

A. I. Nº - 206881.0006/09-0
AUTUADO - SHERWIN - WILLIAMS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - EUGÊNIA MARIA BRITO REIS NABUCO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 15.03.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0021-02/11

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Fato não contestado. Infração reconhecida. **2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. a) OMISSÃO DE SAÍDAS.** Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas de mercadorias através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. No caso, o lançamento foi efetuado com base na diferença das quantidades de saídas de mercadorias, maior que a das entradas, a qual constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. **b) SAÍDAS DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. FALTA DE RETENÇÃO NA QUALIDADE DE CONTRIBUINTE SUBSTITUTO.** Infrações parcialmente elididas. **3. MULTA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. PERCENTUAL APLICADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO.** Comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes. Nesta condição é devida a aplicação da multa equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. Infração não caracterizada tendo em vista que na data dos fatos geradores não existia previsão legal para aplicação da multa. Item NULO. **4. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE SAÍDA DE MERCADORIA PARA PESSOA CONSIDERADA NÃO CONTRIBUINTE.** O débito apurado pela fiscalização decorre do fato de ter sido aplicada alíquota errada em operação interestadual para não contribuinte do ICMS. Infração reconhecida. **5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDA PARA CONTRIBUINTE ESTABELECIDOS NA BAHIA. a) FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. b) IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO.** Infrações reconhecidas. **6. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL.** Fato não impugnado. **7. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO**

INDEVIDA. a) MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedado o creditamento do imposto nas aquisições de mercadorias para uso e consumo. Infração não impugnada. b) IMPOSTO DESTACADO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE. Somente é admitido o crédito fiscal do valor corretamente calculado se o imposto for destacado a mais do que o devido no documento fiscal. Infrações reconhecidas. 8. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. De acordo com o art.708-B do RICMS/97 o contribuinte usuário de processamento de dados está obrigado a apresentar o arquivo magnético do SINTEGRA contendo informações das operações e prestações realizadas. Infração caracterizada, uma vez que não foi atendida a intimação para esse fim. Reduzido o valor da multa por erro na sua apuração. Rejeitadas as preliminares de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/12/2009, para exigência de ICMS e MULTA no valor de R\$152.000,76, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$5.436,65, nos prazos regulamentares, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no período de março a outubro de 2005, conforme Anexo I (fls.136 a 172).
2. Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$57.605,39, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque relativo ao exercício de 2005, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas tributáveis omitidas, conforme Anexo II (fls.174 a 263).
3. Falta de retenção do ICMS no valor R\$ 20.161,89, e o conseqüente recolhimento, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2005), conforme Anexo II (fls.174 a 263).
4. Multa percentual, no valor de R\$ 15.028,90, sobre o imposto que deveria ter sido recolhido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no período de abril de 2004 a dezembro de 2005, conforme Anexo III (fls.265 a 275).
5. Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$534,88, em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota

interestadual, nos meses de julho, outubro e novembro de 2004, março, setembro e dezembro de 2005, conforme Anexo IV (fls.277 a 430).

6. Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$635,57, em razão de erro na aplicação da alíquota nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de agosto de 2004, junho, julho e dezembro de 2005, conforme Anexo V (fls.432 a 433).
7. Deixou de recolher o ICMS retido, no total de R\$439,13, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no período de março, maio a novembro de 2005, conforme Anexo VI (fls.435 a 436).
8. Deixou de proceder a retenção do ICMS, no total de R\$8.039,49, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no período de junho, julho, outubro de 2004 a dezembro de 2005, conforme Anexo VII (fls.438 a 444).
9. Deixou de recolher o ICMS no valor de R\$344,11, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no mês de agosto de 2004, conforme Anexo VIII (fls.446).
10. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$518,25, no meses de janeiro e dezembro de 2005, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, conforme Anexo IX (fls.448 a 557).
11. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$2.018,84, nos meses de janeiro, março, abril novembro de 2004, janeiro, fevereiro, abril e setembro de 2005, em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, conforme Anexo IX (fls.559).
12. Deixou de fornecer arquivos em meio magnético exigido mediante intimação, referente às informações das operações ou prestações realizadas, no exercício de 2004, sendo aplicada a multa no valor de R\$ 41.237,66, equivalente a 1% sobre o montante das saídas mensais, conforme Anexo X (fls.559).

O autuado, através de seu representante legal, inicialmente, salientou a tempestividade de sua defesa constante às fls.572 a 587, esclareceu que tem como objeto social a fabricação e comercialização de tintas, vernizes e solventes, transcreveu todas as infrações, e declarou o seu acatamento quanto aos débitos que foram lançados no demonstrativo de débito, no total de R\$9.927,43 (valor principal), relativos às infrações 01; 05; 06; 07; 09; 10 e 11, tendo comprovado o devido recolhimento, conforme DAE à fl.44.

Como preliminar de mérito, com fundamento no § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional (CTN), arguiu a decadência dos créditos tributários relativos ao período de 01/01 a 31/12/2004 (parte dos itens 04, 08 e 12), por considerar que houve a notificação do lançamento apenas em 29/12/2009. Transcreveu a jurisprudência no âmbito judicial sobre esta questão.

Prosseguindo, quanto às infrações 02, 03, 04, 08 e 12, se insurgiu pelas razões de fato e de direito a seguir alinhadas.

INFRAÇÕES 02 E 03 (OMISSÃO DE SAÍDAS E FALTA DE RETENÇÃO)

Aduz que a fiscalização, ao lavrar o presente Auto de Infração, baseou-se em premissas equivocadas, e sem analisar a realidade do caso e acabou por entender que houve omissão de entradas e de saídas, fato que alega nunca ter existido, conforme notas fiscais que anexou para comprovar o quanto alegado (fls.766 a 2.470).

Afirmando que todas as mercadorias que entram e saem do estabelecimento autuado constam em nota fiscal, requereu a realização de perícia para que seja comprovada a nulidade, iliquidez, incerteza do trabalho da Fiscalização, (doc.617/746), pois houve erro de análise do autuante ao não considerar que os produtos vendidos por esta filial

sempre têm dois ou mais componentes que se tornam, no momento da venda, um único produto.

Alega que foram desconsiderados nos anos de 2004 e 2005, os saldos finais das mercadorias escrituradas no Registro de Inventários, entregue à fiscalização (doc.fls.748/749) imputando a quantidade “zero” para muitos produtos. Citou como exemplo, o produto denominado - *IPONDUR PRIMER EPOXI VERMELHO* – que diz possuir a quantidade de 48 unidades, não sendo computadas nenhuma quantidade. Para comprovar esta alegação diz que efetuou demonstrativo, selecionando exemplificadamente, os principais produtos apontados pela fiscalização que geraram as maiores diferenças, tendo em vista a quantidade relevante de produtos apontados.

Por conta desses argumentos, pede que seja novamente analisado o Registro de Inventário, para confirmar sua alegação defensiva.

Além disso, argumenta que a fiscalização não observou como são comercializados os produtos (tintas especiais), incorrendo em erro em relação a operação da empresa.

Comenta sobre o tempo de existência da empresa e as inovações tecnológicas no segmento de revestimentos anticorrosivos introduzidas no mercado brasileiro desde 1976.

Explica que muitos dos produtos comercializados pela sua Filial Sumaré, da qual o estabelecimento autuado faz parte, possuem uma característica especial, qual seja, são bi ou tri-componentes, isto é, são formados pela junção de dois e três produtos entregues separadamente aos clientes, e que não podem ser vendidos em uma única embalagem, pois somente poderão ser misturados pelos clientes quando da respectiva aplicação ou utilização no equipamento ou instalação. Juntou Laudo Técnico (doc.06) para mostrar as características peculiares dos produtos comercializados.

Aduz que não foi considerado que muitas das notas fiscais informadas não constavam todos os itens ou componentes efetivamente vendidos pela empresa, mas tão somente um único componente ou do nome comercial do produto, ou seja, foi considerado que os outros itens ou componentes vendidos nas mesmas notas fiscais não entraram ou saíram do estabelecimento, gerando as diferenças apontadas.

Chama a atenção de que nas notas fiscais juntadas à sua defesa, os produtos bi-componentes, tri-componentes ou kits são descritos nas notas fiscais em itens separados, devidamente mencionados e totalizados para fins de cálculo do ICMS.

Assevera que como os fiscais não fizeram a comparação dos dados constantes nos arquivos magnéticos e nos livros de registros fiscais, com aqueles constantes efetivamente nas respectivas notas fiscais, requer, mediante diligência, a sua análise, como medida de busca da verdade material do processo administrativo.

Infração 04 (ANTECIPAÇÃO PARCIAL NÃO RECOLHIDA – MULTA).

Sobre este item, o defendente alega que não é devida a multa pela falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, tendo em vista que não ocorreu aquisição de mercadorias para comercialização, e sim transferência de produtos entre estabelecimentos da mesma empresa, ou seja, da Filial de São Paulo para a Filial de Laura de Freitas, além de que os geradores de 30/04 a 30/11/2004, por terem ultrapassado 05 anos, foram atingidos pela decadência.

Infração 08 (FALTA DE RETENÇÃO NAS VENDAS INTERNAS).

Considerou indevida a exigência fiscal relativa aos fatos geradores ocorridos no período de 30/06 a 28/12/2004, por entender que para este período ocorreu o instituto da decadência.

Além disso, diz que as vendas dos produtos ocorreram para consumidor final.

Ressalta que apesar das mercadorias serem “tintas”, arroladas no Convênio ICMS 74/94 que

trata do ICMS-ST, os produtos comercializados pelo estabelecimento não se enquadram nessa situação, tendo em vista a utilização a ser dada pelos clientes, qual seja, foram vendidos para consumidores finais.

Esclarece que os produtos da empresa, da qual faz parte a filial de Lauro de Freitas, são destinados à proteção anticorrosiva, para vários seguintes tipos de utilização, entre eles: pintura de superfícies de aço carbono expostas a ambientes de baixa, média e alta agressividade; pintura de superfícies de concreto, alvenaria, telhas de fibrocimento; pintura de superfícies de aço galvanizado, aço inoxidável, alumínio ou outros metais não-ferros; pintura de superfícies de fiberglass; pintura de pisos industriais; pintura interna de tanques e tubulações; pintura de painéis e instrumentos elétricos; pintura de azulejos, etc.

Informa que tais produtos são vendidos, em sua essência, diretamente para os utilizadores ou consumidores finais, muitos deles para utilizarem os produtos em seus respectivos processo de industrialização, não sendo vendido a revendedores comerciantes, varejistas ou atacadistas, de tintas, não ocorrendo, dessa forma, uma posterior operação subsequente de comercialização desses produtos.

Invoca o § 7º do art. 150 da Lei Maior, para argüir que a substituição tributária pressupõe a ocorrência de operação posterior, e comenta que a substituição tributária inclui-se no que se costuma denominar sujeição passiva indireta, e que o art. 128 do Código Tributário Nacional (CTN) dispõe que a lei pode atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo a esta em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Frisa que no caso presente, não ocorreu uma posterior operação subsequente de comercialização dos produtos, tendo em vista que as mercadorias adquiridas pelos clientes arroladas no levantamento fiscal destinaram-se ao seu uso e consumo, não se sujeitando às regras de cálculo e recolhimento do ICMS/ST, conforme documentos às fls. (doc. 08).

Infração 12 (FALTA DE ENTREGA DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS)

Sustenta que não é devida a multa deste item, posto que a Fiscalização recebeu da empresa toda a documentação exigida.

Recorreu ao instituto da decadência, para argüir que os fatos geradores do mês de janeiro a dezembro de 2004, foram atingidos pela decadência.

Alega que houve a entrega dos arquivos magnéticos do período de junho a dezembro de 2004, e visando a redução ou cancelamento, pede uma revisão do valor da multa aplicada, sob alegação de que não pode a base de cálculo ser o período de janeiro ao último dia do mês do exercício citado, entendendo que o cálculo deve ser mensal.

Por fim, requer:

- a) A extinção do crédito tributário, nos termos do inciso I, do artigo 156 do Código Tributário Nacional, referente aos itens 01; 05; 06; 07; 09; 10 e 11, tendo em vista o pagamento integral, consoante demonstra a guia de recolhimento anexa.
- b) A anulação de parte do Auto de Infração (01/2004 a 12/2004) por ter ocorrido a decadência, consoante determina o inciso V, artigo 156 do Código Tributário Nacional.
- c) A anulação do item 02 e 03, visto não ter a Impugnante omitido nenhuma entrada ou saída, conforme demonstrada no arrazoadado e na documentação colacionada.
- d) A anulação do item 04 pelo motivo de que não houve aquisição de mercadoria e, sim, transferência de estabelecimento da Filial de Sumaré para Filial de Lauro de Freitas, não incidindo deste modo antecipação parcial de ICMS.

- e) A anulação do item 08 pelo motivo de que não há incidência de ICMS/ST quando ocorre venda para consumidor final.
- f) A anulação do item 12, por ter sido entregue a documentação solicitada, estando totalmente equivocada a base de cálculo da penalidade indevidamente aplicada.
- g) O deferimento de perícia para que possa ser analisada a documentação carreada na defesa, a fim de buscar a verdade material.
- h) O deferimento da juntada posterior das notas fiscais referentes ao item 03 do Auto de Infração, conforme planilha anexa que discrimina todas as notas fiscais a serem futuramente colacionadas aos autos.
- i) O deferimento da juntada posterior das notas fiscais referentes aos itens 4 e 8 do Auto de Infração, para comprovar sua alegação defensiva.

Na informação fiscal às fls.2.472 a 2.484, quanto a arguição de decadência, a autuante diz que não procede tal arguição, por entender que quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo e o Fisco atua no sentido de recuperá-las mediante lançamento de ofício, ou seja, por meio de Auto de Infração, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no art. 173 inciso I do Código Tributário Nacional, bem como no art. 965 inc. I do RICMS/Ba aprovado pelo Decreto n. 6.284/97, que estabelece que “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”, e não o foi pelo sujeito passivo.

Considerou equivocado o entendimento do autuado ao afirmar que houve a extinção do crédito tributário com base no parágrafo 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, pois tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, o qual, depois de decorridos os cinco anos previstos legalmente, são aceitos, pelo sujeito ativo da relação tributária.

Observa que os fatos geradores ocorreram no período de janeiro a dezembro de 2004, e o prazo para a constituição do crédito se extinguiria no dia 01/01/2010. Como o presente Auto de Infração foi lavrado no dia 29/12/2009, não pode se configurar a decadência para o lançamento do tributo.

Frisa que o CONSEF em suas decisões tem mantido o mesmo entendimento, tendo manifestado em inúmeros Acórdãos, que se o autuado deixou de recolher o ICMS por não ter lançado corretamente, fica caracterizado que não ocorreu o lançamento antecipado do imposto.

Por conta disso, chama a atenção de que o pedido de nulidade com base nas alegações do autuado carece de consistência e não está previsto nos dispositivos regulamentares notadamente o art. 18 do RPAF/99, e sua afirmação de que recolheu regularmente os tributos devidos é desprovida de veracidade, pois o mesmo cometera diversas infrações como ficou demonstrado no presente auto de infração.

No mérito, quanto as infrações 02 e 03, aduz que ao imputar a falta de recolhimento do ICMS pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis bem como de mercadorias sujeitas a substituição tributária, apuradas através de levantamento quantitativo de estoques, pretendeu demonstrar à luz dos documentos fiscais, que o contribuinte vendeu mercadorias tributáveis sem a correspondente emissão de notas fiscais e a conseqüente escrituração no livro fiscal próprio, tendo como respaldo legal o RICMS/BA aprovado pelo Decreto n. 6.284/97 com multas prevista no art. 42 inc. II alínea “e” e III da Lei n. 7.014/96.

Destaca que para instruir o presente processo foram anexados aos autos os demonstrativos que detalham as infrações cometidas, ou seja, os Demonstrativo de Cálculo das Omissões (fls.174 à 179), os Demonstrativos das Saídas de Mercadorias Tributadas Maior que a de Entradas bem como o Demonstrativo da Substituição Tributária – Falta de Retenção (fls. 180 à 187), e os levantamentos analíticos das Entradas, Saídas, Preço Médio (fls. 188 à 229), e as fotocópias dos

Livros Registro de Inventário com os estoques inicial e final (fls. 230 à 263), tendo sido dado cópias ao autuado dos citados demonstrativos e dos arquivos eletrônicos (fl. 561 à 563).

Rebateu a alegação defensiva de que não foram verificados os documentos fiscais do estabelecimento, argüindo que conforme se pode comprovar através das fotocópias dos Termos de Intimação (fls. 13 à 15) e de Arrecadação (fls. 132 à 134), foram arrecadados os livros e documentos fiscais inclusive notas fiscais de entradas e saídas que serviram de base para o levantamento de estoque, tendo sido o mesmo elaborado com base nos arquivos magnéticos do contribuinte, que espelham as suas notas fiscais de entradas e saídas e os livros Registro de Inventário.

Observa que também não procede a afirmação do autuado de que o levantamento fiscal está totalmente equivocado, pois se observa nos Demonstrativos do Cálculo das Omissões anexo, fls. 174 à 179 que, do universo dos itens escolhidos, diversos não foram encontradas diferenças.

Com relação ao argumento do autuado de que não foram considerados os dados efetivos do livro de inventário do total dos itens levantados, a autuante diz que tal alegação não procede, conforme se pode verificar nos Livros Registro de Inventário cujas fotocópias foram anexadas ao processo (fls. 230 à 263), exceto quanto ao estoque inicial do item IPUNDUR PRIMER EPOXI VER (Código 12108701) tendo sido retificado o levantamento de estoque e incluído 48 unidades, reduzindo a omissão de entradas de 328 para 21 unidades.

Explica que após exame da documentação anexada pelo autuado retificou o procedimento fiscal, não havendo, portanto, omissões quanto aos itens abaixo discriminados, conforme novo Demonstrativo de Estoque anexo:

<u>CÓDIGO</u>	<u>PRODUTO</u>
11200701	SUMAZINC 278 CINZA COMP. A
12291603	SUMADUR 120 COMP. B
13090101	SHER-TILE HS PRIMER BR COM. B
13820101	PHENICON AC BR CINZA 20 COMP. A
13895106	PHENICON BR COMP. B
33690010	SUMADUR 258 WB COMP. B

Diz que retificou o procedimento fiscal quanto aos itens abaixo relacionados que constavam no levantamento de estoque como omissão de saídas, passando para omissão de entradas após verificação na documentação anexada na defesa, conforme novo Demonstrativo de Estoque dos itens de mercadorias a seguir discriminados:

<u>CÓDIGO</u>	<u>PRODUTO</u>	<u>O. SAÍDA</u>	<u>O. ENTRADA</u>
13495301	SUMASTIC 228 AR COMP. B	789 UN	136 UN
18590008	SUMATANE HBS COMP. B	696 UN	133 UN
13090201	SHER TILE HS ACB BR COMP B	321 UN	02 UN
18790008	SUMATANE 355 COMP. B	5.764 UN	175 UN
11103801	ZINC. CLAD 61 BR CZ ESV. C. B	528 UN	169 UN
14281504	ADMIRAL 259 FILLER COMP. B	927 UN	16 UN
19491710	CATALIZADOR P/ SUMATERM	330 UN	36 UN
230900004	SUMADUR 2628/2630 CP. B	3.348 UN	105 UN
18090006	SUMATINE HS BR COMP. B	2.178 UN	28 UN

Também retificou o procedimento fiscal quanto ao item abaixo relacionado, com a redução da omissão de saídas após verificação na documentação anexada, conforme novo Demonstrativo de Estoque anexado e descrição a seguir:

<u>CÓDIGO</u>	<u>PRODUTO</u>	<u>O. SAÍDA</u>	<u>O. SAÍDA REAL</u>
13496504	SUMASTIC 265 COMP. B	1577 UN	7 UN

Com relação ao item L.ESM BR PR 700M N1 (Código 14270001) que constava do levantamento fiscal como omissão de entradas de 69 unidades, retificou o procedimento fiscal conforme relação das notas fiscais de saída e fotocópias das respectivas notas fiscais anexadas pelo autuado em sua defesa às folhas n. 671 à 746.

Frisa que tendo em vista que o autuado verificou os produtos de maior relevância, inclusive apresentando provas materiais, não deve prosperar o pedido de revisão fiscal, pois caberia ao mesmo a apresentação de todas as provas se existentes, conforme preceitua o art. 8º. Inc. IV e parágrafo 1º do RPAF/BA aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Por conta dessas retificações, informa que o total do débito da infração 02 fica reduzido de R\$57.605,39 para R\$20.041,39, bem como a infração 03 de R\$20.161,89 para R\$7.014,46, conforme novos Demonstrativos de Estoque anexados.

Quanto a infração 04, a autuante esclareceu e ponderou que:

“A) Na presente infração, é atribuída ao sujeito passivo a multa percentual sobre o valor do imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às transferências de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, com saída posterior tributada normalmente, conforme dispõe o art. 352-A do RICMS aprovado pelo Decreto n. 6.284/97. Assim, todo contribuinte que adquira de outros estados da Federação produtos a serem comercializados na Bahia, passam a ficar obrigados a antecipar o pagamento do imposto devido relativamente à comercialização posterior das mercadorias.

B) O instituto da antecipação tributária parcial decorre de previsão legal, qual seja a Lei n. 8.967 de 29 de dezembro de 2003, que se encontra válida e em pleno vigor no ordenamento jurídico, tendo sido regulamentada pelo Decreto n. 8.969 de fevereiro/2004.

C) Diante do exposto, e sendo a autuada réu confesso, pois afirma em sua defesa ter deixado de recolher a antecipação parcial, quando adquiriu por transferência mercadorias para comercialização, e com base nos demonstrativos anexos fls. 263 a 269, mantenho integralmente esse item do auto de infração.”

Sobre a infração 08, a autuante não concordou com a defesa de que as operações foram para consumidor final, pois conforme consta do processo anexo às fls. 443 e 444 (INC – Informações do Contribuinte), a infração refere-se na sua totalidade a vendas para uma empresa (FE COMERCIAL – Inscrição Estadual n. 55.001.964) que tem por atividade econômica o comércio varejista de materiais de construção não especificado anteriormente (CNAE 4744005).

Com relação a infração 12, foi esclarecido que a aplicação da multa de 1% sobre o valor total das operações de saídas verificadas no exercício de 2004 decorre do fato de que o autuado é usuário do Sistema Eletrônico de Processamento de Dados – SEPD para emissão de notas fiscais e escrituração de livros fiscais, tendo deixado de entregar à fiscalização os arquivos magnéticos relativos aos meses de janeiro/2004 a maio/2004, conforme extrato do SCAM – Sistema e Controle de Arquivos Magnéticos anexo fls. 110 a 131, tendo sido regularmente intimada, anexo fls. 15 a 84, a aplicada a multa prevista no art. 42 XIII-A “j” da Lei n. 7.014/96.

Salienta que a SEFAZ não obriga a utilização do sistema SEPD, tendo sido uma opção do autuado, que passou a ficar sujeito às condições gerais e específicas para esse uso, impostas por Lei. Observa que o art. 683 do RICMS/97 estabelece a possibilidade de o contribuinte utilizar sistema eletrônico de processamento de dados, sendo que, as condições específicas quanto a manutenção e ao fornecimento do arquivo magnético estão disciplinadas no art. 686 parágrafo 5º do RICMS/97. Contudo no art. 708-B, do mesmo regulamento, resguardou os interesses da SEFAZ ao prever que o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético quando intimado.

Justifica que houve infração ao art.708-B, porque o contribuinte, foi intimado e não apresentou o arquivo magnético a esta fiscalização.

Quanto ao valor da multa aplicada, esclarece que foi levado em consideração o valor total das vendas do exercício de 2004, devendo a mesma ser calculada pelo valor total das vendas dos meses em que deixou de apresentar os arquivos magnéticos. Por conta disso, diz que a multa fica alterada de R\$41.237,66 para R\$14.349,14, conforme demonstrado a seguir:

<u>MÊS/ANO</u>	<u>VLR. VENDAS</u>
01/2004	322.913,68
02/2004	286.977,18
03/2004	262.754,33
04/2004	337.304,47
05/2004	224.965,95
TOTAL VENDAS	1.434.915,50
MULTA 1%	14.349,14

Concluindo, ratificou parcialmente o procedimento fiscal com a redução do valor total do débito referente a infração 02 de R\$57.605,39 para R\$20.041,39; a infração 03 de R\$20.161,89 para R\$7.014,46; e a infração 12 de R\$41.237,66 para R\$14.349,14, restando o total do débito do presente auto de infração reduzido de R\$152.000,76 para R\$74.400,82, conforme novo Demonstrativo do Débito anexado às fls.2.487 a 2.491.

O sujeito passivo foi cientificado dos novos elementos acostados ao processo, conforme intimação à fl.2.523, tendo o sujeito passivo se manifestado às fls.2.527 a 2.534, pelos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos.

Diz que a autuante não opinou pela extinção do crédito tributário relativo aos itens 01, 05, 06, 07, 09, 10 e 11, e reiterou em preliminar seu pedido de decadência do período de 01/10 a 28/12/2004, pois a notificação do lançamento ocorreu em 29/12/2009, ultrapassando 05 anos.

No mérito,

Infrações 02 e 03

Apesar de pedir para que seja acatada a conclusão da autuante em sua informação fiscal no sentido da redução do débito de R\$57.605,39 para R\$20.041,39, e de R\$20.161,89 para R\$7.014,46, continua argüindo que não foi examinada toda a documentação do período fiscalizado, pois não foi observada a forma de comercialização dos produtos, constante no Laudo Técnico e dos outros documentos juntados à impugnação, pelo que requer a realização de perícia.

Reafirma que os produtos vendidos pelo estabelecimento sempre tem dois ou mais componentes que tornam, no momento da venda, em um único produto.

Volta a comentar sobre a desconsideração de dados efetivos constantes no Registro de Inventários, relativos aos saldos finais das mercadorias, para as quais, a fiscalização imputou a quantidade “zero” para muitos produtos.

Repete que não foi computada nos anos de 2004 e 2005, a quantidade 48 unidades do produto denominado - *IPONDUR PRIMER EPOXI VERMELH*, constante no estoque final que se encontra escriturada no Registro de Inventários, e discordou do resultado apurado na informação fiscal, que retificou a omissão de entradas de 328 para 21 unidades.

Assim, assevera que devem ser analisadas as provas colacionadas ao processo, em especial o Laudo Técnico e o Registro de Inventários, pois foram desconsideradas todas as quantidades do citado livro.

Pede que seja acolhida a informação de que não houve omissão em relação aos produtos: SUMAZINC 278 CINZA COMP.A; SUMADUR 120 COMP.B; SHER-TILES HS PRIMER BR COMP. B; PHENICON AC BR CINZA 20 COMP.A; PHENICON BR COM.B; E SUMADUR 1258 WB COMP.B.

Quanto a manutenção da omissão em relação às demais omissões, requer uma revisão

fiscal para verificar que os produtos são formados por bi-componentes ou tri-componentes.

Infração 04

Reitera que não é devida a multa pela falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, pois as operações são de transferências entre estabelecimentos do mesmo titular.

Infração 08

Reiterou sua argumentação constante na defesa inicial, no sentido de que não ocorreu uma posterior operação subsequente de comercialização dos produtos, tendo em vista que as mercadorias adquiridas pelos clientes arroladas no levantamento fiscal destinaram-se ao seu uso e consumo, não se sujeitando às regras de cálculo e recolhimento do ICMS/ST.

Infração 12

Salienta que a autuante na informação fiscal acolheu suas razões defensivas, tanto que reduziu o valor da multa para R\$ 14.349,14, valor esse, que pede ao órgão julgador que acolha parte da informação fiscal, observando a sua arguição de decadência.

Por fim, reafirma seus pedidos anteriores, e requer a procedência parcial da autuação.

Às fls.2.537 a 2.540, a autuante se manifesta sobre o arrazoadado defensivo, mantém os termos e cálculos apresentados na Informação Fiscal às folhas n. 2.472 a 2.521, ratificando o valor total do débito do presente Auto de Infração para R\$74.400,82, e tece as seguintes considerações.

Quanto a arguição de decadência das infrações 02, 03, 04, 08 e 12, a autuante mantém os mesmos termos de informação fiscal anterior.

No mérito, em relação às infrações 02 e 03, observa que o autuado acatou os novos demonstrativos de estoque anexos às folhas 2.492 a 2.522, constante da Informação Fiscal com a redução do imposto cobrado, se limitando a negar o cometimento das infrações em relação aos demais itens de mercadorias, não anexando os meios de prova, para demonstrar a veracidade de suas alegações.

Rebateu a alegação defensiva de que o levantamento fiscal está totalmente equivocado, pois nos Demonstrativos do Cálculo das Omissões anexo fls. 174 à 179 em diversos itens de mercadorias escolhidos não foram encontradas diferenças, cuja divergência de interpretação quanto a alguns itens no levantamento das saídas, já foi corrigido na Informação Fiscal e acatado pelo autuado.

Sustenta que não procede o argumento do autuado de que não foram considerados os saldos finais de muitas mercadorias, tendo sido lançado no levantamento de estoque as quantidades como zero, conforme pode ser verificado no livro Registro de Inventário cujas fotocópias foram anexadas ao processo (fls. 230 à 263). Além disso, diz que o autuado não identificou em sua manifestação a quais mercadorias se refere.

Quanto ao item IPUNDUR PRIMER EPOXI VER (Código- 12108701) diz que na Informação Fiscal foi retificado o levantamento de estoque e incluído 48 unidades no estoque inicial, reduzindo a omissão de entradas de 328 para 21 unidades. Com relação a alegação não houve qualquer omissão desse item, nada foi apresentado para comprovar tal afirmativa.

Diz que o autuado verificou os produtos de maior relevância, inclusive apresentou em sua defesa provas materiais, e por isso, não deve prosperar o pedido de revisão fiscal, pois caberia a mesma a apresentação de todas as provas se existentes.

No que concerne à infração 04, manteve a autuação nos termos constantes na informação fiscal anterior.

Quanto à infração 08, reiterou os argumentos constantes de sua informação fiscal, uma vez que o autuado não trouxe ao processo nenhum fato novo, arguindo que o fato gerador da substituição tributária não ocorreu, visto que as mercadorias adquiridas pelos seus clientes se destinavam para

uso e consumo, não procedendo tal afirmação.

Por último, em relação à infração 12, frisa que o autuado em sua manifestação acatou o novo demonstrativo constante da informação fiscal, porém, considerou incabível o pedido de decadência argüido em relação a este item.

Conclui mantendo o seu procedimento fiscal pela procedência da autuação.

VOTO

Analisando a preliminar de decadência dos fatos geradores ocorridos em 01/01/2004 a 31/12/2004 (parte dos itens 04, 08 e 12), observo que não assiste razão ao defendente, uma vez que, segundo o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

Já o parágrafo único do mesmo artigo reza que "o direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento".

Ou seja, o entendimento no âmbito do CONSEF é de que a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o fisco tem 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.

No presente caso, o Auto de infração foi lavrado em 29/12/2009 e neste mesmo dia foi levado à ciência do autuado, conforme assinatura do representante legal da empresa à fl.02, e consequentemente os procedimentos que deram início a fiscalização ocorreram, também, antes do 31/12/2009, através das diversas intimações constantes no processo. Logo, para o crédito tributário vencido nos citados períodos, considerando-se que o lançamento ocorreu em 29/12/2009, a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01/01/2004, findando-se em 31/12/2009.

Quanto aos aspectos formais, depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art.39 do RPAF/99, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos efetuados pela autuante às fls.31 a 113-A.

Os citados documentos, representados por demonstrativos, levantamentos, documentos fiscais e esclarecimentos, constantes nos autos são suficientemente esclarecedores e servem como elemento de prova das infrações imputadas ao autuado, e permitiram ao sujeito passivo exercer com plenitude o seu direito de defesa apontando eventuais erros no trabalho fiscal.

Rejeito o pedido de diligência e perícia, a fiscal estranho ao feito, formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos de minha convicção e, além disso, tal providência é desnecessária em vista das outras provas produzidas, de acordo com o artigo 147, inciso I, alínea "a" e inciso II, alínea "b", do RPAF/99. Ademais, acorde o artigo 145, do RPAF/99, "o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade", o que não foi feito pelo contribuinte em sua peça de defesa.

No mérito, verifico que o autuado reconheceu como devido o débito no montante de R\$9.927,43, relativo às infrações 01; 05; 06; 07; 09; 10 e 11, tendo comprovado o devido recolhimento,

conforme DAE à fl.44 e relatórios extraídos do SIGAT Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária às fls.2.542 a 2.548.

Portanto, o autuado ao efetuar o pagamento das infrações citadas, reconheceu o lançamento tributário a elas inerentes indicados no presente Auto de Infração, o que torna subsistentes tais infrações, devendo, por isso, ser atendido o pedido do sujeito passivo no sentido de que sejam declaradas extintas por pagamento tais itens do auto de infração.

Quanto às infrações 02, 03, 04, 08 e 12, na análise da peças processuais, verifico que todas as infrações imputadas ao sujeito passivo estão devidamente demonstradas e apoiadas nos respectivos documentos fiscais, através dos quais é perfeitamente possível chegar às seguintes conclusões.

Infração 02 e 03

Quanto ao item 02, o fato descrito no auto de infração faz referência à falta de recolhimento do ICMS, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque relativo ao exercício de 2005, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas tributáveis omitidas.

Pelo lançamento do item ora em discussão exige-se ICMS, face a constatação de omissão de saídas de mercadorias apurado através de levantamento quantitativo de estoques, e encontra-se devidamente demonstrado às fls.174 a 179, no qual, constam especificadas e relacionadas as quantidades das entradas e das saídas e o número dos respectivos documentos fiscais; os estoques inicial e final, o demonstrativo de estoque, e a demonstração de apuração do débito .

O cálculo do débito da infração foi feito em perfeita conformidade com a Portaria nº 445/98, qual seja, com base nas operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas.

O levantamento que resultou na autuação fiscal é composto de diversos quadros demonstrativos que explicitam todo o trabalho realizado, nos quais o Fisco especifica o produto objeto da exigência fiscal, bem como as quantidades, e os demais dados necessários e considerados, e se baseia nas notas fiscais de entradas e saídas, nos livros de Registro de Entradas e Saída, no Registro de Inventário, conforme seguintes demonstrativos corrigidos: Demonstrativo de Cálculo das Omissões (fls.174 à 179), os Demonstrativos das Saídas de Mercadorias Tributadas Maior que a de Entradas; Demonstrativo da Substituição Tributária – Falta de Retenção (fls. 180 à 187), e os levantamentos analíticos das Entradas, Saídas, Preço Médio (fls. 188 à 229), e as fotocópias dos Livros Registro de Inventário com os estoques inicial e final (fls. 230 à 263), tendo sido dado cópias ao autuado dos citados demonstrativos e dos arquivos eletrônicos (fl. 561 à 563).

E, foi com base nesse procedimento que restou constatada omissão de saídas de mercadorias tributadas, sendo exigido o imposto de acordo com o que preceitua a Portaria nº 445/98.

Portanto, em razão de sua natureza objetiva e matemática, a contestação do levantamento quantitativo deve ser feita mediante indicação precisa dos erros detectados e/ou apresentação de novo levantamento evidenciando e justificando as diferenças encontradas.

Na defesa foi alegado que inexistiu omissão de entrada e de saída, tendo juntado como elemento de prova as notas fiscais colacionadas à peça defensiva.

Observe que a autuante em sua informação fiscal acolheu as alegações do autuado, e após o exame da documentação anexada à defesa, retificou o procedimento fiscal, constatando que vários itens deixaram de existir omissão, e alguns itens que constavam no levantamento de

estoque como omissão de saídas, por força das alterações procedidas na auditoria de estoques, passaram para omissão de entradas, resultando no seguinte: a infração 02 fica reduzida de R\$57.605,39 para R\$20.041,39, bem como a infração 03 de R\$20.161,89 para R\$7.014,46, por ser uma consequência desta.

Mantenho o lançamento dos itens em comento, nos valores corrigidos na informação fiscal, pois a metodologia de apuração do débito obedeceu ao roteiro de auditoria de estoques, e o débito foi calculado seguindo os procedimentos previstos na Portaria nº 445/98, e o autuado ao tomar ciência das alterações procedidas pela autuante não demonstrou, em relação às demais omissões, as alegações de que os produtos são formados por bi-componentes ou tri-componentes, inclusive a documentação apresentada para comprovar os alegados erros no seu sistema fiscal, em particular nos estoques, não foram convincentes.

Infração 04

Quanto a este item, relativo a aplicação de multa percentual sobre o imposto que deveria ser pago por antecipação parcial, o sujeito passivo alega não ser devido a multa aplicada, sob o fundamento de que não ocorreu aquisição de mercadorias para comercialização, e sim transferência de produtos entre estabelecimentos da mesma empresa.

Não acolho a razão defensiva do autuado por não encontrar amparo na legislação tributária.

A obrigatoriedade da antecipação parcial existe desde 1º/03/2004, de acordo com o estabelecido pela Lei 8.967/2003 e Decreto 8.969/2004 que instituiu a cobrança parcial do imposto nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização.

Esta forma de cobrança do ICMS, consiste na Antecipação do Imposto, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna (17%) e a interestadual, nas entradas (compras) de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, adquiridas de fora do estado da Bahia para comercialização.

A Antecipação parcial incide sobre todas as mercadorias adquiridas de outro estado, *inclusive a título de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa*, exceto mercadorias isentas, imunes, destinadas ao ativo fixo ou uso/consumo da empresa, que sejam enquadradas na Substituição Tributária (seja por antecipação total ou retenção), que possuam alíquota interna de 7% (a exemplo de cesta básica), e mercadorias não destinadas à comercialização.

Portanto, todo comerciante, nas entradas interestaduais de mercadorias para comercialização, independente do regime de apuração, seja contribuinte Normal, Micro Empresa, Pequeno Porte, Ambulante ou Especial, está obrigado em proceder a antecipação parcial, à luz do artigo 352-A, que foi inserido no RICMS/Ba por intermédio da Lei Estadual nº 8.967/03, vigente a partir de 01/03/2004, acrescentando o art. 12-A à Lei nº 7.014/96, cuja base de cálculo está disciplinada no artigo 61, IX, do RICMS/97.

No caso, analisando o levantamento fiscal da antecipação parcial que fundamenta este item, acostado ao processo às fls. 13 a 19; 24 a 30; 35 a 41, verifico que se encontram discriminados os números dos documentos fiscais, a unidade federativa de origem, o valor da operação, o valor do débito fiscal, o valor do crédito fiscal, o total da antecipação parcial devida, e deduzido os valores comprovadamente recolhidos, resultando nos valores que foram lançados no demonstrativo de débito.

Desta forma, com fundamento nos dispositivos legais acima citados, não assiste razão ao autuado no sentido de que não seria devida a antecipação parcial sobre as transferências.

Restando caracterizada a infração, resta agora examinar a questão argüida na defesa de que houve erro no percentual da multa pelo descumprimento da obrigação principal que foi aplicada.

No tocante a multa aplicada, tem razão o autuado em sua ponderação, pois, conforme dito acima, a obrigatoriedade no recolhimento do ICMS, a título de antecipação parcial, sobre as aquisições

interestaduais de mercadorias para comercialização, entrou em vigor a partir de 01/03/2004, através do artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, acrescentado pela Lei nº 8.967/03.

A redação original, com efeitos até 27/11/2007, do § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, era: "*§ 1º No caso de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas que, comprovadamente, houver recolhido o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea "d" do inciso II.*"

Portanto, à época dos fatos geradores relativos aos meses de abril de 2004 a dezembro de 2005, não obstante a obrigação de antecipar o imposto sobre as aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, a falta de pagamento da antecipação parcial do ICMS não era tipificada como infração à legislação tributária, o que somente veio a ocorrer a partir da vigência da Lei nº 10.847, de 27/11/2007, ou seja, efeitos a partir de 28/11/2007, não sendo devido sua aplicação de forma retroativa, a teor do artigo 106, inciso I, do Código Tributário Nacional – CTN.

Assim, pelo que foi comentado acima, a multa lançada neste item da autuação, para punir o descumprimento da obrigação acessória de não recolher tempestivamente a antecipação parcial, constante do art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96, não era prevista nos meses citados. A redação atual da alínea "d", do inciso II do caput do art. 42 foi dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, efeitos a partir de 28/11/07. A redação anterior era "d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, nas hipóteses regulamentares;" e, portanto, não contemplava a hipótese de "antecipação parcial".

Desta forma, por falta de previsão legal, não é devida a aplicação da multa na data dos fatos geradores, impondo a nulidade do lançamento.

Infração 08

Diz respeito a falta de retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes neste Estado.

O lançamento foi impugnado com base no argumento de que não é devida a substituição tributária, pois as vendas foram destinadas a consumidor final e não a revendedores, varejistas ou atacadistas de tintas, não ocorrendo uma operação subseqüente de comercialização desses produtos.

Mantenho o lançamento do débito de que cuida este item, tendo em vista que conforme consta do processo anexo às fls. 443 e 444 (INC – Informações do Contribuinte), as vendas ocorreram na sua totalidade FE COMERCIAL – Inscrição Estadual n. 55.001.964, que tem por atividade econômica o comércio varejista de materiais de construção não especificado anteriormente (CNAE 4744005), cujo argumento defensivo não foi comprovado nos autos.

Infração 12

Com relação este item, a acusação fiscal é de que o contribuinte "deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos na legislação, com informações das operações ou prestações realizadas, no formato e padrão estabelecido na legislação (Convênio ICMS 57/95), gerado através do Programa SINTEGRA, referente aos exercícios de 2006 e 2008".

Portanto, o motivo determinante para a aplicação da multa foi o descumprimento de obrigação acessória relativa ao fato de que o contribuinte deixou atender às intimações constantes à fl.15, para fornecer arquivo em meio magnético, completos, com informações das operações ou prestações realizadas.

De acordo com a legislação do ICMS, a qual recepcionou o disposto no Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, é obrigado a apresentar, quando solicitado, a documentação minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição, gabarito de registro (“*layout*”) dos arquivos, listagem dos programas e as alterações ocorridas no exercício de apuração, relativamente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias ou das prestações realizadas, inclusive o inventário das mercadorias, produtos, matérias primas e embalagens (art. 685, combinado com os arts. 708-A e 708-B, do RICMS/97).

O art. 708-B estabelece que: “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”. O arquivo magnético deverá ser entregue 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.

Assim, todos os contribuintes autorizados ao uso de SEPD, exceto os autorizados somente para escrituração do livro Registro de Inventário, estão obrigados a entregar o arquivo magnético contendo os dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário nos meses em que este for realizado. 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 Inspeção 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.

Saliento que conforme disposto no art. 708-A, § 6º do RICMS/BA, a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, ou seja, a apresentação dos arquivos magnéticos sem conter todos os registros caracteriza a falta de sua apresentação, tendo em vista a natureza condicional do seu recebimento, sujeitando o contribuinte à correção posterior das inconsistências acaso verificadas.

No presente caso, compulsando as peças processuais que instruem este item, verifico que em virtude de o autuado ter entregue o arquivo magnético com inconsistências, o mesmo o autuado foi intimado em 29/07/2009, a proceder as devidas correções, tendo sido entregue o a Relação dos Arquivos Recepcionados e o Relatório das Inconsistências, conforme documentos às fls.16 a 131, sendo concedido o prazo de 30 (trinta) dias, estabelecido no art. 708-B do RICMS/97, e o mesmo não atendeu ao pedido da fiscalização no prazo estipulado.

Na defesa fiscal o autuado apenas alegou que a multa é indevida porque entregou toda a documentação na ação fiscal, e que houve erro no cálculo da mesma. Não acolho a primeira alegação, pois foi expedida intimação, não atendida no prazo estipulado, na forma prevista no § 3º do art. 708-B do RICMS. Quanto ao erro no cálculo da multa, a autuante reconheceu o equívoco, calculando-a pelo valor total das vendas dos meses em que não foram apresentados os arquivos magnéticos, resultando na diminuição do débito para o valor de R\$14.349,14.

Portanto, conforme consta na descrição dos fatos no corpo do auto de infração, a autuação obedeceu ao devido processo legal, pois, está precedida de intimação expedida ao contribuinte para apresentação de informação em meio magnético com as correções apontadas no relatório de inconsistências no prazo estipulado no art.708-B.

Nestas circunstâncias, observo que a ação fiscal atendeu ao disposto no artigo 708-B do RICMS/97, pois restou caracterizada a não entrega do arquivo magnético, e por isso, entendo que foi correta

a aplicação da penalidade indicada no presente Auto de Infração, por está prevista no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96, com a redução do valor por erro na sua apuração.

Com relação ao argumento defensivo de que a multa é confiscatória, a mesma está prevista no dispositivo acima transcrito, portanto é legal. Também não pode ser acatado o pedido de sua exclusão, visto que a penalidade imposta está vinculada à infração cometida, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Quanto a data do fato gerador, seguindo a jurisprudência do CONSEF, deve ser o primeiro dia útil subsequente ao término do prazo consignado para apresentação do arquivo magnético, no caso, para a data em que venceu o prazo concedido na última intimação (fl.43), 04/05/2010, ou seja, cinco dias após a data da ciência da mesma que ocorreu em 28/04/2010.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$59.371,93.

INFRAÇÃO	VL.INICIAIS	VL.RECONHEC.	VL.IMPUGNADOS	VL.I.FISCAL	VL.DEVIDOS
1	5.436,65	5.436,65		5.436,65	5.436,65
2	57.605,39	-	57.605,39	20.041,39	20.041,39
3	20.161,89	-	20.161,89	7.014,46	7.014,46
4	15.028,91	-	15.028,91	15.028,91	-
5	534,88	534,88		534,88	534,88
6	635,57	635,57		635,57	635,57
7	439,13	439,13		439,13	439,13
8	8.039,49	-	8.039,49	8.039,49	8.039,49
9	344,11	344,11		344,11	344,11
10	518,25	518,25		518,25	518,25
11	2.018,84	2.018,84		2.018,84	2.018,84
12	41.237,66	-	41.237,66	14.349,16	14.349,16
TOTAL	152.000,77	9.927,43	142.073,34	74.400,84	59.371,93

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206881.0006/09-0**, lavrado contra **SHERWIN – WILLIAMS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$45.022,77**, acrescido das multas de 60% sobre R\$24.542,25; 70% sobre R\$20.041,39; e 150% sobre R\$439,13, previstas no artigo 42, II, “a”, “b”, “d”, e “e”, V, “a”, VII, “a” e III, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$14.349,16**, prevista no inciso XIII-A, “g”, do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta 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 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de fevereiro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA