

A. I. N° - 298938.1002/11-0  
AUTUADO - JOSÉ IRANILDO ANDRADE DOS SANTOS  
AUTUANTES - CARLOS ANTONIO ALVES NUNES e WELLINGTON MATOS DOS SANTOS  
ORIGEM - INFRAZ SERRINHA  
INTERNET - 15.04.2013

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF N° 0055-02/13**

**EMENTA: ICMS.** 1. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. FALTA DE ENTREGA. MULTA. O contribuinte deve promover os meios necessários para fazer a entrega da DMA prevista na legislação, e a falta de entrega da mencionada declaração caracteriza o cometimento de irregularidade, sendo devida a multa por falta de cumprimento de obrigação acessória. Infração caracterizada. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. MULTAS. a) FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração caracterizada. b) FALTA DE APRESENTAÇÃO APÓS INTIMAÇÃO. Não ficou demonstrado nos autos que o contribuinte foi intimado para apresentar os arquivos magnéticos, conforme prevê o art. 708-B do RICMS/BA. Infração nula. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. Ilícito fiscal caracterizado nos autos. Infração mantida. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 10% e de 1% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações comprovadas. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Infração não elidida. 6. ARBITRAMENTO. PRÁTICA DE SONEGAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS COM OMISSÃO DE LANÇAMENTOS NOS LIVROS FISCAIS E CONTÁBEIS DO ESTABELECIMENTO. Lançamento não contestado. Rejeitada a preliminar de nulidade. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente auto de infração lavrado em 29/09/2011 traz a exigência fiscal no valor histórico de R\$567.425,49, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas.

INFRAÇÃO 1 – Apresentação de DMA (Declaração de Apuração Mensal de ICMS) fora do prazo regulamentar, nos meses de janeiro de 2010 a maio de 2011, sendo aplicando uma multa mensal de R\$ 460,00 totalizando R\$7.820,00.

INFRAÇÃO 2 – Falta de entrega do arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa TED (Transmissão de Dados Eletrônicos). Omissão de entrega dos arquivos nos meses de janeiro de 2010 a agosto de 2011, sendo aplicada uma multa mensal de R\$1.380,00 totalizando R\$27.600,00.

INFRAÇÃO 3 – Deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas nos meses de janeiro a maio, julho, agosto e dezembro de 2010 e abril e maio de 2011, aplicada a multa de 1% sobre as divergências encontradas mensalmente, totalizando R\$6.335,09.

NFRAÇÃO 4 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na aquisição de mercadorias em outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, nos meses de fevereiro de 2010 a julho de 2011, no valor de R\$140.332,32, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 5 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria tributável sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de janeiro de 2010 a julho de 2011, sendo aplicada uma multa de 10% sobre o valor das notas não registradas no total de R\$250.185,93;

INFRAÇÃO 6 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de janeiro de 2010 a julho de 2011, sendo aplicada uma multa de 1% sobre o valor das notas não registradas no valor de R\$9.119,40;

INFRAÇÃO 7 – Falta do recolhimento do imposto relativo a operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão do respectivo documento fiscal apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, em março de 2010 no valor de R\$121.502,34;

INFRAÇÃO 08 – Deixou de recolher ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude de omissão de lançamentos nos livros ou na escrita geral do estabelecimento, em abril de 2010, no valor de R\$4.530,41 acrescido da multa de 100%.

Na descrição dos fatos do presente Auto de Infração, consta a informação de que o contribuinte autuado foi indicado pela INFIP para ser fiscalizado concomitantemente com outras empresas, indicação motivada pela “Operação Pirilampo”, conforme auto circunstanciado fls. 22/23 do PAF, sendo constatada a prática sistemática de sonegação fiscal pelo autuado.

O sujeito passivo ingressou com impugnação através de advogado, às fls. 443/487, informando que tendo em vista que o Processo Administrativo Fiscal se encontrava na INFRAZ-Serrinha, e que a defesa se dirige ao Conselho de Fazenda Estadual, a quem compete apreciar a matéria, que seja recebida pelo CONSEF a defesa, solicitando juntada ao referido Processo Administrativo Fiscal.

Registra que o auto de infração é nulo por cerceamento do direito de defesa, considerando que no dia 29 de setembro de 2011 o auto de infração foi lavrado, a ciência foi tomada em 06 de outubro de 2011 e cujo prazo para defesa expira-se em 07 de novembro de 2011, por supostas infrações, que sem embargos do alto zelo do Auditor Fiscal autuante é improcedente.

Aduz que o primeiro ponto trata-se da questão da formação do auto de infração e da devolução de todos os documentos arrecadados pelo Fisco para que o Autuado pudesse exercer o seu direito de defesa. Diz que o inciso VII do § 3º do art. 28 do RPAF/99, determina o encerramento da ação fiscal com a devolução de todos os documentos. No entanto, afirma que não foi efetivada a devolução dos documentos fiscais apreendidos, como consta das fls.289/291 dos autos. Diz que toda a documentação da empresa teria ficado retida e lhe está sendo vedado o direito de se defender.

Aduz ser o auto de infração nulo por estar afrontando os princípios constitucionais do

contraditório e do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, CF/88), além de afrontar o princípio da legalidade do ato administrativo, de que trata o art. 37, caput, c/c o art. 150, I da Carta Política de 1988. Todos abarcados no próprio art. 2º do RPAF/99. Diz que falta ao Processo Administrativo Fiscal a regularidade na devolução de seus documentos com os elementos contábeis de sua propriedade que possam lhe assegurar o direito à ampla defesa. Afirma que não foram dados elementos para impugnar a ação fiscal, ferindo frontalmente o estabelecido no art. 18 do RPAF/99. Cita decisões nesse sentido do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo. Discorre sobre os princípios impostos coercitiva e cogentemente à Fazenda Pública e à Administração Pública em geral, para dar garantia e segurança ao contribuinte, como o princípio da Legalidade e da Moralidade.

Afirma que as infrações 5 e 6, multa formal, devem ser absorvidas pela multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal. Aduz que as notas fiscais que deram suporte a estas infrações, acerca da cobrança de multa formal por descumprimento de obrigação acessória (falta de registro de entradas tributáveis e não tributáveis), integram o montante que serviu de base para apuração da infração 04 que cobra falta de recolhimento do ICMS (diferença de alíquota) com a multa de 60% aplicada na obrigação principal. Diz que nestes casos, a multa formal é absorvida pela multa por descumprimento da obrigação principal, se dela decorrer como uma consequência direta, ou seja, o recolhimento de diferença de alíquota do ICMS pelas entradas das mercadorias não registradas ao ter aplicação da multa de 60%, inseridas na auditoria pelo fato de não terem sido contabilizadas.

Entende haver relação direta entre a aplicação de multa formal estampada nas infrações 5 e 6, e a cobrança do ICMS, com base no art. 42, § 5º da Lei 7.014/96. Informa que o CONSEF tem decidido neste sentido conforme julgamentos da Câmara que transcreve na íntegra.

Alega ilegalidade e constitucionalidade na aplicação da taxa Selic. Sobre a matéria elabora um extenso arrazoado. Diz que percebe ao analisar diversos dispositivos de normas instituidoras que nenhuma delas define o que seja a taxa Selic. Sobre essa questão cita doutrina e jurisprudência.

Invoca a necessidade de que seja deferida diligência fiscal, por preposto fiscal estranho ao feito, a fim de que o Autuado demonstre os equívocos cometidos pelo Autuante na elaboração do levantamento de auditoria.

Conceitua o que sejam diligência e perícia e suas finalidades, quais as causas e circunstâncias em que se faz necessário sua realização. Aduz que decisões administrativas têm sido anuladas devido ao não acolhimento dos julgadores do pedido de diligência ou perícia. Requer seja o auto de infração julgado improcedente.

Os autuantes produziram a informação fiscal fls. 494/499. Sintetizam a defesa apresentada dizendo que o autuado aduz as seguintes razões: (I) nulidade do auto de infração por cerceamento de direito de defesa, pois os documentos arrecadados não foram totalmente devolvidos ao final da ação fiscal; (II) nas infrações 05 e 06, entende que as referidas multas devem ser julgadas improcedentes, haja vista que as notas fiscais que fazem parte dessas infrações integraram o montante para apuração da auditoria na infração 04, e das demais infrações que cobram o ICMS como a diferença de alíquota e a multa de 60% aplicada na obrigação principal; (III) a impropriedade de aplicação da Taxa Selic como índice para acréscimo moratório nas infrações; (IV) necessidade de diligência; (V) que seja deferida a diligência por fiscal estranho ao feito e que a ação fiscal seja julgada improcedente.

Rebatem estes argumentos dizendo que o farão na mesma ordem dos argumentos da defesa.

1 – Afirmam que o pedido de nulidade do auto de infração, justificado pelo cerceamento de direito de defesa, não deve prosperar, uma vez que os documentos apreendidos e que tem relação direta com o lançamento fiscal em demanda, foram todos devolvidos, conforme Termo de Devolução/Entrega de livros e documentos fiscais à fl. 500, que o autuado recebeu em 05 de outubro de 2010.

Ressaltam que o autuado foi fiscalizado no período de janeiro de 2010 a setembro de 2011, e ao contrário do que fora aduzido em sua defesa, todos os documentos relativos a esses exercícios acostados ao auto de infração e que serviram de base para a sua lavratura, os originais foram devolvidos ou entregues cópias daqueles que não foram objeto de apreensão na “Operação Pirilampo”. Esses últimos foram obtidos por meio do sistema de notas fiscais eletrônicas ou diretamente com os fornecedores do próprio autuado (circularização) em atendimento às solicitações mediante ofícios.

Esclarecem que tais documentos são os livros Registros de Entradas, Saídas, Caixa (escriturados somente de janeiro a abril de 2010), o livro Registro de Inventário (referente ao período de 2009) e todas as notas fiscais de Entradas presentes no processo em contenda. Dizem que são esses os documentos, de autenticidade inconteste, constantes das fls. 24 a 273 do referido processo, que o contribuinte deve se nortear para exercer seu direito de defesa, e não evadir-se dessa incumbência com o ardil de que seus documentos estão apreendidos. Transcrevem cada infração citando as folhas do PAF onde estão os respectivos demonstrativos.

Explicam que a infração 07 refere-se às operações de vendas de mercadorias sem emissão de notas fiscais e consequentemente sem pagamento de ICMS, apurada mediante levantamento de estoque, conforme demonstrativo às fls. 244. Afirmam que o autuado tinha em estoque, no final do ano de 2009, o equivalente a 19.334 (dezenove mil trezentos e trinta e quatro) caixas de óleo de soja, conforme livro Registro de Inventário às fls. 246 e, nenhuma caixa no dia 02 de março de 2010, conforme Termo de Visita e Declaração de Estoque às fls. 250 e 251, respectivamente. Asseveram ser fato que foi vendida a mercadoria toda do estoque, nesse período de janeiro ao início de março de 2010, no entanto, não há registro nenhum de saídas tributadas dessas mercadorias nessa ocasião, no livro Registro de Saídas, conforme fls. 261 a 263, muito menos, entrada de recursos no livro Caixa, conforme fls. 267 a 269. Ressalta que as vendas no valor de R\$66.132,00 (sessenta e seis mil e cento e trinta e dois reais) constantes no livro Caixa às fls.267, corresponde às operações de vendas realizadas pela filial do autuado.

E finalmente, sobre a infração 08 frisam que apuraram o não recolhimento do ICMS em face de omissão de registros nos livros fiscais próprios (Entradas, Saídas e Caixa), conforme fls. 258, 264 e 270, respectivamente, apurado conforme demonstrativo às fl.272, referente a nota fiscal nº 47.743 à fl. 273.

Salientam que o autuado comprou e vendeu as mercadorias, porém, não deu entrada nem saída no estabelecimento e, consequentemente, não recolheu o ICMS devido. Dizem que todas as infrações estão efetivamente qualificadas e documentalmente comprovadas no processo.

Informam que os demais documentos, anexados às fls.274 a 443 em nada influem ou contribuem para amparar a defesa do autuado. São eles: Mandado de Busca e Apreensão nº 04 às fls. 274, Auto de Exibição e Apreensão às fls. 275, documentos das fls. 276 a 287, conforme relacionados nos itens 9 a 18 do Auto Circunstaciado de Arrecadação às fls.290; Relação de veículos pertencentes ao autuado e os respectivos Cadastros de Veículos do Sistema Gerenciador de IPVA – GIPVA às fls. 292 a 347; Ofícios de circularização de documentos fiscais enviados aos fornecedores do autuado, às fls. 348 a 439; Termos de Saneamento e Registro do Auto de Infração às fls. 440 a 443.

Ressaltam que não merece apreço o protesto de que seu direito de defesa foi impedido em face de não devolução dos documentos fiscais apreendidos ou arrecadados. Tal argumento só expõe o interesse protelatório do autuado na resolução do litígio.

2 – A respeito das infrações 05 e 06, absorção da multa formal pela multa aplicada pelo descumprimento de obrigação principal, dizem que o autuado se equivoca ao entender que devem ser absorvidas pelo descumprimento da obrigação principal da infração 04. Explicam que as multas aplicadas pelo descumprimento da obrigação acessória das infrações 05 e 06, dizem respeito às mercadorias tributáveis e não tributáveis respectivamente, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, enquanto a infração 04 se reporta ao ICMS

devido pela diferença entre as alíquotas internas e interestaduais de bens adquiridos para integrar o ativo fixo da empresa.

Asseveram que a multa pelo descumprimento da obrigação principal não é uma consequência direta do descumprimento das obrigações acessórias das infrações 05 e 06, conforme previsto no parágrafo 5º do artigo 42 da Lei 7.014/96, transscrito pelo autuado às fls. 448. Na situação em apreço, não há qualquer relação entre as penalidades aplicadas nas infrações em contenda e o citado dispositivo legal, conforme argumenta o autuado.

3 – Relativamente a aplicação da taxa Selic como índice para acréscimo moratório nas infrações, afirmam que sobre sua impropriedade e ilegalidade por questão de competência ou impedimento de se discutir legalidade ou constitucionalidade na seara administrativa, se abstêm de manifestar-se a respeito.

4 - Da necessidade de diligência, entendem ser desnecessário, tendo em vista que os elementos constantes no processo são suficientes para apreciação e julgamento do litígio.

Finalizam opinando pela manutenção integral dos créditos fiscais constituídos, haja vista que as infrações encontram-se revestida das formalidades legais, estão devidamente caracterizadas e documentalmente comprovadas, o ato administrativo do lançamento fiscal está em consonância com o princípio da legalidade, o contribuinte foi cientificado das infrações cometidas e recebeu cópias de todos os documentos que embasaram a lavratura do referido auto de infração.

Considerando que os autuantes apensaram documentos ao processo, fls.500/502, e não foi dada ciência ao autuado, a 3<sup>a</sup>JJF em pauta suplementar, converteu o PAF em diligência, fl. 505, para que se suprisse tal lacuna, e fosse reaberto prazo de defesa de 30(trinta) dias, para que o autuado querendo, pudesse se manifestar.

O autuado ao tomar ciência da diligência vem ao processo, fls.511/512, alegando não ter recebido todos os documentos (fls. 500/502) conforme determinado pela 3<sup>a</sup>JJF. Nova diligência foi requerida, fl. 525, e o autuado se manifesta, fls. 530/571, apensando instrumento impugnatório com os mesmos argumentos de sua defesa original.

Os autuantes em nova informação fiscal, fl. 575, informam que foram novamente entregues ao autuado os documentos fls.500/502 e reaberto prazo de 30 dias para o mesmo se pronunciar, conforme comprovantes de entrega de correspondência fl. 528.

Afirmam que o autuado se manifesta fazendo as mesmas alegações de sua defesa inicial, sem, contudo, trazer nada de novo ao processo, pois sua manifestação é a simples cópia da contestação prestada anteriormente e devidamente rebatido cada argumento do autuado.

Asseveram ter ficado mais uma vez evidente o propósito deliberado no sentido de protelar o desfecho da demanda. Mantêm integralmente o auto de infração.

## **VOTO**

Na descrição dos fatos do presente Auto de Infração, consta a informação de que o contribuinte autuado foi indicado pela INFIP para ser fiscalizado concomitantemente com outras empresas, indicação motivada pela “Operação Pirilampo”, conforme auto circunstanciado fls. 22/23, do PAF, sendo constatada a prática sistemática de sonegação fiscal pelo autuado, mediante utilização fraudulenta de empresas fantasmas, de fachada e laranjas, empresas criadas exclusivamente com o fito de sonegar tributos.

Analizando a preliminar de nulidade apresentada pelo defendente, constato que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas. O imposto e sua base de cálculo e os valores das multas foram apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O primeiro ponto tratado pelo defendente é quanto à questão da formação do auto de infração e do fornecimento dos documentos que o acompanham, bem como de todos os documentos

arrecadados pelo Fisco para que pudesse exercer o seu direito de defesa. Diz que o inciso VII do § 3º do art. 28 do RPAF/99, determina o encerramento da ação fiscal com a devolução de todos os documentos, e que a documentação da empresa teria ficado retida vedando o direito de se defender.

Em informação fiscal, os autuantes esclareceram que os documentos apreendidos e que tem relação direta com o lançamento fiscal em demanda, foram todos devolvidos, conforme Termo de Devolução/Entrega de Livros e Documentos Fiscais à fl. 500, que o autuado recebeu em 05 de outubro de 2010. Dizem ainda, que a autuação fiscal está embasada nos demonstrativos elaborados fls. 24 a 273 do referido processo, sobre os quais o contribuinte deveria se nortear para exercer seu direito de defesa.

Em fase instrutória foi verificado que a prova de devolução dos documentos do autuado não se encontrava previamente apensado ao PAF, então o processo foi convertido em diligência a fim de que o sujeito passivo tomasse conhecimento, com reabertura do prazo de defesa de 30 dias, para se manifestar, o que ocorreu fls. 530/571.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O sujeito passivo em razões defensivas requer diligência por fiscal estranho ao feito que fica de pronto indeferida. Não acolho tal pleito, visto que o sujeito passivo recebeu cópias dos demonstrativos que fundamentaram a autuação, e poderia ter trazido aos autos elementos cujas análises pudessem ser apreciadas na constância da instrução do processo e não o fez. O autuado teve no presente processo, reabertura de prazo de defesa por duas vezes, somando 60 dias, para que produzisse as provas que elidissem as acusações fiscais da autuação e limitou-se a transcrever os argumentos expostos em sua defesa inicial, não carreando aos autos documentos, levantamentos e demonstrativos apontando inconsistências passíveis de revisão fiscal em diligência.

Os elementos acostados aos autos são suficientes para formação do convencimento por parte desta julgadora, para decisão da lide. Indefiro, portanto, o pedido de diligência, com fulcro no art. 147, II, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Relativamente à taxa SELIC, observo que está prevista no art. 1º da Lei estadual 7.753/2000, que modificou a Lei 3.956, de 11 de dezembro de 1981, e falece a este Conselho atribuição legal para declarar inconstitucionalidade desta legislação, nos termos do art. 167, I do RPAF/BA.

Entendo que a cobrança de juros com base na taxa SELIC veio trazer uma perfeita harmonia e segurança aos partícipes da relação Fisco x Contribuinte. Ao Fisco (Tesouro), permitiu-se a adoção de um caminho que tende a equilibrar seus custos financeiros de captação relativa à receita de juros que recebe de terceiros, relacionados a débitos de origem tributária não pagos no prazo. Aos contribuintes, deu-se a oportunidade de se poder trabalhar com uma taxa de juros sobejamente conhecida, barata, e que acompanha as oscilações econômicas do país.

No mérito, a infração 01 trata da aplicação de penalidade apresentação de DMA (Declaração de Apuração Mensal de ICMS) fora do prazo regulamentar, nos meses de janeiro de 2010 a maio de 2011, demonstrativo fl. 24 do PAF.

De acordo com o art. 333 do RICMS/97, os contribuintes que apurem o imposto pelo regime normal ou pelo regime de apuração em função da receita bruta, deverão apresentar mensalmente, a Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA).

Na DMA são informadas, em síntese, as operações e prestações realizadas em cada estabelecimento, do primeiro ao último dia do mês anterior, especificando as operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como os serviços utilizados ou prestados, por unidade da Federação, e outros elementos exigidos no modelo do referido documento, constituindo-se em

resumo e exato reflexo dos lançamentos efetuados nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS.

Em relação à falta de apresentação da DMA, o inciso XV, alínea “h” do art. 42, da Lei 7.014/96, estabelece a exigência de multa de R\$460,00 em decorrência da falta de cumprimento da referida obrigação acessória.

Cabe ao contribuinte promover os meios necessários para fazer a entrega da DMA, prevista na legislação, por isso, a falta de entrega da mencionada declaração caracteriza o cometimento de irregularidade, sendo devida a multa por falta de cumprimento de obrigação acessória, relativamente aos meses de janeiro de 2010 a maio de 2011.

Está caracterizada a infração apurada, sendo devida a multa exigida por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de R\$7.820,00, de acordo com o previsto no art. 42, inciso XV, alínea “h”, da Lei 7.014/96. Infração subsistente.

Infração 02: – Falta de entrega do arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa TED (Transmissão de Dados Eletrônicos). Omissão de entrega dos arquivos nos meses de janeiro de 2010 a agosto de 2011, sendo aplicada uma multa mensal de R\$1.380,00 totalizando R\$27.600,00. Demonstrativo à fl. 63 do PAF.

O art. 683 do RICMS/97 estabelece a possibilidade de o contribuinte utilizar sistema eletrônico de processamento de dados, sendo que, as condições específicas quanto à manutenção e ao fornecimento do arquivo magnético estão disciplinadas no art. 686:

*“Art. 686. O contribuinte de que trata o art. 683 está obrigado a manter, pelo prazo decadencial, as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos recebidos ou emitidos por qualquer meio, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração”.*

Por outro lado, o art. 708-A do referido RICMS/BA, estabelece os prazos para entrega do arquivo magnético, referente ao movimento econômico de cada mês, estando previsto no § 6º deste mesmo artigo, que a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas.

Se o contribuinte não fez a entrega do arquivo magnético nos prazos estabelecidos na legislação, é devida a multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei 7.014/96. Mantida a exigência fiscal.

Infração 03: Deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas nos meses de janeiro a maio, julho, agosto e dezembro de 2010 e abril e maio de 2011, aplicada a multa de 1% sobre as divergências encontradas mensalmente, totalizando R\$6.335,09.

Observo que a falta de entrega do arquivo magnético ou a sua apresentação incompleta impede a realização de auditorias fiscais e dos controles fiscais, não permitindo apurar se o imposto recolhido pelo contribuinte corresponde ao efetivo movimento de mercadorias e serviços com incidência do ICMS. Da análise do demonstrativo acostado fls. 66/67, vejo que os autuantes aplicaram a multa de 1% referente a operações de entradas omitidas de arquivos eletrônicos.

Entretanto, inexiste nos autos, a intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo na forma prevista na alínea “j” da Lei 7014/96. Neste caso, entendo que não ficou caracterizada a falta de atendimento à intimação. Infração nula.

Infração 04: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na aquisição de mercadorias em outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, conforme demonstrativo fl. 68/69.

Observo que a legislação prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação,

quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96).

O autuado ao deixar de recolher o imposto, certamente causou prejuízo ao erário, que não contou com a entrada dos recursos na época prevista, e não seriam recuperados se não fossem lançados como o foram no presente Auto de Infração.

Considerando a falta de comprovação de recolhimento do imposto exigido, no prazo regulamentar, concluo pela procedência da infração 04.

Infrações 05 e 06: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria tributável e não tributável, respectivamente, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2010 a julho de 2011 sendo aplicada uma multa de 10% e 1% sobre o valor das notas não registradas, demonstrativos fls. 70/75.

A legislação prevê a aplicação de multa, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, sendo 10% para mercadorias sujeitas a tributação (art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96), e 1% para as mercadorias não tributáveis (art. 42, inciso XI, da Lei 7.014/96).

O autuado em sua impugnação afirmou que as infrações 5 e 6, multa formal, deveriam ser absorvidas pela multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal, pois as notas fiscais integrariam o montante que serviu de base para apuração da infração 04 que cobra falta de recolhimento do ICMS (diferença de alíquota).

Entendo que não existe relação direta entre a aplicação da multa formal estampada nas infrações 5 e 6, que se trata de penalidades aplicada pelo descumprimento de obrigação acessória e a cobrança do ICMS pelo descumprimento da obrigação principal – o recolhimento tempestivo da diferença de alíquotas, com base no art. 4º, inciso XV da Lei 7.014/96.

Considero que a forma legal e legítima de elidir tais infrações, seria o autuado trazer a prova aos autos de que fez o registro das notas fiscais consignadas no levantamento do autuante, em seu livro Registro de Entradas e apresentado as guias de recolhimento do imposto relativo a diferença de alíquotas.

Acato os demonstrativos elaborados pelos autuantes às fls. 70/75 do PAF, tendo em vista a falta de comprovação quanto ao registro das notas fiscais objeto da autuação, sendo devidos os valores das multas correspondentes às notas fiscais não registradas. Infrações procedentes.

Infração 07– Falta do recolhimento do imposto relativo a operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão do respectivo documento fiscal apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.

A exigência de imposto relativo à diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível.

Vejo que o autuado não contesta esta infração. Concluo que é subsistente o presente lançamento, de acordo com os valores apurados no demonstrativo das operações de entradas com as respectivas notas fiscais, fls. 77/243, e o demonstrativo de estoque fl. 244. Infração mantida.

Infração 08 - Deixou de recolher ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude de omissão de lançamentos nos livros ou na escrita geral do estabelecimento, em abril de 2010.

Vejo que esta infração também não é impugnada pelo autuado. Da análise do demonstrativo acostado à fl. 272, constato que os autuantes constataram a aquisição de 810 caixas de óleo de soja refinado, nota fiscal nº 47.743, fl. 273, sem registrar qualquer nota fiscal de saída do referido produto, nem apontar existência de estoque no período fiscalizado.

Observo que o ICMS foi apurado em consonância com a alínea “e” inciso I do art. 938 e o inciso II do art. 937 do RICMS/BA. Portanto, a infração está devidamente comprovada.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PROCEDENTE EM PARTE** o auto de infração nº 298938.1002/11-0, lavrado contra **JOSÉ IRANILDO ANDRADE DOS SANTOS** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$266.365,07** acrescido das multas de 60% sobre R\$140.332,32, 70% sobre 121.502,34, 100% sobre 4.530,41, previstas no art.42, inciso II, “f” e inciso III e Inciso IV, alínea “i”, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$294.725,33** previstas nos incisos XV alínea “h”, XIII-A alínea “j”, incisos IX e XI, do art. 42 da Lei 7.014/96 e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de abril de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ALEXANRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR