

A. I. N° - 180642.0006/12-0  
AUTUADO - ANA M. R. MACHADO  
AUTUANTE - MARIA CRISTINA DÓREA DANTAS  
ORIGEM - INFRAZ VAREJO  
INTERNET - 07/02/13

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO JJF N° 0003-03/13

**EMENTA:** ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DADOS DIVERGENTES DA ESCRITA FISCAL. MULTA. Fornecimento de informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos documentos fiscais. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10%, sobre o valor comercial das mercadorias. Infração reconhecida. 3. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA DA CARGA TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. OPERAÇÕES INTERNAS COM PRODUTOS DE INFORMÁTICA. A redução da base de cálculo nas operações internas com os aparelhos e equipamentos de processamento de dados de uso em informática e os suprimentos beneficiados com redução da base de cálculo do ICMS, a que se refere o art. 87 do RICMS/BA, somente se aplica aos produtos os produtos listados no Anexo 5-A do RICMS/97. Fato caracterizado. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. LIVROS FISCAIS. ESCRITURAÇÃO EM DESACORDO COM NORMAS REGULAMENTARES. Infração reconhecida. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. CANCELAMENTO DE CUPOM FISCAL SEM APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS ORIGINAIS CANCELADOS JUNTO À REDUÇÃO Z, EMITIDAS PARA AS RESPECTIVAS OPERAÇÕES. Tal procedimento facilita ao fisco a presunção de cancelamento indevido, ficando sujeito ao pagamento do imposto devido na operação. Autuado não comprovou os cancelamentos mediante apresentação do relatório da redução Z juntamente com os respectivos cupons cancelados. Infração mantida. Indeferido pedido de diligência. Não acatadas as preliminares de nulidade e de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente auto de infração lavrado em 28/06/2012, traz a exigência do crédito tributário no valor histórico de R\$129.644,32, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo enunciadas:

Infração 01 - Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requerido mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos

fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes, nos meses de fevereiro a dezembro de 2007 e de janeiro a dezembro de 2008. Multa de R\$31.419,57;

Infração 02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Deixou de registrar nos livros de Entrada Notas Fiscais relacionadas no CFAMT. Multa no valor de R\$672,78 - 10% sobre o valor das operações;

Infração 03 – Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Foram feitas redução de base de cálculo em mercadoria que não são beneficiadas pelo Anexo 5-A do RICMS/BA. Imposto exigido: R\$57.340,31 - Multa 60 %;

Infração 04 – Escriturou livro fiscal em desacordo com as normas regulamentares. Deixou de efetuar o registro das operações de entrada/saída, referente ao mês JULHO, no livro de registro de apuração de ICMS, do exercício de 2007 - Multa de R\$140,00;

Infração 05 – Omitiu saídas de mercadoria tributáveis por cancelamento de cupom fiscal em desacordo com as normas em vigor, nos meses de janeiro a dezembro de 2007. Imposto: R\$40.071,66 - Multa de 70%.

Consta que “O contribuinte foi intimado em 03/02/2012 para apresentar a extração das informações dos ECFs de acordo com Ato COTEPE 17/04/2004, visto que o mesmo não havia apresentado os cupons fiscais cancelados, cujas operações de cancelamento foram detectadas através dos relatórios SVAM. O contribuinte não arquivou os cupons fiscais cancelados junto com as respectivas reduções Z, as quais deveriam ter sido apresentadas a fiscalização quando solicitados. Foi feito um demonstrativo com os cancelamentos localizados e mais uma vez o contribuinte foi intimado a apresentar os cupons fiscais que não constavam na relação. Foram apresentados alguns cupons fiscais cancelados e feita nova planilha com os cancelamentos não justificados que deu origem a esta infração.”

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 506 a 525.

Inicialmente observa a tempestividade da defesa apresentada, transcreve o teor das infrações e as multas indicadas na autuação, em seguida alinha as seguintes argumentações.

Afirma ser indevida a exigência em relação às infrações 01, 03 e 05 e destaca que antes de adentrar ao mérito é necessária a análise de algumas questões preliminares. Transcreve o art. 38, V do RICMS-BA, para asseverar que indicação indevida de dispositivo legal é, de logo, objeto de anulação de qualquer Auto de Infração, conforme dispõe a Legislação Estadual. No caso destes autos verifica-se que as multas aplicadas, não foram tipificadas corretamente.

Diz que em relação às infrações 01 e 05, demonstra-se a ilegalidade do lançamento. A multa aplicada - apesar de indevida - foi com fundamento no art. 42, inc. XIII-A, “f” da Lei 7.014/96 alterada pela Lei 9.159/04. De fato, a redação atual do art. 42, inc. XIII-A, “f” foi dada pela Lei 10.847/07 e não pela Lei 9.159/04 como dispõe o recorrido no Auto de Infração.

Depois de reproduzir o dispositivo legal afirma que a norma citada não prevê a aplicação de nenhum percentual quando o contribuinte for enquadrado em algum tipo previsto. Acrescenta que a infração prevista no art. 42, XIII-A, “f” da Lei 7.014/96 enseja a multa no valor de R\$460,00 (quatrocentos e sessenta reais). Assinala que pelos fundamentos do Auto de Infração, o recorrente cometeu infração quando “*forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requerido mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas...*” conforme disposto nos arts. 686 e 708-B do RICMS da Bahia. Neste sentido, o recorrido aplicou, em desconformidade com a norma, 1% e 5% sobre a Base de Cálculo apurada. Arremata que trata o tipo legal citado de procedimentos ordinários operacionais de contribuintes que não utilizam o equipamento fiscal de maneira correta, ou seja, o tipo

enquadrado aos fatos não diz respeito a não apresentação de arquivos magnéticos cujo contribuinte foi intimado a apresentar - registre-se, de logo, que estas informações foram prestadas.

Explica que conforme se verifica na descrição dos fatos no Auto de Infração das infrações 01 e 05, impossível o entendimento da norma correta e, portanto, impossível o exercício do pleno direito de defesa, uma vez que, de fato, a descrição abstrata do inciso XIII-A trata de infrações quando da entrega de informações de arquivos eletrônicos, entre outros, mas as alíneas especificam a multa e limitam os fatos. Ressalta que a menção genérica a dispositivo legal, sem a discriminação de qual conduta específica foi desrespeitada, cerceia o direito de defesa pela falta de conhecimento da infração que lhe está sendo imputada. Afirma que o Auto de Infração extrapola sua competência legal e regula conduta não ocorrida, o que torna este ato administrativo ilegal, portanto, passível de ser anulado.

Diz que a infração 03 encontra-se viciada de nulidade, uma vez que os supostos artigos infringidos, alegados pelo autuante, foram revogados, de acordo com o que consta no art. 494 do novo RICMS/2012. Ademais, o Decreto nº 13.780/12 revogou todos os dispositivos constantes no Decreto nº 6.284/97.

Depois de transcrever ensinamento do jurista Celso Ribeiro de Bastos acerca de ato administrativo eivado de vício requer a anulação das infrações 01, 03 e 05.

No que diz respeito à prescrição afirma que a Lei Complementar de regência dispõe que “*se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação*” (art. 150, §4º do CTN). Acrescenta que o artigo 156 do mesmo Diploma elenca as causas de extinção do crédito tributário, possuindo 11 (onze) incisos, dentre eles o V que estabelece como causa extintiva a prescrição.

Menciona que no caso em tela o início do prazo prescricional ocorreu no dia 05/07/2007, tendo em vista que o tributo foi devidamente lançado, constituindo assim o crédito tributário. Destaca que o autuante alega que o lançamento foi realizado com base de cálculo minorada, no entanto, este fato não afasta a aplicabilidade do art. 150, § 4º do CTN.

Assinala que o Fato Gerador foi devidamente lançado bem como o seu valor (da operação, independente da aplicação da Base de Cálculo cheia ou reduzida), não há que se discutir a possibilidade da aplicação do art. 173 do CTN (trata da decadência). Diz que o cumprimento da obrigação acessória, enseja a abertura do prazo prescricional, tendo o Fisco estadual o prazo de 5 (cinco) anos para homologar ou não o quanto declarado contados da ocorrência do fato gerador.

Assevera que neste contexto, as infrações com data de ocorrência entre 15/02/2007 à 15/06/2007 não poderão ser exigidas, tendo em vista que foram fulminadas pelo prazo prescricional, não sendo mais possível a cobrança por parte do Fisco. Logo não há de se falar em exigência de um crédito tributário já extinto, nos termos do art. 156, V do Código Tributário Nacional.

Por fim, diz verificar-se que as infrações apuradas entre 15/02/2007 à 15/06/2007 foram alcançadas pelo instituto da prescrição.

Informa que efetuou o pagamento de parte do crédito tributário exigido no presente Auto de Infração, relativo aos valores exigidos nas infrações 02 e 04, totalizando o montante de R\$1.107,11, consoante comprovação destes pagamentos, através do Documento de Arrecadação Estadual - DAE, que comprova a realização de tais pagamentos, fls. 533 e 534. Requer seja declarada a extinção definitiva do crédito tributário que foi devidamente quitado, nos termos do artigo 156, I, do CTN.

Quanto à infração 01 assevera que, não merece prosperar a mencionada autuação, vez que restou fulminado pela prescrição os seguintes períodos: 15/02/2007, 17/03/2007, 15/04/2007, 15/05/2007 e

15/06/2007 pelos motivos já elucidados, e que por isso, não se torna exigível a quantia de R\$8.477,22, conforme tabela que anexa à fl. 515.

No tocante ao restante exigido de R\$22.942,35, afirma que não houve descumprimento de obrigação acessória (fornecer documentos divergentes), vez que o cumprimento desta se fez com base no montante correspondente a obrigação principal. Diz ser evidente que se o pagamento do ICMS foi calculado, com base na redução de base de cálculo para atingir a carga tributária de 7%, prevista no artigo 266, XIII do Decreto nº 13.780/2012, por conseguinte o cumprimento da obrigação acessória seria pautada nos cálculos apresentados, não restando, portanto que se falar em divergência. Acrescenta que na fundamentação é posto que a multa não iria ultrapassar 1% (um por cento) sobre o valor divergente, no entanto, conforme planilha apresentada pelo autuante, a multa aplicada foi de 5% (cinco por cento), muito além daquela prescrita na legislação tributária estadual.

Afirma que a divergência só ocorreu, na medida em que o autuante exigiu o cumprimento de uma obrigação principal em desarmonia com a legislação posta.

Requer, caso esta Junta de Julgamento Fiscal ainda entenda que houve falha por parte da empresa, à vista do princípio da eventualidade, o julgamento pela improcedência ou ainda o cancelamento ou a redução da multa aplicada, com base no art. 158 do RPAF/99, considerando que em nenhum momento houve o descumprimento da obrigação principal que é o pagamento do imposto.

Observa que inexiste motivação para a aplicação de multa tão gravosa à empresa que sempre agiu de acordo com o previsto nas legislações em vigor, ainda mais neste caso onde inexiste prejuízo ao fisco haja vista que em nenhum momento o autuado deixou de cumprir com suas obrigações para com o pagamento do imposto.

Aduz que considerando que em nenhum momento causou prejuízo ao erário público, pois sempre cumpriu com suas obrigações fiscais e nunca deixou de efetuar, mensalmente, de forma correta o recolhimento e a comprovação do imposto devido, demonstra-se a aplicabilidade do art. 158 do RPAF, e do art. 42, §7º da Lei 7.014/96, que reproduz. Ressalta que para fruição do benefício de redução ou cancelamento da multa aplicada em caso de descumprimento de obrigação acessória, o que ocorre na presente autuação, basta que o contribuinte preencha os requisitos: as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e, não tenham implicado em falta de recolhimento de tributo.

Assinala que nada impede que esta Junta Julgadora, através de criteriosa decisão cancele a multa aplicada nesta infração, como assim já o fez em situações semelhantes, conforme se pode comprovar com a transcrição da Ementa abaixo.

Esclarece que, tanto o art. 42, §7º, da Lei n.º 7.014/96, quanto o artigo 158 do RPFA/BA, pode ser aplicado perfeitamente ao caso em tela, haja vista que em nenhum momento houve falta de recolhimento do imposto, bem como também restou demonstrado que a infração supostamente praticada não decorreu de dolo, fraude ou simulação.

Arremata asseverando que sempre cumpriu suas obrigações fiscais, principal e acessórias inexistindo dolo, fraude ou simulação.

No que diz respeito à infração 03, destaca que não merece prosperar a autuação, uma vez que entende ter restado fulminado pela prescrição os seguintes períodos: 15/02/2007, 17/03/2007, 15/04/2007, 15/05/2007 e 15/06/2007 pelos motivos já elucidados. Afirma que, desse modo, não se torna exigível a quantia de R\$17.367,65, conforme tabela que apresenta à fl. 519.

No que tange ao restante da diferença exigida no valor de R\$39.972,66, bem como os valores cobrados do período compreendido entre 02/2007 a 06/2007 (que mesmo abrangidos pela prescrição, devem ser aqui considerados acaso seja afastado esta modalidade de extinção), afirma que a mesma não pode ser exigida, tendo em vista que o artigo 266, inciso XVIII do

Decreto nº 13.780/2012, consignou a redução da base de calculo do ICMS de determinados equipamentos previstos no Anexo 5-A do RICMS/BA, para que se tenha uma carga tributária máxima de 7%.

Frisa que no supramencionado anexo, existe a previsão (NCM 8473.30 e 8473.40) de redução de base de cálculo de partes e acessórios das máquinas descritas nos NCM 8471 e 8472, comportando diante da “vaga” descrição, uma interpretação extensiva dentro de cada item. Isto é, ao falar em partes e acessórios, o leque de opções que se encaixariam nessa definição é extremamente vasto. Acrescenta que diante dessa amplitude, facilmente poderiam ocorrer equívocos acerca dos objetos que compõem ou não o Anexo 5-A, seja pelas peculiaridades dos aparelhos, bem como pelo restrito conhecimento acerca das especificidades dos mesmos.

Destaca que, o próprio Código Tributário Nacional - CTN disciplina no Capítulo IV acerca da interpretação e integração da legislação tributária estabelecendo no art. 111 as matérias que exigem uma interpretação literal, englobando apenas a suspensão ou exclusão do crédito tributário, outorga de isenção e dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias. Prossegue assinalando que em contrapartida, o art. 108 do CTN prescreve que “na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, a analogia, os princípios gerais de direito tributário, os princípios gerais de direito público e a equidade”. Arremata asseverando que inexiste óbice algum para interpretação extensiva do anexo 5-A do RICMS/BA, em conformidade com a analogia.

Exemplifica afirmando ser cristalino que um receptor de sinal wi-fi e está ligado a internet e, por conseguinte trata-se de um produto de informática, e que no mesmo sentir, um cabo USB até onde se tenha conhecimento, é utilizado como equipamento de informática, não restando outra utilidade para o mesmo. Ocorre que estes produtos não se encontram no Anexo 5-A do RICMS/BA. Por esta razão, estes produtos não são de informática e, por isso, indaga: poderíamos desconsiderar que o equipamento não seria de informática?

Frisa ser indubitável, após seu discorrer lógico, o cabimento da redução da base de cálculo dos produtos ora autuados imposta sobre os aparelhos e equipamentos de processamento de dados de uso em informática e suprimentos, uma vez que o implemento realizado pelo Anexo 5-A do RICMS/BA acrescentado pela Alteração nº 87 (Decreto nº 10.316, de 11/04/07, DOE de 12/04/07), abriu margem no que concerne a interpretação dos itens descritos no anexo em comento.

Menciona ser inconteste que a legislação por mais atualizada que seja jamais irá alcançar a velocidade das inovações tecnológicas.

Finaliza afirmando que não merece em sentido algum prosperar a infração 03, sob o argumento que determinadas mercadorias não estariam contempladas pelo Anexo 5-A do RICMS/BA.

Quanto à infração 05 diz que não merece prosperar a mencionada autuação, vez que restou fulminado pela prescrição os seguintes períodos: 15/02/2007, 17/03/2007, 15/04/2007, 15/05/2007 e 15/06/2007 pelos motivos já elucidados Assim sendo, não se torna exigível a quantia de R\$ 29.175,32, conforme se depreende da tabela colacionada à fl. 521.

No que tange ao restante da diferença exigida no valor de R\$10.896,34, assinala que a mesma não pode ser exigida, tendo em vista que à época da realização da fiscalização, foi apurado um suposto débito no valor de R\$40.071,66, face ausência de cupons fiscais que atestassem o cancelamento de determinadas compras, no entanto, observa que, após a fiscalização, a contabilidade da empresa encontrou novos cupons de cancelamento, os quais seguem anexos, fls. 537 a 670. Destaca que essa documentação não foi objeto de análise pelo autuante, e que apurou conforme consta no demonstrativo à fl. 536, reduzindo o débito para R\$11.379,94. Frisa que utilizou os mesmos parâmetros que o fiscal, para a apuração/abatimento dos cupons fiscais.

Assevera que nessa linha de raciocínio, levando-se em consideração que os meses de Janeiro a Junho de 2007 foram fulminados pela prescrição, restaram apenas saldos a favor do contribuinte, não havendo, portanto, quaisquer débitos perante a Fazenda Estadual.

Destaca que deve ser considerado pelos julgadores, caso insistam na manutenção da cobrança das infrações comprovadamente inexistentes é que o erário estadual estaria praticando o enriquecimento ilícito, por não possuir um respaldo jurídico. Para corroborar sua pretensão colaciona fragmentos dos ensinamentos dos doutrinadores De Plácido e Silva, Agostinho Alvim e Silvio Rodrigues.

Sustenta que na situação em tela, sem sombra de dúvidas, se o lançamento realizado na presente autuação for mantido em desobediência ao princípio da proporcionalidade, razoabilidade e legalidade, resultará cobrança de imposto sem base legal, por inexistência de fato gerador, permitindo assim o enriquecimento, para o Fisco baiano, sem causa que o justifique.

Reafirma que os dispositivos do RICMS-BA citados pelos ilustres fiscais autuantes, nas infrações aqui debatidas, não foram violados em momento algum, restando assim comprovada a procedência em parte deste Auto de Infração, haja vista que não utilizou crédito fiscal de forma indevida ou mesmo recolheu ICMS por erro na apuração dos valores do imposto.

Assinala que o bom senso recomenda o julgamento deste Auto de Infração pela procedência em parte, o que se faz observando os princípios da verdade material e da moralidade administrativa, pois, caso este Conselho insista na cobrança indevida, estará punindo um contribuinte que sempre agiu dentro da legalidade observando todas as regras impostas pelo RICMS/BA.

Por fim, requer que lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidos em direito, especialmente prova pericial técnica, bem como, a juntada posterior de documentos que se fizerem necessários para a elucidação da lide e com base no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, insiste na realização de revisão fiscal efetuada pela Assessoria Técnica do CONSEF, sob pena de cerceamento ao direito de defesa nos termos do artigo 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988, esperando por fim, que sejam comprovadas todas as razões apresentadas.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

A autuante em informação fiscal, fls. 673 a 683, depois de sintetizar as alegações apresentadas pela defesa e observar que o autuado expressamente reconhece as infrações 02 e 04, articula as seguintes ponderações.

Esclarece que a ação fiscal teve início em 05.12.2011, com a entrega de três intimações, a saber:

- 1) Intimação para apresentação de Livros e Documentos Fiscais, referente aos exercícios de 2007 e 2008, fl. 12;
- 2) Intimação para apresentação de Informações em Meio Magnético referente ao exercício de 2007, visto que, até a presente data o contribuinte não havia enviado para a SEFAZ os arquivos Magnéticos referente ao exercício de 2007, fl. 13;
- 3) Intimação para correção de inconsistências apuradas pela fiscalização nos arquivos Magnéticos - SINEGRA Convênio 57 do exercícios de 2008, constatados através de relatórios do SCAM e Validador Sintegra (versão 5.2.0), fls. 14 a 24.

Observa que em continuidade à fiscalização, foram entregues mais três intimações, no dia 03/02/2012:

- 1) Intimação para correção de inconsistências apuradas pela fiscalização nos arquivos Magnéticos - SINEGRA Convênio 57 do exercícios de 2007, constatados através de relatórios do SCAM e Validador Sintegra (versão 5.2.0), fls. 26 a 45;

- 2) Intimação para apresentação de justificativas referente aos cancelamentos ocorridas no exercício de 2007, fls. 46 a 48;
- 3) Intimação para apresentação das informações dos ECFs 2007 e 2008 , de acordo com o Ato COTEPE 17/04/2004, fls. 49 e 50.

Em relação à alegação do autuado quanto à prescrição das infrações apuradas entre 15/02/2007 à 15/06/2007, informa que o Auto de Infração foi assinado no dia 05/07/2012, logo a data em que foi constituído o crédito tributário do estado da Bahia.

Menciona que o artigo 150, §4º, do CTN que dispõe sobre o lançamento por homologação, prescreve que, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, cujo teor reproduz.

Informa que o Estado da Bahia estipula o prazo de homologação, através do art. 28 da Lei 3.956/81 que assim determina em seu § 1º : “*Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento*”. Acrescenta que na mesma linha o RICMS-BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97 prescreve, em seu Artigo 965, que reproduz.

Assinala que não tem cabimento a alegação do autuado de que os valores cobrados anteriores à data de 15/06/2007 encontram-se extintos, pois o direito do Estado de constituir o crédito tem amparo através do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) - Lei 3.956/81 e também através do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, acima mencionados.

Diz que aplicou a multa referente às divergências apuradas nos arquivos magnéticos referentes às operações registradas nos exercícios de 2007 a 2008 e concluídos no curso do exercício de 2012, portanto, dentro do prazo previsto no RICMS-BA. Destaca que não cabe, no âmbito de suas atribuições, a discussão sobre entendimento judicial, posto que, deve obediência ao RICMS/BA por responsabilidade funcional. Arremata enfatizando que sendo assim, os valores existentes na tabela, fl. 514, feita pelo próprio autuado devem ser mantidos na sua totalidade.

Em relação à Infração 01 - que totaliza R\$31.419,57, frisa que o autuado alegou prescrição para os valores de 15/02/2007 a 15/06/2007, valor de R\$8.477,22, que deve ser mantida na sua totalidade como já foi justificada anteriormente, visto que não houve decadência nem prescrição.

Quanto ao valor restante da Infração R\$22.942,35 o autuado alega que “... é posto que a multa não irá ultrapassar 1% (um por cento) sobre a diferença. No entanto, conforme planilha apresentada pelo autuante, a multa aplicada foi de 5% (cinco por cento), muita além daquela prescrita na legislação tributária estadual”, fl. 516.

Destaca que o contribuinte recebeu Intimações para apresentação e correção dos arquivos magnéticos desde o dia 05/12/2011 e como podemos comprovar com relatórios do SCAM nenhuma alteração havia sido efetuado até o dia 12/04/2012, fls. 52 a 75, o que comprova que foi dado um prazo bem maior que o estabelecido em Lei.

Menciona que no dia 12/04/2012 o autuado enviou alguns arquivos com alteração de alguns meses, e que, com base nos arquivos enviados pelo autuado, foi feita a cobrança da multa, visto que, os mesmos não haviam sido corrigidos, multa imposta à impugnante, por descumprimento dos Artigos 686 e 708-B do RICMS/BA, aprovado pelo decreto nº 6.284/97, que reproduz.

Observa que o art. 686 do RICMS-BA determina a obrigatoriedade do contribuinte, quanto à manutenção e fornecimento ao fisco, dentro do prazo decadencial, referentes aos registros fiscais da totalidade das operações de entradas e saídas realizadas durante o exercício de apuração. Também determina que tais informações, inclusive as atinentes ao inventário de mercadorias em estoque, devem ser fornecidas ao fisco através de arquivo magnético, na forma e especificações estabelecidas no Convênio 57/95 e convênio 39/00.

Diz que o artigo 708-B do RICMS/BA estabelece os prazos, condições e formas para que o contribuinte forneça os documentos e arquivos magnéticos quando intimado pelo preposto fiscal. Destaca nesse artigo o §4º que determina a forma pela qual deverá ser entregue os arquivos magnéticos em questão e, também os §5º e §5º-A que tratam dos prazos para atendimento à intimação.

Afirma que foi em função do descumprimento dos artigos acima citados, comprovado com farta documentação apensada ao processo, que foi aplicada a multa estipulada no artigo 915, inciso XIII-A, alíneas “f” e “i”, que reflete exatamente a multa constante no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “f”, da lei 7.014/96 alterada pela Lei 9.159/04 e artigo 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da lei 7.014/96 alterada pela Lei 10.847/07, que transcreve.

Esclarece que foi cobrada multa no valor de 5% de acordo com o artigo 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da lei 7.014/96 alterada pela Lei 10.847/07, anteriormente citado, que beneficia o contribuinte porque a mesma “não podendo ser superior a 1% do valor das operações de saída...”

Destaca que se o autuado tivesse feito uma análise nas tabelas, fls. 76 e 95, que deram origem as valores da infração 01, teria verificado a correta cobrança.

Informa ainda, que além dos dispositivos legais, seguiu também a orientação técnica nº OTE-DPF-3005, da SAT/DPF/GAEFI, anexada a este PAF, vide fls. 141/142, que transcreve.

Diz que o demonstrativo elaborado para o cálculo da multa seguiu exatamente o que preceitua o dispositivo legal que determina a cobrança da multa, ou seja, 5% do valor das operações de entradas e saídas informadas com dados divergentes, limitado a 1% do valor das operações de saídas, sendo calculada a multa sobre o valor das divergências, como consta na tabela, fl. 76 - exercício 2007 e fl. 95 - exercício 2008, já anteriormente citadas, as quais podem ser testadas e comprovadas pelos julgadores.

Assevera restar evidenciado que o procedimento de cálculo adotado está em consonância com a legislação pertinente, posto que não merece nenhum reparo.

Finaliza enfatizando que feitos os esclarecimentos necessários não tem por que não prosperar a diferença de R\$22.942,35, citada pelo autuado.

No que diz respeito à Infração 03 - que totaliza o valor de R\$57.340,31, para o qual o autuado pediu prescrição para os valores de 15/02/2007 a 15/06/2007, no valor de R\$17.367,65, assevera que deve ser mantida na sua totalidade como já foi justificada anteriormente, visto que não houve decadência nem prescrição.

Quanto ao valor restante da Infração R\$39.972,66, diz que o autuado quer a qualquer custo enquadrar os itens que deram origem a este valor, no Anexo 5-A do RICMS/BA, para que se tenha uma carga tributária de 7% (redução da base de cálculo).

Esclarece que de acordo com alguns exemplos da NCM 8473.30 e 8473.40, as quais dão direito a redução de base de cálculo: 8473.30.11 Com fonte de alimentação, com ou sem módulo “display” numérico 8473.30.34 Mecanismos bobinadores para unidades de fitas magnéticas (“magnetic tape transporter”) 8473.30.92 Telas (“displays”) para máquinas automáticas para processamento de dados, portáteis 8473.40.10 Circuitos impressos com componentes elétricos ou eletrônicos, montados.

Afirma que, desta forma as mercadorias que deram origem a este débito, de fato não tem direito à redução de base de cálculo, o autuado tenta usar uma analogia descabida para justificar as mercadorias que pelo “seu gosto” foram feitas as reduções, sendo assim não há porque não ser cobrada a diferença.

Quanto à infração 05 - que totaliza R\$40.071,66, o autuado pediu prescrição para os valores de 15/02/2007 a 15/06/2007, no valor de R\$29.175,32, que deve ser mantida na sua totalidade como já foi justificada anteriormente, visto que não houve decadência nem prescrição.

No tocante ao valor restante da Infração R\$10.896,34, diz que ao iniciar a fiscalização verificou através do relatório nº 408 - Resumo mensal dos registros 60M, 60A e 60R, fl.48 gerado pelo SCAM, um valor desproporcional nos cancelamentos.

Frisa que o contribuinte havia sido intimado para apresentar as Leituras “Z”. Esclarece que de acordo com o regulamento todos os cancelamentos de cupons fiscais devem estar anexos às Leituras Z. Afirma que uma quantidade mínima de cupons cancelados anexos não fechavam com os valores dos cancelamentos. Informa que o contribuinte foi intimado em 03/02/2012, fls. 49 e 50, para apresentar dos Cupons Fiscais Cancelados, o contribuinte não atendeu a intimação.

Assinala que após vários contatos telefônicos e e-mails, fls. 302 e 306, foi feita a 2ª intimação em 05/06/2012, nesta intimação foi anexada uma planilha com os cancelamentos a serem comprovados pelo contribuinte no valor de R\$1.086.544,06, fl.313. Prossegue destacando que, por fim, foi enviado pelo contribuinte comprovantes dos cancelamentos - leitura da memória fiscal, onde foram apresentados cupons fiscais cancelados e itens de mercadorias cancelados dentro dos Cupons Fiscais, foi feito novo relatório, fl. 360, com o valor dos cancelamentos não comprovados pelo contribuinte - R\$235.099,29.

Aponta que na defesa o autuado diz que o valor de R\$29.175,32, referente ao período de 15/02/2007 a 15/06/2007 não merece prosperar, mas ele próprio faz uma tabela, fl. 522, onde não consegue comprovar a totalidade dos cancelamentos, ficando o valor de R\$94.923,20 de cancelamentos não comprovados, que gera um imposto de R\$16.464,94.(cálculos do contribuinte)

Destaca que os meses de julho/2007 a dezembro/2007 que não foi alegada decadência “coincidentemente” a comprovação é total, melhor dizendo, os valores cancelados são até maiores que os existentes, exceto o mês de dezembro. Frisa que esta comprovação, que o autuado alega que a “empresa utilizou os mesmos parâmetros que o fiscal”, fl. 523, nada comprova.

Observa que o autuado anexa listagem, fls. 537 a 670, onde coloca data, número de cupom fiscal e valor, que não se sabe de onde foram extraídos visto que, não existe, sequer, xerox de um único cupom fiscal citado pelo autuado anexo ao demonstrativo. Afirma ser muita coincidência nos meses que o autuado não alega decadência a relação de “supostos” cupons fiscais fechar ou até serem maiores que os cancelamentos.

Assinala que não foi este o critério usado na fiscalização, como pode-se verificar às fls. 340, 343, 353 e outras que existem xerox dos Cupons Fiscais cancelados, lógico que não seriam anexados xerox de todos os Cupons cancelados, foi feita apenas uma amostragem para a comprovação de tal fato. Questiona porque a listagem do autuado além de terminar com o débito não apresenta cópia de nenhum destes cupons.

Diz, entender que não merece acolhimento os requerimentos efetuados pelo impugnante, posto que não guardam alguma relação com a verdade dos fatos ocorridos, e desta forma roga pela manutenção da infração imposta.

Finaliza requerendo a procedência do Auto de Infração.

Consta às fls. 686 e 687, extrato do SIGAT discriminando o pagamento parcial do débito exigido.

## VOTO

O presente lançamento de ofício é constituído de 05 infrações. De acordo com as alegações defensivas, constato que o autuado não impugnou as infrações 02 e 04. Assim, considero procedentes os itens não impugnados, haja vista a inexistência de controvérsia.

Antes de adentrar ao mérito da lide, devo inicialmente apreciar as questões de decadência e preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado.

O contribuinte, albergado no que dita o §4º do art. 150 do CTN, argumenta que uma parte dos créditos exigidos encontra-se atingida pela prescrição, porque a constituição definitiva dos créditos contextualizados no Auto de Infração ocorreu em 05/07/2012, data em que fora cientificado acerca da autuação, alegando que todos os créditos tributários anteriores a 15/06/2007 estão decaídos.

Saliento que essa questão, através de inúmeras decisões proferidas pelas Câmaras acórdãos, a exemplo do Acórdão CJF nº 072-11/12, é plenamente pacificada neste CONSEF. A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, §4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

*Art. 107-B*

*§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser arguida a determinação do art. 150, §4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação.

Por tal razão, não ocorreu a perda do direito subjetivo do Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento.

Como o Auto de Infração foi lavrado em 28/06/2012, e se reporta a fatos geradores ocorridos no exercício de 2007, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2013 para efetuar o referido lançamento. Portanto, fundado na descrição do pleito descrito acima, não vislumbro, ter transcorrido o interregno legal para constituição do crédito tributário.

Em relação à preliminar de nulidade suscitada atinente à infração 01, o impugnante sustentou que a alínea “f” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, aplicada na infração 01, não prevê a aplicação de nenhum percentual quando o contribuinte for enquadrado em algum tipo previsto, como consta do Auto de Infração, e sim, enseja a aplicação multa fixa no valor de R\$460,00. Invocou o inciso V do art. 38 do RPAF/99 para fundamentar que indicações indevidas de dispositivo legal é objeto de anulação de qualquer Auto de Infração e que no presente caso verifica-se que as multas aplicadas, não foram tipificadas corretamente. Constatou que não deve prosperar a pretensão do autuado uma vez que sua alegação afigura-se lastreada em hipótese completamente equivocada. Eis que não atentou o impugnante a correta tipificação da multa sugerida pelo autuante com base nas alterações promovidas na Lei nº 7.014/96 através das Leis nº 9.159/04 e nº 10.847/07. A alínea “f” do dispositivo em questão até 27/11/2007 por força da Lei nº 9.159/04 vigorou com o seguinte teor:

*“f) 5% (cinco por cento) do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período;”*

Logo, corretamente tipificada pelo autuante ao indicar o enquadramento para os fatos geradores ocorridos até 15/11/2007. Do mesmo modo, e em total consonância com a alteração promovida pela Lei nº 10.847/07, laborou também de forma acertada o autuante ao enquadrar os fatos geradores após essa data com a alínea “i” do mesmo inciso XIII-A, em vigor a partir dessa data, cujo teor é : *“i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na*

*legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso;".* Portanto, o mesmo da anterior alínea "f".

Assim, não percebeu o impugnante que a "alínea "f"" reproduzida em sua defesa com conteúdo não compatível com a infração em questão, corresponde ao teor desse dispositivo depois da alteração promovida pela Lei nº 10.847/07, e que por isso, que não foi aplicado na infração 01.

Em suma, refuto a preliminar de nulidade, por ficar patente nos autos que a tipificação da multa sugerida pelo autuante para a infração 01 encontra-se legalmente enquadrada em consonância com legislação em vigor ao longo do período do cometimento da infração. Assim, ao contrário do que aduziu o impugnante não ocorreria qualquer menção genérica a dispositivo legal, inexistindo nos autos óbice algum ao pleno exercício de defesa pelo autuado.

Rechaço também a preliminar de nulidade suscitada em relação à infração 03, sob a alegação de que os artigos infringidos, apontados pelo autuante, foram revogados, de acordo com o que consta no art. 494 do novo RICMS/2012. Constatou que não deve prosperar a tese da defesa, uma vez que todos os fatos geradores objeto da infração 03 ocorreram no período de vigência do RICMS/97, portanto, os dispositivos legais infringido devem a ele se reportar e não relação ao novo Regulamento que deve ser aplicado a fatos geradores ocorridos a partir de sua vigência.

Ultrapassadas as questões preliminares passo a tratar do mérito.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia e revisão fiscal, fica indeferido o pedido com base no art. 147, incisos I e II, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide. Ademais, o defendente não comprovou a necessidade de realização de diligência bem como foi apresentada qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, e por isso, indefiro o pedido

No tocante à infração 01, o autuado forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas ou prestações de serviços realizados, calculando-se o valor sobre as operações ou prestações divergentes.

A irregularidade detectada está tipificada, como já explicitado na preliminar de nulidade, a depender da data do fato gerador, nas alíneas "f" e "i" do inciso XIII-A, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que estabelecem a penalidade de 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomados e realizados, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informados com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento, em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou sobre o valor das divergências, conforme o caso.

Assim, verificada a existência de divergência do arquivo magnético, em relação ao padrão previsto na legislação, o contribuinte deverá ser intimado previamente para regularização das inconsistências, no prazo de 30 dias, e o agente fiscal, responsável pela intimação, deverá anexar a listagem diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas (§ 3º do art. 708-B do RICMS).

Neste caso, o sujeito passivo foi intimado para apresentar correções aos arquivos com divergências e omissões, fls. 14 e 50, em relação aos livros e documentos fiscais e omissão do arquivo 74 (estoques inicial e final) nos exercícios de 2007 e 2008 e não realizou as correções solicitadas, deste modo procede à autuação. Depois de examinar a apuração da exigência fiscal

conforme discriminação apresentada nos demonstrativos de débito - exercício de 2008, fl. 76 e exercício de 2007, fl. 95, constato a correta apuração, e por isso, fica mantida a infração 01.

Em relação ao de redução ou cancelamento da multa saliento que o art.158, do RPAF/99, ao tratar das multas por descumprimento de obrigação acessória, somente admite a redução ou cancelamento pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, quando restar provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo. No caso em comento, observo que tais condições não foram satisfeitas pelo contribuinte, haja vista a apresentação ao fisco de arquivos inconsistentes, com falta de registros, a exemplo do R54, que detalha item a item da mercadoria em cada documento fiscal e também o R75, que contém a descrição dos produtos constantes nos itens das notas, consoante relatado pelo autuante, impedem a realização do roteiro de auditoria de estoques e da reconstituição dos livros fiscais, além de outros roteiros, bem assim, o exame para efeito de homologação do imposto recolhido pendente de verificação, e a apuração da existência ou não de débitos perante o fisco. Portanto, dada a subjetividade das alegações defensivas, e não tendo sido atendidas às exigências acima, é que não acolho o pedido de redução ou cancelamento da multa.

Quanto à infração 03 que trata da utilização indevida do benefício fiscal de mercadorias que não constam do Anexo 5-A do RICMS-BA.

O autuado em sede de defesa alegou que por se tratar de produtos partes e peças de informática comporta diante da “vaga” descrição, uma interpretação extensiva dentro de cada item. Isto é, ao falar em partes e acessórios, o leque de opções que se encaixariam nessa definição é extremamente vasto, recorrendo ao CTN para justificar a adoção de analogia para enquadramento das mercadorias relacionadas na infração às elencadas no Anexo 5-A do RICMS-BA.

Entendo que é descabida a pretensão do autuado tendo em vista que as mercadorias elencadas no Anexo 5-A do RICMS-BA não são meramente exemplificativas, eis que o benefício da redução da base de cálculo somente alcança especificamente as mercadorias definidas e identificadas através do respectivo NCM, como se depreende claramente do dispositivo transscrito a seguir.

“Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

[...]

*V - das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no Anexo 5-A, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%;”*

Ademais, por se tratar de benefício fiscal não é possível a aplicação de interpretação extensiva, sob pena de descharacterizar a política tributária.

Portanto, ao constatar que as mercadorias elencadas nos demonstrativos de apuração e débito elaborados pela autuante, não se enquadraram nas NCMs previstas no Anexo 5-A do RICMS-BA resta caracterizada a infração 03.

A infração 05 cuida da omissão de saídas de mercadorias tributáveis por cancelamento de Cupom Fiscal em desacordo com a legislação em vigor.

Em sede de defesa, o autuado afirmou que, após transcorrida a ação fiscal, localizou diversos Cupons Fiscais que comprovaria o cancelamento das operações objeto desse item da autuação. Como prova de sua alegação colacionou aos autos uma planilha constando diversos números de Cupons Fiscais, no entanto, não cuidou de carrear as cópias dos respectivos Cupons Fiscais.

Ressalto que consoante determinação expressa nos §§3º dos artigos 210 e 238 do RICMS/97 a seguir reproduzidos, fica patente, de forma inequívoca, que é imperativo a manutenção e guarda pelo contribuinte dos cupons cancelados sob pena de presunção legal de cancelamento indevido.

“Art. 210. Quando o documento fiscal for cancelado, conservar-se-ão no talonário, formulário contínuo ou jogos soltos todas as suas vias, com declaração do motivo que houver determinado o cancelamento, e referência, se for o caso, ao novo documento emitido.

§ 1º O motivo do cancelamento do documento fiscal será anotado, também, no livro fiscal próprio, na coluna “Observações”

[...]

§ 3º No caso de cancelamento de Cupom Fiscal ou Comprovante Não Fiscal no próprio equipamento que o emitiu, conservar-se-ão todas as vias dos documentos fiscais, inclusive o emitido para cancelamento.”

“Art. 238

[...]

§ 3º O cancelamento de Cupom Fiscal, Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou Bilhete de Passagem, emitido ou em emissão poderá ser feito no próprio ECF, caso em que os documentos originais deverão ser armazenados junto à Redução Z emitida para as respectivas operações ou prestações, sendo que a não conservação dos originais dos documentos cancelados ou de cancelamentos faculta ao fisco a presunção de cancelamento indevido, ficando sujeito ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação e às penalidades previstas na legislação.”

Assim, entendo que a listagem apresentada pelo impugnante, simplesmente enumerando os cupons fiscais supostamente cancelados não tem o condão de eximir o impugnante do cometimento da infração. Saliento ainda constar dos autos que o contribuinte fora, no curso da ação fiscal, devidamente intimado a comprovar através dos respectivos cupons fiscais o cancelamento das operações objeto dessa infração e não apresentou cupom fiscal algum. Portanto, já era de seu conhecimento que a comprovação inequívoca, imprescindível para elidir a acusação fiscal, somente seria possível por meio do documento fiscal correspondente.

Ressalto que o art. 123 do RAPF-BA/99 não deixa dúvida quanto à obrigação do contribuinte ao se defender deve fazê-lo conjuntamente com as provas que dispuser. Ademais, ao teor do art. 143, também do RPAF/99, “a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”

Concluo que a infração 05 restou caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 180642.0006/12-0, lavrado contra **ANA M. R. MACHADO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$97.411,97**, acrescido das multas de 60% sobre R\$57.340,31 e de 70%, sobre R\$40.071,66, previstas, no art. 42, inciso II, alínea “a” e inciso III da Lei nº 7.014/96, além de multas pelo descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$32.232,35**, prevista nos incisos IX, XIII-A, “f” e “i” XVIII, “b” do mesmo dispositivo legal mencionado, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de janeiro de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR