

A. I. Nº - 232889.0012/12-1  
AUTUADO - LEBRE TECNOLOGIA E INFORMÁTICA LTDA.  
AUTUANTE - LUZINETE MARIA DA SILVA  
ORIGEM - INFAC VAREJO  
INTERNET - 05.08.2013

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0160-01/13**

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Infração reconhecida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. 3. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BEM DESTINADO AO ATIVO FIXO. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. EXIGÊNCIA DO ICMS. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre as entradas efetuadas em decorrência de operações interestaduais, quando os bens são destinados ao ativo fixo do estabelecimento. Entretanto, é aplicável a redução da base de cálculo prevista no art. 87, V, do RICMS/BA/97, na apuração do imposto devido. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Autuado não atendeu a intimação no prazo regulamentar para apresentação dos arquivos magnéticos. Multa de 1% sobre o valor das operações realizadas, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea "j" da Lei nº 7.014/96. Infração caracterizada. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) REGISTRO DE VALORES SUPERIORES REFERENTES À ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Infração reconhecida. b) NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. A descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação diz respeito a não exibição, à Fiscalização, dos documentos fiscais correspondentes, enquanto a matéria fática é se tem direito o contribuinte ao creditamento do imposto referente a bens adquiridos no exercício de 2003, cujo lançamento ocorreu no exercício de 2009. A autuação foi feita de modo equivocado. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Infração nula. 7. LIVROS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Infração reconhecida. Rejeitada a nulidade arguida. Indeferido o pedido de redução da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/09/2012, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$86.266,23, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro a março, maio, junho, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2009, no valor de R\$12.674,46;
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro e julho de 2009, sendo imposta multa no valor de R\$1.712,77, correspondente ao percentual de 10% do valor comercial das mercadorias;
3. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no mês de março de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$3.860,71, acrescido da multa de 60%;
4. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações e prestações realizadas, em 13/08/2012, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$65.349,01;
5. Utilizou a mais crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas noutra unidade da Federação ou do exterior, no mês de maio de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$483,72, acrescido da multa de 60%;
6. Recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro, março, junho, julho, setembro e novembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.251,23, acrescido da multa de 60%;
7. Deixou de apresentar livros fiscais, quando regularmente intimado, em 25/07/2012, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$460,00;
8. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de março a dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$474,33, acrescido da multa de 60%.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 647 a 654 – vol. II) requerendo, inicialmente, que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos referidos profissionais.

Rechaça a infração 02, afirmando que as cópias das Notas Fiscais nºs 134884, 134833 e 4577, não suportam a acusação, pois não possuem indícios da efetividade das operações e de trânsito dos produtos até o seu estabelecimento. Acrescenta que as duas primeiras, inclusive, foram apresentadas nas vias do "Fisco de Origem", não se podendo sequer afirmar que as mercadorias saíram do suposto vendedor. Salienta que, nesse sentido, em casos semelhantes, o CONSEF tem se posicionado, reproduzindo o Acórdão CJF Nº 0078-12/09.

Consigna o seu inconformismo quanto à infração 03, sustentando que não se pode cobrar "diferença de alíquota", exigível em operações interestaduais, tendo como suporte notas fiscais que revelam "operações internas". Acrescenta que, além disso, conforme consta nas notas fiscais listadas no Anexo 03, cumpriu a obrigação através do “ESTORNO DO CRÉDITO” utilizado quando das compras, bem como não se considerou na autuação que as mercadorias adquiridas contam com redução de base de cálculo, na forma do art. 87, V, do RICMS, a fim de que a carga tributária seja de 12% (até 31/03/2009), e 7%, a partir do advento do Decreto nº 11.470/2009.

Afirma que sendo a carga tributária de 12% ou 7%, não se pode cobrar a complementação de 10%, o que elevaria a carga fixada de forma regulamentar. Alega, ainda, que além de tudo isso, teria o direito ao crédito sobre as compras para o ativo, de forma "parcelada", o que aponta para a inexistência de prejuízo ao Erário, em decorrência do lapso de tempo já decorrido das operações internas.

No respeitante à infração 04, registra que foi intimado para correção dos arquivos em 11/07/12, tendo verificado os Arquivos Magnéticos entregues à SEFAZ através do Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos. Assevera que a intimação apresentada importa em irregularidade processual e cerceamento do direito de defesa, haja vista que não foi atendida, de forma anterior, a determinação do art. 708-B, do RICMS, indicado como enquadramento legal pela autuante.

Menciona que o art. 708-B, do RICMS, determinava que: "*O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.*"

Alega que, no presente caso, não recebeu a intimação acima, sendo portanto tolhido do prazo de 5 dias úteis, os quais, a teor do § 5º, do mesmo art. 708-B, do RICMS, cumulam com os 30 dias para as retificações das inconsistências. Acrescenta que o Auto de Infração foi lavrado antes do término do total do prazo legal que deveria ser concedido, isto é, 5 dias úteis para entrega dos arquivos e depois 30 dias para correção das inconsistências. Afirma que como o prazo de 5 dias úteis sequer foi concedido, a situação é ainda mais greve, estando totalmente ilegal a condução da ação fiscal.

Assevera que, além disso, a multa apontada no Auto de Infração, baseada no art. 42, XIII-A, "j", da Lei 7.014/96, não encontra amparo na situação fática descrita na autuação. Alega que o § 6º, do art. 708-B, do RICMS, prevê 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" do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014, de 04/12/96.*"

Sustenta que se a autuante não concedeu o prazo inicial de 5 dias, não poderia enquadrar os fatos na alínea "j", do art. 42, XIII-A, da Lei 7.014/96, que por sua vez exige, para que seja aplicada a multa percentual de 1%, a existência das duas intimações. Reproduz as disposições da referida alínea "j".

Aduz que em conformidade com a norma, não poderia a autuante lhe intimar diretamente com a concessão de 30 dias, que é a intimação "SUBSEQUENTE" prevista no RICMS para a correção das inconsistências, sendo o mesmo a conceder-lhe, primeiro, o prazo de 5 dias úteis e, depois de vencido, o interstício de 30 dias.

Menciona que decisões recentes do CONSEF confirmam o enquadramento da situação em exame na hipótese de ilegalidade flagrante, reproduzindo como exemplo a ementa do Acórdão JJF N° 0111-05/12.

Assevera que sendo inteiramente ilegal o enquadramento da situação fática em exame da alínea "j", do art. 42, XIII-A, da Lei 7.014/96, o Auto de Infração não pode prosperar, podendo no máximo ser aplicada a multa fixa de R\$ 1.380,00, pelo não atendimento à primeira intimação, se não se alcançar, pelos motivos acima, a nulidade da ação fiscal.

Pede que mesmo não se admitindo a existência das ilegalidades flagrantes acima apontadas, seja reduzida a multa em 90%, com base no art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, posto que não existe no processo qualquer indício de prova de que tenha agido com dolo, fraude ou simulação, bem como levando em consideração que, mesmo depois do prazo concedido, regularizou seus arquivos magnéticos e os transmitiu ao Fisco, conforme comprovantes anexados, podendo ainda ser feita a fiscalização dos fatos e registros pertinentes a 2009, que somente serão atingidos pela decadência em 31/12/2014. Menciona como exemplos os Acórdãos CJF N°. 0368-12/06, JJF N°. 0213-01/09, CJF N°.0041-21/05.

No que tange à infração 08, alega que a autuação não esclarece quais seriam os documentos fiscais que não foram apresentados, sendo certo que, se os créditos foram oriundos de aquisições para o ativo, a documentação fiscal é de exercícios anteriores, cujos fatos sequer foram indicados. Alega, ainda, que desconhece a existência de intimação regular solicitando comprovantes de suas operações para o ativo fixo, ficando assim esvaziada a acusação fiscal.

Conclui requerendo que as infrações impugnadas sejam julgadas nulas ou improcedentes, ou que, em relação à infração 04, seja a multa fixada em R\$1.380,00, ou ainda que seja apreciado por este órgão julgador o pedido de redução da multa em 90%, a fim de que se combata o caráter arrecadatório. Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a posterior juntada de novos documentos.

A autuante prestou informação fiscal (fls. 666 a 668) registrando que a infração 01 não foi impugnada.

Quanto à infração 02, contesta a argumentação defensiva de ausência dos indícios da não efetividade e trânsito dos produtos para o seu estabelecimento, em razão das vias “fisco de Origem”, afirmando que se trata de documentos fiscais capturados, independentemente de sua via, disponibilizados pelo Sistema de Controle Automatizado de mercadorias em Trânsito - CFAMT transitadas pelo Estado. Diz, ainda, que não procede a menção ao Acórdão colacionado relacionado à infração, por se tratar de notas fiscais não anexadas ao PAF, e cópias reprográficas de notas fiscais o que não é o caso desta infração em que constam as vias correspondente aos documentos originais.

Mantém integralmente este item da autuação.

No que diz respeito à infração 03, observa que a irregularidade imputada ao autuado se refere a mercadorias adquiridas para comercialização com posterior integração ao ativo imobilizado sem o respectivo recolhimento do ICMS referente à diferença de alíquotas, conforme demonstrativo de fl. 281.

Diz que o autuado quando da aquisição das mercadorias em outras unidades da Federação lança o crédito fiscal e ao dar saída às mercadorias para integração ao ativo imobilizado se debita do ICMS correspondente ao valor creditado quando das entradas das mercadorias, anulando desta forma o crédito ocorrido à época da aquisição das mercadorias. Porém, em nenhum momento o ICMS referente a diferença de alíquotas correspondente às saídas de mercadorias do estoque para o ativo imobilizado é recolhido, conforme cópia do livro Registro de Apuração do ICMS em que a operação não é registrada na coluna de “Débito do Imposto – Diferença de Alíquota” (fls. 617 a 642), Relação de DAEs – Ano 2009, emitido pelo Sistema da SEFAZ (fl. 56) e cópias dos DAEs (fls. 57 a 65).

Observa que em relação às Notas Fiscais nºs 42913, 42930, 42934, 42953, 42960, 42951, 42959, (fls. 298 a 305) não foi exigido o ICMS referente a diferença de alíquotas por considerá-las como mercadorias adquiridas no próprio Estado.

Quanto à alegação defensiva de que não poderia ser cobrado o ICMS diferença de alíquotas por se tratar de mercadorias com redução da Base de Cálculo, afirma que também não procede, pois conforme disposto no art. 72, inciso I, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, se a operação for tributada com redução da base de cálculo decorrente de convênio o valor do imposto da diferença de alíquota será em função do mesmo valor resultante.

Mantém integralmente a infração.

Relativamente à infração 04, contesta os argumentos defensivos afirmando que não procede a alegação do impugnante de que fora cerceado o seu direito de defesa por não ter sido intimado para apresentação do arquivo magnético no prazo de cinco dias úteis e apenas a intimação de 30, pois o contribuinte fora intimado a regularizar as inconsistências do arquivo magnético no dia 11/07/2012 (fls. 11 e 12) após a constatação das inconsistências para que fossem providenciadas a sua regularização, sendo que o Auto de Infração somente foi lavrado em 18/09/2012 e até esta data sem que fossem resolvidas, subsistindo a exigência fiscal, conforme relatórios do Sistema de Controle

de Arquivos Magnéticos emitido pela Sistema GEAFI – SINTEGRA, da SEFAZ, em 13/09/2012 (fl. 323) o que ensejou a imposição da multa de 1%, correspondendo à falta de apresentação, sendo, portanto, o enquadramento correto.

Mantém a autuação.

Quanto às infrações 05, 06 e 07, consigna que não foram impugnadas.

Com relação à infração 08, observa que a acusação se refere à apropriação de crédito do Ativo Permanente – CIAP, que em contato com a Contabilidade do autuado, originou o “e-mail” à fl. 484, em razão de as notas fiscais “scaneadas” (fls. 485 e 486) e apresentadas como prova corresponderem a veículo adquirido em 2003.

Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

Consta às fls. 671 a 673, extrato do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – SIGAT, referente ao pagamento parcelado do valor do débito reconhecido.

## VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de oito infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, dentre as quais este reconheceu e efetuou o pagamento parcelado do valor do débito reconhecido atinente às infrações 01, 05, 06 e 07. Impugnou integralmente as infrações 02, 03, 04 e 08.

No que concerne à infração 02, verifico que a alegação defensiva de que as Notas Fiscais nºs 134884, 134833 e 4577, não suportam a acusação, pois não possuem indícios da efetividade das operações e de trânsito dos produtos até o seu estabelecimento, inclusive que foram apresentadas as vias do “Fisco de Origem”, não se podendo sequer afirmar que as mercadorias saíram do suposto vendedor, não se sustenta.

Isso porque, conforme consignado pelo autuante, os referidos documentos fiscais foram obtidos através do Sistema de Controle Automatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT, sendo o entendimento já pacificado no âmbito deste CONSEF, que as notas fiscais coletadas no referido sistema CFAMT, por si só comprovam o trânsito das mercadorias, cabendo ao destinatário comprovar, mediante a apresentação de elementos hábeis de prova, que não comprou as mercadorias acobertadas pelos documentos fiscais arrolados na autuação. Quanto à alegação defensiva de que foram apresentadas as vias do “Fisco de Origem”, certamente que estas vias tendo sido obtidas através do sistema CFAMT não têm qualquer repercussão no sentido de invalidar a comprovação do trânsito das mercadorias pelo posto fiscal.

Diante disso, este item da autuação é subsistente.

No respeitante à infração 03, cabe observar que quando o contribuinte adquire mercadorias para comercialização e, posteriormente, destina para integrar o seu ativo imobilizado, além de estornar o crédito fiscal – já que a mercadoria não terá mais etapa de comercialização subsequente -, também estará obrigado a apurar a diferença de alíquotas em face da destinação da mercadoria para o ativo imobilizado.

No presente caso, verifica-se que, de fato, não consta nos documentos acostados aos autos pela Fiscalização, ou seja, livro Registro de Apuração do ICMS, coluna “Débito do Imposto – Diferença de Alíquota” (fls. 617 a 642), Relação de DAEs – Ano 2009, emitido pelo Sistema da SEFAZ (fl. 56) e cópias dos DAEs (fls. 57 a 65) que o contribuinte houvesse se debitado ou recolhido o ICMS referente à diferença de alíquotas, sendo, desse modo, correta a exigência do imposto.

Entretanto, constato que assiste razão ao impugnante quando alega que a autuante não considerou na autuação que as mercadorias adquiridas contam com redução de base de cálculo, na forma do art. 87, V, do RICMS, a fim de que a carga tributária seja de 12% (até 31/03/2009), e 7%, a partir do advento

do Decreto nº 11.470/2009. De fato, cabe a aplicação da redução da base de cálculo aduzida pelo autuado.

Cumpre observar que, se o período da autuação fosse a partir de abril de 2009, não haveria imposto a pagar, haja vista que na origem a alíquota aplicada seria de 7% e no destino (Bahia) a carga tributária passara para 7%. Porém, no presente caso, como a exigência fiscal diz respeito exclusivamente ao mês de março de 2009, cuja carga tributária era de 12%, cabe a complementação de 5%, a título de diferença de alíquotas.

Assim sendo, cabível a exigência do ICMS no valor de R\$1.135,50.

Verifico que a autuante não exigeu o imposto referente à diferença de alíquotas das Notas Fiscais nºs 42913, 42930, 42934, 42953, 42960, 42951, 42959, (fls. 298 a 305), por ter considerado se tratar de mercadorias adquiridas no próprio Estado, portanto, operações internas, descabendo assim a alegação defensiva.

Quanto à argumentação defensiva de que teria o direito ao crédito sobre as compras para o ativo, de forma "parcelada", o que aponta para a inexistência de prejuízo ao Erário, em decorrência do lapso de tempo já decorrido das operações internas, não coaduno com tal entendimento, pois, certamente, o recolhimento intempestivo do imposto devido, resulta sim em prejuízo ao Erário, inclusive em face da incidência de acréscimos moratórios pelo recolhimento fora do prazo.

Dante disso, esta infração é parcialmente subsistente.

Com relação à infração 04, observo que o impugnante alega irregularidade processual e cerceamento do direito de defesa, por não ter sido atendida a determinação do art. 708-B, do RICMS, indicado como enquadramento legal pela autuante, tendo em vista que não recebeu a intimação sendo tolhido do prazo de 5 dias úteis, os quais, a teor do § 5º, do mesmo art. 708-B, do RICMS, cumulam com os 30 dias para as retificações das inconsistências.

Alega que o Auto de Infração foi lavrado antes do término do total do prazo legal que deveria ser concedido, isto é, 5 dias úteis para entrega dos arquivos e depois 30 dias para correção das inconsistências. Afirma que, como o prazo de 5 dias úteis sequer foi concedido, a situação é ainda mais greve, estando totalmente ilegal a condução da ação fiscal.

Argumenta que, além disso, a multa apontada no Auto de Infração, baseada no art.42, XIII-A, "j", da Lei 7.014/96, não encontra amparo na situação fática descrita na autuação, haja vista que o § 6º, do art. 708-B, do RICMS, prevê 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" do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014, de 04/12/96.

Sustenta que se a autuante não concedeu o prazo inicial de 5 dias, não poderia enquadrar os fatos na alínea "j", do art.42, XIII-A, da Lei 7.014/96, que por sua vez exige, para que seja aplicada a multa percentual de 1%, a existência das duas intimações.

Aduz que em conformidade com a norma, não poderia a autuante lhe intimar diretamente com a concessão de 30 dias, que é a intimação subsequente prevista no RICMS para a correção das inconsistências, sendo o mesmo a conceder-lhe, primeiro, o prazo de 5 dias úteis e, depois de vencido, o interstício de 30 dias.

Menciona que decisões recentes do CONSEF confirmam o enquadramento da situação em exame na hipótese de ilegalidade flagrante, reproduzindo como exemplo a ementa do Acórdão JJF Nº. 0111-05/12.

Assevera que sendo inteiramente ilegal o enquadramento da situação fática em exame da alínea "j", do art. 42, XIII-A, da Lei 7.014/96, o Auto de Infração não pode prosperar, podendo no máximo ser aplicada a multa fixa de R\$ 1.380,00, pelo não atendimento à primeira intimação, se não se alcançar, pelos motivos acima, a nulidade da ação fiscal.

De início, cabe-me consignar que não acolho a arguição de nulidade do lançamento deste item da autuação, haja vista que não vislumbro no caso em exame a existência da irregularidade processual e cerceamento de defesa aduzida pelo impugnante.

Em verdade, as razões apresentadas pelo ilustre patrono do autuado – inclusive o Acórdão mencionado – esbarram na decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão CJF Nº 0113-11/11, cujo voto do ilustre Conselheiro/Relator Fábio de Andrade Moura, traduz, a meu ver, a melhor interpretação sobre a matéria em apreço, razão pela qual reproduzo abaixo trechos do referido voto.

#### “VOTO

Consoante relatado, as infrações 01, 04 e 05, da presente autuação, tratam da imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória, decorrente da falta de entrega de arquivos magnéticos relativos aos exercícios de 2006, 2007 e 2008, exigidos mediante intimação, com informação das operações ou prestações realizadas, penalidade esta que encontra previsão no art. 42, XIII-A, "j", da Lei nº 7.014/96, a seguir reproduzido:

(...)

É importante ressaltar, inicialmente, que a entrega dos arquivos com inconsistências equivale, para fins de imposição de tal penalidade, à falta de entrega, como prevê expressamente o §6º, do art. 708-B, do RICMS, *in verbis*:

(...)

No caso concreto, consoante se observa dos documentos que instruem o presente PAF, especialmente das intimações de fls. 16/18, o sujeito passivo foi acusado pelas autuantes de ter deixado de fornecer os arquivos magnéticos relativos ao mês de junho de 2008 e o Registro 74 - inventário final de 2007, inventário inicial e final de 2008 -, bem como de ter apresentado arquivos magnéticos do restante do período com as seguintes inconsistências: a) diferenças apuradas em notas fiscais (Registro 50 X Registro 54); b) notas fiscais duplicadas no Registro 53; c) notas fiscais sem itens no Registro 54; d) notas fiscais de saídas ausentes no Registro 50; e e) divergências entre os arquivos magnéticos e as DMA's.

Portanto, a irregularidade apontada pelas autuantes diz respeito à existência de inconsistências nos arquivos magnéticos apresentados pelo sujeito passivo, e o conceito de inconsistência, no meu entendimento, está no § 6º, do art. 708-B, do RICMS, qual seja: falta de atendimento às especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, que trata da emissão de documentos fiscais e da escrituração de livros fiscais por contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados.

Logo, os arquivos magnéticos são considerados consistentes não apenas quando são elaborados no formato previsto na legislação tributária, mas, também, quando seus dados não apresentam divergências, discrepâncias, pois o Convênio ICMS 57/95 trata de arquivos que devem espelhar a escrituração fiscal do sujeito passivo e não é aceitável que esses registros sejam alimentados de modo defeituoso.

Essa identidade entre os arquivos e os documentos fiscais do contribuinte fica, aliás, bastante evidente na Cláusula Quinta do referido Convênio, que estabelece a obrigatoriedade quanto ao envio dos arquivos magnéticos contendo todas as operações e prestações realizadas pelo contribuinte do ICMS:

(...)

A redação dos §§3º, 4º e 5º, do art. 708-B, do RICMS, no mesmo sentido, reforça a conclusão de que a inconsistência de que trata a legislação tributária deve ser compreendida em sentido amplo, como irregularidade, incorreção, que, inclusive, é mais relevante quando localizada no conteúdo do que simplesmente na forma, tanto que se exige *"todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte"*:

(...)

Nas circunstâncias, o ilícito tributário atribuído ao sujeito passivo (falta de entrega de arquivos magnéticos, partindo da premissa normativa de que a entrega com inconsistência equivale à falta de entrega) amolda-se, pelo menos em tese, à figura jurídica prevista na alínea "j", do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, anteriormente reproduzido, e não à alínea "i", dos mesmo inciso e artigo, que trata, na verdade, da omissão de operações ou divergências dos dados informados nos arquivos magnéticos com relação aqueles consignados nos documentos fiscais correspondentes, situação que não se verifica, de modo exclusivo, na hipótese vertente.

(...)

Pelo que consta da acusação fiscal, no presente caso, a omissão de operações punível pela alínea "i" convive com as demais inconsistências puníveis pela alínea "j", tendo as autuantes optado pela aplicação da multa prevista neste último dispositivo, sem que se possa vislumbrar qualquer prejuízo ou nulidade decorrente deste procedimento.

Passando à análise específica dos atos praticados pela fiscalização anteriormente à lavratura do presente auto, verifica-se que, em 22/10/2009, o sujeito passivo recebeu duas intimações relativas a arquivos magnéticos.

A primeira (fl. 16), acusando a falta de envio dos arquivos magnéticos relativos ao mês de junho de 2008 e do Registro 74 - inventário final de 2007, inventário inicial e final de 2008 e concedendo um prazo de 05 (cinco) dias para que tais arquivos fossem apresentados, consoante estabelece o *caput* do art. 708-B, do RICMS, já transcrita neste voto.

Na segunda intimação (fls. 17/18), as autuantes apontam diversas inconsistências nos arquivos magnéticos relativos aos exercícios de 2006, 2007 e 2008 (diferenças apuradas em notas fiscais (Registro 50 X Registro 54); notas fiscais duplicadas no Registro 53; notas fiscais sem itens no Registro 54; notas fiscais de saídas ausentes no Registro 50; e divergências entre os arquivos magnéticos e as DMA's) e concedem um prazo de 30 (trinta) dias para correção das irregularidades listadas, *ex vi* do §5º, do art. 708-B, do RICMS, também já reproduzido linhas atrás.

Na mesma data das intimações (22/10/2009), o sujeito passivo recebeu os arquivos eletrônicos contendo a listagem de inconsistências apuradas pelas autuantes (fl. 19).

A partir daí, sucedem-se mensagens eletrônicas enviadas pelo autuado e pelas autuantes, aquele informando a transmissão dos arquivos a salvo de inconsistências e estas atestando que as incorreções não foram sanadas, até que, em 31/03/2010, mais de cinco meses após a intimação, sobrevém a lavratura deste auto e, em 07/04/2010, o contribuinte dele é intimado.

No particular, é importante que se diga que os "*e-mail's*" trocados entre as autuantes e o autuado não se prestam à caracterização do ilícito tributário, pois a legislação vigente não oficializou tal forma de comunicação. Assim, o que vale para esta autuação, sobretudo nesta seara em que estamos a verificar a legalidade do procedimento adotado pela fiscalização, são as intimações de fls. 16/18, que foram feitas pessoalmente ao autuado, uma das formas previstas nos incisos do art. 108, do RPAF.

E tais intimações, com a devida vénia do entendimento firmado pela primeira instância, são, à luz da legislação, suficientes para a caracterização do ilícito administrativo e imposição da penalidade prevista no art. 42, XIII-A, "j", da Lei nº 7.014/96. A interpretação dada pela Decisão submetida à revisão desta Câmara, no sentido de que a locução "intimação subsequente" constante do dispositivo legal implica em tornar necessárias duas intimações para aplicação da multa de 1% sobre o valor das saídas ou das entradas de mercadorias e prestações realizadas em cada período, é inédita para este Relator e não reflete a melhor interpretação da norma.

Na verdade, a alínea "j" diz que, pela falta de entrega, cabe a aplicação de uma multa de R\$1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais), independentemente de qualquer intimação, até porque se trata de obrigação acessória do contribuinte expressamente consignada no art. 708-A, do RICMS, não carecendo, portanto, de qualquer ato posterior para que se lhe reconheça efeitos concretos. Se houver intimação para apresentação dos arquivos ou para correção das inconsistências, a multa a ser aplicada será de 1% sobre o valor das saídas ou das entradas de mercadorias e prestações realizadas em cada período.

Pergunta-se: a que, então, tal intimação é subsequente? A resposta é simples: à constatação da falta de entrega dos arquivos magnéticos.

Se essa multa percentual pode ser aplicada juntamente com a multa fixa de R\$1.380,00, se essa aplicação deve se dar numa mesma infração ou em infrações distintas; se as datas de ocorrências são coincidentes ou diversas etc.; todas essas questões tocam ao mérito da própria lide administrativa e, se for o caso, podem ser corrigidas por este Conselho, não representando, nem de longe, vícios que possam inquinar de nulidade o presente Auto de Infração.

Também divirjo do entendimento firmado pela Junta de Julgamento Fiscal quando asseverou que o suposto equívoco da fiscalização quanto à não realização da "intimação subsequente" "implicou grave prejuízo jurídico para o contribuinte, pois, se tivesse sido aplicada a multa de R\$ 1.380,00, como expressamente prevê a lei, intimando-se subsequentemente o contribuinte para cumprir a obrigação sob pena de aplicação, cumulativamente, da multa de 1%, é possível que o contribuinte, para evitar a segunda multa, que é mais grave, se decidisse a cumprir a obrigação, para não sofrer a segunda multa. No entanto, como a fiscalização aplicou de plano a segunda multa, muitíssimo mais gravosa, somada à primeira, tendo ambas a mesma "data de ocorrência", houve um prejuízo jurídico inegável, para o autuado".

Ora, conforme consignado no presente voto, entre a intimação para a correção das inconsistências e a lavratura do Auto de Infração transcorreram mais de 5 (cinco) meses, tempo mais do que suficiente para o contribuinte "decidir" cumprir a obrigação acessória que, frise-se, contraí-se estabelecida no art. 708-A, do RICMS, com todos os elementos necessários à sua aplicação concreta, ou seja, sem depender de qualquer intimação posterior para que surja a exigência. A par disso, a intimação de fls. 17/18 já trazia, expressamente, o prazo de 30 (trinta) dias para correção das inconsistências encontradas nos arquivos magnéticos enviados pelo sujeito passivo, levando à conclusão direta de que o seu não atendimento geraria a imposição da gravosa penalidade.

(...)

Com essas considerações, entendo inexistentes os vícios apontados pela Junta de Julgamento Fiscal, daí porque voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para anular a Decisão de recorrida, com o retorno dos autos à primeira instância, para nova Decisão."

Devo registrar que coaduno plenamente com o entendimento manifestado no voto acima transcrito, no sentido de que a alínea "j" estabelece que, pela falta de entrega de arquivos magnéticos cabe aplicação de uma multa de R\$1.380,00, independentemente de qualquer intimação.

Isso porque, efetivamente, tem o contribuinte obrigação de entregar mensalmente os arquivos magnéticos, consoante determina o art. 708-A, do RICMS, inexistindo necessidade de qualquer intimação nesse sentido.

Na realidade, caso exista intimação para apresentação dos arquivos magnéticos ou para correção das inconsistências, deverá ser imposta a multa 1% sobre o valor das saídas ou das entradas de mercadorias e prestações realizadas em cada período.

Ademais, independentemente do que foi dito acima, verifico que a Fiscalização intimou o autuado para regularizar as inconsistências do arquivo magnético no dia 11/07/2012 (fls. 11 e 12) após a constatação das inconsistências para que fossem providenciadas a sua regularização, sendo o Auto de Infração lavrado em 18/09/2012, sendo que – conforme registrado pela autuante – até a data da lavratura o contribuinte não corrigiu as inconsistências, conforme relatórios do Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos emitido pela Sistema GEAFI – SINTEGRA, da SEFAZ, em 13/09/2012 (fl. 323) o que implicou na imposição da multa de 1%, correspondente a falta de apresentação, portanto, sendo correto o enquadramento.

Diante disso, restando comprovada a ilicitude imputada ao autuado, esta infração é subsistente.

Dessa forma, esta infração é subsistente.

Quanto ao pedido de redução da multa em 90%, com base no art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, sob o argumento de que inexiste no processo qualquer indício de prova de que tenha agido com dolo, fraude ou simulação, bem como levando em consideração que, mesmo depois do prazo concedido, regularizou seus arquivos magnéticos e os transmitiu ao Fisco, conforme comprovantes anexados, podendo ainda ser feita a fiscalização dos fatos e registros pertinentes a 2009, que somente serão atingidos pela decadência em 31/12/2014, não acolho a pretensão defensiva, haja vista que, no presente caso, restou comprovado que houve falta de pagamento do imposto – conforme se verifica nas demais infrações - fato que afasta a possibilidade de atendimento do pleito. Infração subsistente.

Observo que dentre os Acórdãos aduzidos pelo impugnante, para embasar o seu pedido de redução da multa, encontra-se o Acórdão JJF Nº 0213-01/09, cujo voto foi proferido por mim. Ocorre que naquela situação fática restou demonstrado que a ilicitude imputada ao autuado não implicara em falta de pagamento do imposto, razão pela qual, os Julgadores decidiram pela aplicação da multa no percentual de 10%.

Quanto à infração 08, constato que não há como prosperar o lançamento, em face de ter sido realizado de modo equivocado.

Isso porque, a descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável, haja vista que a imputação diz respeito a não exibição, à Fiscalização, dos documentos fiscais correspondentes, enquanto a matéria fática é se tem direito o contribuinte ao creditamento do imposto referente a bens adquiridos no exercício de 2003, cujo lançamento ocorreu no exercício de 2009.

Certamente, por implicar mudança do fulcro da imputação, não há como dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, sendo, portanto, nula esta infração. Recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Por derradeiro, no que concerne a solicitação do impugnante para que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos advogados do autuado, nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232889.0012/12-1, lavrado contra **LEBRE TECNOLOGIA E INFORMÁTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.870,45**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, alíneas “a”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, com os devidos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação tributária acessória, no montante de **R\$80.196,24**, previstas nos incisos II, “d” c o § 1º, IX e XIII-A, alínea “j” e XX, do mesmo dispositivo legal, com os acréscimos moratórios, conforme previsto na Lei nº 9.837/05, cabendo homologação do pagamento atinente ao valor do débito reconhecido.

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

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR