

**A. I. Nº** - 275290.0502/11-6  
**AUTUADO** - SOCIEDADE COMERCIAL E IMPORTADORA HERMES S/A  
**AUTUANTES** - ELÍSIA MEDEIROS PINTO DE FREITAS e Mª HELENA DOS SANTOS FERNANDES  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 16.12.2011

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0312-02/11

**EMENTA: ICMS. 1.** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A CONTRIBUINTE DESTE ESTADO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. A exigência se refere ao imposto sobre operações de devoluções deduzidos nas GIA – ST, sem comprovação através da respectiva documentação das citadas devoluções. Infração não elidida. **2.** ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. ENTREGA DE ARQUIVO CONTENDO INCONSISTÊNCIAS. 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. Não acolhido o pedido para a redução da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/06/2011, para exigência de ICMS e MULTA no valor de R\$400.225,46, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, no valor de R\$ 241.037,28, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, referente ao período de janeiro a dezembro de 2007, conforme demonstrativo à fl.08. Em complemento consta: *Recolhimento a menor do ICMS-ST retido por substituição tributária nas operações de vendas interestaduais de mercadorias (Conv. ICMS 45/99), relativamente ao período de 01/01/2007 a 31/12/2007, conforme declarado nas GIAS-ST, em decorrência de dedução indevida de ICMS a recolher de valores indicados nas GIAS-ST como devolução, sem, contudo, apresentar, quando intimada por mais de uma vez, Notas Fiscais emitidas e visadas pelo Fisco para tal fim, e, nem, tampouco, documentos fiscais e contábeis que pudessem comprovar a ocorrência de tais operações, quer sejam pelo desfazimento do negócio e/ou substituição de mercadoria recebida, conforme preceituam os dispositivos legais (Conv. ICMS 45/99, cláusula segunda; Conv. ICMS 81/93, cláusulas quarta e oitava; RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6284/97, arts. 368 e 374) e, ainda, o Termo de Acordo firmado entre a SEFAZ/BA e o contribuinte (Processo nº 028.141/2001-0, item nove). (v. Anexo I).*
2. Deixou de fornecer arquivos em meio magnético exigido mediante intimação, referente às informações das operações ou prestações realizadas, no exercício de 2007, sendo aplicada a multa no valor de R\$ 159.188,18, equivalente a 1% sobre o montante das saídas mensais, conforme Anexo X (fls.559), conforme demonstrativo à fl.10. Em complemento consta: *Ainda que intimada por mais de uma vez, deixou de corrigir erros e inconsistências encontrados em*

*grande quantidade nos Arquivos Magnéticos (AM), Conv. ICMS 45/99, relativos ao período compreendido de 01/01/2007 a 31/12/2007, como pode ser verificado no Anexo VI e, em meio magnético, no Anexo VII, contrariando os seguintes dispositivos legais: Conv. ICMS 81/93, cláusula oitava; Conv. ICMS 57/95; RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6284/97, arts. 686 e 708-B e, ainda, o Termo de Acordo firmado entre a SEFAZ/BA e o contribuinte, Processo nº 028.141/2001-0, item sete. (v. Anexo II).*

O sujeito passivo, através de seu procurador, inicialmente, em sua defesa constante às fls.188 a 200, refuta integralmente a exigência fiscal com base nas seguintes razões de fato e de direito a seguir alinhadas.

#### Infração 01

Aduz que conforme destacado na descrição da infração, a exigência fiscal decorre da necessidade de comprovações da regularidade nas devoluções de mercadorias realizadas pelos seus clientes.

Argüiu que esta infração é uma repetição de idêntico lançamento processado em outra Ação Fiscal, relativa ao exercício de 2006, e renova pedido no sentido de que seja observado o princípio da razoabilidade, uma vez que as circunstâncias levantadas na Ação Fiscal ocorreram sem o mais remoto intuito fraudulento.

Diz que ao longo de cada mês, são emitidas entre 300 e 400 mil notas fiscais, o que dificulta consideravelmente o cumprimento das obrigações indicadas no Auto de Infração ora contestado, o que, no seu entender, tem um caráter acessório, não justificando a cobrança da tão elevada soma de R\$241.037,28 sem considerar os consectários.

Esclarece que antes da formalização do lançamento, manteve contatos via internet, conforme relato que fez de forma seqüenciada dos e-mail enviados e recebidos, conforme transcrição abaixo, e destaca a boa vontade da fiscalização no sentido de encontrar um caminho que resultasse na apresentação de toda documentação capaz de elucidar os esclarecimentos necessários.

*- No dia 31/03/2011 houve uma resposta de preposto de HERMES S.A., a Autuada (vide fl. 96 do PAF), dando conta do recebimento de mensagem da mesma data, em que os Autuantes informam o início de fiscalização vertical. Na mensagem do preposto da Autuada estão destacados: a remessa das notas fiscais de devolução de mercadorias, as notas fiscais de saídas que deram origem às devoluções, esclarece a impossibilidade da apresentação dos conhecimentos de transporte e dá informações de como se processam os lançamentos contábeis.*

*- No dia 26/04/2011 a questão relacionada com a remessa de documentos foi retomada pelas Senhoras Autuantes em mensagem das 14h37min (vide fl. 103 do PAF). Às 14h53min da mesma data (vide mesma fl. 103 do PAF) foi dada uma resposta por preposto da Autuada, que afirma estar “providenciando todas as notas” e ainda pede dilação do prazo para tal fim.*

*- No dia 19/05/2011 as Ilustres Autuantes acusam o recebimento da documentação e levantam uma série de questionamentos essenciais na compreensão das circunstâncias que envolvem a exigência. (Vide fl. 132 do PAF).*

*- No dia 20/05/2011 representante de HERMES S.A. deu as seguintes respostas aos questionamentos referidos no item anterior, conforme consta na mensagem incluída no PAF, à fl. 132:*

***“1 – As notas fiscais são somente do mês de Junho de 2007.***

***2 – Pelo volume enviado referente ao mês de Junho, a Sra. pode evidenciar que são muitas notas fiscais para serem enviadas e pedimos que se for possível venha a nossa empresa que estaremos disponibilizando toda essa documentação para sua avaliação, pois o volume é muito grande.***

**3 – Nossos livros contábeis são gravados em micro-ficha e somente aqui na nossa empresa a Sra. poderá visualizar todos os lançamentos.**

**4 – Este item, conforme já havia explicado em fiscalização anterior, nós não temos o conhecimento de transporte, pois quem paga o transportador para devolução é nosso cliente e o mesmo não envia essa cópia para a Hermes”. (Grifamos dada a importância do conteúdo)**

- No dia 23/05/2011 as Ilustres Autuantes solicitaram a documentação contábil e os conhecimentos de transporte e esclarecem uma circunstância muito especial no deslinde da questão. Dizem elas (vide fl. 139 do PAF): **“Após análise dessa documentação relativa a um só mês (junho/2007), e que poderemos determinar a viabilidade de se fazer essa viagem”.** (Grifamos pela importância no contexto).

- No dia 31/05/2011, às 14h02min, as Ilustres Autuantes retornaram a necessidade de que sejam enviados os documentos contábeis e conhecimentos de transporte (vide fl. 143 do PAF).

- No mesmo dia 31/05/2011, às 14h23min, a Autuada respondia o seguinte (vide mesma fl. 143 do PAF): **“Informo que toda a documentação contábil referente ao ano de 2007 encontra-se em Micro-Ficha e sua visualização poderá ser efetuada no ambiente de sistemas Hermes. Peço que verifique uma data para sua vinda que estaremos disponibilizando essa documentação. Em relação a documentos de transportes, nós não temos como diferenciar se os mesmos são de retorno de devolução ou envio de devolução, pois as transportadoras que fazem a UF da Bahia nos mandam uma fatura fechada com todos as entregas/Devoluções efetuadas por ela, e não temos como diferenciar”.** (Grifado para ressaltar a importância).

- No dia 04/07/2011 as Autuantes anunciaram a lavratura do Auto de Infração ora contestado, conforme consta detalhado na mensagem à fl. 173 do PAF.

Salienta que não vai utilizar a possibilidade de requerer ao órgão julgador de primeira instância a instalação de diligência, pois entende que as próprias autuantes podem examinar toda a documentação fiscal que diz possuir, bem como os elementos contábeis pertinentes. Para tanto, sustenta a necessidade do exame in loco de toda documentação (13 mil documentos fiscais emitidos diariamente) que se encontra à disposição do fisco em seu estabelecimento situado no Estado do Rio de Janeiro.

Assim, sustenta a evidente necessidade do exame “in loco” de tudo quanto deve ser apurado, possibilidade que voltou a ser levantada pelo representante de HERMES S.A., quando, por meio da mensagem de 31/05/2011 (fl. 143 do PAF), ratificou o pedido de uma visita à unidade da empresa no Rio de Janeiro, nos seguintes termos: **“Peço que verifique uma data para sua vinda que estaremos disponibilizando essa documentação”.**

Transcreve a Cláusula Primeira, parágrafo 1º e 2º, e a Cláusula Segunda, Parágrafo Único, do Convênio ICMS 75/94, para argumentar a inaplicabilidade jurídica de tais dispositivos e sustentar que em nenhum momento descumpriu o que nele está determinado, não servindo, portanto, tais dispositivos, para lhe imputar o cometimento da infração.

#### Infração 02

Reprisou a infração imputada, para argüir que a questão está relacionada com o [malsucedido] SINTEGRA, que, diz vir a ser um conjunto de regras que seriam sistematizadas para orientar a execução das rotinas fiscais por processamento de dados. Argumenta que, a rigor, a orientação nunca ocorreu da forma esperada, dado que, os contribuintes não dispõem de uma base legal clara e definitiva para preparação e entrega dos dados ao Fisco Estadual. Assevera que faltam clareza e definição ao assunto, que foi modificado inúmeras vezes, gerando indiscutível insegurança jurídica.

Esclarece que o estabelecimento fiscalizado está situado na cidade do Rio de Janeiro, onde realiza suas operações de vendas para os seus clientes estabelecidos no Estado da Bahia, onde está

cadastrado com inscrição estadual em razão da realização de vendas enquadradas no regime de Substituição Tributária.

Renova pedido no sentido de que seja observado o princípio da razoabilidade, uma vez que as circunstâncias levantadas na Ação Fiscal ocorreram sem o mais remoto intuito fraudulento de sua parte, dado que, não há como se pensar em fraudes nos procedimentos realizados pelo seu estabelecimento.

Destaca que o SINTEGRA foi concebido no âmbito do CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária e sempre teve sua eficácia comprometida por razões de natureza operacional, visto que possui informações de caráter puramente estatístico e que as autoridades fazendárias criaram um complexo instrumento, em cima do qual pretendem gerar receita pública.

Conclui finalmente requerendo, uma vez provado que os procedimentos referidos na Ação Fiscal não configuram dolo, fraude ou simulação e que não implicaram na falta de recolhimento do imposto, a aplicação simultânea das normas contidas no artigo 158 do RPAF/99 e no §6º do artigo 915 do RICMS/97. Para tanto faz juntada de dois Acórdãos (CJF nº 0144-11/08; CJF nº 0282-11/08; CJF nº 0125-12/07; e CJF nº 0075-12/07 (fls.204 a 237), em que houveram redução de multa por entender que são circunstâncias semelhantes.

Ao final, quanto a infração 01, requer a improcedência ou que seja determinada diligências necessárias para o deslinde da questão; e no tocante à infração 02, pede a anulação ou redução da exigência, conforme precedentes juntados.

Na informação fiscal às fls.241 a 246, as autuantes, quanto a infração 01, chamam a atenção que o sujeito passivo não observou a infração que lhe fora imputada, posto que além da citação do Convênio 45/99, que trata da matéria Marketing Direto, foram citados o Convênio 81/93, o RICMS/BA aprovado pelo Dec. 6.284/97 (artigos 368 e 374) e o Termo de Acordo celebrado entre as partes, o qual tomou por base os Convênios 45/99 e 81/93, limitando-se a detalhar as citadas normas.

Ressaltam que apesar de a empresa argüir que não houve enquadramento legal da infração isso não a impediu de apresentar as suas razões de defesa.

Asseveram que pelos dispositivos citados no Auto de Infração é exigido do contribuinte, nos casos de DEVOLUÇÃO e/ou RESSARCIMENTO do ICMS retido nas vendas de mercadorias (o primeiro quando realmente há devolução e o segundo quando ocorre nova substituição tributária em decorrência de vendas interestaduais) a emissão de Nota Fiscal, para tal fim, e a apresentação desse documento ao fisco para aposição do visto fiscal. E que esse visto, não é apenas uma obrigação acessória, e sim a validação pelo fisco de que a operação efetivamente ocorreu com o exame de provas documentais, e assim permitir a dedução do ICMS/ST, retido nas operações anteriores, do ICMS retido por substituição tributária em novas operações sujeitas ao mesmo regime tributário.

Observam que o Termo de Acordo firmado entre o estabelecimento e a Secretaria da Fazenda determina que, quando ocorrer devoluções por pessoa física ou distribuidor não inscrito, esta devolução seja acobertada por Nota Fiscal Avulsa emitida pela SEFAZ para dar trânsito até destino, de modo que, nesse momento o fisco examine a operação e estando essa regular emita o documento fiscal. Lembram que nos casos de devolução e/ou ressarcimento por pessoa jurídica o visto da SEFAZ no documento emitido para tal fim deve ser visado somente após a análise pelo fisco da legalidade e da veracidade da operação.

Frisam que, como isso não ocorreu, cabe ao agente do fisco que estiver fiscalizando, objetivando a homologação de exercícios, exigí-los, se valendo de provas documentais de que as operações ocorreram de forma efetiva.

Consideraram inaplicável o princípio da razoabilidade argüido na defesa, e acrescentaram que em nenhum momento foi tratado o fato como fraude fiscal, mas tão somente como infração aos dispositivos legais citados que redundaram em recolhimento a menor do ICMS retido por

substituição tributária, conforme detalhado no Anexo I deste PAF, por conta de dedução de valores, que diz tratar-se de DEVOLUÇÕES, contudo sem apresentar provas, nem durante a ação fiscal e nem tampouco nesse momento, quer seja pelo desfazimento do negócio, devolução para substituição de mercadoria em razão, por exemplo, de erro no pedido, mercadoria fora das especificações, etc., ou até mesmo a transmissão da propriedade da mercadoria que justificasse um retorno simbólico. Destaca que a empresa não fez juntada de qualquer documentação nem sequer por amostragem.

Ressaltam que, no decorrer da ação fiscal, a exigência do envio da documentação de apenas 01 mês específico, foi no intuito de encontrar justificativas para o deslocamento até a empresa situada no estado do Rio de Janeiro. Entretanto, informam que receberam apenas cópias de Notas Fiscais de Saída originárias e de Notas Fiscais de Entrada (NFE) emitidas pela própria empresa relativamente ao “retorno”. E que diante da falta de apresentação dos CTC’s com a alegação de não dispor dos mesmos tendo em vista que o frete fora pago pelos clientes, embora os “retornos”, se ocorridos efetivamente, foram com NFE, e ainda do fato de que todos os lançamentos são feitos em uma única conta para todo o Brasil, concluíram que o deslocamento até o estabelecimento autuado seria improdutivo, posto que seria apenas para verificação das notas, o que, poderia ser totalmente verificado se a empresa tivesse entregue os arquivos magnéticos em condições de serem feitas as leituras.

Mantiveram integralmente este item, dizendo que como se trata de provas documentais, e não simplesmente da emissão da Nota Fiscal para tal fim.

Com relação à Infração 02, ressaltam que a empresa, desde os seus primórdios, vem entregando os arquivos magnéticos com inconsistências, o que tem causado embaraços à ação fiscal, visto que tal prática tem dificultado o adequado exame das suas operações fiscais. Informam que o autuado vem sendo reiteradamente autuado sem, contudo, promover as devidas alterações nos arquivos magnéticos, posto que, como são enviados, não é possível proceder os exames das operações realizadas.

Quanto aos Acórdãos juntados como paradigmas, sustentam que não devem ser acolhidos, posto que o trabalho da presente fiscalização das operações realizadas, ficou totalmente prejudicado. Esclarece que até a presente base de cálculo para aplicação da penalidade foi com base nos valores declarados na GIAS/ST.

Concluem pugnando procedência de sua ação fiscal.

#### **VOTO**

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/997, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos efetuados pelo autuante às fls.31 a 113-A.

Os citados documentos, representados por demonstrativos, levantamentos, documentos 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.

Isto posto, analisando cada infração de per si, verifico o que segue.

#### **Infração 01**

Diz respeito a acusação de que o autuado “Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Inicialmente, quanto ao pedido do autuado de diligência para que fossem examinados os documentos e elementos contábeis em sua unidade na cidade do Rio de Janeiro, com base no art. 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido tal pedido, tendo em vista que o pedido do contribuinte foi no sentido de verificação de fatos vinculados à escrituração comercial ou de documentos que estejam de sua posse, e cujas provas poderiam ter sido juntadas aos autos, ainda que por amostragem. Além disso, o autuado não apresentou provas de suas alegações, nem justificou impossibilidade de trazer ao processo tais provas.

De acordo com os esclarecimentos constantes na peça inaugural, a exigência fiscal se refere a operações declaradas nas GIAS/ST como devolução, sem a apresentação das notas fiscais emitidas e visadas pelo Fisco e a documentação fiscal contábil comprobatória de tais operações, conforme preceituam os dispositivos legais (Conv. ICMS 45/99, cláusula segunda; Conv. ICMS 81/93, cláusulas quarta e oitava; RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6284/97, arts. 368 e 374) e, ainda, o Termo de Acordo firmado entre a SEFAZ/BA e o contribuinte (Processo nº 028.141/2001-0, item nove), tudo conforme demonstrativo e documentos às fls.08 e 12 a 35.

Analisando as “Guia Nacional de Informações do ICMS Substituição Tributária – GIA – ST”, constato que os valores objeto do presente lançamento tributário são os que foram declarados no Campo “ICMS Devoluções Mercadorias”.

O autuado não nega sua obrigação em efetuar a substituição tributária nas operações de vendas que realizar para os contribuintes no Estado da Bahia, haja vista está sediado no Rio de Janeiro e encontra-se cadastrado na SEFAZ/BA como substituto tributário.

No caso, a questão discutida nos autos diz respeito a falta de comprovação dos valores declarados nas GIA – ST como devoluções.

Vale ressaltar que o autuado possui Termo de Acordo para regime especial concedido através do Parecer/Gecot nº 1.231/2000, alterado mediante Parecer/Gecot nº 1.927/2000, no qual, está previsto no item 9, a seguir transcrito:

(...)

*9. Na hipótese de devolução de mercadorias, sendo a devolução efetuada por distribuidores inscritos localizados no Estado da Bahia, estes elaborarão demonstrativo onde se comprovarão essas operações e os documentos que as acobertaram, devendo ser observado o disposto no art. 368 do RICMS/BA, enquanto que as devoluções promovidas diretamente por revendedores não inscritos devem ser acobertadas por Nota Fiscal Avulsa, que deve ser solicitada junto à Repartição Fazendária competente, devendo ser observado o disposto no inciso "do § 1º do art. 368 do RICMS/BA.*

*9.1. A mercadoria devolvida só gerará crédito para efeito de dedução do imposto pago por substituição tributária se for emitida nota fiscal para a operação com a indicação da nota fiscal original, ou seja, a que acobertou a saída da mercadoria ora devolvida, devendo necessariamente ser visada no posto fiscal do percurso, principalmente pelo Posto Fiscal de fronteira.*

*9.2. A requerente, ao receber mercadorias em devolução, deverá, na escrituração do Registro de Entradas, observar o seguinte (art. 362 do RICMS-Ba):*

*9.2.1. o documento fiscal relativo à devolução ou retorno será lançado com utilização das colunas "Operações ou Prestações com Crédito do Imposto", na forma regulamentar;*

*9.2.2. na coluna "Observações", na mesma linha do lançamento referido no item anterior, serão lançados os valores da base de cálculo e do imposto retido relativos à devolução, utilizando-se colunas distintas para essas indicações, sob o título comum "Substituição Tributária";*

*9.2.3. se o contribuinte utilizar sistema eletrônico de processamento de dados, os valores relativos ao imposto retido e à respectiva base de cálculo serão lançados na linha abaixo do*

*lançamento da operação própria, sob o título comum "Substituição Tributária" ou o código .....*

*9.3. A Nota Fiscal emitida para acompanhar as mercadorias a serem devolvidas para a Requerente, deverá conter destaque do imposto correspondente à saída em função da mesma base de cálculo e da mesma alíquota constantes na Nota Fiscal de origem e terá como natureza da operação "Devolução", devendo ser feita anotação, no quadro "Dados Adicionais", no campo "Informações Complementares", acerca do número, da série e da data da Nota Fiscal de origem, conforme determina o art. 368 do referido diploma regulamentar; bem como mencionar o motivo da devolução.*

Portanto, considerando que o autuado não comprovou ter cumprido a item 9 do Termo de Acordo, nem apresentou qualquer documento fiscal ou contábil que comprove a ocorrência dos valores lançados como devolução por pessoa física ou distribuidor não inscrito, sem oferecimento à tributação, fica mantida a infração.

#### Infração 02

Com relação este item, a acusação fiscal é de que o contribuinte forneceu informações através de arquivos em meio magnético, exigido mediante intimação, com omissão de operações ou prestações realizadas, no formato e padrão estabelecido na legislação (Convênio ICMS 57/95), gerado através do Programa SINTEGRA, referente ao exercício de 2007, conclusão decorrente da execução do *Roteiro de Auditoria AUDIF-242 Auditoria das Informações em Meio Magnético - Conv. 57/95*.

Portanto, o motivo determinante para a aplicação da multa no valor de R\$159.188,18, equivalente a 1% sobre o montante das operações de saídas, foi o descumprimento de obrigação acessória relativa ao fato de que o contribuinte forneceu arquivos em meio magnético com as inconsistências relacionadas na Relação dos Arquivos Recepcionados às fls.37 a 56.

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.

Já § 5º do art. 708-A, incorporado ao RICMS/97-BA, através da Alteração nº 63, em vigor a partir de 18/05/2005, estabeleceu um prazo de 30 dias úteis contados da data do recebimento da intimação para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência.

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 cancelado 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, ao ser recepcionado o arquivo magnético foram constatadas as inconsistências especificadas (Listagem Diagnóstico) no Anexo à 1ª Intimação, fl.61/62, entregue ao contribuinte para as devidas correções, conforme Anexo VI e, em meio magnético, no Anexo VII, fls.79 a 80, através das intimações constantes às fls.60, 64, 68, e 73, descumprindo o arts. 686 e 708-B e, ainda, o Termo de Acordo firmado entre a SEFAZ/BA e o contribuinte, Processo nº 028.141/2001-0, item nove (fls.181 a 184).

Tais constatações nos arquivos que foram entregues à SEFAZ, caracteriza a não entrega prevista na alínea “g” do inciso XIII-A, do artigo 915, do RICMS/97, conforme preceitua o §2º do artigo 708-B, do RICMS/97, cujo autuado, foi intimado a corrigir as inconsistências, conforme intimação à fl.60, entretanto, o contribuinte no prazo estipulado não atendeu à intimação.

No caso em comento, através da documentação citada na descrição dos fatos, a autuação obedeceu ao devido processo legal, pois, está precedida de intimações expedidas ao contribuinte para apresentação de informação em meio magnético e intimação para correção dos registros omitidos, sendo concedido o prazo de 30 dias úteis, para corrigir as irregularidades apontadas.

Nestas circunstâncias, observo que a ação fiscal atendeu ao disposto no artigo 708-A do RICMS/97, pois a fiscalização ao recepcionar os arquivos magnéticos sem o Registro tipo 74, intimou o contribuinte para no prazo de 30 dias úteis, informar os registros omitidos, e como o contribuinte não cumpriu as determinações legais acima descritas, especialmente o previsto no § 2º, do art. 708-A, do RICMS/97, entendo que foi correta a aplicação da penalidade indicada no presente Auto de Infração, por está prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, que tem a seguinte redação:

“Art. 42 - Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

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

Quanto ao apelo do contribuinte no sentido de cancelar ou reduzir a multa, uma vez que as circunstâncias levantadas na Ação Fiscal ocorreram sem o intuito fraudulento de sua parte, observo que as obrigações acessórias ou deveres instrumentais são instituídas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos e tem por objetivo tornar possível a realização da obrigação principal, propiciando ao ente tributante a verificação do adequado cumprimento da obrigação tributária, a teor do que dispõe o art. 113, § 2º, do Código Tributário Nacional.

O § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, permite discricionariamente, que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de recolhimento do imposto, relativo à infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

Vale ressaltar que, na esteira das determinações contidas no Código Tributário Nacional, art.136, a intenção do agente é irrelevante para a tipificação do ilícito fiscal. Sendo a infração objetiva, havendo o resultado previsto na descrição normativa, qualquer que seja a motivação ou ânimo do agente, tem-se por configurado o ilícito.



No presente caso, cumpre observar que não obstante nos julgamentos dos exercícios anteriores deste mesmo estabelecimento o CONSEF ter decidido por redução das multas (Acórdãos JJF nº **0023-05/11** e **0396-01/09**), o descumprimento da obrigação acessória neste processo, ainda que dolo não existisse ou mesmo não fossem efetuados levantamentos para apurar o descumprimento de obrigação principal, considero a entrega do arquivo magnético (SINTEGRA) com inconsistências, um elemento de fragilização de todo o sistema de controle implantado, através das obrigações acessórias, por atos normativos, visando acompanhar e assegurar o devido e regular recolhimento do ICMS aos cofres do Estado, além do fato que o autuado é reincidente na mesma prática de descumprimento de obrigação acessória. Por estas razões, não acolho o pedido de redução ou cancelamento da multa em questão, ficando mantida a multa em questão.

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

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **275290.0502/11-6**, lavrado contra **SOCIEDADE COMERCIAL E IMPORTADORA HERMES S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$241.037,28**, acrescido da multa de 150%, prevista no artigo 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$159.188,18**, prevista no inciso XIII-a, “d”, do citado dispositivo legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR