

PROCESSO - A. I. Nº 020747.0206/10-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e S&M DISTRIBUIDORA LTDA.
RECORRIDOS - S&M DISTRIBUIDORA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0022-01/11
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 26/12/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0375-12/11

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES PAGOS E OS ESCRITURADOS NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. O parcelamento aduzido pelo autuado não pode ser considerado como denúncia espontânea, haja vista que foi formalizado após o início da ação fiscal. Inexiste previsão legal que ampare a pretensão do autuado para compensação de créditos fiscais no lançamento de ofício. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor das operações de saídas realizadas, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07. A autuante afirma que os arquivos solicitados foram entregues e que os valores ali contidos guardam coincidência com os números encontrados nos livros fiscais da recorrente. Ressalte-se também que a partir da afirmativa da autuante, eventuais inconsistências ou ausências de números nos referidos arquivos magnéticos não mais foram apontados, o que, a princípio, sugere que o requerido arquivo estivesse íntegro, inexistindo a possibilidade da exigência da multa em discussão. Modificada a Decisão recorrida. Item nulo. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 1ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte dos acréscimos tributários que inicialmente lhe foi imputado, ao adequar a data da ocorrência da infração 2 à época correta do fato gerador.

O Auto lavrado em 30/06/2010 decorre de quatro infrações, das quais apenas duas, abaixo transcritas, são objeto dos Recursos Voluntário e de Ofício, como segue:

***Infração 1** - Recolheu a menos ICMS em decorrência de desconcontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro, março, abril, julho e setembro de 2006, janeiro, maio a julho de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 25.889,44, acrescido da multa de 60%;*

***Infração 4** - Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 285.774,15, correspondente ao percentual de 1% do total das saídas de mercadorias do estabelecimento.*

Nesta última, Consta na descrição dos fatos:

“Deixou de fornecer arquivo magnético, exigido mediante intimação, sem as devidas correções das inconsistências conforme demonstrativos anexos. A Empresa foi intimada em 02/03/2010 para regularizar as inconsistências que apuramos nos seus arquivos magnéticos. Em 16/05/2010, a mesma enviou a esta SEFAZ os arquivos que dizia estar regular. Carregamos o Programa SVAM e constatamos que os valores totalizavam conforme seus livros fiscais. Fizemos então a Auditoria de Estoque. Entregamos o levantamento à Empresa com as diferenças apuradas nos Levantamento Quantitativos de Estoque para que verificassem antes de efetuarmos os lançamentos no Auto de Infração. No dia 27/06/2010, o responsável nos trouxe o levantamento com uma série de notas com informações divergentes do seu arquivo magnético, o que demonstrava que as informações prestadas nos arquivos não estavam corretas como deveriam. Portanto, estamos efetuando o presente lançamento, por não podermos confiar no resultado do nosso levantamento quantitativo cujos dados foram alimentados com os arquivos cujas inconsistências não foram totalmente regularizadas”.

Da apreciação dos argumentos defensivos, além das razões e contra razões do fiscal autuante, a 1ª JF, à unanimidade, decidiu pela procedência da autuação com os argumentos que transcrevo abaixo:

(...)

“No que concerne à infração 01 - Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS-, observo que o autuado admite haver efetuado o recolhimento a menos do imposto no período apontado no Auto de Infração, contudo, sustenta que a exigência referente ao período de 2006 a janeiro de 2007, foi fulminada em face da suspensão da exigibilidade dos respectivos créditos tributários por força da adesão ao Parcelamento nº 850000.0775/10-5.

Já com relação aos meses de maio a julho de 2007, afirma que a quitação ocorreu mediante compensação operada na sua conta corrente do ICMS, conforme se pode verificar a partir do cotejo entre os documentos de arrecadação estadual das competências de janeiro de 2006 a dezembro de 2007 e as declarações de apuração mensal do mesmo período, que comprovam o pagamento a mais, em razão de erro no preenchimento dos DAEs’.

De início, com relação ao parcelamento suscitado pelo impugnante, cumpre observar que o instituto do parcelamento tem a natureza jurídica de denúncia espontânea, motivo pelo qual afasta a possibilidade de responsabilização do infrator, portanto, de imposição de penalidade, desde que a denúncia seja acompanhada do pagamento do tributo devido e dos juros de mora.

Ocorre que, no presente caso, não vejo como considerar o parcelamento aduzido pelo impugnante como denúncia espontânea, haja vista que a formalização do processo de Parcelamento nº 850000.0775/10, se deu após o início da ação fiscal, o que afasta qualquer possibilidade de espontaneidade do ato. Ou seja, na denúncia espontânea o contribuinte identifica a infração e antes do início de qualquer procedimento fiscal ou medida de fiscalização, oferece denúncia espontânea da irregularidade, afastando assim a imposição de qualquer penalidade, conforme estabelece o art. 138, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, abaixo reproduzido:

“Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.”

Diante disto, considero correta a exigência referente aos meses abrangidos pelo parcelamento aduzido pelo impugnante.

Quanto à alegação defensiva de que nos meses de maio a julho de 2007, ocorreu a quitação mediante compensação operada na sua conta corrente do ICMS, também não vejo como prosperar a pretensão defensiva.

Isto porque, apesar de o contribuinte ter direito à restituição do valor pago a mais ou indevidamente, inexistente previsão legal para que tal compensação seja feita no lançamento de ofício.

Em verdade, nos casos de pagamento indevido em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação, o art. 112, §1º do RICMS/BA, autoriza o estorno ou anulação do débito, mediante utilização de crédito fiscal, nos termos do inciso VIII do art. 93, se o imposto já houver sido recolhido.

Contudo, nos termos do art. 113 do mesmo RICMS/BA, a escrituração fiscal do estorno ou anulação de débito será feita mediante emissão de documento fiscal, cuja natureza da operação será “Estorno de Débito”, consignando-se o respectivo valor no Registro de Apuração do ICMS, no último dia do mês, no quadro “Crédito do Imposto - Estornos de Débitos”.

Portanto, este é o procedimento autorizado pela legislação do ICMS e não a forma pretendida pelo defendente.

Assim sendo, considero correta a exigência fiscal referentes aos meses suscitados pelo impugnante como objeto de compensação.

Diante do exposto, a infração 01 é integralmente subsistente.

No que concerne à infração 04 - Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas-, verifico que consta no Auto de Infração na descrição da infração, que o autuado foi intimado em 02/03/2010 para regularizar as inconsistências apuradas nos seus arquivos magnéticos anteriormente enviados, tendo em 16/05/2010, atendido a intimação e enviado para a SEFAZ/BA, os arquivos que dizia estar regular, sendo constatado pela autuante que os valores estavam em conformidade com os livros fiscais do contribuinte.

Ocorre que, a autuante ao realizar a Auditoria de Estoque, entregou ao contribuinte o levantamento com as diferenças apuradas no “Levantamento Quantitativos de Estoque” para que analisasse antes de efetuar o lançamento no Auto de Infração, contudo, no dia 27/06/2010, o responsável pela empresa trouxe o levantamento com uma série de notas com informações divergentes do seu arquivo magnético, o que demonstrava que as informações prestadas nos arquivos não estavam corretas como deveriam, motivo pelo qual a autuante efetuou o lançamento do ofício desta infração.

Nos termos do artigo 708-A do RICMS/97, o contribuinte do ICMS usuário de SEPD para emissão de documentos fiscais e/ou livros fiscais, deverá entregar o arquivo magnético, referente ao movimento econômico de cada mês, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, devendo ser incluídos todos os registros exigidos pela legislação.

Já o § 4º do citado art. 708-A, determina que o arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético chancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.

Vale registrar que o arquivo magnético é recebido e submetido a teste de consistência, e por isso, a legislação prevê que a sua recepção pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, de acordo com o § 6º do mesmo artigo 708-A do RICMS/BA, abaixo transcrito:

“§ 6º A recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas”.

Independentemente da entrega mensal prevista no art. 708-A do RICMS/97, acima referido, o contribuinte também é obrigado a entregar, quando intimado, os referidos arquivos, conforme a previsão do art. 708-B, § 5º, do mesmo RICMS/97, in verbis:

“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.

(...)

§ 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.”

O que se verifica, no caso em exame, é que após a constatação de divergências apuradas nos diversos registros 50, 54, 74, referentes aos exercícios de 2006 e 2007, o contribuinte foi intimado (fls. 12/13.v), a corrigir as irregularidades apontadas, no prazo de 30 (trinta) dias, na forma do artigo 708, §5º, do RICMS/BA, tendo fornecido novos arquivos com os ajustes que, inclusive, confirmaram a totalização com os livros fiscais, conforme consignado pela autuante.

Ocorre que, apesar de o contribuinte ter atendido a intimação, o fato é que mesmo havendo correspondência entre os valores totalizados nos arquivos magnéticos e documentos fiscais, as notas fiscais apresentadas quando da análise do levantamento quantitativo de estoques, efetivamente, estavam com informações divergentes das existentes nos arquivos magnéticos, segundo o próprio impugnante, em decorrência de erro de conversão; erro de variedade do registro da mercadoria, etc.

Portanto, mesmo a alegação defensiva de inexistência de diferenças valorativas elidir a acusação fiscal decorrente de levantamento quantitativo de estoques – caso esta fosse a irregularidade apontada na autuação – certamente, reforça a acusação fiscal de existência de divergências entre os registros constantes nos arquivos magnéticos e as notas fiscais, significando dizer que tal irregularidade configura a não entrega do arquivo, consoante o artigo 708-B, § 6º, do RICMS/BA, infração esta passível da multa prevista no art. 42, XIII-A, alínea

“j” da Lei n. 7.014/96. Cumpre registrar que, o artigo 42, XIII-A, 'j' da Lei n° 7.014/96, teve a sua redação dada através da Lei n° 10.847 de 27/11/2007.

Entretanto, cabe-me observar que a autuante incorreu em equívoco ao consignar no Auto de Infração como datas de ocorrência os meses referentes ao período em que os arquivos deveriam ter sido entregues, quando deveria ter indicado nos campos “Data de Ocorrência” e “Data de Vencimento” a data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados, conforme, inclusive, o item 5. 1 da OTE-DPF-3005.

Diante do exposto, como o contribuinte tomou ciência da intimação em 02/03/2010 (fls. 12/13v.), retifico de ofício a data de ocorrência e vencimento da infração para 05/04/2010, contudo, mantenho a multa indicada pela autuante, prevista artigo 42, XIII-A, 'j' da Lei n° 7.014/96, com a redação dada através da Lei n° 10.847 de 27/11/2007, ou seja, 1% do valor das saídas, valendo observar que tal modificação não altera o valor originalmente exigido no Auto de Infração de R\$ 285.774,15.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido”.

Em razão da sucumbência imposta à Fazenda Pública em face da mudança da data de ocorrência dos fatos geradores para o primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo da intimação para apresentação dos arquivos magnéticos – infração 4, a 1ª JJF recorre de ofício da Decisão prolatada para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item “1”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n° 7.629/99, alterado pelo Decreto n° 7.851/00, com efeitos a partir de 10 de outubro de 2000.

Cientificados da Decisão de Primeira Instância, o contribuinte interpõe Recurso Voluntário tempestivo, colacionados às fls. 960 a 964, cujos termos são reiterados em manifestação às fls. 995/996.

Por primeiro, referentemente à infração 1 e a propósito do instituto da denúncia espontânea, sustenta que o referido instituto tem natureza jurídica distinta do parcelamento do débito tributário.

Afirma que em nenhum momento sustentou a ausência de responsabilidade em relação à infração, mas tão somente aduziu a tese de ilegalidade da mesma em virtude desta já ser objeto de parcelamento, estando, portanto, adimplente com suas obrigações fiscais. Nessa esteira, assevera que “*não requereu a denúncia espontânea*”, apenas ressaltou a impossibilidade da autuação no tocante aos lançamentos visto que sua tipificação incorria na dupla tributação pelo mesmo fato gerador.

Afirma que “*verifica-se, de logo, que o parcelamento aludido, e que abrange os períodos autuados de janeiro de 2006 a janeiro de 2007, ocorreu anteriormente ao Termo Inicial Válido de Ação Fiscal, razão pela qual sequer deveria constar do Auto de Infração que originou o presente Processo Administrativo Fiscal*”. Complementa dizendo que “*ainda que a Ação Fiscal tivesse sido iniciada anteriormente ao Parcelamento aderido pelo autuado, vê-se claramente que a autuação em discussão visa cobrar, indevidamente, o valor original do tributo*”.

Pugna pela “*correção*” das cobranças referentes aos períodos de janeiro de 2006 a janeiro de 2007, o que restaria como devido somente o valor da multa de ofício e não o próprio tributo.

No que se refere à infração 4, o recorrente se insurge contra a acusação fiscal dizendo que apresentou os documentos fiscais exigidos pela autuante, fato que por si só já deveria elidir a autuação.

Acrescenta que “*não se olvida aqui a existência de informações complementares prestadas pelo autuado, por razões já devida e exaustivamente demonstrada na já citada defesa. Ocorre, porém, que ainda que se cogite pela não observância a algum prazo para a correção destas, verifica-se que igualmente não seria cabível a aplicação de multa*”.

Transcreve trecho da Decisão impugnada para dizer que mesmo diante de erros de conversão e de variedade do registro da mercadoria, há correspondência nos entre os valores totalizados nos

seus arquivos magnéticos e documentos fiscais, valores esses que não se modificaram desde o primeiro envio dos mesmos documentos fiscais e arquivos magnéticos. Nessa esteira, aduz que as supostas inconsistências não implicaram em modificações da base de cálculo de modo que não é pertinente a aplicação da referida infração.

Ratifica que *“por outras palavras, não houve, após a suposta correção dos dados apresentados pelo autuado, modificação sensível para os fins de fiscalização, eis que as informações relativas aos valores das Notas Fiscais emitidas se mantiveram inalteradas. Assim sendo, não houve modificação da ordem dos fatos, conseqüentemente não houve prejuízo para o Erário Público a motivar a sanção estatal a ser movida em desfavor do autuado”*.

Por fim, conclui requerendo a improcedência das infrações 1 e 4 diante dos argumentos legais alegados.

A PGE/PROFIS, através de Parecer exarado pela Dra Maria Helena Cruz Bulcão, fls. 970 a 972, de plano, considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido, opinando pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário.

Quanto à alegação do autuado de que o fato de existir parcelamento do débito ter o condão de elidir a acusação fiscal - infração 1, a nobre Parecerista afirma que *“a ação fiscal já se encontrava em curso, quando o autuado requereu o parcelamento do débito. Neste sentido, retira-se a espontaneidade no recolhimento do tributo que deve ser exigido com os acréscimos legais decorrentes da lavratura do Auto de Infração”*. Transcreve parágrafo único do art. 138 do CTN.

No que se refere à infração 4, afirma que *“mesmo quando intimado, o contribuinte não procedeu a total regularização dos dados verificados como incorretos pelo preposto fiscal”*. Acrescenta que o autuado em sede de Recurso Voluntário também não apresentou qualquer prova para demonstrar a inexistência de irregularidade de modo que são alegações sem o condão de descaracterizar o trabalho fiscal.

Por fim, acrescenta que *“o contribuinte confessa a existência de irregularidades nos arquivos magnéticos apresentados, inobstante, entende que tais inconsistências não merecem sofrer incidência de multa em razão de não terem implicado em modificação da base de cálculo do tributo”*.

Na assentada do julgamento do dia 21.11.11, tendo em vista os esclarecimento da conselheira Osmira Freire, a representante da PGE/PROFIS, a ilustre procuradora Dr^a Maria José Ramos Coelho Lins de Albuquerque Sento-Sé, retificou o Parecer anteriormente exarado, opinado pela nulidade da infração 4, recomendando o refazimento do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário e de Ofício. O primeiro interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar o mesmo acórdão, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração. O segundo, interposto pelos julgadores da 1ª JFJ deste CONSEF tem por objeto reapreciar do Acórdão de nº 0022-01/11-A que impõe sucumbência da fazenda pública estadual em relação à infração de nº 4 na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA.

As infrações motivadoras do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte são as de números 1 e 4, e tratam, respectivamente, de: a) recolhimento a menos do ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do mesmo imposto; e b) não fornecimento de arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

Inicialmente, quanto à infração 1, o recorrente se insurge contra a Decisão de primeiro grau, basicamente, sustentando que há ilegalidade no lançamento dada a existência de parcelamento de

débitos que, ao menos em parte, diz respeito à exigência fiscal em apreço, o que, segundo o recorrente, ensejaria a dupla tributação em razão do mesmo ato gerador.

Diz que não requereu a denúncia espontânea de débitos tributários. Assevera que os institutos da denúncia espontânea e do parcelamento de débitos têm natureza jurídica distintas.

As razões recursais não encontram coincidência com os elementos trazidos ao presente PAF. Em que pese à contundência com que afirma que a ação fiscal teve início em momento posterior ao parcelamento referido pelo recorrente, verifico que a ação fiscal teve início ainda no primeiro mês de 2010 quando o recorrente foi intimado a apresentar livros e documentos, o que estabelece que o recorrente já se encontrava sob fiscalização quando procedeu ao primeiro recolhimento da parcela inicial do parcelamento que requereu, atendendo ao que dispõe o art. 26 do RPAF/99.

Ainda analisando a infração 1, o recorrente assevera que *“ainda que a ação fiscal tivesse sido iniciada anteriormente ao parcelamento aderido pelo autuado, vê-se claramente que a autuação em discussão visa cobrar, indevidamente, o valor original do tributo”*. Vale lembrar que ainda que quisesse, o fiscal autuante não poderia proceder da maneira desejada pelo recorrente, pois, se assim o fizesse estaria a contrariar a legislação, o que o sujeitaria às sanções cabíveis. De todo modo, uma vez confirmada a pertinência do parcelamento de débitos com a exigência aqui tratada, deve a recorrente requerer, pelas vias próprias, a homologação dos valores efetivamente recolhidos.

Por tudo isso, alinho-me à 1ª JF e à PGE/PROFIS, entendo que reparo nenhum merece a Decisão recorrida. (Caso o valor desse Auto de Infração, tenha alguma pertinência com o pedido de parcelamento, cabe a empresa pedir a homologação ao órgão competente).

Quanto à infração 4, discute-se a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória, pelo não fornecimento de arquivos magnéticos - artigos 686 e 708-B do RICMS. O recorrente se insurge contra a Decisão de primeiro grau aduzindo basicamente que houve a apresentação dos exigidos arquivos magnéticos.

As razões recursais têm fundamento no fato de que apesar de ter prestado informações complementares, eventualmente não observando os prazos determinados no RICMS, à aplicação da multa seria descabida na medida em que não houve prejuízo ao Erário Público que devesse motivar sanção estatal em seu desfavor, dado que *“... não houve, após a suposta correção dos dados apresentados pelo autuado, modificação sensível para os fins de fiscalização, eis que as informações relativas aos valores das Notas Fiscais emitidas se mantiveram inalteradas”*.

Em verdade o que se discute derredor da infração 4 não é o quanto deveria ser recolhido ou não ao erário, nem mesmo se havia algo a ser recolhido ou não. O que efetivamente se discute é o atendimento ou não de uma determinação legal atinente à apresentação ao fisco de arquivo magnético gerado pelo contribuinte, e que deveria conter informações que guardassem correspondência com os documentos fiscais do próprio contribuinte.

Há que se destacar que a autuante, quando descreve os fatos que deram azo à autuação, afirmou categoricamente que *“...Em 16/05/2010, a mesma enviou a esta SEFAZ os arquivos que dizia estar regular. Carregamos o Programa SVAM e constatamos que os valores totalizavam conforme seus livros fiscais. Fizemos então a Auditoria de Estoque”*. Ora, vê-se que a autuante afirma que os arquivos solicitados foram entregues e que os valores ali contidos guardam coincidência com os números encontrados nos livros fiscais da recorrente. Ressalte-se também que a partir da afirmativa da autuante, eventuais inconsistências ou ausências de números nos referidos arquivos magnéticos não mais foram apontados, o que, a princípio, sugere que o requerido arquivo estivesse íntegro, inexistindo a possibilidade da exigência da multa em discussão.

Não se discute que há inconsistências no arquivo magnético entregue pelo recorrente, porém, também não se discute que a representante não poderia prosseguir com a autuação sem que fosse o contribuinte cientificado das inconsistências verificadas em seus arquivos magnéticos. Em

assim sendo, entendo que não há a necessária segurança à manutenção da exigência fiscal, pois, maculada por vício insanável, não há como ser mantida. Infração 4 Nula.

Ante a tudo o quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte para julgar NULA a infração 4. Quanto ao Recurso de Ofício, em razão do julgamento pela nulidade da infração 4, resta prejudicado.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO								
Seq.	Inf.	Data Ocorrência	Data Vencimento	Alíq.	Valor Histórico	Valor Julgado-JJF	Valor Julgado-CJF	Multa
1	1	31/01/2006	09/02/2006	17	920,63	920,63	920,63	60
2	1	31/03/2006	09/04/2006	17	9.670,80	9.670,80	9.670,80	60
3	1	30/04/2006	09/05/2006	17	3.840,66	3.840,66	3.840,66	60
4	1	31/07/2006	09/08/2006	17	768,47	768,47	768,47	60
5	1	30/09/2006	09/10/2006	17	1.565,87	1.565,87	1.565,87	60
6	1	31/01/2007	09/02/2007	17	5.417,79	5.417,79	5.417,79	60
7	1	31/05/2007	09/06/2007	17	1.599,98	1.599,98	1.599,98	60
8	1	30/06/2007	09/07/2007	17	2.082,50	2.082,50	2.082,50	60
9	1	31/07/2007	09/08/2007	17	22,74	22,74	22,74	60
10	2	31/07/2006	09/08/2006	17	30,28	30,28	30,28	60
11	2	31/10/2006	09/11/2006	17	115,23	115,23	115,23	60
12	2	30/11/2006	09/12/2006	17	40,98	40,98	40,98	60
13	2	31/01/2007	09/02/2007	17	71,73	71,73	71,73	60
14	2	31/07/2007	09/08/2007	17	98,04	98,04	98,04	60
15	2	31/08/2007	09/09/2007	17	71,11	71,11	71,11	60
16	2	30/11/2007	09/12/2007	17	93,52	93,52	93,52	60
17	3	31/05/2006	09/06/2006	10	59,90	59,90	59,90	60
18	3	28/02/2007	09/03/2007	10	934,39	934,39	934,39	60
19	3	30/06/2007	09/07/2007	5	867,00	867,00	867,00	60
20	3	31/07/2007	09/08/2007	10	3.697,10	3.697,10	3.697,10	60
21	3	31/08/2007	09/09/2007	10	205,28	205,28	205,28	60
22	3	30/09/2007	09/10/2007	10	16,87	16,87	16,87	60
23	3	30/11/2007	09/12/2007	10	232,50	232,50	232,50	60
24	4	31/01/2006	09/02/2006	0	7.539,06	0,00	0,00	0
25	4	28/02/2006	09/03/2006	0	5.668,03	0,00	0,00	0
26	4	31/03/2006	09/04/2006	0	7.759,33	0,00	0,00	0
27	4	30/04/2006	09/05/2006	0	5.884,81	0,00	0,00	0
28	4	31/05/2006	09/06/2006	0	8.573,06	0,00	0,00	0
29	4	30/06/2006	09/07/2006	0	9.774,81	0,00	0,00	0
30	4	31/07/2006	09/08/2006	0	8.325,74	0,00	0,00	0
31	4	31/08/2006	09/09/2006	0	8.334,67	0,00	0,00	0
32	4	30/09/2006	09/10/2006	0	6.405,16	0,00	0,00	0
33	4	31/10/2006	09/11/2006	0	10.866,38	0,00	0,00	0
34	4	30/11/2006	09/12/2006	0	11.211,72	0,00	0,00	0
35	4	31/12/2006	09/01/2007	0	11.247,94	0,00	0,00	0
36	4	31/01/2007	09/02/2007	0	17.810,76	0,00	0,00	0
37	4	28/02/2007	09/03/2007	0	12.659,59	0,00	0,00	1
38	4	31/03/2007	09/04/2007	0	14.387,61	0,00	0,00	0
39	4	30/04/2007	09/05/2007	0	13.058,84	0,00	0,00	0
40	4	31/05/2007	09/06/2007	0	14.838,81	0,00	0,00	0
41	4	30/06/2007	09/07/2007	0	20.600,65	0,00	0,00	0
42	4	31/07/2007	09/08/2007	0	19.356,60	0,00	0,00	0
43	4	31/08/2007	09/09/2007	0	17.620,39	0,00	0,00	0
44	4	30/09/2007	09/10/2007	0	11.672,44	0,00	0,00	0
45	4	31/10/2007	09/11/2007	0	11.974,01	0,00	0,00	0
46	4	30/11/2007	09/12/2007	0	14.179,41	0,00	0,00	0
47	4	31/12/2007	09/01/2008	0	16.024,45	0,00	0,00	0
48	4	05/04/2010	05/04/2010		0,00	285.774,15	0,00	1
TOTAL					318.197,66	318.197,52	32.423,37	

VOTO EM SEPARADO (Quanto à infração 4)

Este voto em separado refere-se tão-somente à imputação 4 do Auto de Infração, objeto dos Recursos de Ofício e Voluntário interpostos.

Assinalo, preliminarmente, que comungo do entendimento do nobre Conselheiro Relator no que tange à nulidade desta imputação. Faço apenas, por oportuno, algumas pontuações.

Tal como descrito na imputação base do Auto de Infração, o Fisco indica a aplicação de multa em razão de falta de fornecimento de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das prestações, ou operações, realizadas.

Com a devida licença observo, conforme dados dos autos deste processo, que inicialmente a nobre autuante, em relação a esta imputação, conforme Termo de Intimação à fl. 11, concedeu ao contribuinte apenas cinco dias úteis para que o sujeito passivo, ora recorrente, apresentasse os arquivos magnéticos do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços - SINTEGRA com a devida retificação dos registros 74 dos meses de janeiro/2006, janeiro/2007 e dezembro/2007, prazo este inferior ao previsto regularmente para a correção de inconsistências nos mencionados arquivos magnéticos.

O prazo a ser concedido ao contribuinte pelo Fisco nesta situação de necessidade de correção de dado em arquivo magnético SINTEGRA é de trinta dias, conforme previsto no §5º do artigo 708-B do RICMS/BA. Esta irregularidade inicial do procedimento fiscal foi sanada, pelo Fisco, porque em seguida, conforme nova Intimação acompanhada de listagem diagnóstico respectivamente às fls. 12 e 13, a digna autuante novamente intimou o contribuinte, dessa vez concedendo o prazo regularmente previsto para a correção de inconsistências nos arquivos magnéticos, ou seja, trinta dias. Nesta segunda intimação a representante do Fisco apresenta ao autuado uma série de inconsistências detectadas nos arquivos magnéticos, ainda não listadas na primeira intimação.

Observo que em atendimento a essa segunda intimação o contribuinte apresentou os arquivos magnéticos, conforme registra a digna autuante na descrição desta imputação no Auto de Infração.

Porém o Fisco, de posse dos novos arquivos apresentados pelo contribuinte, não esclarece neste processo se nesses arquivos magnéticos, naquele momento da entrega em atendimento à intimação, já estavam corrigidas, ou não corrigidas, aquelas inconsistências apontadas na listagem diagnóstico que acompanhava a intimação de fls.13 e 14.

Uma vez que o Fisco não autuou o contribuinte naquela ocasião em seguida à entrega dos arquivos magnéticos, em razão da persistência de inconsistências naqueles arquivos então apresentados, e realizou auditoria utilizando esses arquivos entregues, não há certeza se aquelas inconsistências listadas pelo Fisco na Intimação às fls. 13 e 14, teriam sido sanadas.

O Fisco limita-se a dizer, na descrição dos fatos referentes à imputação 4 do Auto de Infração, que ao receber os arquivos magnéticos do sujeito passivo verificou dados de “totais” dos livros dos livros fiscais do contribuinte, e que então procedeu ao levantamento quantitativo de estoque. E que uma vez que o contribuinte, após exame do levantamento fiscal efetuado, pontuou equívocos no levantamento quantitativo de estoque que evidenciaram erros nos arquivos magnéticos, de fato estava comprovado que havia inconsistências nos arquivos magnéticos entregues após a intimação. Que, assim, os resultados da auditoria de estoque realizada com base em tais arquivos magnéticos incorretos não apresentavam confiabilidade, e foi aplicada a multa descrita na imputação, em razão das inconsistências dos arquivos magnéticos.

De fato, até onde percebo não resta dúvida quanto a que o contribuinte entregou ao Fisco arquivos magnéticos com inconsistências, e que por este motivo o resultado do levantamento quantitativo de estoque realizado não poderia subsistir, para efeito de exigência de crédito tributário ao contribuinte, pelo que neste aspecto agiu com acerto a autuante.

Porém, quais foram às inconsistências que teriam perdurado nos arquivos entregues pelo contribuinte em atendimento à segunda intimação? O Fisco não esclarece. Foram aquelas mesmas inconsistências que geraram intimação regular? Se foram as mesmas inconsistências, uma vez detectada a persistência de inconsistências nos arquivos magnéticos apresentados após a segunda intimação, ali naquele momento, sim, caberia a aplicação da multa indicada na imputação 4, e não a realização de auditoria com base em tais arquivos magnéticos.

Se as inconsistências não mais existiam, não cabe a aplicação de multa em razão de inconsistências que teriam sido corrigidas.

Se as inconsistências apontadas persistiam, não caberia a realização de qualquer roteiro de auditoria com base em arquivos magnéticos que o Fisco detectou que permaneciam incorretos.

Por este motivo, inexistente segurança, neste processo, quanto à devida correção das inconsistências apontadas pelo Fisco, em relação aos arquivos magnéticos, correção essa que o contribuinte afirma que realizou, ao que se contrapõe o Fisco.

Por outro lado o próprio contribuinte, inclusive em sustentação oral na sessão de julgamento do Recurso Voluntário interposto, afirma a existência de inconsistências nos arquivos magnéticos, mas inconsistências que não seriam aquelas apontadas pelo Fisco na intimação para a devida correção dos multimencionados arquivos.

É legalmente impossível, no atual estágio deste processo, que seja sanado o vício do procedimento fiscal, e por este motivo voto pela nulidade da imputação 4, por falta de certeza quanto à ocorrência da infração imputada, com base nos termos apontados pela Fiscalização.

Contudo, pelos dados deste processo, relatados também neste voto, considero prudente a realização de nova ação fiscal para verificação da regularidade dos dados dos arquivos magnéticos do contribuinte, inclusive considerando que o sujeito passivo alega que à época do lançamento fiscal havia de fato equívocos quanto a dados de seus arquivos magnéticos e que, por outro lado, a existência de dados incorretos nos arquivos magnéticos mostra-se tão flagrante que ensejou a falta de confiabilidade nos dados do levantamento quantitativo de estoque realizado com base nos mesmos, conforme prudentemente também ressaltou a nobre autuante.

Por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário interposto para declarar NULA a Infração 4.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 020747.0206/10-1, lavrado contra **S&M DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$32.423,37**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “b” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de novembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – VOTO EM SEPARADO

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE A. SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS