivamente, apresentou defesa protocolada em 01/06/2009, aguardando a tramitação e julgamento do processo, o que, pelas informações contidas no acompanhamento de tramitação da SEFAZ e, informações prestadas pelo Relator, contidas às fls. 168 e 169 dos autos na diligência à INFAZ/ITABUNA, demonstra claramente, que a Administração, ultrapassou prazos e não os observou em relação aos ditames do RPAF/99, em particular, no que tange à realização de ditas diligências.

Frisa que é lamentável constatar o descumprimento de normas e prazos processuais, principalmente, considerando que, coube ao autuante, motivar a demora de praticamente 01 (um) ano nesta tramitação, ao deixar de anexar ao Auto de Infração, documentos indispensáveis à comprovação de exigências nele contidas.

Salienta que se sente prejudicado e injustiçado, não só pelo ônus adicional de acréscimos e correção, incidentes sobre os débitos originais, como também, pelo do Auto de Infração, embasado em diversos outros julgamentos similares.

Consigna que a mera reabertura de prazo de defesa, não lhe exonera dos ônus incidentes, além de lamentar que, efetivamente, os documentos juntados pelo autuante, num valor total de R\$104.378,45, diferem em muito da relação no total de R\$206.766,26, que serviu de base para exigências no Auto de Infração original, configurando inegável excesso de exação, conforme diz demonstrará.

Registra que insiste em suas arguições preliminares, já expostas na defesa inicial, porque não poderão prosperar as exigências contidas no Auto de Infração em lide, e porque a peça fiscal em exame está eivada de vícios insanáveis, que a inquinam de nulidade.

Manifesta o entendimento de que é dispensável reprisar os fundamentos e argumentos já expostos na defesa vestibular, contudo, requer sejam apreciados detidamente, para que não seja perpetrada decisão equivocada e injusta, apenando o contribuinte desnecessariamente.

Reitera, relativamente à infração 01, que estão ausentes os pressupostos de forma e, caracterizado está o cerceamento ao direito inalienável de ampla defesa, porque o autuante, apenas afirma que supostamente “Extraviou Documentos Fiscais”, porém, sem identificá-los no processo, impossibilitando qualquer argumentação defensiva, motivo pelo qual requer a nulidade da multa imposta no valor de R\$460,00.

No que concerne à infração 02, sustenta que o autuante acusa ter havido “Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas”, contudo, anexou ao processo, apenas um “Demonstrativo das Notas Fiscais de Entradas Não Registradas”, de origem não identificada no Processo, no qual, não se vislumbra sequer a identificação da Razão Social dos fornecedores; a identificação a que se referem as “Notas” e, a situação tributária de ditas mercadorias ou bens ou materiais de uso e consumo. Assevera que inexistente no processo, comprovação efetiva de circulação das citadas “Notas” e, muito menos, do seu recebimento e pagamentos que tenha realizado. Acrescenta que, como agravante, não juntou ao processo originariamente, as vias das citadas “Notas Fiscais”, caracterizando ausência de prova material e, cerceamento ao amplo direito de defesa, descumprindo assim as disposições do art. 28, § 4º, II e, Art. 41, Inc. II, do RPAF/99, o que ensejaria a decretação de plano, de ineficácia da peça processual, para a finalidade pretendida.

Ressalva que a juntada muito posterior de “apenas uma reduzida parte” do que seriam elementos probatórios, não descaracteriza a ineficácia argüida, porque demonstra, sob outro ângulo, o excesso de exação, a comprometer a exigência originariamente contida no Auto de Infração, descaracterizada por ausência de provas suficientes. Diz que a suposta infração como um todo, sucumbe à ausência de provas concretas, para legitimar sua base de cálculo e valor do débito, apontados na autuação.

Salienta, ainda, que o autuante não observou que nos exercícios de 2004 e 2005, esteve cadastrado no CICMS, na condição de SIMBAHIA (ME, até 31/08/2004 e EPP, até 31/12/2005), estando, portanto, desobrigado de escriturar os livros fiscais Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS, não podendo se falar em “Notas Fiscais não registradas...”.

Afirma que em relação a esse período, o autuante não faz qualquer referência aos totais de entradas de mercadorias, declarados nas DME de 2004 e 2005, respectivamente, R\$530.317,65, e R\$572.394,18, assim como, inexistente qualquer referência ou demonstrativo das movimentações e disponibilidades de caixa da empresa, nos exercícios citados, no caso, saldo final de R\$112.505,48, em 31/12/2004; e saldo final de R\$156.896,35, em 31/12/2005. Acrescenta que, relativamente ao período de 01/07/2007 a 31/12/2007, optou pelo Simples Nacional, na condição de empresa de pequeno porte, estando também desobrigado da escrituração do livro Registro de Entradas de Mercadorias, contudo, declarou um total de entradas de mercadorias no exercício, de R\$499.526,63, nas DMAS apresentadas e R\$911.247,81, na DME do exercício.

Diz que por estarem ausentes os pressupostos de materialidade da infração e ausentes também pressupostos legais para fundamentá-la, além de caracterizada a ilegitimidade passiva, haja vista, não haver prova no processo de aquisições relativas às Notas Fiscais citadas, cabe a decretação da nulidade desta infração, a qual requer.

Quanto à infração 03, sustenta que não procede a acusação fiscal, te



29/01/2009, já haviam sido entregues, conforme comprovam os Recibos do SINTEGRA, cujas cópias estão acostadas aos autos às fls. 01 a 26. Observa que os arquivos já haviam sido enviados via Internet, antes de iniciada a ação fiscal em 27/03/2009, data da primeira intimação expedida pelo autuante, o que poderá ser confirmado com exame do Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos, banco de dados da SEFAZ-BA.

Ressalta que no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2005, esteve cadastrado no Regime SimBahia, portanto, dispensado de apresentação dos arquivos. Porém, dentre os períodos apontados na autuação, consta inexplicavelmente, o mês de novembro de 2004, com multa no valor de R\$865,20.

Assevera que comprovada a ausência de fundamento legal para a exigência contida nesta infração, e descaracterizada a materialidade da irregularidade apontada, cabe a decretação de sua nulidade, a qual requer.

Reportando-se sobre o mérito da autuação, diz que seria dispensável a discussão, diante dos vícios apontados no Auto de Infração, que o inquinam de nulidade e ineficácia, sob todos os aspectos. Porém, por precaução, se ultrapassadas as preliminares arguidas, diz que demonstrará a total improcedência das exigências contidas na peça acusatória, conforme a seguir.

Alega que na infração 01, torna-se impraticável discutir a procedência da multa no valor de R\$460,00, por suposto “extravio de documentos fiscais”, não havendo no processo, clara e formal identificação dos mesmos.

Com relação à infração 02, sustenta que continua impraticável discutir a procedência da exigência de imposto, por “supostas omissões de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de mercadorias não registradas”, caracterizando-se o cerceamento ao direito a ampla defesa, haja vista que, conforme assinalado anteriormente, esteve no período objeto da autuação, no caso, 01/01/2004 a 31/12/2007, obrigado a apresentar anualmente, a DME – documento de informações econômico fiscais, nos exercícios de 2004, 2005 e 2007, cujos informativos, não foram objeto de questionamentos ou qualquer demonstração pelo autuante.

Reitera que, no presente caso, a exigência é totalmente descabida, em relação aos períodos em que esteve cadastrado na condição de SimBahia, estando desobrigado de escrituração dos livros Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS, o que também é aplicável ao período de julho de 2007 a dezembro de 2007, quando já era optante pelo Simples Nacional, na condição de empresa de pequeno porte,, também desobrigada de escrituração dos citados livros fiscais.

Afirma que, nesses períodos, descabe a exigência de ICMS pela alíquota interna normal, isto é, 17%, conforme definem as normas aplicáveis às empresas cadastradas no SimBahia e a partir de julho de 2007, no Simples Nacional.

Aduz que, por se tratar de obrigação acessória, a falta de registro das notas fiscais de aquisições de mercadorias, quando efetivamente comprovada, é punida com aplicação de multa de 1% do valor comercial das aquisições, no caso de mercadorias não tributadas, com tributação encerrada na etapa anterior ou que não conferem créditos ao destinatário, conforme o inciso XI do art. 915 do RICMS/97. Já no caso de não ter sido informado em Declaração Eletrônica a que estiver sujeita a Microempresa e a Empresa de Pequeno Porte, conforme o inciso XII-A do art. 915 do RICMS/97, a multa de 5% (cinco por cento) do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento e dos serviços prestados durante o exercício, transcrevendo os referidos dispositivos regulamentares. Assevera que inexistindo pressupostos fáticos e materiais para caracterização da infração, não há que se falar em exigência de imposto, sendo absolutamente improcedente a exigência contida na infração 02, bem como das multas e acréscimos moratórios incidentes.

Contudo, requer no caso de eventualmente se decidir pela incidência de multas, que estas sejam reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador, considerando que não está comprovada no processo, a prática de dolo, fraude ou simulação, nem falta de recolhimento do imposto, conforme determina o § 6º do artigo 915 do RICMS/97, que reproduz.

Relativamente à infração 03, observa que a eventual falta de envio período em questão, no caso, exercícios de 2006 e 2007, era punida R\$1.380,00, conforme disposição regulamentar.

Alega que juntou a defesa, prova cabal e concreta do não cometimento da infração apontada, pois os recibos de entrega dos arquivos magnéticos, relativos aos períodos de janeiro de 2006 a dezembro de 2007, atestam o equívoco do autuante. Registra que no curso da ação fiscal, o autuante expediu apenas intimação, na qual, se refere explicitamente a não apresentação do(s) arquivo(s) no prazo legal, no(s) mês(es) de janeiro de 2004 a dezembro de 2007; alegação que não resiste às provas ora apresentadas, de envio dos arquivos, antes de iniciada a ação fiscal.

Assevera que não consta no processo qualquer outra intimação expedida pelo autuante, ou Relatório detalhado, fazendo referência a eventuais omissões ou divergências de dados nos arquivos apresentados, que se encontravam à disposição do autuante, nos bancos de dados da SEFAZ, concluindo-se daí pela improcedência das multas impostas, pois, em desconformidade com as novas disposições do artigo 708-B, §§ 3º, 4º e 5º, e alíneas “i” e “j”, do artigo 915 do RICMS/97. Registra que assim tem decidido este CONSEF, em casos semelhantes. Requer a improcedência das multas aplicadas, que totalizam nesta infração o valor de R\$21.976,09.

Reportando-se aos documentos juntados ao processo, após a diligência, diz que estes se referem à infração 02, cujos prazos regulamentares não foram observados, sendo que, no “Demonstrativo das Notas Fiscais de Entradas não Registradas Cujas Vias Foram Apresentadas Pelo Sistema CFAMT”, foi relacionado um total de 44 (quarenta e quatro) fotocópias, referentes a Notas Fiscais no período de Janeiro/2005 a Dezembro/2007.

Alega que na referida relação, consta uma Nota Fiscal sob nº “77.833”, número este que corresponde ao “Nº de Controle do Formulário” e, a fotocópia esta ilegível, não sendo possível identificar o destinatário, a data de emissão, a descrição dos produtos, os valores unitários e total, devendo o referido documento ser descartado, porque imprestável para fim de comprovação. Aduz que o total remanescente das Notas Fiscais, importa em R\$104.378,45.

Argumenta que muito embora desobrigado de escriturar regularmente o livro Registro de Entradas, nos exercícios de 2004 a 2005 e, de julho a dezembro de 2007, além de proceder a declaração anual de suas operações nas DMES de cada exercício, mantinha paralelamente, uma escrituração do livro Registro de Entradas, para fins de controle próprio.

Assevera que do total das notas fiscais indicado acima, os valores abaixo devem ser deduzidos pelas razões que apresenta, conforme descrito a seguir:

- R\$19.499,12 (fotocópias de NFs anexas, docs. 04 a 12), foram regularmente escrituradas, conforme detalhamento no “ANEXO 01” – ITEM I, (docs 01 a 03, anexos), com indicação das folhas dos livros, cujas fotocópias se encontram anexas (docs. 13 a 35);
- R\$59.955,60 (fotocópias de NFs anexas, docs. 36 a 58), conforme detalhamento no “ANEXO 01 – ITENS II e III”, embora declaradas nos totais de aquisições das DMES de 2005 e 2007, não foram registradas nos respectivos livros REM. Referem-se a mercadorias com imposto pago nas operações anteriores (substituição tributária) e, com base de cálculo interna reduzida em 100% (arroz), que não conferem créditos. Entende-se, com fundamento no Inc. XI, do art. 915, do RICMS/97, que caberia aplicação da multa de 1% (um por cento), do total das Notas, importando a multa, em R\$599,55 (conforme detalhamento mensal no citado ANEXO 01);
- R\$24.923,73 (fotocópias de NFs anexas, docs. 59 a 70), conforme detalhamento no “ANEXO 01 – ITEM IV”, embora declaradas nos totais de aquisições das DMES de 2005 e 2007, também não foram registradas nos Livros REM. Referem-se a mercadorias com tributação normal. Entende-se, com fundamento no Inc. XII – A, do art. 915, do RICMS/97, que caberia aplicação da multa de 5% (cinco por cento), do total das Notas, importando a multa, em R\$1.246,19 (conforme detalhamento mensal no citado ANEXO 01).

Finaliza a sua peça impugnatória, requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, a sua improcedência. Requer, ainda, que no caso de aplicação de penalidade, relativamente à Infração 02, que sejam acatadas as multas acima descritas, nos valores respectivos de R\$599,55 e R\$1.246,19.

Protesta pelos meios de prova em Direito admissíveis, bem como pelo reconhecimento de prova representada pelos documentos juntados ao processo, na Defesa inici por fim, um julgamento justo e desprovido de tentativas de salvabili negavelmente, eivado de vícios de forma e desprovido de fundament

O autuante se pronunciou à fl. 307, dizendo nada mais ter a informar.

## VOTO

Inicialmente, cabe-me observar que o lançamento de ofício em lide foi realizado em conformidade com o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, especialmente o seu art. 39, estando claramente identificadas as infrações, o infrator, o montante da base de cálculo, o que permitiu o exercício pleno do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte. Noto que o impugnante teve conhecimento tempestivo da ação fiscal e das planilhas e demonstrativos elaborados pelo autuante. Inexistem vícios ou falhas que iniquem de nulidade o Auto de Infração, conforme argüido pelo impugnante.

Cumpr-me ainda consignar que, no intuito de afastar qualquer possibilidade de cerceamento do direito de defesa do contribuinte, assim como de preservar o princípio da busca da verdade material, esta 1ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o processo em diligência, a fim de que fossem entregues ao sujeito passivo cópias das notas fiscais arroladas na autuação coletadas através do Sistema CFAMT, relativas à infração 02, inclusive com a reabertura do prazo de defesa de 30 dias. Foi solicitado também que o autuante excluísse da levantamento as notas fiscais cujas cópias não fossem ofertadas ao impugnante, o que foi feito.

Diante do exposto, não acolho as preliminares de nulidades suscitadas pelo autuado.

No mérito, com relação à infração 01, verifico que esta diz respeito ao descumprimento de obrigação acessória, pelo fato de o autuado ter extraviado notas fiscais, tendo deixado de apresentá-las quando intimado.

Na realidade, o autuado foi intimado em quatro oportunidades para apresentação dos documentos fiscais solicitados, isto é, em 28/01/2009, 05/02/2009, 10/02/2009 e 06/04/2009, não atendendo as intimações.

Noto que o próprio autuado confirma a ocorrência do extravio, conforme o Boletim de Ocorrência Policial registrado em 05/04/2009 acostado aos autos. Contudo, não procedeu a indispensável comunicação do fato à Inspetoria Fazendária, dentro do prazo de 8 dias, consoante determina o art. 146, I, do RICMS/BA.

Nesse sentido, este CONSEF exarou a Súmula nº 02, publicada no Diário Oficial do Estado de 07/08/02, através da Resolução nº 01/02, conforme abaixo transcrito:

*“ICMS. MULTA POR INFRAÇÃO. EXTRAVIO DE LIVROS E DOCUMENTOS COMUNICADO AO FISCO POR OCASIÃO DO PEDIDO DE BAIXA DA INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES.*

*Havendo sinistro, furto, roubo, extravio, perda ou desaparecimento de livros fiscais ou contábeis, ou da documentação que comprove os registros correspondentes, cabe ao sujeito passivo comunicar o fato à repartição fazendária, no prazo estabelecido na legislação, não caracterizando denúncia espontânea a comunicação da ocorrência por ocasião do pedido de baixa de inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS, sujeitando-se o infrator à aplicação da penalidade prevista em lei.”*

Diante do exposto, considero subsistente a infração.

No que concerne à infração 02, verifico que diz respeito à constatação da omissão de receitas, através de entradas de mercadorias não registradas.

Na presente situação determina o art. 2º, § 3º, inciso IV do RICMS/97, ao tratar do momento da ocorrência do fato gerador, que se presume a ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência; escrituração indicar entradas de mercadorias ou bens não registrados, mesmo sentido, estabelece o § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, reproduzido



*“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

*(...)*

*§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”*

Noto que o lançamento decorreu do resultado da análise de notas fiscais resgatadas junto ao sistema CFAMT/SEFAZ, quando foi verificado que houve omissão das aquisições de mercadorias tributáveis por parte do sujeito passivo.

Observo que não assiste razão ao impugnante quando alega descaber a exigência fiscal no período em que esteve cadastrado na condição de optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, no caso, exercícios de 2004 e 2005, por estar desobrigado de escrituração dos livros fiscais Registro de Entradas de Mercadorias e Registro de Apuração do ICMS.

Na realidade, cabe sim a exigência por presunção na forma do art. 4º § 4º da Lei nº 7.014/96, haja vista que o contribuinte optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, apesar de estar desobrigado de escrituração dos livros fiscais Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, efetivamente, encontra-se obrigado a registrar na DME todas as entradas e saídas de mercadorias realizadas em cada exercício, assim como obrigado a registrar no livro Caixa todos os recebimentos e pagamentos efetuados.

É certo que o tratamento tributário simplificado dispensado às empresas optantes pelo Regime SimBahia, não pode afastar a imposição de penalidade por descumprimento de obrigação principal – pagamento do imposto – pelo simples fato de estar dispensado de escrituração dos livros fiscais, pois persiste a obrigação acessória de registro das operações realizadas, conforme dito acima. Afinal, não parece razoável que o tratamento tributário simplificado possa “imunizar” o contribuinte SimBahia contra a imposição de penalidade por ter incorrido em infração por descumprimento de obrigação principal, quando a mesma infração se cometida por contribuinte cadastrado na condição de normal implicaria na exigência do imposto com os acréscimos legais.

Isto porque, caso assim fosse, o princípio da igualdade estaria ferido. O correto tratamento dado pelo legislador, ao exigir do contribuinte normal o cumprimento de todas as obrigações principal e acessórias, previstas na legislação do ICMS e, ao mesmo tempo, dispensar substancialmente tais obrigações do contribuinte SimBahia, indubitavelmente, só é aplicável quando este cumpre regularmente as suas obrigações simplificadas.

Em verdade, nos termos do art. 408-C do RICMS/BA, vigente à época da ocorrência dos fatos relativos ao período de 2004 a 2005, o autuado se encontrava obrigado a apresentar anualmente a Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (DME), assim como utilizar o livro Registro de Inventário, sendo que, em substituição à apresentação da escrita mercantil, estava obrigado a apresentar o livro Caixa, com o registro de sua movimentação financeira, inclusive, bancária, neste caso se a receita bruta fosse superior a R\$ 30.000,00.

Vale dizer, nessa linha de entendimento, que o autuado se encontrava obrigado a registrar as operações realizadas no período de 2004 a 2005, mesmo estando na condição de optante pelo Regime SimBahia.

A partir dessa conclusão, cabe analisar o levantamento realizado pe notas fiscais arroladas na autuação foram coletadas no sistema CFAM

O CONSEF já sedimentou o entendimento de que é indispensável para validade da autuação que o contribuinte receba cópias das notas fiscais coletadas no sistema CFAMT, a fim de que possa exercer o seu direito de ampla defesa, caso contrário, estará passível de nulidade o lançamento.

Nesse sentido, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o processo em diligência, a fim de que fossem entregues ao sujeito passivo cópias das notas fiscais arroladas na autuação coletadas através do sistema CFAMT, inclusive com a reabertura do prazo de defesa de 30 dias. Foi solicitado ainda que o autuante excluísse do levantamento as notas fiscais cujas cópias não fossem ofertadas ao impugnante, o que foi feito.

Assim é que, no período em que o autuado se encontrava na condição de SimBahia – 2004 a 2005 -, apenas foram localizadas e entregues ao contribuinte cópias das notas fiscais relativas ao exercício de 2005, valendo dizer que no exercício de 2004 não há como prosperar a exigência fiscal pela ausência das notas fiscais.

Porém, mesmo no exercício de 2005, constato que o levantamento fiscal não foi feito de forma adequada, pois, deveria o autuante intimar o contribuinte a apresentar todas as notas fiscais de entradas, e, em seguida, relacioná-las juntamente com os documentos fiscais coletados no CFAMT, comparando o valor total com aquele lançado na DME, exigindo o imposto caso o valor do somatório das notas fiscais apresentadas pelo contribuinte acrescido das notas fiscais coletadas no CFAMT fosse superior ao informado na DME. Deveria ainda o autuante intimar o contribuinte a apresentar o livro Caixa – anexando cópia aos autos – e verificar se as notas fiscais foram lançadas no referido livro contábil, caso em que restará comprovada a improcedência da presunção legal.

Vale consignar que havendo o registro das notas fiscais no livro Caixa, descabe a exigência do imposto por presunção, contudo, é cabível a imposição da multa por descumprimento de obrigação acessória, prevista no inciso XII-A do art. 42 da Lei nº 7014/96, caso não tenha sido registrada na DME.

Assim, tendo em vista que o levantamento fiscal relativo ao período de 2005 não foi realizado na forma acima reportada, inexistindo nos autos elementos suficientes para determinar com segurança o cometimento da infração imputada ao autuado neste período, considero nulo o lançamento, ao tempo em que represento a autoridade competente, no sentido de providenciar a repetição dos atos, a salvo de falhas, nos termos do art. 21 do RPAF/99, relativamente ao período de 2005.

Quanto ao período de 01/07/2007 a 31/12/2007, descabe a exigência fiscal, tendo em vista que ainda não foi estabelecido pelo órgão gestor do Simples Nacional, o procedimento adequado para exigência do imposto por presunção, no caso de contribuinte optante pelo Simples Nacional.

Porém, constato que no período em que esteve cadastrado na condição de contribuinte normal, isto é, 01/01/2006 a 30/06/2007, portanto, obrigado a escriturar os livros fiscais, a exigência se apresenta correta, sendo devido o ICMS no valor de R\$ 10.837,16, relativo às notas fiscais não registradas na escrita fiscal arroladas na autuação coletadas no sistema CFAMT, cujas cópias foram entregues ao contribuinte. Vale registrar que as notas fiscais originalmente apontadas no levantamento realizado pelo autuante, cujas cópias não foram localizadas, portanto, não entregues ao contribuinte, foram excluídas da exigência.

Diante disto, esta infração fica mantida parcialmente apenas quanto ao período de 01/01/2006 a 30/06/2007, no valor de R\$ 10.837,16, conforme demonstrativo abaixo:

Data de Ocorrência	Notas Fiscais nº.s	ICMS devido (R\$)
31/01/2006	42607, 129661	2.204,75
31/03/2006	132942	215,36
30/04/2006	136535	261,70
31/05/2006	41933,304484,138633	1.569,87
30/06/2006	138886, 46556	
30/09/2006	25624	
31/10/2006	25781,142983,148710	

30/11/2006	5369	745,28
30/12/2006	630083	214,61
31/01/2007	147259,153572,14316	1.509,88
30/04/2007	232639,158065	759,49
30/06/2007	163217,164474	589,07
TOTAL		10.837,16

No respeitante à infração 03, verifico que o Auto de Infração indica com clareza que o contribuinte apesar de intimado em duas oportunidades (fls. 17 e 20) não atendeu a solicitação da Fiscalização, desde quando não apresentou os arquivos magnéticos relativos ao período solicitado, no caso, janeiro de 2004 a dezembro de 2007, tendo apresentado 17 dias após o prazo, os arquivos relativos ao período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007, mesmo assim com ausência dos registros 54 e 74, conforme consta nos recibos de entrega às fls. 56 a 62.

Vale observar, que o art. 708-B do RICMS/97 estabelece a obrigatoriedade de o contribuinte fornecer ao fisco os documentos e o arquivo magnético quando intimado, sendo que o mencionado arquivo deverá ser entregue com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte.

Constato que o autuado não trouxe nenhum elemento de prova da existência de qualquer equívoco ou falha técnica no lançamento efetuado pelo autuante, não procedendo a sua alegação de que no período anterior não estava obrigado a apresentar os arquivos por estar na condição de empresa de pequeno porte. Na realidade, a sua condição de atacadista, o obrigava a apresentar os arquivos independentemente de ser ou não contribuinte optante pelo Regime SimBahia.

Conforme dito acima, o contribuinte foi intimado pelo autuante a apresentar os arquivos magnéticos, sem que fossem adotadas as providências pertinentes, restando caracterizada a falta de atendimento às intimações, na forma prescrita, o que caracteriza o acerto da autuação.

Nos termos do artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, a falta de fornecimento de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, ou sua entrega em padrão diferente do previsto na legislação, e ainda, em condições que impossibilitem a sua leitura, sujeita o contribuinte ao pagamento da multa de 1% do valor das operações ou prestações realizadas.

Entretanto, cumpre-me consignar, que na lavratura do Auto de Infração o autuante incorreu em equívoco ao indicar como data de ocorrência o período mensal quando deveria ter indicado como data de ocorrência e data de vencimento o primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado, motivo pelo qual retifico de ofício a data de ocorrência e data de vencimento desta infração para 27/01/2009. Infração mantida.

No que concerne ao cancelamento ou redução das multas, requerido pelo autuado, em relação à multa de caráter acessório verifico que a mesma ficou devidamente caracterizada e por não ter ficado evidenciado que o cometimento da irregularidade não implicou em falta de recolhimento do imposto, não acolho o pleito. Já em relação à multa por descumprimento de obrigação principal, a sua dispensa ou redução ao apelo da equidade, é de competência da Câmara Superior deste CONSEF.

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 232943.0003/09-7, lavrado contra **VALTER MARTINS JÚNIOR**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.837,16**, acrescido da multa de 70%, prevista 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento.

valor total de **R\$22.436,09**, previstas no art. 42, XIX, alínea “b”, XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96, 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, 09 de agosto de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR