

A. I. Nº - 102148.0008/12-2
AUTUADO - TECHNICO COMERCIAL DE EQUIPAMENTOS S/A.
AUTUANTE - MARCOS VENÍCIUS BARRETO MAGALHÃES
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET 24.10.2012

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0262-04/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração reconhecida. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO DEVIDAMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. NULIDADE. Ocorreram equívocos na exigência da infração em comento, haja vista que foram desrespeitados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório que norteiam o processo administrativo fiscal e que vincula o agente administrativo à sua observância. O contribuinte não foi cientificado da negativa do seu pedido de prorrogação do prazo, bem como o auto de infração foi lavrado anteriormente à formulação do Parecer final, pela INFRAZ indeferindo o referido pedido que também foi emitido após a lavratura da peça vestibular. Infração Nula. Decisão não unânime. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. LIVROS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. 4. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DADOS INCORRETOS. MULTA. Infrações reconhecidas. 5. BENEFÍCIO FISCAL. LEI 7.539/99 (FAZATLETA). Uso indevido constatado e admitido pelo contribuinte em face de procedimento em desconformidade com a Portaria nº 288/99 que disciplina o alcance das normas do benefício. Mantido o lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 13/06/2012, reclama ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de R\$1.160.092,23, imputando ao autuado as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Valor Histórico: R\$5.485,49 – Multa de 60%. Período: janeiro a julho, setembro a dezembro 2009, fevereiro a junho, agosto a dezembro 2010;

INFRAÇÃO 2 - Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Multa de 1%: R\$1.132.323,14;

INFRAÇÃO 3 - Deixou de escriturar Livro(s) Fiscal(is). Deixou de escriturar em livro próprio as seguintes AIDFs nºs: 9.963.007.528.2008, de 12/11/2008; 9.963.014.107.2009, de 24/07/2009; 9.963.020.782.2010, de 17/03/2010, conforme cópias dos Livros de Ocorrência nºs 02 e 03 e do documento do INC - Informações do Contribuinte, anexas. Multa Fixa: R\$460,00;

INFRAÇÃO 4 - Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Há divergências nos valores declarados no Livro Fiscal de Apuração de ICMS em relação as DMAs nos meses abril/10, agosto/10, setembro/10, outubro/10, novembro/10 e dezembro/10, conforme cópias destes, anexas. Multa Fixa: R\$840,00;

INFRAÇÃO 5 - Utilização indevida, a título de crédito fiscal do ICMS, de valores originados de operações não compreendidas no campo de tributação do ICMS e que não repercutiu em falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS, devendo a empresa estornar os referidos créditos. O contribuinte utilizou indevidamente o crédito do Programa Estadual de Incentivo ao Esporte Amador - FAZATLETA, uma vez que a previsão legal (contida na Lei nº 7.539, de 24/11/1999, no seu Art.1º, § 3º, bem como na Portaria nº 288, de 02/05/2002, no seu Art. 1º, § 2º) limita o valor a ser abatido como crédito fiscal em 5% do ICMS devido em cada período de apuração. Valor Histórico: R\$20.983,60. Período: janeiro, outubro a dezembro 2009, junho a dezembro 2010. Multa de 60%.

O autuado se defende às fls. 1479/1501. Reconhece o cometimento das infrações 1, 3 e 4 pedindo a baixa do débito a elas relativo e impugna as infrações 2 e 5.

Diz que a infração 2 – multa em relação à falta do arquivo magnético – não pode prosperar. Historia os fatos dizendo que em 03/04/2012, foi intimado pela primeira vez para apresentar as informações por meio magnético corrigido das inconsistências que estão relacionados no doc. 3 (arquivo original), tanto no exercício de 2009 quanto no de 2010, pelo que afirma não se tratar de ausência de apresentação dos arquivos magnéticos, mas da constatação de supostas inconsistências apresentadas e listadas pelo fisco. Frisa que o arquivo magnético foi encaminhado a tempo e, se a fiscalização apurou as inconsistências, estas se limitaram a pequenos ajustes ou leituras equivocadas, que em nada prejudicaram o erário ou modificaria a arrecadação. Produz quadro descritivo do problema, a justificativa e a solução, em relação aos exercícios de 2009 (Itens 1 e 2 - Relatório 102, 3 - Relatório 108, 4 - Relatório 110, 5 - Relatório 112, 6 - Relatório 114, 7 - Relatório 117, 8 - Relatório 118, 9 - Relatório 119, 10 - Relatório 301, 11 - Relatório 302 e 12 - Relatório 408) e 2010 (Itens 1, 2 - Relatório 102 e 3 - Relatório 105, 4 - Relatório 107, 5 - Relatório 108, 6 - Relatório 109, 7 - Relatório 110, 8 - Relatório 112, 9 - Relatório 114, 10 - Relatório 118, 11 - Relatório 119, 12 - Relatório 301, 13 - Relatório 302, 14 - Relatório 407 e 15 - Relatório 408).

Esclarece que a partir da leitura desta listagem citada, percebeu que a multa aplicada é temerária e excessiva, porque:

PRIMEIRO - o arquivo magnético foi encaminhado;

SEGUNDO - na existência de inconsistências percebeu que nada alteraria o valor da arrecadação não causando dano ao Erário;

TERCEIRO – se houvesse a dilatação do prazo por mais de uma vez encaminharia as informações resolvendo as inconsistências que, muitas das vezes, se tratava de equívoco de leitura ou exigência inócula;

QUARTO - bastaria verificar sua história pregressa para identificar a existência de outros tantos autos idênticos onde houve equívocos provenientes das leituras dos arquivos magnéticos por parte da Secretaria da Fazenda - SEFAZ, identificando que muitas dessas supostas inconsistências residem justamente na precariedade do sistema de informática que ainda não se aperfeiçoou a tanto, na forma como se demonstrará em seguida;

QUINTO – se tivesse procedido do modo de milhares de empresas quando se deparam com problema do tipo, ou seja, mandando o arquivo dentro do prazo, mas com inúmeros erros, escaparia da multa ora imposta, no entanto trabalhou para compor o quadro de resoluções das inconsistências apresentadas e saná-las, preferindo mandar o arquivo perfeitamente concatenado com as retificações ou explanações das inconsistências, ainda que a destempo.

Logo, se mostra inteiramente absurda e irracional a aplicação da multa em detrimento a tamanho esforço e êxito, para o atendimento do comando fiscal, chegando ao absurdo de em caso de vingar a multa, estar premiando o cumprimento do prazo e não a retidão das informações. Reforça que já foi efetivamente fiscalizado em períodos anteriores com relação a inconsistências do SINTEGRA (AI nº^{os} 232875.0901/09-8, 206892.1601/07-7 e 207327.0046/06-9) e que em nenhuma houve tamanha rigidez na satisfação das inconsistências, sendo que todas as informações foram igualmente prestadas pelo autuado, a contento, não havendo resquício de inconsistência que ensejasse a penalidade severamente aplicada.

Pontua, ainda, que no presente Auto de Infração, as inconsistências listadas foram inequivocadamente satisfeitas e explanadas, inociorrendo qualquer prejuízo ou mínima aparência de dolo por parte da empresa. Repete que preferiu ajustar todas as inconsistências para mandar o arquivo, mais uma vez, dentro da máxima perfeição, ainda que a destempo, ao invés de mandar qualquer arquivo cumprindo o prazo estabelecido, acrescentando que os arquivos continham a totalidade das suas operações.

Salienta que, segundo o “*Novo Regulamento do ICMS/BA, Decreto 13.780/2012, em sua SEÇÃO V (Do Arquivo dos Registros Fiscais)*”, Art. 259, o usuário de SEPD (sistema eletrônico de processamento de dados) está obrigado a enviar arquivo eletrônico à SEFAZ, atendendo as especificações técnicas estabelecidas no Convênio ICMS 57/95, e mantê-lo pelo prazo decadencial, contendo as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos fiscais recebidos ou emitidos por qualquer meio, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no período de apuração”, entretanto, na alínea “j”, XIII-A, do art. 42 da Lei 7.014/96, se vê mencionada a expressão “*entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação*” que não ocorreu no caso concreto e merece ter sua interpretação norteada à boa-fé administrativa.

Reproduz parte do manual de orientação do Convênio ICMS 57 de 1995, extraído do endereço http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/convenios/ICMS/1995/CV057_95_Manual_de_Orientacao.htm, acessado em 17/07/2012, no qual esclarece os tipos de registros que devem ser informados pelo contribuinte na geração do Arquivo SINTEGRA e reafirma que pelo Convênio ICMS 57/95, apenas os registros 56, 57, 60, 61, 85 e 86 não compõem os arquivos SINTEGRA do autuado por que não se adéquam à sua operação. Aduz que os arquivos dos exercícios de 2009 e 2010, tanto os rejeitados como os retificados contém o nível de detalhamento, estando diferentes apenas pela remoção das inconsistências apontadas nos relatórios ora fornecidos pelo autuante.

Sustenta que a base de cálculo está equivocada em relação à multa absurda, pois sua atividade não se resume à comercialização de peças, mas também de equipamentos (máquinas de grande porte e de alto valor), assim, é fácil segregar uma da outra, sendo que o demonstrativo em anexo comprova que R\$27.857.232,28 é proveniente de saídas de peças e R\$85.466.848,11 de máquinas.

Argui que todas as inconsistências foram focadas exclusivamente em peças e não em equipamentos e, por isso, não seria justo, dentro do princípio da eventualidade, a aplicação da multa, ainda que se decida pela sua aplicação, que a base de cálculo recaísse também sobre o faturamento com venda de máquinas.

Alega que o aperfeiçoamento do SINTEGRA, seu nível de detalhe da informação agregado à escrituração fiscal, principalmente, em relação ao controle de estoque (movimentação física de itens), torna seu cumprimento mais difícil e oneroso para todas as partes envolvidas, aumentando sobremaneira os custos de conformidade. Diz que para o perfeito cumprimento da citada obrigação acessória é imprescindível que ele ou qualquer outra empresa baiana disponham de softwares de informática adequados, além de recursos humanos capacitados, o que torna impossível o cumprimento de obrigações que remontam a 2009 em tão poucos dias, aduzindo que os sistemas de informática, por mais aperfeiçoados que sejam, ainda não contemplam a perfeição exigida pela SEFAZ e almejada por todos, inclusive pelo Contribuinte, o que agrava a temerária aplicação de penalidade.

Argumenta que o secretário da SEFAZ/BA já promoveu alterações regulamentares, prorrogando datas de apresentação dos arquivos, tamanha a consciência da dificuldade que o atendimento representaria para as empresas baianas. Ainda assim, ele, autuado, requisitou, como autorizada por lei, a prorrogação do prazo (doc. 3) para a entrega da relação contendo as explanações das inconformidades, mas, infelizmente, as inconformidades apontadas e a falta de recursos técnicos de informáticas disponíveis demandaram tempo maior do que os demais 30 dias já prorrogados e aquele prazo final de 60 dias escoou sem o cumprimento (doc. 4), o que não representou prejuízo para o erário.

Salienta que os avanços de informática ocorridos nos últimos anos não foram suficientes, tendo em consideração que importantes Estados da Federação, tais como Amapá, Amazonas, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Paraná, Piauí, Rio Grande do Sul, Roraima, São Paulo e Sergipe, adiaram a obrigatoriedade para a partir de 01.01.2014, diversas softwares que oferecem produtos acessíveis ao mercado baiano, focadas também no maior mercado do País (São Paulo), atrasaram a entrega de ferramentas capazes de realizar a geração dos arquivos magnéticos, tanto que as empresas baianas estão adequando seus bancos de dados e cadastros para geração retroativa dos arquivos magnéticos referentes aos meses de janeiro em diante, encontrando, porém, grande dificuldade.

Ressalta que a Bahia deixou certas situações descobertas, como, por exemplo, o que ocorre com os varejistas que ainda trabalham com as ECF, do tipo MÁQUINA REGISTRADORA. Apesar de não obrigar a substituição do ECF-MR, diz que a Bahia, ao exigir desses contribuintes que, sequer estavam obrigados ao SINTEGRA, a geração e entrega da ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL impõe-lhes uma obrigação de cumprimento impossível, uma vez que terão que digitar milhares de bobinas, individualizando todas as operações a varejo, de forma absolutamente contraproducente. Mencionou que o Estado do Pará obrigou seus contribuintes a substituírem os ECF sem recurso de memória de fita detalhe (MFD) antes da obrigatoriedade da escrituração fiscal digital. A exigência da escrituração fiscal digital não atende à medida do possível, uma vez que não há sistemas de informática em comercialização que sejam confiáveis para o cumprimento da respectiva obrigação acessória.

Fala que a Bahia acabará se locupletando, ilicitamente, de forma absolutamente contrária ao postulado normativo da proporcionalidade se, diante de todas as dificuldades enfrentadas pelos contribuintes e diante da inexistência de instrumentos adequados à fiscalização para conferir utilidade à informação, exigir cumprimento de obrigação que ainda lhe carece tecnologia para suportar.

Argumenta que a multa é confiscatória, quando as empresas não dispõem de recursos de informática adequados à complexidade da obrigação imposta e que o eventual descumprimento não ocorrerá em função de culpa atribuível à empresa ou ao profissional contábil, mas à absoluta impossibilidade de fazê-lo, ocasionando sérias consequências e trazendo prejuízos incalculáveis a toda sociedade. Aduz que analisando a utilidade, necessidade e proporcionalidade da exigência, percebe-se que, nesse momento de baixa difusão dos recursos de informática, inclusive os detidos pelo Fisco para análise e tratamento das informações, a penalidade se mostra inadequada, uma vez que os arquivos em formato SINTEGRA (Convênio ICMS 57/95) e as notas fiscais eletrônicas atendem à necessidades fiscais imediatas para fiscalização.

Dessa forma, mostra-se evidente a desproporcionalidade da aplicação da multa que somada está em R\$1.132.323,14, não pela falta de entrega dos arquivos, mas pela falta de atendimento à intimação para a retificação das inconsistências, dentro do prazo dos 60 dias conferidos.

Ressalta, novamente, que pleiteou dilação prazal para o atendimento das desinformidades apresentadas, o que foi rechaçado pelo autuante, dentro do espírito frio da legislação, sem a mínima consideração dos fatos e fatores apontados.

Repete que nos dias 03/7/2012 e 04/7/2012 encaminhou o arquivo SINTEGRA referente a 2009 e 2010, satisfazendo a intimação fiscal, ainda que a destempo e que se não houvesse a mínima razoabilidade e sensibilidade da autoridade fazendária para a concessão de novo prazo, mínimo que fosse, teria atendido, plenamente, a obrigação acessória.

Registra outra vez que não houve prejuízo ao erário baiano, pois todos os impostos foram recolhidos, sendo irrazoável a manutenção de severa penalidade confiscatória, assim, não pode a fiscalização exigir tal multa confiscatória, em razão do *nemo potest venire contra factum proprium*, desdobramento da boa-fé objetiva que veda o comportamento contraditório, não só aplicável à esfera cível, mas também à esfera administrativa.

Pontua que o valor da boa-fé objetiva está positivado no art. 42, § único da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo na Administração Pública Federal, o qual transcreve.

Reproduz jurisprudências que aplica o *nemo potest venire contra factum proprium* às relações estabelecidas com a Administração Pública, inclusive no que tange ao Direito Tributário e ao processo administrativo fiscal (REsp 1143216 RS 2009/0106075-0, Rel. Ministro LUIZ FUX, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 09/04/2010).

Ressalta que a imposição de multa meramente confiscatória fere, também, o art. 150, IV, do CTN e o art. 5º, LIV, da CF/88, e esta, neste caso, toma relevância por ser oriunda de obrigação acessória donde se reconhece que a principal (pagamento do tributo) fora adimplida. Logo, se a obrigação principal fora cumprida, mas a obrigação acessória não, está claro que: a) não houve danos ao Erário; b) não houve enriquecimento ilícito.

Afirma que basta verificar o montante da multa constante do Auto de Infração para ver que se constitui em multa meramente excessiva, ultrapassando o limite da razoabilidade na tentativa administrativa de burlar o dispositivo constitucional (art. 5º, LIV) e o infraconstitucional (CTN, art. 150, IV), para dissuadir uma pretensa omissão da empresa autuada que não causou prejuízo algum ao Erário. Entende que haverá de ser respeitada a garantia assegurada pelo Código Tributário Nacional (art. 112), que estabelece que a lei tributária que define infrações ou lhe comina penalidades deve ser interpretada da maneira mais favorável ao contribuinte. Portanto, a multa aplicada pelo descumprimento de uma obrigação acessória, sem maiores consequências ou prejuízos para o fisco, jamais poderia ter sido superior a cumprimento da obrigação principal, sob pena de ilegalidade. Além do mais, considerando ter demonstrado que o tributo foi regularmente pago, jamais a multa poderia incidir sobre o seu valor, simplesmente porque 100% (cem por cento) de zero é igual a zero e a multa, por ser acessória, segue o principal.

Nesse sentido, cita decisões de Tribunais Administrativos do RJ e MG (CC-RJ – Ac. 123, de 16-01-1997e CC-MG – Ac. 5.416, de 15-05-1984).

Quanto à infração 5, alega impossibilidade de manutenção. Reproduz o art. 1º, I e IV e parágrafos da Portaria nº 288, de 22/5/2002, para dizer que, sofrendo recolhimento por antecipação tributária, mesmo não havendo saldo de imposto devido nos meses autuados, isso não inviabiliza sua participação do programa FAZATLETA, pois os 5% do programa do Estado seriam contabilizados para lançamento futuro, quando da oportunidade da existência de saldo de ICMS a recolher. Aduz que, cumulativamente, na forma do parágrafo 1º do supra mencionado artigo, procedeu ao lançamento, de uma só vez, dessa compensação, quando da oportunidade de saldo devedor de ICMS, levando-se em conta cada período de apuração passado e limitando-se aos 5% do imposto devido (doc. 5), pelo que não houve extração do limite, tampouco utilização indevida do mesmo.

Fala que a interpretação do autuante, não apenas lhe traz prejuízo, mas a toda comunidade.

Conclui pedindo: a) improcedência das infrações impugnadas e, alternativamente, caso a extinção da penalidade pecuniária não seja acolhida, que se aplique a razoabilidade para reduzi-la; b) que as comunicações relativas a este PAF sejam encaminhadas por correio eletrônico

(meloenovaes@meloenovaes.com.br) ou qualquer outro meio, em nome do Patrono ora constituído, IBSEN NOVAES JUNIOR.

Às fls. 1538 a 1542, o autuante presta informação fiscal. Sobre a infração 2, diz que o contribuinte intimado em 03/04/2012 (fls. 81 a 83), contendo, em anexo, vários relatórios, dentre os quais, no exercício de 2009, o Relatório “102 - Demonstrativo SINTÉTICO das diferenças apuradas em notas Fiscais. (Registro 50 X Registro 54)”, conforme se pode verificar à fl. 85, cujas diferenças encontradas entre o Registro 50 e o Registro 54, nas entradas, mais uma vez demonstra em quadro.

<i>“Exercício: 2009</i>						<i>R\$ 1</i>
<i>Mês</i>	<i>Registro 50 Valor total NF</i>	<i>Registro 54 Valor Produtos</i>	<i>IPI</i>	<i>ICMS ST</i>	<i>Diferença</i>	
<i>Janeiro</i>	<i>3.589.483,45</i>	<i>2.884.079,08</i>	<i>24.853,51</i>	<i>8.309,75</i>	<i>672.241,11</i>	
<i>Fevereiro</i>	<i>2.616.512,30</i>	<i>1.861.347,88</i>	<i>17.969,71</i>	<i>4.518,47</i>	<i>732.676,24</i>	
<i>Março</i>	<i>1.712.157,59</i>	<i>1.533.123,62</i>	<i>83,10</i>	<i>0,00</i>	<i>178.950,87</i>	
<i>Abri</i>	<i>1.884.738,95</i>	<i>1.620.591,18</i>	<i>165,00</i>	<i>0,00</i>	<i>263.982,77</i>	
<i>Maio</i>	<i>1.168.203,68</i>	<i>947.229,70</i>	<i>3,57</i>	<i>0,00</i>	<i>220.970,41</i>	
<i>Junho</i>	<i>602.668,93</i>	<i>603.772,21</i>	<i>0,00</i>	<i>0,00</i>	<i>-1.103,28</i>	
<i>Julho</i>	<i>1.748.735,61</i>	<i>1.134.095,86</i>	<i>21.199,00</i>	<i>5.699,17</i>	<i>587.741,58</i>	
<i>Agosto</i>	<i>2.396.134,01</i>	<i>1.621.898,51</i>	<i>30.084,69</i>	<i>5.110,48</i>	<i>739.040,33</i>	
<i>Setembro</i>	<i>2.843.830,77</i>	<i>1.731.929,56</i>	<i>27.016,01</i>	<i>9.355,38</i>	<i>1.075.529,82</i>	
<i>Outubro</i>	<i>7.880.640,32</i>	<i>4.136.299,70</i>	<i>45.906,43</i>	<i>6.475,68</i>	<i>3.691.958,51</i>	
<i>Novembro</i>	<i>3.767.422,55</i>	<i>2.410.938,67</i>	<i>24.116,59</i>	<i>10.471,39</i>	<i>1.321.895,90</i>	
<i>Dezembro</i>	<i>5.967.028,50</i>	<i>4.224.666,16</i>	<i>35.648,81</i>	<i>10.846,87</i>	<i>1.695.866,66</i>	

Observa que as diferenças apontadas entre o Registro 50 e 54 no Relatório, ao contrário do que o Impugnante alega, são de grande monta. Diz que os registros 50 e 54 referem-se às informações contidas no arquivo magnético sobre as Notas Fiscais do contribuinte, sendo que no Registro 50, não há campo para apresentar o Código do Produto e a sua Quantidade. Já no Registro 54, há campo disponível para o registro destas informações. Ora, se há diferenças entre os registros 50 e 54, no mesmo mês do mesmo exercício, principalmente quando o registro 50 tem valores maiores que os contidos no registro 54, isso implica que o contribuinte deixou de informar no registro 54 muitas Notas Fiscais informadas no registro 50. Além disso, no registro 54 há o detalhamento das notas fiscais (quantidade e descrição/código do produto), coisa não encontrada no registro 50, o que inviabiliza a fiscalização, em especial, roteiro de estoque.

No que se refere ao exercício de 2009, encontrou também o Relatório 119 – “Divergências no registro 75”, em que há “Produtos com Códigos Iguais e Descrição Diferente”, em 187 (cento e oitenta e sete) folhas, às fls. 269 até 455, deste PAF. Isso quer dizer que, sem as correções dessas divergências, não há como se executar o roteiro de estoque. Já no exercício de 2010, constante na fl. 460, deste PAF, no Relatório 102, em que, novamente, as diferenças encontradas entre os Registros 50 e 54 foram de grande monta.

<i>“Exercício de 2010:</i>						<i>R\$ 1</i>
<i>Mês</i>	<i>Registro 50 Valor total NF</i>	<i>Registro 54 Valor Produtos</i>	<i>IPI</i>	<i>ICMS ST</i>	<i>Diferença</i>	
<i>Janeiro</i>	<i>5.736.762,21</i>	<i>3.099.352,63</i>	<i>50.046,50</i>	<i>6.868,88</i>	<i>2.580.494,20</i>	
<i>Fevereiro</i>	<i>4.009.456,74</i>	<i>2.545.756,74</i>	<i>25.985,40</i>	<i>9.722,34</i>	<i>1.427.992,26</i>	
<i>Março</i>	<i>8.625.227,09</i>	<i>5.519.587,28</i>	<i>41.580,95</i>	<i>10.458,96</i>	<i>3.053.599,90</i>	
<i>Abri</i>	<i>8.281.039,84</i>	<i>5.206.798,81</i>	<i>52.722,45</i>	<i>8.512,13</i>	<i>3.013.006,45</i>	
<i>Maio</i>	<i>14.280.643,64</i>	<i>7.329.500,28</i>	<i>45.476,02</i>	<i>14.493,57</i>	<i>6.891.173,77</i>	
<i>Junho</i>	<i>4.244.556,42</i>	<i>2.500.242,72</i>	<i>37.520,85</i>	<i>16.687,49</i>	<i>1.690.105,36</i>	
<i>Julho</i>	<i>9.985.019,91</i>	<i>4.955.727,47</i>	<i>38.611,46</i>	<i>0,00</i>	<i>4.990.680,98</i>	
<i>Agosto</i>	<i>11.489.414,20</i>	<i>5.827.003,09</i>	<i>34.147,90</i>	<i>0,00</i>	<i>5.628.263,21</i>	
<i>Setembro</i>	<i>12.154.188,70</i>	<i>6.763.436,36</i>	<i>33.617,84</i>	<i>0,00</i>	<i>5.357.134,50</i>	
<i>Outubro</i>	<i>8.736.523,76</i>	<i>4.953.231,68</i>	<i>59.304,62</i>	<i>0,00</i>	<i>3.723.987,46</i>	
<i>Novembro</i>	<i>10.371.864,64</i>	<i>5.652.880,64</i>	<i>32.603,38</i>	<i>0,00</i>	<i>4.686.380,62</i>	
<i>Dezembro</i>	<i>4.144.016,18</i>	<i>2.848.917,33</i>	<i>34.428,89</i>	<i>0,00</i>	<i>1.260.669,96</i>	

Observa, também, que nesta tabela há diferenças efetivas entre os registros 50 e 54, implicando nos mesmos problemas já analisados quando do exercício de 2009. Já a Defesa entendeu que

conforme indica à fl. 1.484, deste PAF, sobre estas diferenças encontradas no Relatório 102, já agora do exercício de 2010, que “*Não houve prejuízo para o Estado da Bahia*”, tendo, assim, um argumento incorreto, pois cai por terra o entendimento do contribuinte de que, os arquivos magnéticos como estavam, não implicariam qualquer prejuízo para o fisco, conforme escreveu também à fl. 1.487.

Descreve a prescrição do artigo 259, § 12, Decreto nº 13.780, de 2012 (RICMS-BA), “*O arquivo eletrônico de que trata este artigo deverá ser enviado: III – até o dia 25 do mês subsequente, tratando-se de contribuintes com inscrição estadual de algarismo final 7 ou 8*”, para dizer que por sua Insc. Est. (23.143.548) a obrigação do autuado era ter enviado o arquivo magnético de janeiro de 2009 até dezembro de 2010 na época própria (isto é, a cada 25 dias do mês subsequente, contendo todos os fatos fiscais), e ao mesmo tempo feita toda a conferência obrigatória em relação aos documentos fiscais. Caso tivesse exercido essas tarefas com responsabilidade que o caso em apreço merece, seguramente não necessitaria trazer um argumento defensivo que não convence e só prova o desleixo da empresa no que tange a esta questão.

Pontua que o RICMS-BA, Decreto nº 13.780, de 16/03/2012 e suas alterações, no seu artigo 261, § 4º, diz que, “*O contribuinte terá o prazo de 30 dias úteis contados da data do recebimento da intimação para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência...*”. Além disso, neste mesmo artigo, já agora no §5º, é dito que “*O prazo previsto no § 4º deste artigo poderá ser prorrogado por igual período (grifo nosso) pelo inspetor fazendário, mediante despacho fundamentado*”. Salienta que o autuado recebeu a primeira intimação com os anexos em 03 de abril de 2012, conforme fls. 81 até 1.115, os quais apontavam as inconsistências. Informa que, além das orientações feitas pelo autuante na mesma hora em que passava às mãos do contribuinte o documento fiscal e todos os seus anexos, em 02 de maio de 2012, o contribuinte requereu a prorrogação de prazo para corrigir as inconsistências no arquivo magnético, conforme fls. 43 e 44. A dilação de prazo foi concedida, o contribuinte esteve apto a corrigir as inconsistências até o dia 02 de junho de 2012, mas isso não fez e um novo pedido de prorrogação de prazo para correção dos arquivos foi indeferido, conforme Parecer Final datado de 13 de junho de 2012, exarado pelo DAT METRO / CPROC (anexo).

Diante disso, entende não haver o que se contestar acerca do cumprimento do dever do fisco, inclusive, mais uma vez comprovado pelo fato do próprio contribuinte solicitar mais trinta dias (isto é, como já lhe fora concedido sessenta dias, com os trintas últimos solicitados, totalizariam noventa dias) para apresentar os arquivos magnéticos sem as inconsistências, os quais, segundo a defesa, os apresentou nos dias 03 e 04 de julho de 2012. E esta data já estava fora completamente do trimestre de execução da fiscalização prevista na Ordem de Serviço nº 501.761/12 para o trimestre abril a junho de 2012.

Assim, resta comprovado que o contribuinte não atendeu à fiscalização no que tange à apresentação dos arquivos magnéticos dos exercícios de 2009 e 2010 com as devidas correções apontadas na intimação já destacada acima, fulcro único da infração em análise.

Sobre a quinta infração, diz que a própria defesa declara que contribuinte agiu incorretamente, posto que o crédito correspondente ao FAZATLETA só é possível quando há saldo de imposto devido, e, neste caso, limitado a apenas 5% deste. Como fez o lançamento do crédito em nome do FAZATLETA em valor superior ao que determina a Lei nº 7.539, de 24/11/1999, bem como a Portaria nº 288, de 02/05/2002, o contribuinte fez o lançamento do crédito indevidamente. Diante disso, mantém todos os termos da autuação no que tange a esta infração.

Conclui mantendo o Auto de Infração.

Nas fls. 1546 a 1548, se encontra pagamento no valor de R\$9.266,24, referente às infrações reconhecidas pelo autuado.

VOTO

Inicialmente verifico que estão presentes os pressupostos de validade da relação jurídica tributária, posto que o Auto de Infração foi lavrado com observância do art. 39 do RPAF/99, definidos o autuado, o crédito tributário exigido, além do que os princípios do contraditório e da ampla defesa estão sendo preservados. Outrossim, as infrações estão claras, foram entendidas pelo sujeito passivo, que assim pode exercer seu direito de defesa de forma ampla, e foram seguidos os princípios do contraditório, ampla defesa e segurança jurídica, que devem nortear as relações tributárias, entre o fisco e os contribuintes.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, em razão de 05 irregularidades.

Por não serem objeto de lide, em face do expresso reconhecimento do cometimento, inclusive pagando os valores aqui exigidos, as caracterizadas infrações 1, 3 e 4 não serão apreciadas.

Infrações procedentes.

A infração 2 refere-se à falta de fornecimento de arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, referente às informações das operações ou prestações realizadas, no formato e padrão estabelecido na legislação (Convênio ICMS 57/95), gerado através do Programa SINTEGRA, referente ao período janeiro 2009 a dezembro de 2010, em razão de inconsistências entre o Registro 50 X Registro 54 e falta do Registro 75, relativos aos meses janeiro e dezembro 2010, bem como dos Registros 60M, 60A e 60R, nos exercícios de 2009 e 2010.

Foi proposta a aplicação da multa de 1% prevista no art. XIII-A, “j”, (um por cento) do valor das saídas de mercadorias no período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo.

Deste modo, o motivo determinante para a aplicação da multa no *valor de R\$1.132.323,14, equivalente a 1% sobre o montante das operações de saídas de cada período*, foi o descumprimento de obrigação acessória relativa ao fato de que o contribuinte não forneceu arquivos em meio magnéticos corrigidos das inconsistências que lhe foram informadas na Intimação Fiscal de fls. 81-83 e relatório a ela anexado (fls. 84-1115).

De acordo com a legislação do ICMS da Bahia que 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, 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 Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Convênio 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.

O autuado foi intimado a apresentar e a corrigir as inconsistências verificadas em 30 (trinta) dias, conforme a intimação constante nas fls. 81/83. Na forma em que pediu na petição de fl. 43, o prazo para atendimento da Intimação foi prorrogado em mais 30 (trinta) dias e ainda assim não atendeu à Intimação Fiscal.

Portanto, o devido processo legal foi observado, sendo concedido o prazo legal de 30 dias para corrigir as irregularidades apontadas. Peticionou pela prorrogação desse prazo e, com base na possibilidade legal, seu pedido foi deferido e como não cumpriu as determinações legais acima descritas no prazo estipulado, especialmente o previsto no § 2º, do art. 708-A, do RICMS/97, subsume-se à penalidade indicada no presente Auto de Infração, que tem a seguinte redação:

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

...
XIII-A - Nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

...
j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo.”

Portanto, repito, os arquivos magnéticos de que trata esta infração são os previstos pelo Convênio ICMS 57/95 que dispõe sobre a emissão de documentos fiscais e sua escrituração.

No que mais diretamente interessa a este caso, esse convênio prescreve:

Cláusula primeira A emissão por sistema eletrônico de processamento de dados dos documentos fiscais previstos no Convênio S/Nº, de 15 de dezembro de 1970, que instituiu o Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais - SINIEF, e no Convênio SINIEF 06/89, de 21 de fevereiro de 1989, bem como a escrituração dos livros fiscais, a seguir enumerados, far-se-ão de acordo com as disposições deste Convênio:

- I - Registro de Entradas;**
- II - Registro de Saídas;**
- III - Registro de Controle da Produção e do Estoque;**
- IV - Registro de Inventário; e**
- V - Registro de Apuração do ICMS.**
- VI - Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC.**

§ 1º Fica obrigado às disposições deste Convênio o contribuinte que:

1. emitir documento fiscal e/ou escriturar livro fiscal em equipamento que utilize ou tenha condições de utilizar arquivo magnético ou equivalente;
2. utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), que tenha condições de gerar arquivo magnético, por si ou quando conectado a outro computador, em relação às obrigações previstas na cláusula quinta;

Cláusula quinta O contribuinte de que trata a cláusula primeira estará obrigado a manter, pelo prazo previsto na legislação da unidade federada a que estiver vinculado, as 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:

I - por totais de documento fiscal e por item de mercadoria (classificação fiscal), quando se tratar de Nota Fiscal, modelos 1 e 1-A.

II - por totais de documento fiscal, quando se tratar de:

- a) Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica, modelo 6;
- b) Nota Fiscal de Serviços de Transporte, modelo 7;
- c) Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas, modelo 8;
- d) Conhecimento de Transporte Aquaviário de Cargas, modelo 9;
- e) Conhecimento Aéreo, modelo 10;
- f) Conhecimento de Transporte Ferroviário de Cargas, modelo 11;
- g) Nota Fiscal de Serviço de Comunicação, modelo 21;
- h) Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações, modelo 22.

III - por total diário, por equipamento, quando se tratar de Cupom Fiscal ECF, PDV e de Máquina Registradora, nas saídas.

IV - por total diário, por espécie de documento fiscal, nos demais casos.

§ 1º O disposto nesta cláusula também se aplica aos documentos fiscais nela mencionados, ainda que não emitidos por sistema eletrônico de processamento de dados.

§ 5º o contribuinte deverá fornecer, nos casos estabelecidos neste Convênio, arquivo magnético contendo as informações previstas nesta cláusula, atendendo às especificações técnicas descritas no Manual de Orientação vigentes na data de entrega do arquivo. (grifos meus)

Cláusula décima sétima Entende-se por registro fiscal as informações gravadas em meio magnético, referentes aos elementos contidos nos documentos fiscais. (grifos meus)

Cláusula décima nona O arquivo magnético de registros fiscais, conforme especificação e modelo previstos no Manual de Orientação, conterá as seguintes informações:

- I - tipo do registro;
- II - data de lançamento;
- III - CGC do emitente/remetente/destinatário;
- IV - inscrição estadual do emitente/remetente/destinatário;
- V - unidade da Federação do emitente/remetente/destinatário;
- VI - identificação do documento fiscal modelo, série e subsérie e número de ordem;
- VII - Código Fiscal de Operações e Prestações;
- VIII - valores a serem consignados nos livros Registro de Entradas ou Registro de Saídas; e
- IX - Código da Situação Tributária Federal da operação.

Cláusula vigésima. A captação e consistência dos dados referentes aos elementos contidos nos documentos fiscais, para o meio magnético, a fim de compor o registro fiscal, não poderão atrasar por mais de cinco (5) dias úteis, contados da data da operação a que se referir. (grifos meus)

Dessa especial normativa, concluo: a) no período fiscalizado, o autuado só poderia emitir documentos e registrá-los fiscalmente via sistema eletrônico; b) lembrando que a normativa acima trata de sistema eletrônico de processamento de dados, temos que o autuado gravou magneticamente as informações atinentes aos seus documentos fiscais emitidos e recebidos, conforme indicado na **Cláusula quinta**; c) atendendo ao §5º da **Cláusula quinta** o contribuinte autuado deveria ter fornecido ao fisco o arquivo magnético contendo as informações de seus documentos fiscais e seus respectivos registros como determinado nas **Cláusulas décima sétima e décima nona, consistentemente** captados pelo próprio contribuinte, como indicado na **Cláusula vigésima**.

Considerando que a obrigatoriedade de a escrituração fiscal por sistema eletrônico de processamento de dados vige desde 28 de junho de 1995, e que os arquivos magnéticos em pauta nada mais são que **consistente** cópia da escrituração fiscal do autuado seja ela a impressa ou magnética (§5º da **Cláusula quinta** c/c **Cláusulas décima sétima, décima nona e vigésima**), não tem sentido lógico ou prático os repetidos argumentos defensivos de dificuldades e óbices

tecnológicos para se ajustar a uma obrigação acessória de disponibilizar ao fisco uma cópia das informações fiscais que mantém de suas operações comerciais. Admitir-se, o contrário, significa entender que o contribuinte autuado não teria controle de sua atividade empresarial e que sua escrituração fiscal seria um “caos”.

Desse modo, pelas razões acima impostas entendo legal e pertinente a auditoria levada a efeito neste caso, pois deu-se sem qualquer prejuízo aos direitos do sujeito passivo.

Não acolho o pedido de redução da penalidade com base no parágrafo 7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96, pois faltam elementos para declarar que a falta de entrega dos arquivos magnéticos não trouxe prejuízo para a fazenda pública estadual, até porque o reconhecido cometimento da infração impediu a regular fiscalização para homologar o cumprimento das obrigações principais nos exercícios a que se referem (2009 e 2010).

Em face do impedimento exposto no art. 167 do RPAF, não me manifesto sobre a arguição de inconstitucionalidade da penalidade aplicada.

A despeito da pertinência da multa, constato que deve ser aplicada a orientação contida na OTE DPF 3005, que no item 6.1 estabelece que *“na lavratura de auto de infração por falta de apresentação ou irregularidades do arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento do auto de infração deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados”*, com o que ajusto a data de ocorrência desta infração para 21/04/2012.

Infração procedente.

A infração 5 trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS a título do Programa Estadual de Incentivo ao Esporte Amador – FAZATLETA, em desacordo com a previsão legal (Lei nº 7.539/99 e Portaria nº 288/2002).

Defendendo-se da infração, o autuado reproduziu o art. 1º, I e IV e parágrafos da Portaria nº 288, de 22/5/2002, para dizer que, sofrendo recolhimento por antecipação tributária, mesmo não havendo saldo de imposto devido nos meses autuados, isso não inviabiliza sua participação do programa FAZATLETA, pois os 5% do programa do Estado seriam contabilizados para lançamento futuro, quando da oportunidade da existência de saldo de ICMS a recolher. Aduziu que, cumulativamente, na forma do parágrafo 1º do supra mencionado artigo, procedeu ao lançamento, de uma só vez, dessa compensação, quando da oportunidade de saldo devedor de ICMS, levando-se em conta cada período de apuração passado e limitando-se aos 5% do imposto devido (doc. 5), pelo que não houve extração do limite, tampouco utilização indevida do mesmo.

Pois bem. De logo, ressalvo que a impugnação se resume à uma questão de direito, pois não há contestação quanto aos dados e valores exigidos pela infração.

Trata-se de um benefício fiscal regida pela Lei nº 7.539/99, cujo alcance das suas disposições é disciplinada pela Portaria nº 288/02.

Ora, o §1º do art. 1º da Lei nº 7.539/99, dispõe que *“O incentivo de que trata o caput deste artigo limita-se ao máximo de 5% (cinco por cento) do valor do ICMS a recolher, em cada período ou períodos sucessivos, não podendo exceder a 80% (oitenta por cento) do valor total do projeto a ser incentivado”*. (grifos meus).

O Impugnante, embora confessando que nos períodos autuados não houve ICMS a recolher, alegando (sem demonstrar) recolhimento do imposto por antecipação tributária, apropriou o benefício fiscal com base na disciplina do art. 1º, IV, c/c com o §1º da Portaria nº 288/02. Ocorre que no caso de uso do benefício fiscal por conta de recolhimento de ICMS por antecipação tributária, a portaria citada traz a seguinte disciplina:

Art. 6º Para os efeitos de abatimento do incentivo ao FAZATLETA e /ou FAZCULTURA, no recolhimento do imposto devido nas operações indicadas no inciso IV do art. 1º desta Portaria deverá ser observado o seguinte:

I - se o contribuinte substituto estiver sediado em outra unidade federativa o recolhimento será efetuado através de GNRE preenchida pelo valor líquido encontrado após o abatimento dos valores das Notas Fiscais de ressarcimento recebidas para tal finalidade, atendido o requisito do § 1º deste artigo.

II - se o contribuinte substituto estiver sediado neste Estado será efetuado através de DAE preenchido pelo valor líquido encontrado após o desconto dos valores constantes em Notas Fiscais de ressarcimento, atendida a disposição do § 2º deste artigo.

III - se o contribuinte tiver de recolher imposto relativo à antecipação tributária, em que a lei lhe atribui a sujeição passiva pela entrada da mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado, será feito mediante DAE preenchido pelo valor líquido após abatido o valor relativo ao incentivo do FAZATLETA e/ou FAZCULTURA, atendida a exigência do § 3º deste artigo.

§ 1º O abatimento tratado no inciso I fica limitado a 5% (cinco por cento), por programa, do valor do imposto retido de cada contribuinte substituído, na próxima operação de venda efetuada a este pelo contribuinte substituto, após o recebimento da Nota Fiscal de ressarcimento.

§ 2º O desconto de que cuida o inciso II deste artigo fica limitado a 5% (cinco por cento), por programa, do valor retido do contribuinte substituído na próxima venda efetuada a este, pelo substituto após o recebimento da Nota Fiscal de ressarcimento.

§ 3º O abatimento indicado no inciso III fica limitado a 5% (cinco por cento), por programa, do valor devido pelo contribuinte em cada período de apuração, relativo à antecipação do imposto pela entrada de mercadoria ou bem no seu estabelecimento.

§ 4º Poderão ser emitidas tantas notas fiscais quantos forem os estabelecimentos substitutos com quem o Patrocinador mantenha negócios, respeitados os limites previstos nos parágrafos anteriores.

Art. 7º Na hipótese do ressarcimento previsto no artigo antecedente o estabelecimento substituto poderá deduzir o valor do imposto retido do próximo recolhimento a ser feito a este Estado.

Pois bem. Vê-se na correspondência juntada pelo próprio Impugnante (fl.1524), em resposta a uma 5ª Intimação Fiscal requisitando informações sobre o “Programa FAZATLETA”, que o autuado confessa que não adotou o adequado e legal procedimento para o uso do benefício fiscal.

Considerando que legislação sobre benefício fiscal que representa renúncia de receita pública de natureza indisponível há que ser interpretada literalmente, conforme previsto no art. 111 do CTN, c/c os art. 38 da Lei nº 7.014/96 registrando que “quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação”, bem como repetida no art. 11 e parágrafo único do RICMS-BA, que abaixo transcrevo, estimo subsistente o valor exigido pela infração, ao tempo que com fundamento no art. 156 do RPAF represento à autoridade competente para analisar a viabilidade de instaurar novo procedimento fiscal para, com relação à essa infração, verificar o disposto no art. 4º da Lei nº 7.539/99, instituidora do benefício fiscal do Programa FAZATLETA.

Art. 11. Quando a fruição ou o reconhecimento do benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição.

Parágrafo único. O pagamento do imposto, na hipótese deste artigo, será feito com os acréscimos moratórios cabíveis e, se for o caso, multa, os quais serão devidos a partir do vencimento do prazo em que o tributo deveria ter sido pago caso a operação ou prestação não tivesse sido efetuada com o benefício fiscal, observadas, quanto ao termo inicial da incidência, as normas reguladoras da matéria.

Infração procedente.

Por derradeiro, no que concerne à indicação do impugnante para que as intimações sejam feitas em nome do procurador que assina a Defesa, ressalto inexistir óbice para que as comunicações acerca deste PAF também lhe sejam enviadas. No entanto, cumpre salientar que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

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

VOTO VENCEDOR (Infração 2)

Peço vênia para discordar do voto do caro colega Relator, com referência à infração 2, na qual está sendo imposta multa em decorrência de falta de fornecimento de arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

Para tal mister, inicialmente analiso os fatos contidos nos autos:

- 1) o sujeito passivo no dia 2 de maio de 2012 requereu a prorrogação do prazo de apresentação dos arquivos, ocasião em que foi concedido mais 30 (trinta) dias para apresentá-los.
- 2) Impossibilitado de atender à fiscalização, novamente o contribuinte ingressou com o pedido de prorrogação de mais 30 (trinta) dias, em 01 de junho de 2012, consoante o documento de fl. 1520.
- 3) Em 13 de junho de 2012, exatamente às 16:09 hs, foi emitido o Parecer Final da Inspetoria Fazendária, com o indeferimento do pedido, face a sua inépcia, fundamentada na previsão contida no art. 10 § 1º, III, “c” do RPAF/99.
- 4) O contribuinte foi cientificado da denegatória em 22 de junho de 2012, conforme recibo de fl. 1522, e o Auto de Infração foi lavrado em 13/06/2012, **às 12:00 às 18:00 hs.**

Consoante os fatos acima narrados, constato que ocorreram equívocos na exigência da infração em comento, haja vista que desrespeitados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório que norteam o processo administrativo fiscal e que vincula o agente administrativo à sua observância.

Ocorre que o contribuinte não foi cientificado da negativa do seu pedido de prorrogação do prazo, bem como o auto de infração foi lavrado anteriormente à formulação do Parecer final, que também foi emitido após a lavratura da peça vestibular.

Ademais, a fundamentação do Parecer Final lastreia-se no art. 10, § 1º, III, “c” do RPAF, (Decreto nº 7.629/99) adrede mencionado e este trata a questão da seguinte forma:

Art. 10. A petição será indeferida de plano pela autoridade ou orgão a que se dirigir ou pelo orgão preparador, conforme o caso, se intempestiva, se assinada por pessoa sem legitimidade ou se inepta ou ineficaz, vedada a recusa de seu recebimento ou protocolização.

§ 1º A petição será considerada:

I -

II -

III – inepta, quando:

a)

b)

c) Contiver pedido relativo a matéria não contemplada na legislação tributária;

d)

§ 2º É assegurado ao interessado o direito de impugnar o indeferimento ou arquivamento da petição declarada intempestiva, viciada de ilegitimidade, inepta ou ineficaz, no prazo de 10 (dez) dias, contado da ciência, mediante petição dirigida à autoridade ou orgão competente para conhecer o mérito do pedido.

Portanto, além do contribuinte ter sido intimado após a lavratura do Auto de Infração, não foi observado o direito que lhe assistia de impugnar o indeferimento da petição, no prazo previsto no § 2º acima descrito.

Diante destas irregularidades no deslinde do procedimento administrativo de fiscalização, que resultou em prejuízo para o contribuinte, voto pela nulidade da infração, consoante art. 18, II do RPAF/99.

Recomendo que a autoridade fazendária determine nova ação fiscal, com vistas à repetição dos atos processuais, à salvo de falhas, conforme determina o art. 21 do RPAF/99.

Voto pela NULIDADE da infração, nº2.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **102148.0008/12-2**, lavrado contra **TECHNICO COMERCIAL DE EQUIPAMENTOS S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$26.469,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.300,00**, prevista no incisos XII-A, “j”, XV, “d”, XVII, “c”, do mesmo diploma legal, alterada pelas Leis nº 8.534/02 e 10.847/07, respectivamente, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente pagos. Recomenda-se que a autoridade fazendária determine nova ação fiscal em relação à infração 2, com vistas à repetição dos atos processuais, à salvo de falhas, conforme determina o art. 21 do RPAF/99

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº **13.537/11**, com efeitos a partir de **20/12/11**.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 outubro de 2012.

PAULO DANILLO REIS LOPES – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Infração 2)

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA/VOTO VENCEDOR
(Infração 2)