

A. I. N° - 281508.0002/12-9
AUTUADO - O. V. D. IMPORTADORA E DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTE - DILSON OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 21.12.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0289-02/12

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. BENS DO ATIVO FIXO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao ativo fixo do próprio estabelecimento, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Comprovado erro na apuração do débito, reduzindo a exigência fiscal. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Deve ser estornado o crédito fiscal do ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. **b)** CREDITO PRESUMIDO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO. Infrações não impugnadas. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS DE MERCADORIAS A CONTRIBUINTES DESTE ESTADO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. Acusação fiscal imprecisa, pois foi descrito um fato e a ocorrência se refere a erro na determinação da base de cálculo do ICMS por substituição tributária, de mercadorias elencadas no anexo único do Protocolo ICMS 41/2008. Item NULO. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. De acordo com o art.708-B do RICMS/97 o contribuinte usuário de processamento de dados está obrigado a apresentar o arquivo magnético do SINTEGRA contendo informações das operações e prestações realizadas. Infração caracterizada. Não acolhido o pedido para redução da multa de que cuida o item 04. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/06/2012, para exigência de ICMS e MULTA no valor de R\$676.572,48, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$14.817,13, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de julho a dezembro de 2007, janeiro, março, maio, junho, setembro, outubro de 2008, e fevereiro de 2009, conforme demonstrativo e documentos às fls.11 a 20.

2. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$120.581,69, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, no período de setembro de 2007 a dezembro de 2009, conforme CD às fls.113 a 115. Em complemento consta: “*Deixou de estornar os créditos fiscais superiores a 10% das aquisições de mercadorias e serviço de transporte, contrariando o disposto no artigo 6º do Decreto nº 7.799/2000. A partir do mês de dezembro de 2008, passou a estornar o crédito parcialmente.*”
3. Utilização de crédito fiscal presumido de ICMS, no valor de R\$17.527,82, em valor superior ao permitido na legislação em vigor, no mês de novembro de 2007, conforme CD às fls. 116 a 117.
4. Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, no valor de R\$27.532,05, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de setembro de 2008 a dezembro de 2009, conforme demonstrativo e documentos às fls. 22 e 24.
5. Forneceu informações através de arquivo magnético, requerido mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitada a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizados no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes, sobre o montante das saídas mensais, conforme documentos às fls. 68 a 112. Multa no valor de R\$496.113,79. Em complemento consta: *Não atendeu a intimação para corrigir divergências nos arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos correspondentes. Multa limitada a 1% do valor das operações de saídas, em cada período de apuração.*

Conforme Processo SIPRO nº135687/2012-9, fl. 126, em 16/07/2012, o sujeito passivo informou que a infração 03 – 01.04.01, não será objeto de discussão, tendo requerido a expedição do respectivo documento de arrecadação. À fl. 131consta extrato do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária intitulado de Detalhe de Pagamento do PAF, referente ao pagamento do valor de R\$17.527,82.

Posteriormente, em 03/08/2012, o autuado, através de advogados legalmente constituídos, em sua defesa administrativa às fls. 139 a 155, impugnou o lançamento consubstanciado no auto de infração, pelas seguintes razões de fato e de direito.

Inicialmente, reconheceu as infrações INFRAÇÃO 02 (01.05.03) e INFRAÇÃO 03 (01.04.01), e informou que já procedeu ao recolhimento do imposto com os acréscimos legais conforme comprovam as guias de recolhimentos anexadas.

Em seguida, passou a analisar as demais infrações.

INFRAÇÃO 01 – 06.01.01

Analisando o levantamento fiscal, observa que não foram observados aspectos como a existência de alíquotas internas diferenciadas para determinados itens e a natureza das operações que resultaram na remessa dos bens e serviços para o estabelecimento da empresa na Bahia. Ou seja, aduz que o autuante não atentou à presença de entradas de itens originárias de operações de transferências de bens já ativados da empresa e de aquisições de serviços. Daí se concluir, segundo o autuante, pela improcedência deste lançamento.

A fim de evidenciar as situações que se enquadram nos equívocos antes apontados, passou analisar pormenorizadamente, a saber:

No período 07/2007, com relação a alguns documentos fiscais, foi desconsiderada a existência de situações peculiares quanto ao tratamento tributário, a saber:

- N° 210093, de 30/07/2007 (emitido por PHILIPS DO BRASIL S/A - CNPJ 61.086.336/0141-63): cuida-se de documento fiscal pertinente a “serviços referentes a central telefônica”, não sujeitos à incidência do ICMS e, consequentemente, do diferencial de alíquotas.

- Nº 292296, de 31/07/2007 (emitido por RODOVIÁRIO RAMOS – CNPJ 25.100.223/0085-60): trata-se de **contratação de serviço de transporte rodoviário de cargas, operação isenta internamente, de modo que não é devido o diferencial**.
- Nºs. 764454 e 765386, de 31/07/2007 (emitidos por CYKLOP DO BRASIL EMBALAGENS S.A CNPJ 56.993.512/0001-50): cuida-se da **aquisição de produto industrial cujo recolhimento do diferencial de alíquotas se deu levando em conta a carga tributária interna de 8,8% (recolhido diferencial de 5,14% para 8,8%)**, enquanto a fiscalização aplicou a alíquota geral de 17% (diferencial de 10%). Não há diferenças de recolhimento quanto a estes documentos fiscais.

No que se refere ao mês **08/2007**, não foi considerado que as entradas no estabelecimento autuado se deram por **transferência** e não por aquisição, não havendo que se falar em incidência do diferencial de alíquotas. Houve, ainda, a inclusão de documento fiscal pertinente à **prestação de serviço sujeita ao ISS**. Ditas situações se verificaram relativamente aos seguintes documentos fiscais:

- Nº 14883 e 156238, de 31/08/2007 (emitidos por OVD IMPORTADORA E DIST. LTDA – CNPJ 76.635.689/0001-92): referem-se a transferências.
- Nº 156207, de 31/08/2007 (emitido por OVD IMPORTADORA E DIST. LTDA – CNPJ 76.635.689/0001-92): relativa à transferência de bem do ativo (CFOP 6.552), mais especificamente tampos, divisórias, cantoneiras, bancos de madeira, meses, cofre. São aqui apresentadas as respectivas notas fiscais de aquisição desses itens ou de materiais empregados na confecção dos meses (ex. no caso das mesas – fórmica), tudo conforme demonstrativo e documentos anexos.
- Nº 00013649, de 26/07/2007 (emitido por DIMAS DE MELO PIMENTA SISTEMAS DE PONTO E ACESSO LTDA – CNPJ 61.099.008/0001-41), no valor de R\$ 91,07: cuida-se de nota fiscal de prestação de serviços.

Com relação ao mês **09/2007**, tal como no caso anterior, foram considerados para fins de cálculo do diferencial de alíquotas (a 10%) documentos fiscais relativos à **prestação de serviços sujeita ao ISS e transferências de bens do estabelecimento matriz do Impugnante para o autuado**, conforme segue:

- Nº 4631, de 11/09/2007 (emitido por NET LAN TECNOLOGIA DE SISTEMAS LTDA – CNPJ 01.153.976/0001-67), no valor de R\$ 1.740,00: referente à prestação de serviços.
- Nº 521, de 12/09/2007 (emitido por AIDC TECNOLOGIA LTDA – CNPJ 07.500.596/0001-38), no valor de R\$ 1.840,44: igualmente, relativa à prestação de serviços.
- Nº 161453 e 162190, de 13/09/2007 (emitidos por OVD IMPORTADORA E DIST. LTDA – CNPJ 76.635.689/0001-92): cuidam-se de operações de transferências.
- Nº 151889 e 152776, de 03/09/2007 (emitidos por OVD IMPORTADORA E DIST. LTDA – CNPJ 76.635.689/0001-92): referentes à transferência de bens adquiridos originalmente da empresa CNT BRASIL DISTRIBUIDORA, conforme notas fiscais ora apresentadas.
- Nº 160342, 162412, 166910, 167793, 169094, 168645, 166914, 170752, 172231 (emitidos por OVD IMPORTADORA E DIST. LTDA – CNPJ 76.635.689/0001-92): dizem respeito à transferência de bens adquiridos originalmente da empresa ÁGUA SISTEMAS DE ARMAZENAGEM LTDA, conforme notas fiscais ora apresentadas.

No mês **10/2007**, a situação se repete, na medida em que **não se considerou a real natureza das operações (prestação de serviços sujeitas ao ISS e transferências de bens)**, mais precisamente quanto aos seguintes documentos fiscais:

- Nº 212926, de 09/10/2007 (emitido por PHILIPS DO BRASIL LTDA – CNPJ 61.086.336/0141-63), no valor de R\$ 2.500,00: referente à prestação de serviços em central telefônica.

- N°s 182637, 176791 e 179166 (emitidos por OVD IMPORTADORA E DIST. LTDA – CNPJ 76.635.689/0001-92): relativa à transferência de bens.
- N°s 174385, 174507, 176518, 178980, 182586 e 184492 (emitidos por OVD IMPORTADORA E DIST. LTDA – CNPJ 76.635.689/0001-92): trata-se de operações de transferência de bens do ativo, adquiridos originalmente da empresa ÁGUA SISTEMAS DE ARMAZENAGEM LTDA.

No que se refere ao mês 12/2007, não se levou em conta que alguns dos documentos fiscais tomados para fins de apuração do diferencial de alíquota são, de fato, **transferências de bens não sujeitas à incidência do diferencial de alíquotas**, mais especificamente tem-se:

- N°s 199783, 214459, 214463, 214246 (emitidos por OVD IMPORTADORA E DIST. LTDA – CNPJ 76.635.689/0001-92): relativos à transferência de bens do ativo.

Igualmente com relação ao mês 01/2008, a mesma situação se verifica quanto ao documento fiscal:

- N° 228011 (emitida por OVD IMPORTADORA E DIST. LTDA – CNPJ 76.635.689/0001-92): diz respeito à operação de transferência de bens do imobilizado.

No que atine ao mês 03/2008, houve erro na apuração do diferencial de alíquotas quanto à **nota fiscal emitida de forma conjugada, englobando venda de bem destinado ao ativo e prestação de serviços, não sujeita ao ICMS**, mais especificamente quanto ao documento:

- N°. 81139 (emitido por CNT BRASIL DISTRIBUIÇÃO E TREINAMENTO LTDA - CNPJ 00.029.650/0001-60). Logo, o imposto devido a título de diferencial de alíquotas se limita à operação com mercadoria adquirida, que foi recolhido, não havendo diferença.

Relativamente ao mês 05/2008, quando da apuração dos valores devidos a título de diferencial de alíquotas, foram tomados, equivocadamente, data vênia, documentos fiscais pertinentes à **prestação de serviços sujeita ao ISS**, como se deu nos seguintes casos:

- N°. 209298 e 209304, de 27/05/2008 (emitido por RR DONNELLEY MOORE EDITORA GRÁFICA LTDA – CNPJ 62.004.395/0018-04): diz respeito à prestação de serviços gráficos.

No que se refere ao mês 06/2008, a situação se repete, porquanto não se considerou a real natureza das operações (**prestação de serviços sujeita ao ISS e transferências de bens do imobilizado**), mais precisamente quanto aos seguintes documentos fiscais:

- N°s 322721 e 343040 (emitidos por OVD IMPORTADORA E DIST. LTDA – CNPJ 76.635.689/0001-92): relativos à transferência de bens do ativo. De se notar, por exemplo, que no último documento, no campo “Informações Complementares”, consta expressamente que: “Equip não faz parte da linha de comercialização. Segue como emprést. para utilização na atividade do próprio trabalho – imobilizado adquirido em 06/1999 nfs n. 3529 e 3551”. Não restam dúvidas quanto à natureza da operação.
- N° 001790, de 09/06/2008 (emitido por NEWPOWER SISTEMA DE ENERGIA LTDA – CNPJ 03.171.520/0002-94): cuida-se de “nota fiscal fatura de prestação de serviços” de conserto, sujeita à incidência do ISS.

Com relação ao mês 09/2008, do mesmo modo, erroneamente foi levado em conta para fins de cálculo do diferencial de alíquotas, documento fiscal que aduz à **transferência de bens do estabelecimento matriz do Impugnante para o autuado**, a saber:

- N° 410209, de 29/09/2008 (emitidos por OVD IMPORTADORA E DIST. LTDA – CNPJ 76.635.689/0001-92): pertinente à transferência de bem do ativo imobilizado. Veja-se a propósito que no campo “Informações Complementares” consta, inclusive, a nota fiscal de aquisição (há mais de 4 anos) do bem (nf 128, de 06/07/99 – cuja cópia segue em anexo).

No mês 10/2008, foi desconsiderada a natureza das operações (prestação de serviços sujeitas ao ISS e transferências de bens) e, ainda, o tratamento tributário interno da mercadoria, mais precisamente quanto aos seguintes documentos fiscais:

- Nº 46557, de 21/10/2008 (emitido por VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA – CNPJ 59.104.422/00024-46): trata-se de operação de aquisição de veículo automotor, cujas alíquotas interna e interestadual são as mesmas, não havendo diferencial a ser pago.
- Nº 229860, de 08/10/2008 (emitido por RR DONNELLEY MOORE EDITORA GRÁFICA LTDA – CNPJ 62.004.395/0018-04): relativo à prestação de serviços gráficos, sujeita ao ISS.
- N°s 421348 e 425978 (emitidos por OVD IMPORTADORA E DIST. LTDA – CNPJ 76.635.689/0001-92): pertinentes à transferência de bens do ativo. Estão sendo apresentadas, inclusive, as notas fiscais de aquisição dos itens transferidos. Note-se que na nf 421348, no campo “Informações Complementares”, está expressamente consignado se tratar de “equipamento não faz parte da linha de comercialização, segue como empréstimo para utilização na atividade do próprio trabalho”. Na nf. 425978, há informação no campo próprio de “não incidência do ICMS cf art 3 Decreto 1.980/07. Materiais não fazem parte da linha de comercialização”.

Com base nisso, argui a improcedência total deste item da autuação.

INFRAÇÃO 04 – 08.31.01

Alega que a integralidade do imposto devido por substituição tributária, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, devidamente destacado nas respectivas notas fiscais (como reconhecido pela própria aplicação da penalidade da alínea “a”, do inc. V, do art. 42, da Lei n. 7.014/96) foi objeto de recolhimento, a cada operação, antecipadamente, conforme comprovam as “Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais” – GNRE.

Esclarece que estão sendo anexadas fisicamente cópia de todas as notas fiscais emitidas, no período autuado, de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, bem como das guias de recolhimento, salientando que nelas há indicação expressa quanto à nota fiscal a que se refere, e comprovantes de pagamento, e que estes mesmos documentos são reproduzidos em via digital, conforme CD anexado.

Assim, sustenta que o imposto lançado, pertinente a este item, foi devidamente recolhido aos cofres públicos (sob o código de receita 10009-9), não havendo prejuízo ao Erário Público, razão pela qual pede o cancelamento da autuação.

INFRAÇÃO 05 – 16.12.27

Aduz que a situação fática concretamente verificada não se enquadra no tipo penal-tributário, de modo que não há infração.

Argumenta que a penalidade aplicada foi a prevista no art. 42, inc. XIII-A, inc. “i”, da Lei n. 7.014/96 (com redação da Lei nº. 10.847/2007), e que a partir do previsto em tal dispositivo legal, tem-se que foram tipificadas duas condutas.

A primeira se refere à omissão de dados relativos às operações de entradas e de saídas de mercadorias, bem como de prestações de serviços tomadas e realizadas.

Aduz que a Orientação Técnica OTE-DPF-3005 (obtida em http://intranet.sefaz.ba.gov.br/prs/sat/orientacao_tecnica/ote_dpf_3005.pdf), disponibilizada em 17/06/2005, revisada em 01/10/2008, que trata de “Arquivo Sintegra – Multas”, orienta que:

“1 – Para efeito da aplicação da multa de 5%, limitada a 1% das saídas do estabelecimento em cada período (art. 915, Inc. XIII-A, ‘i’, do RICMS):

1.1. - considera-se omissão de informações relativas a operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, a omissão de

informação relativa a determinado(s) documento(s) fiscal(is) em algum(ns) registro(s) do arquivo magnético entregue à SEFAZ (ex.: o envio do registro 50 em que nele conste a informação de determinado documento fiscal)".

Relativamente a esta conduta (omissão de informações), diz que sequer se cogitou a sua prática pela empresa, inclusive que todos os dados atinentes às operações de entradas e saídas, tal como prestações de serviços tomados por ele, foram devidamente informados nos arquivos magnéticos.

A segunda conduta tipificada no art. 42, inc. XIII-A, “i”, da Lei nº. 7.014/96, diz respeito à apresentação de arquivo magnético com “*dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes*”, cuja citada Orientação Técnica, relativamente à dita conduta, assim elucida:

“1.2 – considera-se apresentação de dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, a situação em que o arquivo magnético tenha sido apresentado com dado(s) divergente(s) do(s) existente(s) no documento fiscal respectivo (ex.: o envio de registro 50 em que conste dado diverso da respectiva informação consignada no documento fiscal correspondente).” (destacou-se)

Assim, argumenta que a divergência passível de punição é aquela verificada entre a informação constante do arquivo magnético e a nota fiscal ou CTRC respectivos (isto é, aqueles cujas informações estão sendo informadas ao Fisco).

Pondera que o que se penaliza é a situação em que o contribuinte, de má-fé, oculta totalmente informações ao Fisco (omissão) ou o faz parcialmente (divergência), na forma de apresentação de dados divergentes no arquivo magnético daqueles constantes no documento fiscal (nota fiscal ou CTRC).

Comenta que a divergência é penalizada porquanto afeta a percepção fazendária quanto à real natureza da operação e o seu respectivo tratamento jurídico ou, ainda, quando dificulta ou impede maiores aferições, obstando ou embaraçando os trabalhos fiscais.

No caso em tela, sustenta não há que se falar em apresentação dos arquivos magnéticos com os dados divergentes dos constantes nos “*documentos fiscais correspondentes*”, na forma prevista na lei.

Assevera que a fim de que restasse demonstrada a prática do ilícito, necessário seria, em momento inicial, que fosse apontada a própria divergência, mais objetivamente, indicando-se o Registro em que houve a divergência e, ainda, que se fizesse o cotejamento entre as informações fornecidas no arquivo magnético e aquelas constantes na(s) correspondente(s) nota(s) fiscal(is).

Ao contrário, afirma que não foram apontadas divergências entre as informações constantes dos arquivos magnéticos entregues e os dados das respectivas notas.

Esclarece que foi lhe dado conhecimento, quando da “Intimação para Apresentação de Informações em Meio Magnético” tão somente, de modo geral, da existência de divergências entre os dados dos arquivos magnéticos e dos livros fiscais (livro Registro de Entradas, livro Registro de Saídas e de Apuração do ICMS), nos campos “Isentas e Não-Tributadas” e “Outras”, não havendo divergência nos campos referentes a “Valor Total”, “Base de Cálculo” e “ICMS”, cujas informações fornecidas nos arquivos magnéticos traduzem fielmente os dados consignados nas notas fiscais informadas, seguindo as linhas do “Manual de Orientação do Convênio 57/95”, relativamente a todos os Registros e, em especial, quanto ao Registro Tipo 50, inclusive nos casos de documentos com mais de um CFOP (código fiscal de operação) ou mais de uma alíquota.

Sendo assim, reitera que as informações fornecidas nos arquivos magnéticos são condizentes com os dados que efetivamente constam das respectivas notas fiscais, a saber: CNPJ do remetente

nas entradas e do destinatário nas saídas; inscrição estadual; data da emissão ou do recebimento; unidade da federação; modelo; série; número; CFOP; emitente; valor total; base de cálculo do ICMS; valor do ICMS; e alíquota.

Desta forma, observa que o não atendimento à intimação para corrigir divergências não se enquadra no tipo penal-tributário do art. 42, inc. XIII-A, “i”, da Lei nº. 7.014/96, isto é, não se trata de conduta tipificada. Também não está tipificada a conduta consubstanciada na apresentação de informações em arquivos magnéticos em divergência com os dados dos livros fiscais.

Aduz que, mesmo que não se acolham as razões antes expostas quanto à falta de tipicidade da sua conduta, entende ser cabível a aplicação do art. 158, do RPAF, cuja matriz legal está no art. 42, §7º, da Lei nº 7.014/96, reproduzido no artigo 158 do RPAF/99, para fins de exclusão da multa, por preencher os requisitos: *(I) se tratar de penalidade pelo descumprimento de obrigação acessória; (II) reste comprovada a inexistência de fraude, dolo ou simulação; e, (III) o descumprimento não implique na falta de recolhimento do tributo.*

Informa que os arquivos magnéticos foram apresentados nos momentos oportunos, sendo devidamente recepcionados e validados, levando-se a crer que os procedimentos (lançamentos) do sujeito passivo no preenchimento dos mesmos estavam de acordo com as especificações fiscais. Nenhuma inconsistência foi apresentada em tais momentos, ressalvando que as retificações não foram realizadas no prazo inicialmente concedido diante das dificuldades que encontrou em promovê-las manualmente.

Destaca que a multa aplicada de 1% sobre o valor das saídas promovidas, culminou em valor superior a R\$500.000,00, revelando-se desproporcional e não razoável para uma penalidade de natureza acessória, em que não houve falta de recolhimento do tributo. Sobre esta questão, citou lição de renomado tributarista, bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, representada pela ADI nº. 551.

Por conta das razões acima expostas, pede a dispensa ou a redução da multa aplicada.

Requer, ainda, seja intimado na pessoa de suas procuradoras (Dras. Heloisa Guarita Souza e Michelle Heloise Akel), no endereço constante na peça defensiva, quanto à inclusão do processo em pauta de julgamento, para que possa apresentar suas razões na forma de sustentação oral.

O autuante, fls. 3.882 a 3.888, formulou sua informação fiscal nos seguintes termos.

Infração 01 – 06.01.01

Esclarece que esta infração está acompanhada dos demonstrativos de folhas 11/20, nos quais estão relacionadas as aquisições (compras e transferências) de bens para o ativo e de mercadorias para o uso ou consumo do estabelecimento, nos exercícios fiscalizados. Admite que tem parcial razão o contribuinte, visto que:

a) *muitas das notas fiscais ali relacionadas, referem-se a transferências de bens da sua unidade no Estado do Paraná para o Estado da Bahia, que foram objeto de uso por mais de um ano naquele estabelecimento, cujas notas fiscais da aquisição originária, foram juntadas às folhas 35/104. Esta situação se aplica às notas fiscais objeto da ação fiscal de nºs 14883, 156238, 156207, 161453, 162190, 151889, 152776, 160342, 162412, 166910, 167793, 16094, 168645, 166914, 170752, 172231, 182637, 176791, 179166, 174385, 174507, 176518, 178980, 182586, 184492, 199783, 214459, 214463, 214463, 214246, 228011, 322721, 343040, 410209, 421348, 425978.*

b) *as notas fiscais a seguir relacionadas referem-se à prestação de serviços e/ou situações que não geram diferença de alíquota: 210093, 00013649, 4631, 521, 212926, 81139 (exclusão parcial, mantidas as diferenças relativas às mercadorias), 209298, 209304, 001790, 46557 (substituição tributária), 229860.*

c) *as notas fiscais 764454, 765386, 81139 foram mantidas na infração, com correção na diferença de alíquota. Foram também mantidas, as demais notas fiscais constantes das relações de folhas 11/20, que não sofreram impugnação específica do autuado, reduzindo a infração, no exercício de 2007, para o valor histórico de R\$ 1.396,44, conforme demonstrativos juntamos à presente.*

Relativamente ao exercício de 2008, o autuado demonstrou, com a juntada de notas fiscais, inexistir débito relativo à esta infração.

Juntou demonstrativos retificados, zerando a ou alterando as diferenças de alíquota, conforme acima especificado.

Infração 04 – 08.31.01

Reconheceu que assiste razão ao autuado, pois efetivamente o imposto destacado nos documentos fiscais, foi recolhido, de modo que não existe imposto retido e não recolhido, como descrito e tipificado no auto de infração. Justifica que errou ao descrever e ao fazer o enquadramento da infração, que existe, mas refere-se a erro na determinação da base de cálculo do ICMS por substituição tributária, de mercadorias elencadas no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008, que a empresa autuada aplicou o MVA incorreto de 40% ao invés o percentual correto de 56,90%, previsto no Protocolo em referência, implicando que, recolheu ICMS por substituição tributária em valor inferior ao devido, tendo apresentado um quadro exemplificativo a seguir, tomado como base algumas das notas fiscais trazidas ao PAF pelo contribuinte:

N. FISCAL	VALOR PRODUTOS	ICMS OP PRÓPIA	MVA = 56,90%	B. DE CÁL. ST	ICMS TOTAL	ICMS ST	ICMS RETIDO	ICMS DEVIDO
22502	845,40	143,72	481,03	1.326,43	225,49	81,78	57,84	23,94
21846	645,81	109,79	367,47	1.013,28	172,26	62,47	43,91	18,56
22023	270,98	46,07	154,19	425,17	72,28	26,21	18,42	7,79
22147	552,00	93,84	314,09	866,09	147,23	53,39	37,54	15,85
22362	286,86	48,77	163,22	450,08	76,51	27,75	19,50	8,25
22825	566,40	96,29	322,28	888,68	151,08	54,79	38,51	16,28

Diante do acima exposto, requer de acordo com a alínea “a”, do inciso IV, do artigo 18, do Decreto 7.629/99, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, a anulação desta infração, para possibilitar à inspetoria de origem, renovar a ação fiscal, relativamente a esta infração.

Infração 05 – 16.12.27

Esclarece que infração refere-se ao não atendimento de Intimação para correção de divergências nos arquivos magnéticos, previstos no Convênio Sintegra 57/95, com a aplicação da multa prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei 7.014/96 alterada pela Lei 10.847/07.

Observa que o contribuinte faz longo arrazoado defensivo, cita artigos, decisões judiciais, etc, destacando as suas afirmações que:

“Não foram apontadas divergência entre as informações constantes dos arquivos magnéticos entregues pelo Impugnante e os dados das respectivas notas fiscais (até porque estas diferenças não existem). Foi dado conhecimento ao Impugnante, quando da sua intimação para Apresentação de Informações em Meio Magnético, tão somente, de modo geral, da existência de divergências entre os dados dos arquivos magnéticos e dos livros fiscais (Livro de Entradas, Livro de Saídas de Apuração do ICMS), nos campos Isentas e Não-Tributadas e Outras. Não houve, pois, divergência nos campos referentes a Valor Total, Base de Cálculo e ICMS, de modo que ausente qualquer repercussão tributária”. Na sequência diz que “há que se insistir que o tipo penal-tributário da alínea “i”, do inciso III-A, do artigo 42, da Lei 7014/96, diz respeito à apresentação de arquivos magnéticos com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais respectivos. O tipo fechado contido no referido dispositivo legal não alude, portanto, à divergência entre arquivos magnéticos e os dados dos livros”. E mais adiante prossegue, dizendo que “rigorosamente, não houve a divergência apontadas entre as informações remetidas nos arquivos magnéticos e dos dados constantes nas correspondentes notas fiscais”.

Destaca, ainda, que em outro trecho o autuado diz que **“A multa é, exclusiva, portanto, pelo descumprimento da obrigação acessória sem qualquer margem de dúvida”**. E ainda afirma

“vale ressaltar que as retificações não foram realizadas no prazo inicialmente concedido diante das dificuldades que o Impugnante encontrou em promovê-las manualmente”. E depois: *“Todavia, a fim de que não restem dúvidas de sua boa-fé, o sujeito passivo promoveu, na sequência, as alterações solicitadas, entregando os arquivos conforme protocolos em anexo, sem que isso importe – frise-se – no reconhecimento do ilícito apontado na exordial, já que como exposto, a conduta praticada não se enquadra no tipo penal capitulado na alínea “i”, inc. XIII-A, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96”.*

Para rebater os argumentos defensivos, transcreveu o parágrafo 1º, do artigo 911, do Decreto 6.284/97, do Regulamento do ICMS no Estado da Bahia, *in verbis*: *“A responsabilidade por infração relativa ao ICMS não depende da intenção do agente ou beneficiário, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”*

Esclarece que ao intimar o contribuinte, foi entregue ao mesmo, nos termos da legislação vigente, a listagem das divergências de folhas 69/112 deste PAF, que se encontram devidamente assinadas por representante legal do contribuinte, conforme procuraçao de folha 119 do PAF.

Sustenta que a impugnação do contribuinte com relação a esta infração não prospera, porque está provado o seu cometimento, quando ele próprio confessa que *“vale ressaltar que as retificações não foram realizadas no prazo inicialmente concedido diante das dificuldades que o Impugnante encontrou em promovê-las manualmente”*.

Quanto à afirmação de que a ocorrência não se enquadra na alínea “i”, inc. XIII-A, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, argumentando que a mesma não faz referência à divergência entre os arquivos magnéticos e os dados dos livros, destaca que está expresso no inciso XIII-A, o seguinte: *“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”*.

Chama a atenção de que o item faz referência a informações fornecidas por meio magnético, não estabelecendo a limitação buscada pelo autuado, de que as divergências seriam apenas com às notas fiscais.

O preposto fiscal se absteve de entrar no mérito das citações judiciais pelo contribuinte sobre o tema, por entender que o processo tramita na esfera administrativa.

De referência à arguição de que a *“as multas por descumprimentos de obrigações acessórias poderão reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticada sem dolo, fraude ou simulação e não implique falta de recolhimento do imposto”*, decorre de previsão legal, entende que a multa deva ser mantida, pois o contrário estimula o não atendimento das intimações nos prazos assinados na legislação.

Em razão do exposto, requer:

- 1 – Decretar a nulidade da infração 08.31.01;
- 2 – Acolher, em parte, as alegações do contribuinte referente à infração 06.01.01, relativa ao diferencial alíquota, nos termos acima exposto; e
- 3 – Julgar o auto de infração PROCEDENTE, EM PARTE, fixando o valor histórico débito histórico do contribuinte, no importe de R\$ 635.619,75, conforme demonstrativo juntado a esta informação fiscal.

Conforme documentos às fls.3.901 a 3.904 (Intimação e Aviso de Recebimento dos Correios), o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal e dos documentos a ela anexados, sendo entregues as cópias de fls.3.883 a 3.898, tendo o autuado se manifestado às fls.3.906 a 3.912, com base nas seguintes razões a seguir alinhadas.

INFRAÇÃO 01 – 06.01.01

Destaca que houve o reconhecimento parcial das razões de defesa na linha de que parte das operações não estava sujeita ao recolhimento, eis que se trata de transferências de bens de outro

estabelecimento da empresa, cujas notas fiscais de aquisição originárias foram apresentadas. Em outros casos, reconheceu-se se tratar de notas fiscais de prestação de serviço, portanto não sujeitas ao recolhimento do diferencial. Diz que foi promovida a correção quanto à alíquota aplicável com relação à outra parcela dos documentos fiscais.

Requeru, diante dos argumentos de defesa e elementos de prova, bem como, à anuência fiscal, que seja revisto o quantum lançado, nos termos da manifestação de fls. 3885, excluindo-se, ainda, além dos documentos fiscais ali apontados, o de n.º 2296, de 31/07/2007, emitido por RODOVIÁRIO RAMOS, que se refere à prestação de serviço de transporte, não sujeita ao diferencial de alíquotas.

INFRAÇÃO 04 – 08.31.01

Frisa que a fim de comprovar a improcedência da autuação, na medida em que houve recolhimento integral do imposto, foram anexadas à defesa as notas fiscais (com o destaque) e as respectivas GNRE's, comprovando-se o recolhimento antecipado do imposto, indevidamente lançado contra a empresa, o que foi reconhecido pelo autuante a improcedência desta infração.

INFRAÇÃO 05 – 16.12.27

Não concordou com a informação fiscal, reitera suas razões de defesa, e acrescenta que o lançamento cuida do suposto cometimento de conduta infratora de natureza acessória à legislação, no período de 11/2007 a 12/2008, relativa ao fornecimento de informações através de arquivo(s) magnético(s), requerido(s) mediante intimação, com dados supostamente divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, com a aplicação da multa de 1% do valor das operações de saídas.

Insiste que não reconhece a prática do ilícito descrito no art. 42, inc. XIII-A, inc. “i”, da Lei n. 7.014/96 (com redação da Lei nº. 10.847/2007), como alude a fiscalização.

Observa que o tipo penal-tributário fechado, contido no aludido dispositivo, trata de operações “*omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes*”.

Repete que:

- *No dispositivo legal são tipificadas duas condutas: (a) a omissão de dados relativos às operações de entradas e de saídas de mercadorias, bem como de prestações de serviços tomadas e realizadas; e (b) a apresentação de arquivo magnético com “dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes”.*
- *À luz do art. 42, inc. XIII-A, “i”, da Lei n. 7.014/96, a conduta TIPIFICADA se refere, portanto, à divergência entre a informação constante do arquivo magnético e a nota fiscal ou CTRC respectivos (DOCUMENTOS FISCAIS).*
- *Não houve a divergência entre as informações remetidas nos arquivos magnéticos e os dados constantes nas correspondentes notas fiscais (DOCUMENTOS FISCAIS), cujas divergências existiram entre os arquivos e os livros fiscais.*
- *As informações fornecidas nos arquivos magnéticos traduzem fielmente os dados consignados nas notas fiscais informadas, relativamente a todos os Registros e, em especial, quanto ao Registro Tipo 50, inclusive, nos casos de documentos com mais de um CFOP (código fiscal de operação) ou mais de uma alíquota.*
- *O tipo penal-tributário da alínea “i”, do inc. XIII-A, do art. 42, da Lei n. 7.014/96, diz respeito à apresentação de arquivos magnéticos com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais respectivos. Cuida-se de tipo fechado, que não alude à divergência entre os arquivos magnéticos e os dados dos livros!!*

No mais, reiterou suas razões defensivas, destacando que não há nenhum sinal de má-fé, fraude ou dolo na conduta, e que as divergências entre as informações dos arquivos magnéticos e dos livros fiscais – decorreram de uma interpretação pelo sujeito passivo das regras atinentes ao preenchimento dos arquivos diversa da fazendária.

Com base nisso, entende presentes os elementos exigidos pela legislação a autorizar a exclusão da penalidade. Transcreveu a jurisprudência do CONSEF (Acórdãos CJF nº 0206-12/05; JJF nº 0186-01/02; e CJF nº 0141-11/12), para que sirva de parâmetro para a redução ou cancelamento integral da multa aplicada.

Informa que fez pedido verbal de dilação de prazo – em 10 dias – para as demais retificações, não tendo, contudo, conseguido realizá-las neste ínterim por dificuldades em promover manualmente, e ressalta que na sequência foram promovidas as alterações solicitadas a fim de que não restassem dúvidas quanto à boa-fé do sujeito passivo e sua intenção em colaborar plenamente com o fisco, frisando pelo não reconhecimento do ilícito apontado na exordial já que, como exposto, sustenta que a conduta praticada não se enquadra no tipo penal capitulado na alínea “i”, inc. XIII-A, do art. 42, da Lei nº. 7.014/96.

Finaliza pedindo seja dado provimento à sua defesa, nos termos da fundamentação supra, e reitera o pedido de que seja a Defendente intimada na pessoa de suas procuradoras (Drªs. Heloisa Guarita Souza e Michelle Heloise Akel), no endereço constante na peça defensiva, quanto à inclusão do processo em pauta de julgamento, para que possa apresentar suas razões na forma de SUSTENTAÇÃO ORAL.

O autuante toma ciência da manifestação do contribuinte, e diz nada ter a acrescentar, ratificando o inteiro teor de sua informação fiscal de fls. 3.883 a 3.888.

Constam às fls. 3.921 a 3.924, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento da parcela reconhecida, no valor de R\$120.581,69.

Depois de pautado o processo para julgamento, em 27/11/2012, o autuado protocolou petição conforme Processo SIPRO nº 229460/2012-0, na qual, foi requerido o adiamento da sessão de julgamento do dia 29/11/2012, por pretenderem realizar sustentação oral, sob alegação de que ainda não puderam examinar todo o processo.

VOTO

Inicialmente, quanto ao pedido para intimação do sujeito passivo no endereço indicado na peça impugnatória, à fl. 1.166 dos autos, inexiste óbice a seu atendimento, desde que respeitado o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

No mérito, na análise das peças processuais, constato que das cinco infrações contempladas no auto de infração, não existe lide em relação às infrações 02 e 03, cabendo suas procedências, porquanto foram reconhecidos os débitos nos valores de R\$120.581,69 e R\$17.527,82, inclusive foi comprovado o devido recolhimento conforme documentos às fls.131 e 3.921 a 3.924, extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”.

No que tange à infração 01, relativa à acusação fiscal de falta de recolhimento do ICMS, a título de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, o débito encontra-se devidamente demonstrado nas planilhas às fls.11 a 20.

Na defesa o autuado alegou que não foram observados aspectos relacionados à existência de alíquotas internas diferenciadas para determinados itens e a natureza das operações que resultaram na remessa dos bens e dos serviços para o estabelecimento da empresa na Bahia, especialmente as entradas de itens originárias de operações de transferências de bens já ativados da empresa e de aquisição de serviços, tendo indicado os respectivos documentos fiscais que se enquadram nestas situações.

O autuante, por seu turno, após examinar os documentos apresentados na defesa, acolheu o argumento defensivo, concordando que:

a) *muitas das notas fiscais ali relacionadas, referem-se a transferências de bens da sua unidade no Estado do Paraná para o Estado da Bahia, que foram objeto de uso por mais de um ano*

naquele estabelecimento, cujas notas fiscais da aquisição originária, foram juntadas às folhas 35/104. Esta situação se aplica às notas fiscais objeto da ação fiscal de nºs 14883, 156238, 156207, 161453, 162190, 151889, 152776, 160342, 162412, 166910, 167793, 16094, 168645, 166914, 170752, 172231, 182637, 176791, 179166, 174385, 174507, 176518, 178980, 182586, 184492, 199783, 214459, 214463, 214463, 214246, 228011, 322721, 343040, 410209, 421348, 425978.

b) as notas fiscais a seguir relacionadas referem-se à prestação de serviços e/ou situações que não geram diferença de alíquota: 210093, 00013649, 4631, 521, 212926, 81139 (exclusão parcial, mantidas as diferenças relativas às mercadorias), 209298, 209304, 001790, 46557 (substituição tributária), 229860.

c) as notas fiscais 764454, 765386, 81139 foram mantidas na infração, com correção na diferença de alíquota. Foram também mantidas, as demais notas fiscais constantes das relações de folhas 11/20, que não sofreram impugnação específica do autuado, reduzindo a infração, no exercício de 2007, para o valor histórico de R\$ 1.396,44, conforme demonstrativos juntados à presente. Relativamente ao exercício de 2008, o autuado demonstrou, com a juntada de notas fiscais, inexistir débito relativo à esta infração.

O autuante procedeu as retificações acima no levantamento fiscal, resultando na diminuição do débito para os valores R\$14,56; R\$307,47; R\$682,74; e R\$391,68, totalizando a cifra de R\$1.396,47, correspondente aos meses de julho a outubro de 2007, respectivamente, conforme demonstrativos às fls. 3.891 a 3.896.

Cientificado o sujeito passivo, este impugnou o documento fiscal de nº 2296, de 31/07/2007, emitido por RODOVIÁRIO RAMOS, que se refere à prestação de serviço de transporte, não sujeita a diferencial de alíquotas.

Verifico que no levantamento inicial às fls.12 a 14, referente ao ano de 2007, não existe nenhum documento fiscal com o número “2296”. O que existe é de número “22296”, no valor de R\$291,21, diferença de alíquota no valor de R\$29,12.

Desta forma, concluo pela procedência parcial nos valores apurados pelo autuante na informação fiscal e acima especificados.

Com relação ao item 04, o fulcro da autuação é de que o autuado “*Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS substituição tributária, da totalidade das operações de vendas, na condição de sujeito passivo por substituição, cujas operações de vendas a contribuintes localizados no Estado Bahia, foram efetuadas, nos exercícios de 2008 e 2009, com retenção do ICMS por substituição tributária, porém sem o respectivo recolhimento do imposto, contrariando o disposto nos artigos 1º, 125 e 353 todos do Decreto 6.284/97*”, conforme demonstrativos às fls. 21 a 24.

O fato foi negado pelo autuado, que informou que a integralidade do imposto devido por substituição, devidamente destacado nas respectivas notas fiscais foi objeto de recolhimento, a cada operação, antecipadamente, tendo juntado como elemento de prova cópias de notas fiscais e GNRE - Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais.

O preposto fiscal confirmou o alegado na defesa, concluindo que não existe imposto retido e não recolhido, como descrito e tipificado no auto de infração, e o que o enquadramento da infração não está correto, pois a situação fática é de erro na determinação da base de cálculo do ICMS por substituição tributária, de mercadorias elencadas no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008, e que a empresa autuada aplicou o MVA incorreto de 40% ao invés o percentual correto de 56,90%, previsto no Protocolo em referência, implicando que, recolheu ICMS por substituição tributária em valor inferior ao devido.

Considero cabível o acolhimento do pedido do autuante no sentido de anulação deste item por imprecisão na descrição do fato, por se enquadrar na alínea “a”, do inciso IV, do artigo 18, do Decreto 7.629/99, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Nesta circunstância, julgo nulo este item da autuação, representando a autoridade fiscal da circunscrição fiscal do contribuinte para programar nova ação para efetuar novo lançamento, se cabível, a salvo de falhas.

Por último, com relação ao item 05, a acusação fiscal é de que o contribuinte forneceu informações através de arquivos em meio magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, no formato e padrão estabelecido na legislação (Convênio ICMS 57/95), gerado através do Programa SINTEGRA, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, nos meses de novembro e dezembro de 2007, e janeiro a dezembro de 2008.

Portanto, o motivo determinante para a aplicação da multa no valor de R\$496.113,79, equivalente a 5% sobre os dados divergentes, limitados 1% *do valor das operações de saídas, em cada período de apuração*, foi o descumprimento de obrigação acessória relativa ao fato de que o contribuinte forneceu arquivos em meio magnético com as *inconsistências especificadas na intimação à fl.68, conforme Listagem Diagnóstico (Variações entre o livro Fiscal de Entradas e Arquivo Magnético), também entregue ao contribuinte, tudo de conformidade com os documentos às fls. 69 a 112.*

Como dito acima, os valores foram apurados corresponde a 1% do valor das saídas escrituradas nos livros fiscais, a exemplo do mês de dezembro de 2007: Saídas constante no RAICMS = R\$1.770.795,83 x 1% = R\$17.707,95, valor esse, que foi lançado no Demonstrativo de Débito.

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 chancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.

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 dos exercícios de 2007 (novembro e dezembro) e 2008, conforme consta na intimação à fl. 68, foram constatadas as seguintes inconsistências constantes às fls.69 a 112, a saber: divergências entre os CFOPs utilizados nos lançamentos efetuados nos livros de Registro de Apuração do ICMS x CFOPs constantes dos arquivos magnéticos, disponibilizados no SINTEGRA (Convênio 57/95), bem como, as divergências entre os totais dos livros de entradas/saídas x arquivos magnéticos, conforme listagem das divergências, contendo 44 folhas anexas.

Portanto, não acolho a alegação do autuado de não foram apontadas as divergências constatadas no arquivo magnético, pois conforme acima, a intimação deixou claro quais as divergências apuradas, inclusive foram entregues a listagem das divergências.

Tais constatações nos arquivos que foram entregues à SEFAZ, caracteriza a não entrega prevista no §2º do artigo 708-B, do RICMS/97, cujo autuado, foi intimado a corrigir as inconsistências em 25/04/2012, conforme intimação à fl. 68, entretanto, o contribuinte no prazo estipulado não atendeu integralmente a intimação.

Portanto, através da documentação citada na descrição dos fatos, a autuação obedeceu ao devido processo legal, pois, está precedida de intimação expedida ao contribuinte para correção dos registros omitidos, sendo concedido o prazo de 30 dias úteis, para corrigir as irregularidades apontadas.

Ressalto que a constatação das inconsistências no arquivo magnético, ou seja, a entrega com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, caracteriza a falta de sua apresentação, nos termos do artigo 708-A, § 6º do RICMS/BA

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 as informações acima citadas, intimou o contribuinte para no prazo de 30 dias úteis, efetuar as devidas correções, 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 estar prevista no art. 42, XIII-A, “i”, da Lei nº 7.014/96, por estar tipificada a sua conduta no citado dispositivo regulamentar.

Logo, restou caracterizada a infração.

Quanto ao pedido do autuado para redução ou cancelamento da multa em questão, o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, permite discricionariamente, que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, 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. Sobre a jurisprudência citada como parâmetro para a redução da multa, verifico que tratam de situações diversas à presente, razões que me levam a não acolher o pedido do autuado.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$635.619,75, conforme demonstrativos de débito abaixo:

INFRAÇÃO	VL.INICIAIS	VL.PROC./P.PARTE	IMPROC./NULO	VL.RECOLHIDO
1	14.817,13	1.396,47		
2	120.581,69	120.581,69		120.581,69
3	17.527,82	17.527,82		17.527,82

ESTADO DA BAHIA
 SECRETARIA DA FAZENDA
 CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)

4	27.532,05	-	27.532,05	
5	496.113,79	496.113,79		
TOTAL	676.572,48	635.619,77	27.532,05	138.109,51

Número	Infração	Data da Ocorrência	Vencimento	Base de Cálculo	Alíq.	Multa	Débito
Ocorrência	Ocorrência			Cálculo			
1	1	31/7/2007	9/8/2007	145,60	10,00	60,00	14,56
2	1	31/8/2007	9/9/2007	3.074,70	10,00	60,00	307,47
3	1	30/9/2007	9/10/2007	6.827,40	10,00	60,00	682,74
4	1	31/10/2007	9/11/2007	3.916,80	10,00	60,00	391,68
5	2	30/9/2007	9/10/2007	32.230,47	17,00	60,00	5.479,18
6	2	31/10/2007	9/11/2007	16.464,88	17,00	60,00	2.799,03
7	2	30/11/2007	9/12/2007	2.726,59	17,00	60,00	463,52
8	2	31/12/2007	9/1/2008	9.953,35	17,00	60,00	1.692,07
9	2	31/1/2008	9/2/2008	21.448,35	17,00	60,00	3.646,22
10	2	28/2/2008	9/3/2008	47.333,65	17,00	60,00	8.046,72
11	2	31/3/2008	9/4/2008	15.095,71	17,00	60,00	2.566,27
12	2	30/4/2008	9/5/2008	36.118,59	17,00	60,00	6.140,16
13	2	31/5/2008	9/6/2008	36.764,94	17,00	60,00	6.250,04
14	2	30/6/2008	9/7/2008	55.812,18	17,00	60,00	9.488,07
15	2	31/7/2008	9/8/2008	47.653,41	17,00	60,00	8.101,08
16	2	31/8/2008	9/9/2008	72.923,88	17,00	60,00	12.397,06
17	2	30/9/2008	9/10/2008	59.055,53	17,00	60,00	10.039,44
18	2	31/10/2008	9/11/2008	52.687,00	17,00	60,00	8.956,79
19	2	30/11/2008	9/12/2008	27.300,76	17,00	60,00	4.641,13
20	2	31/12/2008	9/1/2009	14.837,88	17,00	60,00	2.522,44
21	2	28/2/2009	9/3/2009	13.496,24	17,00	60,00	2.294,36
22	2	31/3/2009	9/4/2009	12.099,88	17,00	60,00	2.056,98
23	2	30/4/2009	9/5/2009	14.143,82	17,00	60,00	2.404,45
24	2	31/5/2009	9/6/2009	10.943,94	17,00	60,00	1.860,47
25	2	30/6/2009	9/7/2009	16.495,65	17,00	60,00	2.804,26
26	2	31/7/2009	9/8/2009	8.789,53	17,00	60,00	1.494,22
27	2	31/8/2009	9/9/2009	22.394,82	17,00	60,00	3.807,12
28	2	30/9/2009	9/10/2009	14.052,35	17,00	60,00	2.388,90
29	2	31/10/2009	9/11/2009	14.262,18	17,00	60,00	2.424,57
30	2	30/11/2009	9/12/2009	16.965,29	17,00	60,00	2.884,10
31	2	31/12/2009	9/1/2010	17.253,18	17,00	60,00	2.933,04
32	3	30/11/2007	9/12/2007	103.104,82	17,00	60,00	17.527,82
33	5	30/11/2007	9/12/2007	313.424,70	0,00	5,00	15.671,24
34	5	31/12/2007	9/1/2008	354.158,95	0,00	5,00	17.707,95
35	5	31/1/2008	9/2/2008	621.539,44	0,00	5,00	31.076,97
36	5	28/2/2008	9/3/2008	617.272,83	0,00	5,00	30.863,64
37	5	31/3/2008	9/4/2008	578.407,25	0,00	5,00	28.920,36
38	5	30/4/2008	9/5/2008	616.062,62	0,00	5,00	30.803,13
39	5	31/5/2008	9/6/2008	617.529,95	0,00	5,00	30.876,50

40	5	30/6/2008	9/7/2008	686.271,84	0,00	5,00	34.313,59
41	5	31/7/2008	9/8/2008	862.481,88	0,00	5,00	43.124,09
42	5	31/8/2008	9/9/2008	1.008.713,16	0,00	5,00	50.435,66
43	5	30/9/2008	9/10/2008	921.652,94	0,00	5,00	46.082,65
44	5	31/10/2008	9/11/2008	997.241,65	0,00	5,00	49.862,08
45	5	30/11/2008	9/12/2008	917.394,05	0,00	5,00	45.869,70
46	5	31/12/2008	9/1/2009	810.124,63	0,00	5,00	40.506,23
TOTAL							635.619,75

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281508.0002/12-9, lavrado contra **O. V. D. IMPORTADORA E DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$139.505,96**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, alínea “f”, e VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$496.113,79**, prevista nos incisos IX, XI e XIII-A, alínea “i”, do citado dispositivo legal e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

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, 04 de dezembro de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR