

A. I. Nº - 110391.0018/13-4
AUTUADO - ENGARRAFAMENTO COROA LTDA.
AUTUANTE - HÉLIO RAMOS MOREIRA
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 03. 07 .2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0122-01/14

EMENTA: ICMS. 1. 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% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. O autuado simplesmente alega que as notas fiscais indicadas como não registradas foram obtidas junto a terceiro e não foram acostadas aos autos. Incabível tal alegação, haja vista que não se trata de notas fiscais obtidas junto a terceiro, mas sim de notas fiscais eletrônicas – NF-e – emitidas pela matriz destinadas ao estabelecimento filial autuado. Caberia ao autuado comprovar a escrituração das referidas notas fiscais o que, de fato, não fez. Infração subsistente. 2. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O autuado utilizou indevidamente a redução da base de cálculo prevista no art. 87, inciso XXVI, do RICMS/BA/97 quando já se encontrava revogada pelo Decreto nº 11.462, de 10/03/2009, efeitos a partir 01/04/2009. Ou seja, no período objeto da autuação, 01/04/2009 a 30/06/2009, continuou utilizando a redução da base de cálculo já revogada. Infração subsistente. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) ESCRITURADO NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS VALOR SUPERIOR AO EFETIVAMENTE RECOHIDO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL. O autuado recolheu o ICMS antecipação parcial - cuja admissibilidade do crédito fiscal é pacífica quando se tratar de mercadorias cujas operações de saídas sejam tributadas normalmente – contudo, lançou a título de “Outros Créditos” no seu livro Registro de Apuração do ICMS um valor superior ao efetivamente recolhido. Infração subsistente. b) IMPOSTO DESTACADO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE. Autuado simplesmente alega que o autuante não acostou aos autos cópias dos documentos fiscais obtidos junto a terceiro indicados como lançados no livro Registro de Entradas com créditos registrados a mais. Descabe tal alegação. Não se trata de provas obtidas junto a terceiro, haja vista que o trabalho fiscal foi realizado com base nos livros fiscais do próprio autuado, cujos lançamentos foram efetivados com fundamento nas notas fiscais entregues a Fiscalização pelo próprio contribuinte. Infração subsistente. c) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO REGIME DE

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O autuado na condição de filial atacadista recebeu as mercadorias vodka e conhaque em transferência do seu estabelecimento matriz industrial localizado no Estado da Paraíba, situação na qual descabe o recolhimento do ICMS por antecipação em face do que estabelece o art. 355, I, do RICMS/BA/97. Portanto, faz jus ao crédito fiscal destacado nas notas fiscais de transferências quando da apuração do imposto devido pelas operações de saídas próprias, em observância a não-cumulatividade do ICMS, além de ficar responsável pela retenção do ICMS referente às operações internas subsequentes, com aplicação da MVA prevista para a retenção pelo estabelecimento matriz industrial. Infração insubsistente.

4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Apesar de na peça defensiva o autuado haver discorrido sobre a incidência do IPI e a sua inclusão na base de cálculo do ICMS, inclusive invocando a Constituição Federal e a Lei Complementar nº 87/96, no caso desta infração a exigência fiscal diz respeito às mercadorias vinho e coquetel, que no período objeto da autuação se encontravam sujeitas à antecipação parcial do ICMS, tendo o autuado recolhido a menos o imposto, em face de utilização de redução da base de cálculo. Infração subsistente. **b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. b.1) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. b.2.) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO.** Trata-se de transferências de mercadorias do estabelecimento industrial localizado no Estado da Paraíba para sua filial atacadista localizada no Estado da Bahia. Nesses casos descabe o recolhimento do ICMS por antecipação tributária, conforme estabelece o art. 355, I, do RICMS/BA/97. O autuado como destinatário das mercadorias é responsável pela retenção e recolhimento do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção pelo estabelecimento industrial, mas não responsável pelo recolhimento do ICMS por antecipação tributária. Desse modo, considerando que descabe a exigência de recolhimento por antecipação tributária do ICMS, por se tratar de transferência, na forma prevista no art. 355, I, do RICMS/BA/97, as infrações 06 e 07 são insubsistentes.

5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. a) OMISSÕES DE OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES. A alínea “f” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 prevê multa de 5% 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, sendo que, em

qualquer caso, a multa não pode ser superior a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços, quando for o caso. Os cálculos nesse sentido não foram impugnados pelo sujeito passivo. Mantida a multa.

b) FALTA DE ENTREGA NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. Na própria informação fiscal o autuante consignou que a infração decorre de fornecimento de informações de arquivos magnéticos exigidos pela legislação tributária, com ausência do registro 74, porém, mesmo intimado para enviar o registro o autuado não apresentou, o que motivou aplicação da penalidade. Ora, se a própria Fiscalização diz que o contribuinte forneceu os arquivos magnéticos exigidos pela legislação tributária, certamente que este enviou via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED) não procedendo a acusação fiscal de *Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED)*. Desse modo, este item da autuação é insubsistente.

6. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DADOS INCORRETOS. MULTA. Restou comprovado que o autuado, efetivamente, informou incorretamente as informações prestadas na Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA), conforme documentos acostados aos autos às fls. 533 a 540. Infração subsistente. Não acolhida a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 06/09/2013, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$415.269,18, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2008, janeiro a maio e dezembro de 2009, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$46.520,18, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias;
2. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na apuração da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de abril a junho de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$100.212,86, acrescido da multa de 60%;
3. Utilizou a mais crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação ou do exterior, nos meses de janeiro, março, abril e setembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$7.777,92, acrescido da multa de 60%;
4. Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas a comercialização, nos meses de abril a agosto de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$121.140,02, acrescido da multa de 60%;

5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses de janeiro a dezembro de 2008, janeiro a março de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$10.908,03, acrescido da multa de 60%;
6. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89 [art.353,II, do RICMS/BA/97], no mês de abril de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$13.659,53, acrescido da multa de 60%;
7. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89 [art.353,II, do RICMS/BA/97], nos meses de maio e julho de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$3.334,35, acrescido da multa de 60%;
8. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de abril e maio de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$6.523,96, acrescido da multa de 60%.
9. Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% 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 janeiro a dezembro de 2008, março a dezembro de 2009, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$99.532,33;
10. Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), nos meses de janeiro e dezembro de 2008, janeiro e dezembro de 2009, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$5.520,00;
11. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) referente ao mês de dezembro de 2009, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$140,00.

O autuado apresentou defesa (fls. 543 a 566) afirmando que as notas fiscais indicadas como não registradas (infração 01) não foram acostadas aos autos, sendo estes os principais elementos que poderiam provar a suposta infração que lhe é imputada. Diz que o autuante foi de encontro ao princípio da verdade material, razão pela qual, sugere a nulidade ou a improcedência da autuação.

Salienta que existem diversas decisões proferidas sobre o tema. Cita o Acórdão CJF Nº 289/2013, referente decisão proferida pelo Conselho de Recursos Fiscais, reproduzindo a sua ementa.

Diz que o art. 46 do RICMS/BA [RPAF/99], cujo texto transcreve, reforça a sua argumentação, pois o autuante acostou aos autos apenas a “RELAÇÃO DE DOCUMENTOS DE ENTRADAS NÃO LANÇADAS,” sendo forçoso convir pela improcedência deste item da autuação.

No que concerne à infração 02, alega que a sua descrição suscita dúvidas sobre qual base de cálculo se refere, tendo em vista que comercializa mercadorias tributadas normalmente, assim como sujeitas ao regime de substituição tributária, ficando impossibilitado de apresentar as provas que possam elidir a autuação, o que configura cerceamento do direito de ampla defesa.

Quanto à infração 03, observa que o recolhimento do imposto por antecipação parcial, indica o pagamento da complementação da carga tributária, que corresponde a diferença entre a alíquota interna de 17% e as alíquotas interestaduais, no caso do Nordeste 12%, quando das aquisições noutros Estados de mercadorias tributadas normalmente.

Sustenta que efetuou corretamente o creditamento utilizando-se da alíquota de 17%, havendo equívoco por parte do autuante.

Relativamente à infração 04, afirma que também neste item da autuação o autuante incorreu em outro equívoco, haja vista que o IPI não vem destacado no documento fiscal por não haver previsão legal para a sua incidência na espécie, portanto, não podendo ser incluído na base de cálculo para determinação do ICMS substituição tributária.

Assevera que o próprio artigo 61, I, II, do RICMS/BA, citado no Auto de Infração, pretensamente suporte para a autuação não carece de esclarecimentos, pois “translúcido”. Reproduz o referido dispositivo regulamentar.

Diz que primeiramente deve ser perquirido se há incidência do IPI sobre a operação em questão e que tal fato não pode ser levado a cabo arbitrariamente pelo Estado da Bahia, pois não possui competência tributária relativamente ao IPI, já que esta é da União Federal. Sustenta que nesse diapasão é improcedente a autuação, haja vista que não poderia o Fisco baiano declarar a incidência ou não do IPI sobre determinada operação.

Salienta que se o IPI não vem destacado é porque não houve o fato gerador da obrigação tributária ou se houve a operação está amparada pela suspensão, descabendo a SEFAZ/BA adentrar na área de competência da Secretaria da Receita Federal.

Tece amplo comentário sobre a incidência do IPI, citando o art. 153, IV, da Constituição Federal, bem como o §3º, III, da mesma Carta Magna, cujo teor reproduz. Invoca lições de Geraldo Ataliba e José Souto Maior Borges sobre o vocábulo “operação”, transcrevendo-as. Também reproduz lição de Júlio M. de Oliveira sobre a questão de transferências de mercadorias sem mudança de titularidade e a não incidência do IPI.

Alega que como houve apenas mera transferência de mercadorias para estabelecimento da mesma empresa, sem haver negócio jurídico, ou seja, operação, não incide o IPI, razão pela qual não há destaque e não pode ser incluído na base de cálculo do ICMS, pois somente poderia se incidente.

Aduz que ainda existe outro ponto que ceifa de forma definitiva a pretensão fiscal, que é a inclusão de outro imposto na base de cálculo do ICMS, haja vista que a Lei Complementar 87/96 determina que o IPI não pode constar na base de cálculo do ICMS, no caso em discussão.

Assinala que a Lei Complementar somente autoriza a inclusão do IPI em duas hipóteses, ou seja, na hipótese prevista no art. 12, V, que versa sobre a importação e o desembaraço aduaneiro, e na hipótese do art. 12, VII, que corresponde às aquisições em licitação. Reproduz o art. 13 da referida Lei Complementar 87/96. Afirma que fora dos casos autorizados pela LC 87/96, ilegal é a inclusão na base de cálculo do ICMS do IPI, razão pela qual é improcedente a autuação.

Alega que, além disso, a matéria está “sub judice”, pois pendente de julgamento pela autoridade judiciária.

Registra que recentemente foi concedida pelo Exmº Desembargador José Mário Dos Martins Coelho da comarca de Fortaleza a decisão liminar do Mandado de Segurança nº 2008.0038.9583-8 dando provimento ao pedido e determinando que a autoridade coatora abstenha-se de incluir o valor do IPI na base de cálculo do ICMS, quando das operações interestaduais de mercadorias da fábrica situada no município de Patos/PB para a sua filial no Estado do Ceará.

No respeitante à infração 05, alega que de maneira idêntica a ocorrida na infração 01 cópias dos documentos fiscais indicados como lançadas no livro Registro de Entradas, com créditos registrados a mais, não foram juntadas aos autos.

Diz que o autuante ofendeu ao princípio da verdade material, razão pela qual, sugere a nulidade ou improcedência desta infração.

Assinala que são diversas as decisões proferidas a respeito da matéria, mencionando a proferida pelo Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba no Acórdão nº.289/2013, cujo texto transcreve. Invoca

e reproduz o art. 46 do RICMS/BA [RPAF/99], afirmando que este dispositivo regulamentar reforça a sua argumentação.

Alega que o autuante acostou aos autos apenas demonstrativos das notas fiscais ditas como não pago o ICMS-ST, sendo, portanto, forçoso convir a improcedência desta infração.

No tocante à infração 06, diz que as operações com bebidas quentes foram submetidas ao regime de substituição tributária através do Protocolo ICMS 14/05, cuja adesão do Estado da Bahia ocorreu através do Protocolo ICMS 134/08.

Afirma que, no presente caso, a mercadoria constante do documento fiscal indicado não está inserida ou faz parte das exceções, nas classificadas na posição 2205 da Nomenclatura Comum do Mercusul – NCM, bem como bebidas quentes classificadas na posição 2208. Diz que neste contexto este item da autuação não merece acolhimento.

Frisa que no intuito de melhor entendimento e clareza transcreve trechos do Protocolo ICMS 14/06, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com bebidas quentes.

Observa que a Bahia aceitou todos os termos das cláusulas constantes no referido protocolo, transferindo para a indústria o papel de agente arrecadador do ICMS, sobre os produtos por ele comercializados, inclusive concordando com as “TVAs” com a média de lucro do segmento, com a instituição dos percentuais que devem ser agregados ao preço de venda pelo contribuinte substituto, não sendo recomendado que exija o imposto por outro sistema de tributação.

Consigna que o cerne da questão se concentra na omissão, na obscuridade, no erro de aplicação da legislação pertinente e na falta de observância das normas legais que regulam as operações com produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, no caso, bebidas quentes.

Afirma que, neste contexto, a infração é insubsistente.

No que diz respeito à infração 07, afirma que o autuante incorreu no mesmo equívoco da infração 04. Diz que em relação à suposta divergência no valor do ICMS, o IPI não vem destacado no documento fiscal por não haver previsão legal para a incidência à espécie, não podendo ser incluído na base de cálculo para determinação do ICMS-ST. Acrescenta que é obrigado a repetir o que dissera na infração 04, conforme faz.

Sustenta que este item da autuação é insubsistente.

Quanto à infração 08, alega que as cópias das notas fiscais arroladas neste item da autuação não foram acostadas aos autos. Diz que sendo estes os principais elementos que poderiam provar a suposta infração, o autuado foi de encontro mais uma vez ao princípio da verdade material, razão pela qual, sugere a nulidade ou improcedência da acusação fiscal.

Assinala que são diversas as decisões proferidas a respeito da matéria, mencionando a proferida pelo Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba no Acórdão nº 289/2013, cujo texto transcreve. Invoca e reproduz o art. 46 do RICMS/BA [RPAF/99], afirmando que este dispositivo regulamentar reforça a sua argumentação.

Alega que o autuante acostou aos autos apenas demonstrativos das notas fiscais ditas como adquiridas e utilizado o crédito indevido, sendo, portanto, forçoso convir a improcedência desta infração.

No que concerne à infração 09, consigna que houve um flagrante engano, haja vista que no demonstrativo acostados aos autos, a multa aplicada foi de 5%.

Relativamente à infração 10, alega que a infração cometida está em desacordo com o seu enquadramento, impossibilitando-lhe de apresentar a prova da sua inocência, consoante estabelece o art. 46 do RICMS/BA [RPAF/99].

No que concerne à infração 11, afirma que a tipificação da infração cometida está em desacordo como o seu enquadramento, impossibilitando-lhe de apresentar a prova da sua inocência.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 590 a 595) contestando a argumentação defensiva atinente à validade do lançamento de ofício, invocando o art. 142 do Código Tributário Nacional, para afirmar que adotou o procedimento para garantir os interesses recíprocos do Estado e do sujeito passivo da obrigação. Sustenta que o Auto de Infração foi lavrado através do sistema oficial de processamento eletrônico de dados da SEFAZ/BA e que contém todos os requisitos previstos no art. 39 do RPAF/BA, assim como está acompanhado das provas exigidas no art. 41 do mesmo RPAF/99, no caso, Relatório para efeito de conferência e manifestação do resultado preliminar da Auditoria realizada, docs.fl. 13 a 21; Relatórios dos Demonstrativos e dos Levantamentos elaborados pelo fiscal autuante demonstrando de forma cristalina a metodologia e o critério adotado para determinação do fato gerador de todas as infrações.

Assevera que cumpriu literalmente a determinação do art. 142 do Código Tributário Nacional, haja vista que o lançamento requer prova segura da ocorrência do fato gerador do tributo, cabendo à fiscalização realizar as inspeções necessárias para obtenção dos elementos de convicção e certeza indispensáveis à constituição do crédito tributário, sendo que, no presente caso, restou comprovada a metodologia e o critério de apuração de forma segura da ocorrência do fato gerador do ICMS exigido.

Diz ainda que cumpriu rigorosamente as disposições dos arts. 18, 28, 39 e 46 do RPAF/BA, razão pela qual não há que se falar que o lançamento não contém elementos suficientes para determinar com segurança e clareza, o fato gerador, pois inexitem sequer eventuais incorreções ou omissões.

Assegura que o Auto de Infração contém elementos suficientes para se determinar com segurança, a infração e o infrator; contém a descrição dos fatos de forma clara, precisa e sucinta; contém todos os relatórios dos levantamentos elaborados pelo autuante e todas as provas necessárias à demonstração do fato arguido, bastando um simples cotejo do processo para provar o que aqui está dito.

Registra que na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração foram entregues todas as cópias de todos os demonstrativos e levantamentos que elaborou indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto.

Observa que o autuado se trata de filial de fábrica que vende exclusivamente produtos recebidos por transferência de sua matriz localizada na Paraíba.

Esclarece que as notas fiscais não registradas foram todas emitidas pela empresa Engarrafamento Coroa Ltda., inscrita no CAD/ICMS sob nº.160872944 e no CNPJ/MF sob nº.35.504.133/0001-80, estabelecida na Rua Raniery Mazile, S/N – Q.22, Liberdade, Patos/PB, e, informada pela própria empresa no sistema NFe, portanto, não sendo o caso de provas obtidas pelo Fisco junto a terceiros, mas sim de provas em poder do estabelecimento matriz.

Ressalta que uma coisa é discorrer sobre legislação estadual, outra é associar a legislação aplicável ao caso em questão, demonstrando a metodologia e o critério adotado pelo contribuinte, ou seja, provando que o procedimento adotado está em consonância com a legislação estadual aplicável ao caso, até porque, em Direito não se alega prova.

Frisa que demonstrou a metodologia e o critério para determinar a base de cálculo e o ICMS lançado.

Destaca que o lançamento foi precedido de encaminhamento ao autuado dos Relatórios para efeito de conferência e pronunciamento, consoante documento acostado ao PAF às fls. 13 a 18.

Conclui que o impugnante procurou resistir, mediante retórica, a fatos por demais notórios e fartamente documentados nos autos, alegando, contrário senso, cerceamento do direito de defesa.

Quanto às razões de mérito aduzidas pelo impugnante, afirma que estas não têm consistência legal, conforme passa a demonstrar.

No que tange à infração 01, diz que foi originada da falta de registros das Notas Fiscais de transferências realizadas da Matriz para Filial de Feira de Santana, não tendo as razões defensivas consistência legal. Diz que durante ação fiscal foi solicitado esclarecimento a matriz considerando que todo atendimento foi feito pela matriz até porque a filial de Feira é mais um ponto de apoio que uma empresa propriamente dita. Salienta que não se trata de provas obtidas junto a terceiro, mas sim de NFe emitidas pela matriz tendo como destinatária a filial de Feira de Santana. Ressalta que o mais importante é que muito embora as NFe sejam todas emitidas pela matriz ainda assim não apresentou provas da improcedência.

Afirma que restou comprovado o lançamento, conforme docs. de fls. 19 a 155 acostados aos autos.

Quanto à infração 02, observa que foi originada da ocorrência de erro na determinação da base de cálculo, em face da revogação do inciso XXVI do “caput” do art. 87 do RICMS/BA/97, pelo Decreto nº. 11462, de 10/03/2009, efeitos a partir 01/04/2009, porém, o autuado continuou reduzindo a base de cálculo no período 01/04/2009 a 30/06/2009.

Assevera que restou caracterizado o lançamento, consoante relatórios de fls. 156 a 328.

Relativamente à infração 03, observa que se trata de lançamento a maior a título de “Outros Créditos”, detectado após cotejo entre os valores recolhidos e os valores lançados nos livros fiscais, restando comprovado creditamento a mais.

Sustenta que restou caracterizado o lançamento, consoante relatório de fl. 330 e demais provas de fls. 331 a 385.

No respeitante à infração 04, observa que inexistente qualquer relação com IPI. Registra que no presente caso o autuado apurou e recolheu o ICMS – Antecipação Parcial com base de cálculo reduzida, no período 01/04/2009 a 22/08/2009.

Afirma que restou comprovado o lançamento, consoante relatórios de fls. 387 a 391 e demais provas de fl.392.

No que concerne à infração 05, diz que pela natureza da infração percebe-se que se trata de notas fiscais apresentadas ao fisco para realização dos trabalhos de auditoria e ao final restou comprovado utilização indevida de crédito fiscal em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais fornecidos para aferição da regularidade dos créditos utilizados. Ressalta que desse modo, não se trata de provas obtidas junto a terceiros.

Sustenta que restou caracterizado o lançamento, consoante relatórios fls. 394 a 411 e demais provas fls. 477 a 501.

No tocante à infração 06, consigna que se refere à falta de recolhimento do ICMS “Substituição Total”, produtos enquadrados no regime de substituição, Vodka e Conhaque, classificados na NCM 22086000 e 220889000, respectivamente.

Assevera que restou caracterizado o lançamento, consoante relatório fls. 503.

Quanto à infração 07, observa que inexistente qualquer relação com IPI. Registra que no presente caso o autuado apurou e recolheu a menos ICMS por antecipação de produtos enquadrados no regime de substituição total.

Afirma que restou comprovado o lançamento, consoante relatórios fls. 505, 506 e demais provas fls. 515 a 517.

No que se refere à infração 08, consigna que decorre da utilização de crédito referente à mercadoria enquadrada no regime de substituição total, Vodka e Conhaque, o qual foi objeto da infração 06, portanto, não se trata de provas obtidas junto a terceiros.

Diz que restou caracterizado o lançamento, consoante relatórios fls. 519/ 520.

No que diz respeito à infração 09, observa que decorre do fornecimento de informações de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributaria, com divergências, porém, mesmo intimado para corrigir as inconsistências, consoante “chek listen”, fls. 524 a 528, o autuado não corrigiu, portanto a multa prevista para esta infração é 5% sobre a divergência limitada a 1% dos valores das operações de saídas e da prestação de serviços realizados pelo contribuinte.

Afirma que restou caracterizado o lançamento, consoante relatórios fls. 522 e 528.

No que concerne à infração 10, observa que também decorre de fornecimento de informações de arquivos magnéticos exigidos pela legislação tributaria, com ausência do registro 74, porém, mesmo intimado para enviar o registro, doc. de fl. 530, o autuado não apresentou, o que motivou aplicação da penalidade.

Assevera que restou caracterizado o lançamento, consoante relatório fls. 531.

No respeitante à infração 11, consigna que diz respeito à declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais prestadas pelo autuado através da DMA(Declaração e Apuração Mensal do ICMS) consoante provas acostadas aos autos.

Diz que restou comprovada a infração, conforme documentos de fls. 533 a 540.

Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, cabe-me apreciar a arguição de nulidade por cerceamento do direito de defesa, em face da não juntada aos autos das cópias das notas fiscais arroladas na autuação.

Não vejo como prosperar a pretensão defensiva, haja vista que a Fiscalização observou as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, especialmente o seu art. 39, na lavratura do Auto de Infração.

Verifico que, além de atender a todos os requisitos exigidos no RPAF/BA, o Auto de Infração está acompanhado de todos os elementos necessários para o exercício pleno do direito de defesa e do contraditório pelo contribuinte, no caso, relatório para efeito de conferência e manifestação do resultado preliminar da Auditoria realizada, docs. fls. 13 a 21; relatórios dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo autuante, com demonstração da metodologia e o critério utilizados para determinação dos fatos que resultaram nas infrações imputadas na autuação.

Quanto à alegação do impugnante de não recebimento das notas fiscais arroladas na autuação o que implicaria em cerceamento do seu direito de defesa, constato que não procede.

Constato que o esclarecimento prestado pelo autuante na informação fiscal de que as notas fiscais não registradas foram todas emitidas pela empresa Engarrafamento Coroa Ltda., inscrita no CAD/ICMS sob nº 160872944 e no CNPJ/MF sob nº 35.504.133/0001-80, estabelecida na Rua Raniery Mazile, S/N – Q.22, Liberdade, Patos/PB, e, informada pela própria empresa no sistema NFe, portanto, não sendo o caso de provas obtidas pelo Fisco junto a terceiros, mas sim de provas em poder do estabelecimento matriz, de fato, se apresenta verdadeiro.No caso, não se trata de notas fiscais obtidas junto à terceiro, mas sim emitidas pela própria empresa, ou seja, pelo próprio estabelecimento matriz localizado no Estado da Paraíba com destino ao estabelecimento filial localizado no Estado da Bahia, no caso, o estabelecimento autuado.

Observe, ainda, que cópias dos demonstrativos e levantamentos levados a efeito pela Fiscalização foram entregues ao contribuinte, o que permitiu o seu conhecimento sobre as infrações que lhe foram imputadas e, por consequência, o exercício do direito de ampla defesa e do contraditório.

Noto também que antes da lavratura do Auto de Infração o autuante encaminhou ao contribuinte os relatórios para fins de conferência e pronunciamento, conforme acostados às fls. 13 a 18 dos autos.

Diante do exposto, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

Passo a análise de mérito da autuação.

No que concerne à infração 01, verifico que a alegação defensiva de que as notas fiscais indicadas como não registradas não foram acostadas aos autos, sendo estes os principais elementos que poderiam provar a suposta infração que lhe é imputada não se sustenta.

Isto porque, o autuante acostou aos autos e o autuado recebeu o demonstrativo “RELAÇÃO DE DOCUMENTOS DE ENTRADAS NÃO LANÇADAS”, no qual constam todas as notas fiscais arroladas na autuação referentes a transferências realizadas pelo estabelecimento matriz localizado na Paraíba para o estabelecimento autuado filial de Feira de Santana.

Em verdade, não se trata de notas fiscais obtidas junto à terceiro, mas sim de notas fiscais eletrônicas – NF-e – emitidas pela matriz destinadas ao estabelecimento autuado.

É certo que caberia ao autuado comprovar a escrituração das referidas notas fiscais o que, de fato, não fez.

Diante disso, este item da autuação é subsistente.

Quanto à infração 02, apesar de o autuado alegar que a descrição da infração suscita dúvidas sobre qual base de cálculo se refere, tendo em vista que comercializa mercadorias tributadas normalmente, assim como sujeitas ao regime de substituição tributária, verifica-se claramente no demonstrativo elaborado pelo autuante, que a acusação fiscal decorreu do fato de o autuado ter utilizado a redução da base de cálculo prevista no art. 87, inciso XXVI, do RICMS/BA/97 quando já se encontrava revogada pelo Decreto nº 11462, de 10/03/2009, efeitos a partir 01/04/2009. Ou seja, no período de 01/04/2009 a 30/06/2009 o autuado ainda continuou utilizando a redução da base de cálculo já revogada, conforme consta no demonstrativo de fls. 156 a 328..

Desse modo, esta infração é subsistente.

Relativamente à infração 03, observo que o autuado alega que o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, indica o pagamento da complementação da carga tributária, que corresponde a diferença entre a alíquota interna de 17% e as alíquotas interestaduais, no caso do Nordeste 12%, quando das aquisições noutros Estados de mercadorias tributadas normalmente. Diz que efetuou corretamente o creditamento utilizando-se da alíquota de 17%, havendo equívoco por parte do autuante.

Noto também que o autuante contesta a argumentação defensiva, afirmando que o lançamento diz respeito ao creditamento a mais a título de “Outros Créditos”, detectado após cotejo entre os valores recolhidos e os valores lançados nos livros fiscais. Sustenta que restou caracterizado o lançamento, consoante relatório de fl. 330 e demais provas de fls. 331 a 385

Em verdade, no caso deste item da autuação, o que se verifica é que o autuado recolheu o ICMS antecipação parcial - cuja admissibilidade do crédito fiscal é pacífica quando se tratar de mercadorias cujas operações de saídas sejam tributadas normalmente – contudo, lançou a título de “Outros Créditos” no seu livro Registro de Apuração do ICMS um valor a mais do que o efetivamente recolhido. Ou seja, a Fiscalização após efetuar o cotejo entre o ICMS antecipação parcial recolhido pelo autuado e o lançado a título de crédito fiscal no seu livro fiscal Registro de Apuração do ICMS - RAICMS, apurou o valor creditado a mais do que o recolhido, conforme se verifica no “DEMONSTRATIVO DO CREDITAMENTO A MAIOR A TÍTULO DE OUTROS CRÉDITOS - ICMS de fl. 330. Consta no referido demonstrativo o valor do ICMS lançado no livro Registro de Apuração do ICMS; o valor recolhido; e o valor lançado a mais; deduzido o saldo credor (crédito fiscal) existente, sendo exigido o saldo não comprovado no período objeto da autuação.

Dessa forma, esta infração é subsistente.

No respeitante à infração 04, verifico que o autuado alega que o autuante incorreu em equívoco, haja vista que o IPI não vem destacado no documento fiscal por não haver previsão legal para a sua incidência na espécie, portanto, não podendo ser incluído na base de cálculo para determinação do ICMS substituição tributária. Diz que o próprio artigo 61, I, II, do RICMS/BA, citado no Auto de Infração, pretensamente suporte para a autuação não carece de esclarecimentos, pois é claro.

Vejo também que o autuante rechaça a argumentação defensiva, afirmando que inexiste qualquer relação com IPI. Registra que no presente caso o autuado apurou e recolheu o ICMS – Antecipação Parcial com base de cálculo reduzida, no período 01/04/2009 a 22/08/2009. Afirma que restou comprovado o lançamento, consoante relatórios de fls. 387 a 391 e demais provas de fl. 392.

Efetivamente, apesar de na peça defensiva o autuado haver discorrido longamente sobre a incidência do IPI e a sua inclusão na base de cálculo do ICMS, inclusive invocando a Constituição Federal e a Lei Complementar nº 87/96, o que se verifica no caso deste item da autuação é que a exigência fiscal diz respeito às mercadorias vinho e coquetel, que no período objeto da autuação - 30/04/2009 a 31/08/2009 – se encontravam sujeitas à antecipação parcial do ICMS, tendo o autuado recolhido a menos o imposto, em face de utilização de redução da base de cálculo. Ou seja, não houve cômputo do IPI na base de cálculo do ICMS antecipação parcial, conforme aduzido pelo autuado.

Quanto à alegação defensiva de existência de concessão pelo Exmº Desembargador José Mário Dos Martins Coelho da comarca de Fortaleza de decisão liminar do Mandado de Segurança nº 2008.0038.9583-8 dando provimento ao pedido e determinando que a autoridade coatora abstenha-se de incluir o valor do IPI na base de cálculo do ICMS, quando das operações interestaduais de mercadorias da fábrica situada no município de Patos/PB para a sua filial no Estado do Ceará, por certo que tal decisão judicial não é aplicável ao caso em apreço justamente por não se tratar de discussão sobre a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS.

Diante disso, esta infração é procedente.

No respeitante à infração 05, observo que autuado alega que o autuante não acostou aos autos cópias dos documentos fiscais indicados como lançados no livro Registro de Entradas com créditos registrados a mais da mesma forma do que ocorreu na infração 01.

Vejo também que o autuante contesta a argumentação defensiva, dizendo que pela natureza da infração percebe-se que se trata de notas fiscais apresentadas ao Fisco para realização dos trabalhos de auditoria e ao final restou comprovado utilização indevida de crédito fiscal em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais fornecidos para aferição da regularidade dos créditos utilizados. Ressalta que desse modo, não se trata de provas obtidas junto à terceiro. Sustenta que restou caracterizado o lançamento, consoante relatórios fls.394 a 411 e demais provas fls. 477 a 501.

De fato, pelo enunciado da própria infração - *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais* – é possível inferir que não se trata de auditoria fiscal fundamentada em provas obtidas junto à terceiro, haja vista que realizada nos livros fiscais do próprio autuado, cujos lançamentos foram efetivados com fundamento nas notas fiscais entregues a Fiscalização.

Verifico que o autuante elaborou o “DEMONSTRATIVO DOS CRÉDITOS UTILIZADOS A MAIOR REFERENTES DEVOLUÇÃO DE VENDAS (VENDAS EFETUADAS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO E DEVOLVIDAS SEM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO) OCASIONANDO ICMS UTILIZADO A MAIOR”, acostado aos autos às fls. 399 a 411, que permite concluir pelo acerto da autuação.

Desse modo, não se sustenta a argumentação defensiva, sendo subsistente este item da autuação.

No tocante à infração 06, observo que o autuado alega que as operações com bebidas quentes foram submetidas ao regime de substituição tributária através do Protocolo ICMS 14/05, cuja adesão do Estado da Bahia ocorreu através do Protocolo ICMS 134/08.

Afirma que, no presente caso, a mercadoria constante do documento fiscal indicado não está inserida ou faz parte das exceções, nas classificadas na posição 2205 da Nomenclatura Comum do Mercusul – NCM, bem como bebidas quentes classificadas na posição 2208. Diz que neste contexto este item da autuação não merece acolhimento. Frisa que no intuito de melhor entendimento e clareza transcreve trechos do Protocolo ICMS 14/06, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com bebidas quentes.

Consigna que o cerne da questão se concentra na omissão, na obscuridade, no erro de aplicação da legislação pertinente e na falta de observância das normas legais que regulam as operações com produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, no caso, bebidas quentes.

Vejo que o autuante contesta a argumentação defensiva, afirmando que esta infração se refere à falta de recolhimento do ICMS “Substituição Total”, referente a mercadorias enquadradas no regime de substituição, no caso vodka e conhaque, classificadas na NCM 22086000 e 220889000, respectivamente.

Constato que este item da autuação é improcedente, haja vista que o próprio demonstrativo elaborado pelo autuante denominado “DEMONSTRATIVO DA FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TOTAL (PROD. ENQUADRADO NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TOTAL)”, fl. 503 dos autos, identifica as mercadorias vodka e conhaque com as respectivas notas fiscais, sendo possível verificar que estas notas fiscais foram emitidas pelo estabelecimento matriz do autuado localizado no Estado da Paraíba, portanto, tratando-se de transferência entre o estabelecimento industrial e a sua filial atacadista localizada neste Estado, situação que descabe o recolhimento do ICMS por antecipação, exigido neste item da autuação, consoante determina o art. 355, I, do RICMS/BA/97, abaixo reproduzido:

Art. 355. Não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar:

I - a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial, observado o disposto no § 2º do artigo seguinte;

Portanto, o autuado na condição de destinatário é responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção pelo estabelecimento industrial, mas não responsável pelo recolhimento do ICMS por antecipação, conforme exigido neste item da autuação.

Desse modo, considerando que descabe a exigência de recolhimento por antecipação do ICMS, por se tratar de transferência, na forma prevista no art. 355, I, do RICMS/BA/97, esta infração é insubsistente.

No que diz respeito à infração 07, pode ser dito o mesmo que foi assinalado acima quanto à infração 06. Ou seja, por se tratar de transferência entre o estabelecimento matriz industrial localizado no Estado da Paraíba e a sua filial atacadista localizada no Estado da Bahia, descabe o recolhimento do ICMS por antecipação, exigido neste item da autuação, em face do que estabelece o art. 355, I, do RICMS/BA/97.

Diante disso, esta infração também é insubsistente.

Quanto à infração 08, observo que o autuado alega que as cópias das notas fiscais arroladas neste item da autuação não foram acostadas aos autos. Diz que o autuante acostou aos autos apenas demonstrativos das notas fiscais ditas como adquiridas e utilizado o crédito indevido, sendo, portanto, forçoso convir a improcedência desta infração.

Vejo que o autuante contesta a alegação defensiva, consignando que esta infração decorre da utilização indevida de crédito fiscal referente à mercadoria enquadrada no regime de substituição total, no caso vodka e conhaque, objeto da infração 06, portanto, não se trata de provas obtidas junto a terceiros. Diz que restou caracterizado o lançamento, consoante relatórios fls. 519 a 520.

Efetivamente, a alegação defensiva não procede, pois as notas fiscais arroladas neste item da autuação não foram obtidas junto à terceiro, mas sim junto ao próprio contribuinte, sendo, desse modo, desnecessária a juntada de cópias aos autos, haja vista que do seu pleno conhecimento.

Entretanto, não vejo como prosperar a acusação fiscal de que cuida este item da autuação, haja vista que a descrição no Auto de Infração apresenta o seguinte enunciado: *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária*, enquanto o próprio autuante na informação registra que *esta infração decorre da utilização indevida de crédito fiscal referente à mercadoria enquadrada no regime de substituição total, no caso vodka e conhaque, objeto da infração 06*.

A infração 06 tem a seguinte descrição no Auto de Infração: *Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89*.

É certo que o destinatário de mercadorias adquiridas com o *pagamento do imposto por substituição tributária*, invariavelmente, não pode se creditar do imposto destacado no documento fiscal, em face de ocorrer o encerramento da fase de tributação, salvo as disposições expressas previstas no RICMS/BA/97.

Ocorre que, no caso em exame, o próprio autuante vinculou esta infração 08 com a infração 06 – que exige o ICMS por antecipação – permitindo-me inferir que não houve *pagamento de imposto por substituição tributária nas aquisições*, razão pela qual o imposto está sendo exigido na infração 06 por antecipação.

Considerando que o autuado recebeu as mercadorias vodka e conhaque em transferência do seu estabelecimento matriz industrial localizado no Estado da Paraíba, situação na qual descabe o recolhimento do ICMS por antecipação em face do que estabelece o art. 355, I, do RICMS/BA/97, por certo que faz jus ao crédito fiscal destacado nas notas fiscais de transferências quando da apuração do imposto devido pelas operações de saídas próprias, em observância a não-cumulatividade do ICMS, além de ficar responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, com aplicação da MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial.

Diante disso, esta infração é insubsistente.

No que concerne à infração 09, verifico que o autuado simplesmente alega que houve um flagrante engano, haja vista que no demonstrativo acostados aos autos a multa aplicada foi de 5%.

Observe, também, que na informação fiscal o autuante registra que a exigência fiscal decorre do fornecimento de informações em arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, com divergências, porém, mesmo intimado para corrigir as inconsistências, consoante “chek listen”, fls. 524 a 528, o autuado não corrigiu, portanto, a multa prevista para esta infração é 5% sobre a divergência limitada a 1% dos valores das operações de saídas e da prestação de serviços realizados pelo contribuinte. Afirma que restou caracterizado o lançamento, consoante relatórios fls. 522 e 528.

Nos termos do artigo 708-A do RICMS/97, o contribuinte do ICMS usuário de SEPD para emissão de documentos fiscais e/ou livros fiscais, deverá entregar o arquivo magnético, referente ao movimento econômico de cada mês, inclusive contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, devendo ser incluídos todos os registros exigidos pela legislação.

O § 4º do citado art. 708-A, determina que o *arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético cancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspeção Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95*.

Vale observar que o arquivo magnético é recebido e submetido a teste de consistência, e por isso, a legislação prevê que a sua recepção pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, de acordo com o § 6º do mesmo artigo 708-A do RICMS/BA.

Independentemente da entrega mensal prevista no art. 708-A do RICMS/97, acima referido, o contribuinte também é obrigado a entregar, quando intimado, os referidos arquivos, conforme a previsão do art. 708-B, § 5º, do mesmo RICMS/97, sendo que terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência.

O que se verifica no caso em exame é que após a constatação de divergências nos arquivos magnéticos apresentados no período de janeiro a dezembro de 2008 e março a dezembro de 2009, a Fiscalização intimou o autuado para corrigir as irregularidades apontadas, no prazo de 30 dias, na forma do artigo 708, §5º, do RICMS/BA, contudo, este não atendeu a intimação.

Assim, considerando que o procedimento fiscal foi efetuado observando os requisitos estabelecidos na legislação tributária, quanto à necessidade de intimação específica ao contribuinte para a necessária correção dos arquivos, conforme acima exposto, e as divergências não foram sanadas, equivalendo à falta de entrega dos arquivos, este item da autuação é integralmente subsistente.

Entretanto, cumpre-me observar que no Auto de Infração foi indicado equivocadamente no campo “*Data de Ocorrência*” o último dia de cada mês fiscalizado, haja vista que ao ser intimado o contribuinte para apresentar arquivos magnéticos com divergências referentes a fatos pretéritos e este desatende a intimação, o não atendimento constitui uma infração, contudo, a ocorrência dessa infração surge no momento em que expira o prazo para apresentação dos arquivos solicitados, e não na data dos fatos relativos aos elementos constantes nos referidos arquivos.

O art. 708-A cuida da obrigação de entregar os arquivos mensalmente à repartição fazendária, até as datas estipuladas nos incisos do artigo, sendo que a entrega é feita via internet. Os prazos para entrega são fixados até os dias 15, 20, 25 e 30 do mês subsequente ao mês considerado, a depender do algarismo final da inscrição cadastral do estabelecimento.

Já o art. 708-B, cuida da entrega a ser feita à Fiscalização, quando for o contribuinte intimado nesse sentido, e a entrega é feita pessoalmente ao preposto do Fisco, até a data estipulada na intimação, que pode ser prorrogado, se assim decidir a autoridade fiscal.

Conforme consta na descrição da infração, o autuado *Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes nos documentos fiscais correspondentes*. Assim sendo, não importa o exercício a que se refiram os arquivos, o que importa é a natureza da infração, de modo que esta se considera ocorrida no dia em que vence o prazo para a entrega dos arquivos ao Fisco, estabelecido na intimação.

Consoante estabelece o § 5º do art. 708-B do RICMS/BA, o prazo para que o contribuinte corrija arquivo magnético apresentado com inconsistência é de 30 dias úteis. Ora, se o Regulamento concede prazo para que o contribuinte corrija erros do arquivo, isto significa que somente depois de decorrido tal prazo é que, não sendo atendida a intimação, fica o contribuinte sujeito às sanções legais em virtude da falta de entrega do arquivo devidamente corrigido.

No caso em exame, a infração de que cuida este item da autuação não ocorreu nas datas indicadas no Auto de Infração, mas sim na data em que venceu o prazo estabelecido pela Fiscalização na intimação efetuada para que o contribuinte entregasse os arquivos devidamente corrigidos e o contribuinte não atendeu à intimação.

De acordo com a intimação, o autuado foi intimado em 17/07/2013 para apresentar os arquivos magnéticos, em virtude de divergências, sendo-lhe concedido o prazo de 30 dias, cujo vencimento ocorreu em 16/08/2013, sendo este, portanto, o dia do cometimento da infração.

Assim, ao deixar de cumprir uma obrigação de fazer, no caso, de entregar os arquivos magnéticos, quando intimado, o contribuinte incorreu em infração, cuja data de ocorrência se deu no dia em que venceu o prazo da intimação para que apresentasse os arquivos solicitados, ou seja, 16/08/2013.

Diante do exposto, deve o demonstrativo de débito ser corrigido, alterando-se a data de ocorrência desta infração para 16/08/2013.

Conclusivamente, esta infração é subsistente com a correção da *Data de Ocorrência* para 16/08/2013.

Quanto à infração 10, verifico que o autuado alega que a infração cometida está em desacordo com o seu enquadramento, impossibilitando-lhe de apresentar a prova da sua inocência, consoante estabelece o art. 46 do RPAF/99.

Vejo também que o autuante contesta a alegação defensiva, dizendo que esta infração também decorre de fornecimento de informações de arquivos magnéticos exigidos pela legislação tributária, com ausência do registro 74, porém, mesmo intimado para enviar o registro, conforme intimação de fl. 530, o autuado não apresentou, o que motivou aplicação da penalidade.

Em verdade, o que se verifica no caso deste item da autuação é que o contribuinte foi acusado de *Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED)*, entretanto, na própria informação fiscal o autuante consignou que a infração decorre de fornecimento de informações de arquivos magnéticos exigidos pela legislação tributária, com ausência do registro 74, porém, mesmo intimado para enviar o registro, doc. de fl. 530, o autuado não apresentou, o que motivou aplicação da penalidade.

Ora, se a própria Fiscalização diz que o contribuinte forneceu os arquivos magnéticos exigidos pela legislação tributária, certamente que este enviou via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED) não procedendo a acusação fiscal de *Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED)*.

Diante disso, este item da autuação é insubsistente.

Relativamente à infração 11, verifico que diz respeito à declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais prestadas pelo autuado através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), conforme comprovado nos documentos de fls. 533 a 540.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110391.0018/13-4**, lavrado contra **ENGARRAFAMENTO COROA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$240.038,83**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas "a", "d", e VII, alínea "a" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$146.192,51**, previstas no art. 42, incisos IX, XIII-A, "i" e XVIII, "c" do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR