

**A. I. Nº** - 298576.0006/11-0  
**AUTUADO** - RINALDO LIMA PIRES  
**AUTUANTE** - LUIS CARLOS MOURA MATOS  
**ORIGEM** - INFAZ BRUMADO  
**INTERNET** - 11.10.2011

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACORDÃO JJF Nº 0267-04/11**

**EMENTA:** **ICMS. 1.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. É devida a exigência do recolhimento antecipado do imposto na entrada de mercadorias relacionadas nos Anexos 88 e 89 do RICMS-BA, adquiridas em outras unidades da Federação. Valor reduzido em face de prova de recolhimento de parte do valor autuado antes do lançamento de ofício. **2.** FALTA DE ENTREGA NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. MULTA. Tratando-se de empresa em início de atividade no mesmo ano calendário e prestada declaração de faturamento na apresentação do requerimento de inscrição no Cadastro de Contribuinte da Bahia inferior a R\$360.000,00, ultrapassando tal limite o contribuinte fica obrigado a entregar os arquivos magnéticos relativos aos registros fiscais a partir do primeiro período do exercício seguinte (inciso II, §3º do art. 333 do RICMS-BA). Infração imprecudente por falta de previsão legal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 11/06/11, para exigir ICMS e multa, no valor total de R\$15.619,57, mais acréscimos legais, em razão das irregularidades abaixo descritas:

Infração 1 – Recolheu a menos ICMS por antecipação no valor de R\$7.339,57, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA. Período: janeiro, fevereiro, abril a julho e setembro de 2009;

Infração 2 – Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via Internet através do Programa Transmissão Eletrônica de Dados, Omissão de entrega do arquivo. Multa de R\$8.280,00. Período: julho a dezembro de 2009.

O autuado apresentou defesa à fl. 103, alegando o seguinte:

Com relação à infração 01

- a) discorda da acusação de recolhimento a menos de fevereiro de 2009 apresentando DAE complementar de R\$341,02, ao tempo em que alega que o autuante deixou de computar o pagamento no valor de R\$1.382,74, referente às notas fiscais 218494, 218495 e 218496;
- b) para junho de 2009 apresenta DAE confirmando pagamento no valor de R\$464,92, relativo às notas fiscais 118207, 118182, 118184 e 118183, autuadas;
- c) apresenta DAE no valor de R\$1.819,20, relativo às notas fiscais 192094 e 192095 de 06/2009 e notas fiscais 119972, 119971 e 118603 de 07/2009, valor que não foi considerado pelo autuante.

Com relação à infração 02, discorda da penalidade, alegando aplicável para faturamento no ano anterior acima de R\$360.000,00, período em que a empresa não praticou operação de entrada e saída, pois foi aberta em 18.11.2008.

Conclui pedindo que o auto seja considerado improcedente.

O autuante presta informação fiscal (fls. 113/4). Acolhe totalmente as alegações defensivas relativas às notas fiscais 129417 e 129418, e parcialmente quanto às notas fiscais 218494, 218495 e 218496, pois o valor pago é menor que o devido. Também afirma ser procedente a defesa no que se refere aos DAE's complementares. Refez demonstrativo para essa infração indicando valores remanescentes (fl. 115), entregando cópia ao contribuinte (fl. 116).

Com relação à infração 02, discorda do argumento defensivo observando que o autuado iniciou atividade subestimando sua capacidade de comercialização, pois no período janeiro a junho já havia superado o valor limite de R\$360.000,00 e, portanto, devia entregar os respectivos arquivos magnéticos. Apresenta nova planilha para a infração 01 e opina pela procedência parcial do auto de infração.

À fl. 118, em decorrência da intimação para conhecimento da informação fiscal, o autuado se manifesta apenas reiterando a alegação defensiva com respeito à infração 02, pois no ano anterior ao período autuado não fez operação de compra e venda estando, assim, dispensado da obrigação de apresentar arquivos magnéticos, conforme inciso 3º-A do art. 333 do RICMS-BA (inciso II do inciso 4º do art. 683 do RICMS-BA). Aduz que o autuante não citou artigo em que diz que se ultrapassado o limite no decorrer do ano seria obrigado a enviar arquivo magnético.

Pede que o auto seja considerado improcedente em parte.

#### VOTO

Compulsando os autos vejo que o procedimento fiscal obedeceu às normas regulamentares, em especial quanto aos requisitos do art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF e o processo está formado legalmente atendendo os princípios da ampla defesa e contraditório.

A infração 01 trata de uma questão de fato em que com base no demonstrativo de fls. 06 e 07, acusa-se um recolhimento a menos de ICMS devido pelo contribuinte por antecipação tributária na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Não oportunidade de defesa o contribuinte refutou parte da infração alegando desconsideração de recolhimentos relativos a algumas notas fiscais relacionadas no lançamento.

Por sua vez, analisando os argumentos defensivos e provas apresentadas, o autuante, por ocasião da informação fiscal acolheu parte da alegação defensiva, mais especificamente o ICMS devido das notas fiscais 129417 e 129418, parte do ICMS devido das notas fiscais 218494, 218495 e 218496, bem como os valores dos DAE's complementares juntados à Defesa. Em vista disso, elaborou novo demonstrativo da infração 01 à fl. 115.

Considerando que o contribuinte, cientificado do valor ajustado da infração 01, se manifestou nos autos apenas reiterando sua alegação defensiva em relação à infração 02, entendo que ao pedir a improcedência parcial do auto de infração corrobora certeza ao valor ajustado da infração 01 que resta devido por ter recolhido a menos o ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, conforme o autuante demonstra à fl. 115. Assim, constato caracterizada e parcialmente subsistente a infração 01 no valor de R\$3.124,52, cujo demonstrativo de débito é o seguinte:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	Data vencido	Base Cálculo	Alíq. %	Multa %	ICMS devido
<b>Infração 01</b>					
30/01/2009	09/02/2009	3.001,71	17	60	510,29
28/02/2009	09/03/2009	4.683,41	17	60	796,18
30/04/2009	09/05/2009	5.266,06	17	60	895,23
31/05/2009	09/06/2009	4.328,47	17	60	735,84
31/07/2009	09/08/2009	618,94	17	60	105,22
31/09/2009	09/10/2009	480,94	17	60	81,76
<b>Total da infração</b>					<b>3.124,52</b>

O contribuinte impugnou a infração 02, relativa a multa por falta de entrega de arquivos magnéticos de julho a dezembro de 2009, alegando ser indevida, pois, embora abrindo a empresa em 18.11.2008 não praticou qualquer operação de compra e venda em 2008 e somente os contribuintes com faturamento no ano anterior acima de R\$360.000,00 estavam obrigados a entregar tais arquivos, argumento que reiterou na manifestação por conta da ciência da informação fiscal.

A infração foi enquadrada como agressão às normas dos artigos 686 e 708-A do RICMS-BA. O primeiro cuida da manutenção das informações atinentes ao registro fiscal dos documentos recebidos ou emitidos por qualquer meio, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração e o segundo trata da obrigatoriedade de fornecimento ao fisco dos arquivos magnéticos dessas informações fiscais.

Ocorre que, como alega o contribuinte, o inciso II do § 4º do art. 683 do RICMS-BA dispensa a entrega dos arquivos magnéticos para os contribuintes com faturamento no ano anterior até R\$ 360.000,00, ou com faturamento estimado até este valor nas situações previstas no § 3º-A do art. 333 do RICMS-BA.

**Art. 333.** Os contribuintes que apurem o imposto pelo regime normal ou pelo regime de apuração em função da receita bruta, deverão apresentar, mensalmente, a Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA).

**§ 3º-A** Para efeito de cumprimento do prazo de entrega da DMA e da CS-DMA, caso a empresa não tenha exercido suas atividades durante todo o ano calendário anterior, a estimativa do faturamento será:

**I** - tratando-se de empresa que tenha exercido suas atividades em parte dos 12 (doze) meses do ano calendário anterior, proporcional aos meses de efetivo exercício naquele ano;

**II** - tratando-se de empresa em início de atividade no mesmo ano calendário, baseada na declaração de faturamento prestada pelo contribuinte na apresentação do requerimento de inscrição no Cadastro de Contribuinte da Bahia.

A informação do autuado de que embora tendo abertura em 18.11.2008 não praticou operação em 2008 não foi elidida pelo autuante e as provas autuadas, indicando operações apenas em 2009, corroboram a alegação defensiva de falta de atividade em 2008. Não tendo atividade em 2008, as provas autuadas indicam início de atividade em janeiro de 2009. Aliás, o próprio autuante informa que a multa tem fundamento na declaração de faturamento subestimada uma vez que o faturamento real do período janeiro a junho de 2009 foi superior ao limite de R\$360.000,00 e, por isso, estava obrigado a entregar os arquivos magnéticos objeto da multa aqui exigida.

Pois bem, conforme visto acima (inciso II do art. 333 do RICMS-BA) a obrigatoriedade para entrega de arquivo magnético na condição prevista no inciso II do § 4º do art. 683 do RICMS-BA (faturamento acima de R\$360.000,00) é baseada na declaração de faturamento prestada pelo contribuinte na apresentação do requerimento de inscrição no Cadastro de Contribuinte da Bahia. Ora, embora não tendo nos autos documento indicativo do requerimento de inscrição citado, dada a informação do autuado de que a abertura da empresa se deu em 18/11/2011, presume-se requerimento de inscrição cadastral no exercício de 2008, fazendo a declaração de faturamento nesse exercício e nele nada faturando não ultrapassou o limite mínimo na condição do inciso I do art. 333 do RICMS-BA.

Por outro lado, o contribuinte não nega a falta de entrega dos arquivos magnéticos no período autuado nem que ultrapassou o faturamento como informa o autuante, mas questiona a falta de indicação de dispositivo legal que obriga a entrega de arquivo no caso de ultrapassagem do limite no decorrer do exercício em que iniciou sua atividade.

O autuante enquadrando a infração como passível da multa tipificada no art. 42, XIII-A, “j” da Lei 7.014/96 que trata da falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico.

Ocorre que o direito tributário, sendo vinculado à lei, é regido, precipuamente, pelo princípio da legalidade que representa um dos pilares do Estado Democrático de Direito. O direito tributário brasileiro consagra duas regras básicas pertinentes a esse princípio: a) *reserva formal* – a

indispensabilidade de ato legislativo como veículo para instituir ou aumentar tributo; b) *reserva absoluta* – a lei deve conter todos os elementos do tipo tributário, que, por esse aspecto, é denominado pela doutrina como tipo tributário “fechado”. Tais elementos estão previstos no art. 97 do CTN, cujo fundamento maior vem contido no art. 146 da Constituição Federal.

Ora, tendo em vista o inciso V do art. 97 do CTN (Art. 97. Somente a lei pode estabelecer: V - a cominação de penalidade para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;) a situação em análise, presumivelmente estimada pelo autuante como a hipótese do inciso II do § 3º-A do art. 333 do RICMS-BA, não se subsume na hipótese de penalidade do art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96, pois tendo o contribuinte feito a declaração de faturamento menor que R\$360.000,00 por ocasião do requerimento de seu registro no Cadastro de Contribuintes da Bahia. De fato, como alegado pelo impugnante, mesmo ultrapassando no exercício o limite de dispensa de entrega do arquivo magnético no ano calendário em que iniciou suas atividades não esteve obrigado a fazer entrega dos arquivos magnéticos relativos ao período autuado em face de falta de prévia previsão legal para tanto. Nesse caso, tendo em vista o faturamento superior ao que estimou no requerimento de inscrição no cadastro de contribuintes e também superior a R\$360.00,00 no ano calendário do início de suas atividades, a obrigatoriedade da entrega dos arquivos magnéticos correspondentes aos seus registros fiscais se fez a partir de janeiro de 2010. Entendo que as ocorrências autuadas são fatos atípicos e não se constituem em infração à legislação tributária.

Infração improcedente.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298576.0006/11-0**, lavrado contra **RINALDO LIMA PIRES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.124,52**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INACIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR