

PROCESSO - A. I. Nº 272466.0778/12-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SUBLIME DOUTO TÊXTIL LTDA. (SUBOTEX)
RECORRIDOS - SUBLIME DOUTO TÊXTIL LTDA. (SUBOTEX) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0124-01/13
ORIGEM - INFAZ GUANAMBI
INTERNET - 20.12.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0473-13/13

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. a) FALTA DE FORNECIMENTO NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. O autuado não entregou arquivos magnéticos, descumprindo a previsão contida no artigo 708-A do RICMS/BA, sujeitando-se à multa de R\$1.380,00, por mês de atraso, nos termos do artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7014/96. Infração caracterizada. **b)** FALTA DE FORNECIMENTO DOS ARQUIVOS MEDIANTE INTIMAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j”, inciso XIII-A, art. 42, Lei nº 7.014/96. Tais inconsistências devem ser evidenciadas e o contribuinte intimado para corrigir os arquivos, no prazo de 30 dias (art.708-B, § 5º, RICMS BA/97). A multa de 1% deveria incidir sobre o valor das saídas ou entradas em cada período de apuração e não sobre o montante consignado em todo o exercício (DMA). Procedimento fiscal incompatível inquinou a exigência de nulidade por inadequação, cerceamento do direito de defesa e agressão ao devido processo legal. Nulo o ato de imposição de multa, cuja motivação não represente, adequadamente, a infração a que corresponde a penalidade aplicada. Infração nula. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO DE ENTRADA. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS.** Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. O autuado comprova o registro de parte das operações exigidas, além da redução em parte para 1%. Infração em parte caracterizada. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário interpostos contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado para exigir crédito tributário por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de R\$ 381.150,96, em razão de quatro infrações, sendo objeto da lide as a seguir narradas:

INFRAÇÃO 01. Forneceu arquivos magnéticos fora dos prazos previstos pela legislação, enviados via internet através do programa validador SINTEGRA. Período maio/dezembro de 2010. Multa de R\$ 11.040,00.

INFRAÇÃO 03. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março/abril, setembro/dezembro de 2010; fevereiro/abril e junho de 2011. Multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, no valor de R\$ 21.577,51 (10% do valor comercial das mercadorias).

INFRAÇÃO 04. Deixou de fornecer Arquivos Magnéticos, exigidos mediante intimação com informações das operações e prestações realizadas. Períodos dezembro de 2010 e dezembro de 2011. Valor da multa R\$ 348.393,45.

Em Primeira Instância, os Ilustres Julgadores da 1ª JFJ assim concluíram:

Preliminarmente, argui o sujeito passivo a redução ou cancelamento da multa com base no artigo 42, § 7º da Lei 7.014/1996, o que será analisado ao final.

A infração 01 acusa o autuado de fornecer arquivos magnéticos fora dos prazos previstos pela legislação, enviados via internet, através do programa validador SINTEGRA, no período de maio a dezembro de 2010 e multa no valor de R\$ 11.040,00.

Nas razões, o próprio autuado confirma a entrega de arquivos magnéticos fora do prazo, aduzindo que o fez dentro do prazo de 05 dias úteis, após a intimação datada de 24/10/2012. O Auditor Fiscal acostou aos autos, fls. 11/16, extrato contendo relação dos arquivos que não foram entregues nos prazos, previstos no art. 708-A, RICMS BA-97

A multa prevista no art. 42, XIII-A “j” da Lei nº 7.014/96, aplicável na presente situação, está estipulada no valor de 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 serviço efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débito ocorridos em cada período, ou a entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação.

Em realidade, o usuário de SEPD (sistema eletrônico de processamento de dados) está obrigado a enviar arquivo eletrônico à SEFAZ, conforme Convênio ICMS 57/95, nos prazos estabelecidos na legislação, mantendo-o pelo prazo decadencial, contendo as informações atinentes ao registro dos documentos fiscais recebidos ou emitidos por qualquer meio, referente à totalidade das operações de entrada, de saída, realizadas no período de apuração.

Dessa forma, o descumprimento da obrigação acessória, nessa infração 01, se perfez no momento da falta de entrega dos arquivos, no prazo previamente estabelecido na legislação. Constatada a ausência na entrega dos arquivos, correta a intimação feita pelo Auditor Fiscal, fl. 08, para que o autuado o faça, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação. Observa-se que o atendimento à mencionada intimação não exclui a obrigação tratada anteriormente, a entrega no prazo legal (art. 708-B, § 2º, RICMS BA-97).

Face ao exposto, resta caracterizada a presente infração à legislação do ICMS e correta a multa aplicada no valor de R\$ 1.380,00, por mês atrasado, em conformidade com a previsão do art.42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96, totalizando R\$ 11.040,00.

Abordaremos, em seguida, a infração 04 pela natural conexão com a infração primeira. Trata-se também da aplicação de multa, sob a acusação que o sujeito passivo deixou de fornecer Arquivos Magnéticos, exigidos mediante intimação com informações das operações e prestações realizadas, nos exercícios de 2010 e 2011, no valor global de R\$ 348.393,45.

Alega o autuado que entregou os arquivos dentro do prazo da intimação, embora sem o Registro 54 (itens de mercadoria) nos meses de janeiro/abril de 2010, quando apenas teve lançamentos fiscais com CFOP 1252 (compra de energia elétrica), CFOP 1551/2551 (compra de bem para o ativo imobilizado), CFOP 2556 (compra de material para uso ou consumo) e CFOP 2949 (outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificada), que não se referem à mercadorias. Afirma, no entanto, que apresentou Registro 54, nos demais períodos; diz que embora não tenha entregue o registro 74, disponibilizou o seu livro Registro de Inventário, contendo os registros dos estoques das mercadorias dos períodos 2010 e 2011.

Ressalta ainda que não foi intimado ou notificado, com prazo para retificação, conforme dispositivo legal do art. 708-B § 5º do RICMS BA/97 (30 dias), embora já tenha providenciado as retificações. Acusa que os documentos apresentados sobre as divergências, no confronto DMA X SINTEGRA, não se explicam por si só e os respectivos valores não procedem. Diz ainda que o Fisco considerou apenas o registro 54, sem levar em conta os registros 50, 51 e 70.

O Auditor Fiscal, a seu tempo, aduz que o contribuinte não transmitiu os registros do SINTEGRA imprescindíveis para a realização da Auditoria de Estoques (74, 75, 54), embora intimado para fazê-lo desde 24.10.12 (documento de fl. 09). Diz que o contribuinte encontra-se inadimplente na entrega dos arquivos há três anos e embora afirme que não adquiriu mercadorias nos meses de fevereiro/abril de 2010, na DMA e no livro Registro de Saídas constam movimentação fiscal (fls. 73/85).

O caso em apreço versa sobre a acusação de não ter o estabelecimento multado fornecido informações das operações e prestações realizadas relativas ao exercício de 2010 e 2011, estando o autuado regularmente intimado, conforme determina o art. 42, inciso XIII-A, “j” da Lei 7.014/96, na redação da Lei 10.847/07, efeitos a partir de 28.11.07:

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;

Analizando as peças que compõem a exigência, verifico que o Auditor Fiscal elaborou demonstrativo exibindo as diferenças observadas no confronto DMA x SINTEGRA, nos exercícios 2010 e 2011, fls. 68/69, mas fez incidir o percentual da multa de 1%, prevista na legislação sobre os totais das entradas de mercadorias constantes do “relatório de DMA consolidada” de 2010 e 2011, acostados aos autos, fls. 25/26 e 27/28, respectivamente. Tendo em vista o descumprimento da obrigação acessória, na entrega dos arquivos, expediu a intimação para a sua apresentação, em 5 (cinco) dias, para o período de maio a dezembro de 2010 (infração 01) e outra intimação para correção das divergências nos exercícios 2010 e 2011, no prazo de 30 dias, ambas no dia 24.10.2012, conforme constam dos autos, às fls. 08 e 09.

É cediço que os arquivos magnéticos devem ser entregues no prazo estipulado na legislação. Sempre que for intimado para apresentá-los, no entanto, o contribuinte deverá fornecer ao fisco tais arquivos magnéticos, no prazo de 05 dias úteis contados da data do recebimento da intimação. Em se tratando de intimação para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, conforme ocorreu no caso em exame, o contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação. O Regulamento do ICMS ao dispor sobre tais inconsistências firma que deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstica indicativa das irregularidades encontradas, tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivos magnéticos (art.708-B, § 3º, RICMS BA-97).

Os arquivos magnéticos serão considerados consistentes quando são elaborados no formato previsto na legislação tributária, mas, também, quando seus dados não apresentam divergências ou discrepâncias, pois o Convênio ICMS 57/95 trata de arquivos eletrônicos que devam espelhar a escrituração fiscal do sujeito passivo, não sendo correto que tais registros sejam alimentados de modo defeituoso, com valores para mais ou para menos. Contudo, em havendo dados divergentes capazes de autorizar a exigência da multas tributárias, tais divergências devem ser evidenciadas e o contribuinte intimado para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, no prazo de 30 dias (art. 708-B, § 5º, RICMS/BA/97).

Na realidade, o ilícito tributário atribuído ao sujeito passivo, nessa infração 04 (deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas) sequer ocorreu, uma vez que constam do SCAM (Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos), fls. 61/66, a entrega efetiva dos arquivos magnéticos, em obediência ao prazo da aludida intimação. A autuação encontrou justificativa no § 6º, art. 708-B, RICMS BA-97, ao prever que a entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j”, inciso XIII-A, art. 42, Lei nº 7.014, de 04/12/96.

Em tal situação, em se tratando de intimação para correção das inconsistências verificadas em arquivo magnético, deveria o autuante ter fornecido ao contribuinte a Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, possibilitando ao acusado promover aos ajustes necessários, em obediência ao devido processo legal. Assim não agiu o preposto fiscal. Mesmo as divergências encontradas a partir do confronto dos arquivos magnéticos com a DMA, que poderiam indicar as inconsistências encontradas, somente foram entregues ao autuado, no dia 17.12.2012, quando da assinatura do respectivo Auto de Infração.

A base de cálculo utilizada na imposição da exação, também apurada de forma defeituosa, inquina de nulidade a exigência, isto porque, enquanto a legislação determina que a multa de 1% (um por cento) deverá incidir sobre o valor das saídas ou das entradas (o que for maior) de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo (do período), o autuante considerou o montante das entradas consignadas, durante todo o exercício, na DMA de 2010 (fl. 58), no valor R\$ 13.666.282,18 e DMA de 2011 (fl. 59), no valor R\$ 21.173.063,36. Sobre tais

valores fez incidir o percentual de 1%, encontrando a multa lançada de ofício, nos valores de R\$ 136.662, 82 (2010) e R\$ 211.730,63 (2011), totalizando a exigência de R\$ 348.393,45

Não há falar, portanto, na falta de fornecimento de arquivos magnéticos, requeridos mediante intimação, porque tal fato, efetivamente, não se verificou; as possíveis inconsistências, não se fizeram acompanhar da listagem de diagnósticos e os demonstrativos que serviriam de suporte para a exigência da multa por descumprimento de obrigação acessória (sic) não foram validamente emitidos. Agindo assim, os documentos utilizados pela fiscalização para a exigência das multas por descumprimento de obrigação acessória não são hábeis para determinar se houve ou não o cometimento da infração proposta, cerceando o direito de defesa do autuado e em agressão ao devido processo legal, o que compromete de certeza a imposição da penalidade, face à ausência de elementos que determinem com segurança e caracterizem a infração.

Posto isso, a exigência em tela apresenta claro prejuízo ao direito de defesa do autuado, incidindo em nulidade por não conter o lançamento de ofício os elementos para determinar a existência ou não da infração. Nulo, pois, é o lançamento tributário de aplicação da multa por descumprimento da obrigação acessória, consistente na falta de fornecimento de arquivos magnéticos, no valor de R\$ 348.393,45, conforme previsto no art. 18, incisos II e IV, "a", RPAF/BA.

A infração 03, por fim, exige a imposição de multa pela entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no valor de R\$ 21.577,51.

Argui o sujeito passivo que comprovou a improcedência da infração, através das provas de registro das entradas das mercadorias e de outras notas fiscais que foram canceladas pelo próprio fornecedor, conforme as declarações por escrito, que foram anexadas ao PAF. Reclama que o autuante reconhece parte das alegações defensivas, reduzindo a infração para o valor de R\$ 13.503,25, mas não corrigiu demais registros efetuados nos livros dos anos 2010/2011.

Com efeito, a falta dos registros autoriza a exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória, quando se referir à entrada de mercadoria sujeita a tributação, nos termos do artigo 42, inciso IX e, no inciso XI, Lei 7.014/96, quando as mercadorias não estiverem sujeitas à tributação, conforme abaixo transcritos:

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

(...)

IX - 10% (dez por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal.

XI - 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;

A relação jurídica obrigacional tributária é objeto essencial do direito tributário e, sendo este de natureza obrigacional, constitui sempre uma obrigação do sujeito passivo para com o sujeito ativo tributante. As obrigações tributárias acessórias são os deveres instrumentais exigidos pelo sujeito ativo (obrigação de fazer) com o intuito de assegurar o interesse da arrecadação dos tributos e também para facilitar a atividade de fiscalização no sujeito passivo.

A legislação tributária estadual estabelece que o sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária (Lei nº 7.014/96, art. 34). Entre as prestações positivas, encontra-se a obrigação de manter e escriturar livros fiscais, entre eles, o livro Registro de Entradas (art. 322 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97), destinado a escrituração das entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento.

Consta do PAF em análise que o sujeito passivo deixou de escriturar no livro registro de entradas as notas fiscais relacionadas nos demonstrativos iniciais, fls. 34 e 44, a após as modificações elaboradas pelo Fiscal autuante, às fls. 256/257, conforme relação e cópias dos referidos documentos fiscais anexados aos autos que reduziu a exigência de R\$ 21.577,51 para R\$ 13.503,25

Assiste razão ao autuado com relação à nota fiscal nº 564, lançada no livro Registro de Entrada, fls. 288; nota fiscal nº 2425, lançada no livro Registro de Entrada, fls. 289; nota fiscal nº 6918, lançada no livro Registro de Entrada, fls. 290; nota fiscal nº 11.983, lançada no livro Registro de Entrada, fls. 290; nota fiscal nº 1155, lançada no livro Registro de Entrada, fls. 291; nota fiscal nº 6940, lançada no livro Registro de Entrada, fls. 292; nota fiscal nº 104, lançada no livro Registro de Entrada, fls. 293.

Devem também ser reduzidas para percentual de 1%, as multas cobradas sobre a nota fiscal nº 1168, fl. 38, natureza de operação – remessa para conserto; nota fiscal nº 7799, fl. 45, natureza de operação – remessa para comodato; nota fiscal nº 152, fl. 46, natureza de operação - remessa para industrialização por encomenda natureza de operação; nota fiscal nº 2472, fl. 49, natureza de operação – outras saídas não especificadas; nota

fiscal nº 6400, fl. 51, natureza de operação - remessa por amostra grátis; nota fiscal nº 2508, fl. 53, natureza de operação – outras saídas não especificadas.

O crédito tributário proveniente da imposição das multas na infração 03, após as deduções comprovadas, resta caracterizado no valor de R\$ 10.410,58, constituído da forma abaixo:

período	nota fiscal	valor	multa	Valor
set/10	5734	12.600,00	10%	1.260,00
out/10	1168	11.142,86	1%	111,43
	7799	2.772,00	1%	27,72
	152	948,07	1%	9,48
fev/11				37,20
mar/11	1691	2.763,63	10%	276,36
abr/11	9365	35.863,75	10%	3.586,38
	2472	2.474,00	1%	24,74
	293102	2.817,98	10%	281,80
	6400	281,80	1%	2,82
	294112	6.153,40	10%	615,34
	2508	300,00	1%	3,00
	296608	2.817,98	10%	281,80
	297192	6.153,40	10%	615,34
	9366	33.143,75	10%	3.314,38
jun/11				5.139,21
		96.489,76	TOTAL	10.410,58

A redução ou cancelamento das multas solicitadas pelo autuado deixam de ser atendidas, no caso concreto, vez que o descumprimento da obrigação acessória restou efetivamente evidenciado, a responsabilidade tributária não se move pela via subjetiva do dolo ou da boa fé (art. 136, CTN) e a exigência consta da Lei de ICMS do Estado da Bahia.

Diante do exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, ficando o valor final da multa exigida em R\$ 21.590,53.

Como a redução do crédito tributário representou quantia superior a R\$ 100.000,00, foi interposto Recurso de Ofício pela 1ª JJF.

Além disso, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário.

Requer o cancelamento ou redução das multas, com base no § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96. Aduz que não tem qualquer débito de imposto com a SEFAZ/BA e que não agiu com dolo, fraude ou simulação.

Alega que as multas decorreram de descuido por parte do recorrente e que não causaram prejuízo ao Erário.

Quanto à infração 01, diz que embora não tenham sido entregues os arquivos dentro do prazo legal, o recorrente o fez logo que intimada para tanto. Aduz que a intimação fora recebida em 24/10/2012 e atendida nos dias 26 e 27 do mesmo mês, ou seja, dentro do prazo. Frisa que de maneira alguma teve qualquer intenção em prejudicar o bom planejamento fiscal. Argumenta que se poderia falar em prejuízo ao bom planejamento fiscal se o contribuinte negasse a entrega dos arquivos, o que não aconteceu.

Diz que no julgamento em 1º instância se decidiu pela condenação ao pagamento de multa de R\$ 1.380,00, por mês atrasado, totalizando R\$ 11.040,00, não sendo considerado o pedido de cancelamento ou redução da multa.

Quanto à infração 03, aduz que o autuante, em sua informação fiscal, reconheceu as alegações defensivas e fez reparos com base na apresentação dos documentos fiscais e cartas de correção dos fornecedores, o que acarretou a retificação da infração para o valor de R\$ 13.503,25 (treze mil quinhentos e três reais e vinte e cinco centavos). Entende que o autuante somente considerou as cartas dos fornecedores, que são as de nº 1691 no valor de R\$ 2.763,63 (dois mil, setecentos e sessenta e três reais e sessenta e três centavos); nº 9365 no valor de R\$ 35.863,75 (trinta e cinco mil, oitocentos e sessenta e três reais e setenta e cinco centavos); nº 293102 no valor de R\$ 2.817,98 (dois mil, oitocentos e dezessete reais e noventa e oito centavos); nº 294112 no valor de R\$ 6.135,40 (seis mil, cento e trinta e cinco reais e quarenta centavos); nº 296608 no valor de R\$ 2.817,98 (dois mil, oitocentos e dezessete reais e noventa e oito reais); nº 297192 no valor de R\$ 6.153,40 (seis

mil, cento e cinquenta e três reais e quarenta centavos); e por fim, a de nº 9366 no valor de R\$ 3.314,38 (três mil, trezentos e quatorze reais e trinta e oito centavos).

Diz que as provas de registro das entradas das mercadorias e de outras notas fiscais que foram canceladas pelo próprio fornecedor, conforme as declarações por escrito as quais foram anexadas ao PAF, demonstram a total improcedência dessa infração, uma vez que o autuante somente reduziu parte do valor da multa não considerando os demais registros nos livros dos anos 2010/2011, manifestou-se diante da informação fiscal requerendo reparos a serem feitos nos demais registros efetuados nos livros dos anos 2010/2011, sendo as seguintes NF(s): 564, 2425, 1155, 6918, 11983, 1155, 104 e 6940, pedido esse reconhecido pelo órgão julgador, ou seja, ficando constatado que não houve infração também em relação a essas notas fiscais.

Observa que o órgão julgador de primeiro grau condenou o Recorrente ao valor de R\$ 10.410,58, conforme tabela inserida no documento decisório. No entanto, frisa que consta na referida tabela algumas notas fiscais que já haviam sido desconsideradas e/ou excluídas da penalidade de multa pelo próprio autuante quando do acatamento da redução da multa ao valor de R\$ 13.503,25, sendo as seguintes notas fiscais: 1691, 9365, 293102, 294112, 296608, 297192, 9366.

Requer que seja modificada a Decisão no sentido de desconsiderar as multas das referidas notas fiscais acima especificadas, uma vez que já foram desconsideradas pelo autuante.

Em Parecer de fl. 597, a PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

Observa que as infrações decorrem de descumprimento de obrigação acessória e a JJF apreciou todas as alegações defensivas e fez os ajustes necessários, mantendo a exigência relativa à infração 03 apenas em relação às notas fiscais não comprovadamente escrituradas.

Quanto ao pedido de redução ou cancelamento das multas, entende que as infrações imputadas, apesar de serem de caráter acessório, são extremamente relevantes para a fiscalização, que apurou, inclusive, sonegação de operações com a não escrituração de notas fiscais.

VOTO

O Recurso de Ofício decorreu da redução parcial da infração 03 e da decretação da nulidade da infração 04.

A infração 03 foi reduzida porque a 1ª JJF identificou provas que parte das entradas de mercadorias foram registradas, veja-se:

Assiste razão ao autuado com relação à nota fiscal nº 564, lançada no livro Registro de Entrada, fls. 288; nota fiscal nº 2425, lançada no livro Registro de Entrada, fls. 289; nota fiscal nº 6918, lançada no livro Registro de Entrada, fls. 290; nota fiscal nº 11.983, lançada no livro Registro de Entrada, fls. 290; nota fiscal nº 1155, lançada no livro Registro de Entrada, fls. 291; nota fiscal nº 6940, lançada no livro Registro de Entrada, fls. 292; nota fiscal nº 104, lançada no livro Registro de Entrada, fls. 293.

Verifico que todas essas notas fiscais foram realmente registradas na entrada e friso que o fato da nota fiscal 564 (fl. 35) ter sido registrada no livro Registro de Entrada (fl. 288) com o número 064 não acarreta infração a ser imputada ao contribuinte, pois, em razão da indicação correta no livro Registro de Entradas do emitente da nota fiscal, bem como do respectivo valor, resta claro que a entrada da mercadoria foi registrada. A numeração equivocada decorreu de mero erro material que não deve implicar em exigência de multa. O mesmo se diz da nota fiscal 2435 (fl. 36), que foi registrada como 2425 (fl. 289).

Além disso, a 1ª JJF observou que parte das mercadorias que não tiveram a entrada registrada não são tributadas e estão sujeitas à multa de 1%, e não a de 10%:

Devem também ser reduzidas para percentual de 1%, as multas cobradas sobre a nota fiscal nº 1168, fl. 38, natureza de operação – remessa para conserto; nota fiscal nº 7799, fl. 45, natureza de operação – remessa para comodato; nota fiscal nº 152, fl. 46, natureza de operação - remessa para industrialização por encomenda natureza de operação; nota fiscal nº 2472, fl. 49, natureza de operação – outras saídas não especificadas; nota

fiscal nº 6400, fl. 51, natureza de operação - remessa por amostra grátis; nota fiscal nº 2508, fl. 53, natureza de operação – outras saídas não especificadas.

Pela análise das notas fiscais e dos respectivos CFOPs, conclui-se que realmente tais mercadorias não estão sujeitas à tributação.

Quanto à infração 04, foi decretada a sua nulidade, pois a 1ª JJF verificou que não foi apresentada ao contribuinte a Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas. Além disso, a primeira instância observou que, na verdade, o contribuinte apresentou os arquivos magnéticos sem registros, o que significa o mesmo que não apresentá-los, conforme art. 708-B, §6º, do RICMS/97, e lhe sujeita à multa de R\$ 1.380,00, prevista no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei 7.014/96.

Por fim, a Decisão recorrida observa ainda que a base de cálculo adotada está equivocada, pois a autuação considerou o valor total de todo o exercício (2010 e 2011), e não o valor do período de apuração.

Veja-se os trechos da Decisão recorrida que concluem nesse sentido:

Analizando as peças que compõem a exigência, verifico que o Auditor Fiscal elaborou demonstrativo exibindo as diferenças observadas no confronto DMA x SINTEGRA, nos exercícios 2010 e 2011, fls. 68/69, mas fez incidir o percentual da multa de 1%, prevista na legislação sobre os totais das entradas de mercadorias constantes do “relatório de DMA consolidada” de 2010 e 2011, acostados aos autos, fls. 25/26 e 27/28, respectivamente. Tendo em vista o descumprimento da obrigação acessória, na entrega dos arquivos, expediu a intimação para a sua apresentação, em 5 (cinco) dias, para o período de maio a dezembro de 2010 (infração 01) e outra intimação para correção das divergências nos exercícios 2010 e 2011, no prazo de 30 dias, ambas no dia 24.10.2012, conforme constam dos autos, às fls. 08 e 09.

É cediço que os arquivos magnéticos devem ser entregues no prazo estipulado na legislação. Sempre que for intimado para apresentá-los, no entanto, o contribuinte deverá fornecer ao fisco tais arquivos magnéticos, no prazo de 05 dias úteis contados da data do recebimento da intimação. Em se tratando de intimação para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, conforme ocorreu no caso em exame, o contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação. O Regulamento do ICMS ao dispor sobre tais inconsistências firma que deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstica indicativa das irregularidades encontradas, tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivos magnéticos (art.708-B, § 3º, RICMS BA-97).

Na realidade, o ilícito tributário atribuído ao sujeito passivo, nessa infração 04 (deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas) sequer ocorreu, uma vez que constam do SCAM (Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos), fls. 61/66, a entrega efetiva dos arquivos magnéticos, em obediência ao prazo da aludida intimação. A autuação encontrou justificativa no § 6º, art. 708-B, RICMS BA-97, ao prever que a entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j”, inciso XIII-A, art. 42, Lei nº 7.014, de 04/12/96.

Em tal situação, em se tratando de intimação para correção das inconsistências verificadas em arquivo magnético, deveria o autuante ter fornecido ao contribuinte a Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, possibilitando ao acusado promover aos ajustes necessários, em obediência ao devido processo legal. Assim não agiu o preposto fiscal. Mesmo as divergências encontradas a partir do confronto dos arquivos magnéticos com a DMA, que poderiam indicar as inconsistências encontradas, somente foram entregues ao autuado, no dia 17.12.2012, quando da assinatura do respectivo Auto de Infração.

A base de cálculo utilizada na imposição da exação, também apurada de forma defeituosa, inquina de nulidade a exigência, isto porque, enquanto a legislação determina que a multa de 1% (um por cento) deverá incidir sobre o valor das saídas ou das entradas (o que for maior) de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo (do período), o autuante considerou o montante das entradas consignadas, durante todo o exercício, na DMA de 2010 (fl. 58), no valor R\$ 13.666.282,18 e DMA de 2011 (fl. 59), no valor R\$ 21.173.063,36. Sobre tais valores fez incidir o percentual de 1%, encontrando a multa lançada de ofício, nos valores de R\$ 136.662, 82 (2010) e R\$ 211.730,63 (2011), totalizando a exigência de R\$ 348.393,45

Não há falar, portanto, na falta de fornecimento de arquivos magnéticos, requeridos mediante intimação, porque tal fato, efetivamente, não se verificou; as possíveis inconsistências, não se fizeram acompanhar da listagem de diagnósticos e os demonstrativos que serviriam de suporte para a exigência da multa por descumprimento de obrigação acessória (sic) não foram validamente emitidos. Agindo assim, os documentos utilizados pela fiscalização para a exigência das multas por descumprimento de obrigação acessória não são

hábeis para determinar se houve ou não o cometimento da infração proposta, cerceando o direito de defesa do autuado e em agressão ao devido processo legal, o que compromete de certeza a imposição da penalidade, face à ausência de elementos que determinem com segurança e caracterizem a infração. (grifamos)

Foi entregue a listagem diagnóstico (fl. 09), mas, há contradição na apuração da penalidade, pois o demonstrativo do débito (fls. 68-69) não está claro.

Ante o exposto, as reduções do crédito tributário realizadas pela primeira instância estão corretas, portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, observo, inicialmente, que a Decisão recorrida, em sua parte final, analisa sim o pedido de cancelamento ou redução de multa arguido pelo contribuinte, não havendo que se falar, assim, em qualquer omissão na Decisão recorrida que enseje a sua nulidade.

A infração 01 decorreu da não entrega dos arquivos magnéticos nos prazos previstos no art. 708-A do RICMS/97. Note-se que o contribuinte está obrigado a enviar tais arquivos mensalmente e não o fez no período de maio a dezembro de 2010. Destarte, a sua apresentação fora dos prazos previstos no art. 708-A do RICMS/97 não lhe desincumbe da multa prevista no art. 42, XIII-A, “j”, primeira parte.

Retifico, de ofício, a data de ocorrência da infração, de acordo com o prazo previsto no art. 708-A, I, do RICMS/97, que é o aplicável ao Recorrente (dia 15 do mês subsequente).

A infração 03 é referente ao não registro da entrada de mercadorias pelo Recorrente. Observe-se que, após a apresentação da Impugnação e dos documentos que a acompanharam, o autuante refez o demonstrativo da infração 03, conforme fls. 256-257. Note-se também que após a informação fiscal, o contribuinte apresentou manifestação, com novos documentos, fls. 262-317, os quais foram acatados pela 1ª JF, conforme explicitado acima.

Ocorre que, ao acatar os argumentos constantes na manifestação à informação fiscal e elaborar novo demonstrativo conclusivo, a 1ª JF se equivocou e manteve notas fiscais que já haviam sido excluídas pelo próprio autuante, são elas as NFs 1691, 9365, 293102, 294112 e 9366.

Destarte, entendemos que o demonstrativo do débito definitivo da infração 03 deve ser o seguinte:

PERÍODO	N. FISCAL	VALOR	MULTA	VALOR
set/10	5734	12.600,00	10%	1.260,00
out/10	1168	11.142,86	1%	111,43
fev/11	7799	2.772,00	1%	27,72
fev/11	152	948,07	1%	9,48
jun/11	2472	2.474,00	1%	24,74
jun/11	6400	281,80	1%	2,82
jun/11	2508	300,00	1%	3,00
jun/11	296608	2.817,98	10%	281,80
jun/11	297192	6.153,40	10%	615,34
TOTAL				2.336,33

O pedido de cancelamento ou redução da multa com base no art. 42, §7º da Lei 7.014/96, não há de ser acolhido, pois é um dos requisitos para a sua aplicação a prova de que o descumprimento da obrigação acessória não tenha acarretado falta de recolhimento do tributo. Note-se que a falta de entrega dos arquivos magnéticos que acarretou a infração 01 impossibilitou o Fisco de realizar a fiscalização do tributo eventualmente devido, logo não há prova de que não houve prejuízo ao Erário. Por sua vez, a falta do registro de mercadorias tributáveis, referente à infração 03, também não permite que reste comprovada a ausência de prejuízo ao Erário. Frise-se que, apesar de parte das mercadorias não registradas e que acarretaram a infração 03 não serem tributáveis, o valor da multa relativo a elas é tão ínfimo que não justifica cancelamento ou redução.

Portanto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para corrigir o demonstrativo da infração 03, com o valor total de R\$ 2.336,33, conforme exposto acima.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 272466.0778/12-5, lavrado contra **SUBLIME DOUTO TÊXTIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da penalidade pecuniária no valor total de **R\$13.516,33**, prevista nos incisos XIII-A, “j”, XVIII, “c”, e IX, todos do art. 42, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS