

A. I. N^º - 206958.0016/10-0
AUTUADO - ANDRADE INDÚSTRIA E MINERAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - LUCAS XAVIER PESSOA
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 11. 08. 2014

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N^º 0156-01/14

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. **a)** DEIXOU DE RECOLHER. **b)** RECOLHIDO A MENOS. As infrações apontadas no PAF decorrem de uma diversidade de motivos, que não estão claros nos autos. A tipicidade do fato tributário é cerrada e a descrição da infração lançada de ofício, não pode ser genérica, firmando-se simplesmente que "deixou de recolher ICMS no prazo regulamentar referente às operações escrituradas nos livros fiscais", quando para chegar a tal conclusão percorre-se um caminho imenso, complexo, e que envolveu o refazimento completo da escritura fiscal do contribuinte; a utilização de dados questionados pelo autuado e imprecisões nas exigências não foram dirimidas, mesmo com a apoio da diligência fiscal designada com esse objetivo, nem logrou êxito suprir as lacunas existentes na constituição do crédito tributário. Inovação nas acusações com mudança no fulcro da autuação. Nulidades dos lançamentos (infrações 01 e 06) com fundamento no art. 18, II, RPAF/99. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigações acessórias. Multa 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. DIVERSOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. O autuado argui que os documentos foram entregues regularmente; acostado aos autos comprovante do recebimento da documentação solicitada. Infração descaracterizada. 4. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTAS. Aplicação da multa de R\$ 140,00 por descumprimento de obrigação acessória. Infração subsistente. 5. MULTA. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. **a)** FALTA DE FORNECIMENTO NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACCESSÓRIA. O autuado não entregou arquivos magnéticos, descumprindo a previsão contida no artigo 708-A do RICMS/BA, sujeitando-se à multa de R\$1.380,00, por mês de atraso, nos termos do artigo 42, inciso XIII-A, alínea "j", da Lei n^º 7014/96. Valor da penalidade reduzida, face a ausência de movimento econômico do autuado. Infração em parte subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 21/02/2013 para constituir o crédito tributário no valor de R\$54.506,72, em decorrência de:

INFRAÇÃO 01 – Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente as operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta ainda que o relatório das notas fiscais de saída supre a apuração mensal de ICMS em razão de a empresa não ter apresentado nenhuma nota fiscal comprobatória dos créditos lançados nem os DAEs de 2008 a 2010. Descreve o autuado: "*além do mais, contém erros de cronologia, cita valor contábil inexistente, deixa de lançar base de cálculos e valores de ICMS existentes, inservindo ao exame da apuração do imposto. Embora na prática cada saída de bloco de granito quase se vincula a um recolhimento de ICMS espontâneo e a vista, algumas remessas restaram sem recolhimento parcial ou total, conforme demonstra o relatório*". Período dezembro 2009; janeiro/fevereiro 2010. Valor R\$6.330,88, multa 60%.

INFRAÇÃO 02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Período dezembro 2008 e maio 2009. Multa de 1%. Valor R\$5.300,00.

INFRAÇÃO 03 - Deixou de apresentar documentos fiscais, quando regularmente intimado. Período março 2013. Multa Fixa de R\$460,00.

INFRAÇÃO 04 - Declarou incorretamente dados das informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal de ICMS). Exercícios 2009 / 2011. Multa Fixa de R\$420,00.

Infração 05 – 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), Omissão de entrega do arquivo. Períodos fevereiro a Dezembro 2009; janeiro a dezembro 2010 e janeiro 2011. Valor total das multas R\$33.120,00.

INFRAÇÃO 06 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração de ICMS. Período junho e agosto 2009; março/maio 2010. Valor R\$8.875,84, multa 60%.

Complementa o Auditor Fiscal com as seguintes informações:

"EXERCÍCIO DE 2008

1) OMITIU DA ESCRITURAÇÃO FISCAL O LANÇAMENTO DA NF DE ENTRADA N°3813, no valor total de R\$500.000,00 relativas a mercadorias adquiridas de outros Estados no exercício, conforme demonstrativo anexo, intitulado RELAÇÃO DE NFS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. SEM REGISTRO NO LRE, sujeitando-se à multa formal de 1% do valor da entrada, conforme a legislação vigente. Os dados desta infração foram prestados pelo sistema SEFAZ/CFAMT, que coleta vias originais das notas fiscais ingressas na BAHIA.

2) PRESTOU DECLARAÇÕES INEXADAS NAS INFORMAÇÕES ECONOMICO-FISCAIS - DMA5 - transmitidas mensalmente à SEFAZ no exercício, conforme-relatório anexo intitulado DEMONSTRATIVO DAS DIFERENÇAS ENTRE LIVROS FISCAIS E DMAs, sujeitando-se à multa formal de R\$ 140,00.

EXERCÍCIO DE 2009

1) OMITIU DA ESCRITURAÇÃO FISCAL O LANÇAMENTO DA NF DE ENTRADA N°5319, no valor total de R\$ 30.000,00 relativas a mercadorias adquiridas de outros Estados em 2009, conforme demonstrativo anexo, intitulado RELAÇÃO DE NFS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO, SEM REGISTRO NO LRE, sujeitando-se à multa formal de 1% do valor da entrada, conforme a legislação vigente. Os dados desta infração foram prestados pelo sistema SEFAZ/CFAMT, que coleta vias originais das notas fiscais ingressas na BAHIA.

2) PRESTOU DECLARAÇÕES INEXADAS NAS INFORMAÇÕES ECONOMICO-FISCAIS- DMAs - transmitidas mensalmente à SEFAZ no exercício, conforme relatório anexo intitulado DEMONSTRATIVO DAS DIFERENÇAS ENTRE LIVROS FISCAIS E DMA5, sujeitando-se à multa formal de R\$ 140,00.

3) DEIXOU DE TRANSMITIR OS ARQUIVOS MAGNÉTICOS EXIGIDOS PELO CONVENIO 57/95 - Sintegra - durante todo o exercício, como membro da atividade mineradora de pedras, equiparado a industrial, sujeitando-se à multa de R\$ 1.380,00 por arquivo mensal não informado.

4) RECOLHEU A MENOR o ICMS no valor de R\$ 2.571,64 relativo às saídas de mercadorias tributáveis - granito em bloco - de sua produção, destinadas a sua matriz em outro Estado, referente a diversas notas fiscais emitidas no mês de junho e agosto de 2009, tudo conforme o anexo intitulado Demonstrativo das Saidas e Recolhimentos 2009 a 2011. Esclarecemos que neste exercício, a empresa realizava o recolhimento prévio às saídas, mediante um só DAE, em regra, como se depreende do anexo. Porém, nestes dois meses, recolheu a menor.

Esclarece as irregularidades na nota fiscal, de nr 76, cópia anexa:

a) completamente fora da sequência cronológica, pois o próximo número emitido -96 - está lançado em 05.01.2009 e aquela, em 07.06.2009;

h) no livro de registro de saídas, está lançada em 04.07.2009, enquanto sua emissão é do mês anterior:

c) omite a tributação nbrmal tanto na lavratura quanto na escrituração do LRS, talvez por utilizar o CFOP 5209 - Devolução de Mercadoria Recebida em Transferência para Comercialização que, em verdade, é operação regularmente tributada;

Nos demais meses, as diferenças apontadas resultaram da mera subtração dos pagamentos confirmados no DAE ANUAL fornecido pelo sistema SEFAZ INC do somatório dó ICMS devido, a partir do arrolamento de todas as notas fiscais de saida, tudo -corretamente evidenciado no relatório intitulado DEMONSTRATIVO DAS SAIDAS E RECOLHIMENTOS 2009, anexo, vez que a empresa não apresentou as vias originais dos seus DAEs, que contém a informação dos números das notas fiscais a que se referem, impedindo uma correta e segura vinculação de pagamentos.

5) OMITIU O RECOLHIMENTO DO ICMS NO VALOR DE R\$ 1.850,40 relativo às saídas de mercadorias tributáveis - granito em bloco - de sua produção, destinadas à sua matriz em outro Estado, ref às notas fiscais 155 e 157, tudo conforme anexo intitulado Demonstrativo das Saidas e Recolhimentos 2009 a 2011.

EXERCÍCIO DE 2010

1) PRESTOU DECLARAÇÕES INEXADAS NAS INFORMAÇÕES ECONOMICO-FISCAIS - DMAs - transmitidas mensalmente à SEFAZ no exercício, conforme relatório anexo intitulado DEMONSTRATIVO DAS DIFERENÇAS ENTRE LIVROS FISCAIS E DMAs, sujeitando-se à multa formal de R\$ 140,00.

2) DEIXOU DE TRANSMITIR OS ARQUIVOS MAGNÉTICOS EXIGIDOS PELO CONVENIO 57/95 - Sintegra - durante todo o exercício, como membro da atividade mineradora de pedras, equiparado a industrial, sujeitando-se à multa de R\$ 1.380,00 por arquivo mensal não informado.

3) RECOLHEU A MENOR o ICMS NO VALOR DE R\$ 5.904,20 relativo às saídas de mercadorias tributáveis - granito em bloco - de sua produção, destinadas a sua matriz em outro Estado, referente a diversas notas fiscais emitidas nos meses de março, abril e maio deste exercido, tudo conforme o anexo intitulado Demonstrativo das Saidas e Recolhimentos 2009 a 2011. Esclarecemos que neste exercício, a empresa realizava o recolhimento prévio às s&das, mediante um só DAE, em regra, como se depreende do anexo. Porém, nestes dois meses- recolheu a menor.

MULTA ÚNICA - NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS - Deixou de apresentar os DAEs de recolhimentos de 2009 a 2010 e pelo menos uma das vias originais das notas fiscais de saídas mod 1, ainda que não utilizadas ou canceladas, de numeração 97, 98, 145 e 150, além da sequência posterior ao no 187 até a última emitida nesta série, pertencentes ao exercício de 2009, e mod 55, de numeração 16 a 25, emitidas em 2011. Enquanto estas de 2011 encontram-se lançadas regularmente no livro de registro de saídas, as de 2009 nem sequer são citadas como canceladas na escrituração, fazendo jus à multa única de R\$ 460,00 cabível para documentos não apresentados mediante a primeira intimação."

O autuado apresentou defesa, fls. 56/61. Com relação à infração 01 alega que recolheu espontaneamente, antecipadamente e legalmente o ICMS no ato da emissão das notas fiscais de saídas, vez que este produto só é possível ser transportado com o devido recolhimento antecipado, conforme o regulamento do ICMS. Conclui que não existe diferença a recolher e que todos os DAEs pagos constam nos arquivos da SEFAZ - BA.

Quanto à infração 02, diz que não há incidência de imposto, vez que se trata de nota de retorno de comodato de máquinas usadas, recebidas em comodato e que foram devidamente registradas no livros de saídas de mercadorias, nas fls. 0015 e fls. 0024 (doc.1).

Na infração 03, contesta que todos os documentos e arquivos foram entregues regularmente em conformidade com a intimação fiscal. Diz que as DMAS foram declaradas corretamente em conformidade com os documentos existentes à época, na infração 04.

A alegação com relação à infração 05 é que a empresa se encontrava com as suas atividades paralisadas e não houve movimento, no período da autuação, apesar de não ter procedido a devida baixa no cadastro da fazenda estadual. Diz ainda que não causou prejuízo ou embaraço ao fisco, não sendo justo o pagamento da absurda multa, num período sem movimento.

Por fim, na infração 06, diz que recolheu o ICMS espontaneamente e antecipadamente no ato da emissão das notas fiscais de saídas, vez que para a mercadoria ser transportada, exigia-se o recolhimento antecipado do ICMS e os DAEs pagos constam nos arquivos da SEFAZ – Ba.

Na informação prestada, fls. 68/69, o Auditor Fiscal diz que a defesa limitou-se à negativa de cometimento das infrações. Diz que nas folhas 02 e 03 do PAF esclarece os ilícitos praticadas.

Explica que na infração 01, nem todas as remessas de granitos têm documentação comprovante. Diz que a empresa errou na cronologia dos documentos e o livro de apuração ficou imprestável; que foram lançados créditos fiscais sem as notas fiscais respectivas e o refazimento das apurações encontra-se às fls. 20 a 22 do PAF.

Na infração 02, aduz que as notas fiscais utilizadas foram capturadas no sistema CFAMT e que a multa da infração 03 foi explicitada na folha 02 do PAF. Diz que as DMAs consolidadas da infração 04 foram acostadas aos autos e que a empresa não se encontra isenta da apresentação de arquivos magnéticos, mesmo sem operar no período. Completa que a infração 06 deriva dos mesmos documentos de fls. 20 a 22 do PAF.

Sublinha que a empresa não contestou os valores das infrações. Pede a procedência do PAF.

Convertido o processo administrativo fiscal em diligência, fl. 72, a fim de se esclareça o acerto e regularidade do relatório de fls. 20/23, elaborado pelo Auditor Fiscal, que deu suporte as infrações 01 e 06, considerando que as exigências têm como base "operações escrituradas nos livros fiscais" e cujas cópias foram acostadas aos PAF, fls. 28/53, mas, desconsiderados pelo Fisco, sob o argumento de que não servem ao exame da apuração do imposto.

A diligência objetivou intimar o autuado para provar a fidedignidade de cada operação listada às fls. 20/23, observando que não é suficiente a alegação genérica de que recolheu antecipadamente o ICMS a cada saída e que todos os DAEs constam dos arquivos da SEFAZ.

O mesmo Auditor Fiscal, autor do feito, é designado para cumprir a diligência e emite o seguinte Parecer, fls. 75/76: informa que intimou a empresa para apresentar as notas fiscais de saída de 2009 a 2011, mas que a mesma se situa em zona rural de difícil acesso e está inativa. O atendimento foi feito pelo preposto contábil, que detém procuração para representá-la. Diz que a intimou desde 19.12.2013 e que não houve retorno, até o momento da emissão do Parecer.

Aduz que em conversa telefônica, o contador afirmou que “*a documentação fiscal não havia sido devolvida*”, o que não procede, conforme documento de fl. 09 do PAF. Explica que a aparente contradição a respeito das infrações 01 e 06 fundamentadas na escrituração fiscal e a declaração de escrituração inservível não se dá por ausência dos fatos, mas por que o enunciado destas infrações “*arrasta as escriturações*” para serem o ponto de partida para os fatos.

Argumenta que o contribuinte pelo menos tentou escriturar corretamente seus livros e o Egrégio Conselho de julgamento pode utilizar a escrituração; que se os documentos fiscais de saídas, se apresentados pelas vias originais, anunciariam exatos valores transcritos no demonstrativo (fls. 20 a 23). Diz que não tomou o livro de registro de saídas como idôneo tanta vez que os equívocos cometidos no seu preenchimento.

Aduz que diante da resposta da empresa, resolveu acrescentar cópias dos DAEs recolhidos pela empresa sob os códigos de receita 0636 – ICMS MINERAIS PRIM OPERAÇÃO CONTR INSCR e 1755 – ICMS AUTO DE INFRAÇÃO/DEN.ESPONTÂNEA e os lançou naquele Demonstrativo. Concluindo que, embora o ICMS destas remessas vencesse efetivamente, em cada saída (pelo diferimento previsto para saídas internas), a empresa simplesmente envia os veículos com nota fiscal sem os DAES pagos, vindo a pagá-los realmente no dia 09 de cada mês seguinte, como se fosse uma apuração normal.

Descreve o diligente as situações encontradas:

- a) Recolhimentos com valor coincidente com o ICMS de uma nota fiscal; Ex: NF 99, de Jan/2009;
- b) Recolhimentos com valor coincidente com a soma do ICMS de várias notas fiscais; quase sempre de um período inteiro de apuração (mês); Ex: NFS 102, 103 e 105, agrupando o total do período de apuração de Fev/2009;
- c) Recolhimentos com valor não coincidente nem com o ICMS de uma nota fiscal nem com o montante de um período de apuração; Ex: Ago/2009;
- d) Recolhimentos com código diverso (1755 e 2175) mas acatados porque coincidentes com o valor do ICMS de uma ou mais notas fiscais. Neste caso, verificamos que não houveram entradas para caracterizarem a obrigação principal da antecipação parcial. Ex: Todos os recolhimentos de 2011.
- e) Recolhimentos com código diverso (1755) não acatado por não conter nenhuma indicação de nota fiscal a que se refere nem corresponder exatamente ao valor do ICMS de qualquer nota fiscal do período. Ex: DAE 901371570.
- f) Recolhimentos com indicação de notas fiscais não encontradas na documentação fiscal. Ex: DAEs 1002543546 e 1002670104; (presumidamente acatados).

Informa que os DAEs relativos a 2011 não foram impressos por não haver qualquer exigência sobre o período. Acosta novo demonstrativo, com mídia CD, fl. 66 e encaminha cópia ao autuado, reiterando o valor original do Auto de Infração.

O autuado atravessou petição (Processo SIPRO 090202/2014-5) aduzindo acerca da afirmação fiscal da devolução dos documentos, que os mesmos foram entregues novamente, em 12.02.2014, conforme recibo anexo e que permanecem atualmente em poder do Auditor Fiscal (fls. 123/126).

Argui que a nota fiscal 0076, de 07.06.2009, se trata de retorno de transferência - CFOP 5209, que não gera ICMS, por isso não o destacou, mas foi devidamente lançada no livro de Saídas em tributação e cujo valor colhido no relatório fiscal foi de R\$ 989,51.

Aduz que em agosto 2009, o preposto do Fisco desconsiderou os créditos oriundos das notas fiscais de entrada de mercadorias, conforme cópias juntadas aos autos (fls. 129/133), cujas originais se encontram com o autuante. Totalizam tais créditos R\$ 2.560,01.

Em dezembro de 2009, argui que também desconsiderou o preposto do Fisco, o crédito fiscal relativo a nota fiscal nº 3518, no valor R\$ 3.065,76; em janeiro de 2010, R\$ 4.569,42 (notas fiscais nº 3567 e 4851); em maio de 2010, R\$ 1.540,98 (nota fiscal nº 3837); em junho de 2010, R\$ 3.081,96 (nota fiscal nº 3915). Questiona que foram considerados apenas os valores das notas fiscais de saídas.

Observa, por fim, que as cópias das notas fiscais nº 5568 e 42437 estão ilegíveis, mas, poderão ser confirmadas com as originais que se encontram com o autuante.

VOTO

Cumpre o presente Auto de Infração atribuir ao sujeito passivo o cometimento das infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, que serão objeto da apreciação, considerando que todas as imputações foram contestadas. O lançamento de ofício soma R\$54.506,72, incluindo os valores das multas por descumprimento de obrigações acessórias.

Com relação às infrações 01 e 06, que foram constituídas a partir do mesmo demonstrativo fiscal (fls. 20/23), a acusação é que o autuado deixou de recolher o ICMS, nos prazos regulamentares referentes às operações escrituradas nos livros fiscais, valor de R\$ 6.330,88 e que recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração de ICMS, no valor de R\$8.875,84, respectivamente, a arguição central do sujeito passivo é que recolheu espontânea e antecipadamente o ICMS no ato da emissão das notas fiscais de saídas, vez que este produto somente é possível ser transportado com o devido recolhimento antecipado, conforme o regulamento do ICMS, concluindo que todos os DAES pagos constam nos arquivos da Secretaria da Fazenda, não existindo diferença a recolher.

O Auditor Fiscal, mesmo após a diligência designada com o fito de firmar esclarecimentos acerca da desconsideração das operações escrituradas e intimação ao sujeito passivo para conhecer e manifestar-se sobre cada operação listada no demonstrativo de fls. 20/23, manteve a autuação, sob o argumento de que os documentos apresentados não servem ao exame da apuração do imposto e que intimado o contribuinte, em 19.12.2013, não houve retorno.

O autuado atravessou petição, após o Parecer da diligência - Processo SIPRO 090202/2014-5, aduzindo que destinou ao Auditor Fiscal autuante, os documentos fiscais listados no aludido processo (fls. 124/125), os quais permanecem em sua posse.

Examinando as peças que compõem a lide e a partir dos óbices apresentados para a sua solução, verifico que o processo administrativo fiscal - PAF foi convertido em diligência, objetivando esclarecer os fatos divergentes, controversos, justamente porque seria predominante do princípio da verdade material, significando que a Administração deve tomar as decisões com base na realidade dos fatos, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos envolvidos, porquanto o que está em debate é a legalidade da tributação e a verdade fática fiscal.

Apesar da análise minuciosa dos papéis de trabalhos construídos pelo Auditor Fiscal e destacar seu empenho em demonstrar a ocorrência de divergências no pagamento do imposto devido; apesar ainda da participação do sujeito passivo, na pessoa do seu Contador, profissional com a técnica necessária para interpretar os dados colhidos e auxiliar na defesa do contribuinte, entendo que o procedimento utilizado pelo Fisco para demonstrar as infrações descritas nesse PAF implicou cerceamento do direito de defesa.

Sobretudo, porque houve, na exigência em debate, evidente mudança do fulcro dos motivos determinantes da autuação. Uma coisa é a constatação da falta de recolhimento do ICMS relativo às operações escrituradas nos livros próprios (infração 01) ou o recolhimento a menos por desencontro entre o valor do imposto recolhido e o valor escriturado no livro Registro de Apuração de ICMS (infração 06) e coisa bem diversa é a reconstituição da escrita fiscal como laborou o Auditor Fiscal e ainda mais com a utilização de dados que foram questionados pelo autuado sem a devida averiguação por parte do Fisco. Sequer a diligência designado com esse objetivo logrou êxito em suprir as lacunas existentes na constituição do crédito tributário.

Os fatos tidos como infração à legislação do imposto devem ser descritos “*de forma clara, precisa e sucinta*”, conforme determina o inciso III do art. 39 do RPAF/BA (aprovado pelo Decreto nº 7.629/99), juntando-se ainda as provas correspondentes. Isso porque, para que o contribuinte, ao ser acusado, em querendo, possa defender-se, precisa ser informado do que foi efetivamente apurado, o direito aplicado e quais as consequências jurídicas do fato.

O sistema processual administrativo, no Estado de Direito, é regido por garantias e princípios constitucionais, incluindo a limitação do exercício de tributar, definidos os seus limites numa ordem de legalidade que assegura a prevalência da cláusula do “*due process of law*”. Procedimento fiscal dessa natureza constituem óbices à defesa, dificultam o contraditório, sendo incompatível com o direito processual.

Em face de tais considerações, meu posicionamento é pela nulidade do lançamento de ofício, concernentes às infrações dos itens 01 e 06, com fundamento no art. 18, II, RPAF/BA. Não, exatamente, pela utilização da técnica de apuração dos créditos tributários através do refazimento da conta - corrente fiscal, mas porque a base material da acusação não é confiável e porque descreve infração diversa daquela apontada nos demonstrativos acostados aos autos.

Recomendo, contudo, quanto a tais itens, que a autoridade fazendária competente avalie a pertinência de determinar a renovação da ação fiscal, a salvo das falhas aqui apontadas, para a apuração se o contribuinte incorreu, de fato, na prática da falta de recolhimento de ICMS e em qual proporção, conforme pretendeu sustentar o Auditor Fiscal. O autuado, a seu tempo, quando regularmente intimado para apresentar documentos necessários, deve colaborar na elucidação dos fatos tributários, ao invés de adotar uma postura puramente defensiva ou intempestiva, o que também não contribui na solução da lide. Considere-se ainda o disposto no art. 143, RPAF/BA, aduzindo que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. O posicionamento de nulidade das infração 01 e 06, em tais circunstâncias, encontra precedente, entre outros, no Acórdão 0047-12/09.

Na infração 02, multa por descumprimento de obrigação acessória, pela entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, no valor de R\$5.300,00, correspondente ao percentual da multa de 1%.

Demonstrativo elaborado pelo autuante relaciona as notas fiscais nº 3813 (R\$ 500.000,00) e 5319 (R\$ 30.000,00), fl. 10, capturadas do sistema CFAMT - Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito (fls. 11/12), que balizaram a exigência.

Com efeito, a falta de registro do ingresso de bens no estabelecimento autoriza a exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória, quando se referir à entrada de mercadoria não sujeita a tributação, nos termos do artigo 42, conforme abaixo transcritos:

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

(...)

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

Consta do PAF em análise que o sujeito passivo deixou de escriturar no livro registro de entradas as notas fiscais relacionadas no demonstrativo, conforme relação e cópias dos referidos documentos fiscais anexados aos autos, não restando provado o argumento defensivo que se trata de nota fiscal de retorno de comodato de máquinas usadas e que foram devidamente registradas no livros de saídas de mercadorias, nas fls. 0015 e 0024 (DOC 1).

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

A legislação tributária estadual estabelece que o sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária (Lei nº 7.014/96, art. 34).

Entre as prestações positivas, encontra-se a obrigação de manter e escriturar livros fiscais, entre eles, o livro Registro de Entradas (art. 322 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97), destinado a escrituração das entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento. O autuado não prova o efetivo registro das aludidas notas fiscais. Descumprimento de obrigação acessória caracterizada, no valor de R\$5.300,00.

Na infração 03 a acusação é que o autuado deixou de apresentar documentos fiscais, quando regularmente intimado.

Explica o autuante que não foram apresentados os DAEs de recolhimentos de 2009 a 2010, as vias originais das notas fiscais de saídas (ainda que não utilizadas ou canceladas), de numeração 97, 98, 145 e 150; acusa que notas fiscais do exercício de 2009 nem sequer são citadas como canceladas na escrituração, fazendo jus à multa única de R\$460,00 cabível para penalizar o descumprimento para "*documentos não apresentados mediante a primeira intimação.*"

Nas razões, o contribuinte autuado argui que todos os documentos e arquivos foram entregues regularmente, em conformidade com a intimação fiscal. Constam dos autos, a intimação para apresentação de livros e/ou documentos fiscais, fl. 09, discriminando a documentação retro aludida pelo fiscal autuante. Ocorre que no mesmo termo, o preposto fiscal firma ter recebido os livros e documentos solicitados. Infração descaracterizada.

Na infração 04 a multa por descumprimento da obrigação de fazer recai sobre a declaração incorreta de dados das informações econômico-fiscais - DMA (Declaração e Apuração Mensal de ICMS), nos exercícios 2009 / 2011, no valor de R\$420,00 (art. 42, XVIII, "c").

O autuante elabora demonstrativo evidenciando as diferenças nos registros das operações de saídas escrituradas no livro Registro de Saída e na DMA, fl. 14. Contesta o autuado que as DMAS foram declaradas corretamente em conformidade com os documentos existentes á época.

O direito não assiste ao sujeito passivo. O Regulamento de ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto 6.284/97, estabelece em seu art. 333, § 1º, que os contribuintes que apurem o imposto pelo regime normal, como no presente caso, deverão apresentar, mensalmente, DMA, nela devendo informar, em síntese, as operações e prestações realizadas em cada estabelecimento, especificando as operações de entradas e saídas de mercadorias, devendo constituir-se em resumo e exato reflexo dos lançamentos efetuados nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS.

Em havendo alteração nos valores das operações de saídas praticadas pelo autuado, a correspondente Declaração e Apuração Mensal de ICMS, deveria, igualmente, ser modificada de

sorte a espelhar exato reflexo dos lançamentos efetuados na escrita fiscal do contribuinte, conforme orienta a legislação do imposto. Infração caracterizada, no valor de R\$ 420,00.

Na quinta infração, a penalidade é aplicada pela falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, nos meses de fevereiro / dezembro 2009; janeiro 2010 a janeiro 2011. Valor total R\$33.120,00.

Alega o autuado que se encontrava com as suas atividades paralisadas, no período da autuação; que não causou nenhum prejuízo ou embaraço ao fisco, não sendo justo o pagamento da absurda multa por uma obrigação acessória, num período sem movimento. O Auditor Fiscal rebate que, mesmo sem operar, a empresa não se encontra isenta da apresentação dos arquivos magnéticos. Acostou aos autos, fl. 19, extrato contendo relação dos arquivos que não foram entregues nos prazos, previstos no art. 708-A, RICMS BA-97

A multa prevista no art. 42, XIII-A “j” da Lei nº 7.014/96, aplicável na presente situação, está estipulada no valor de R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviço efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débito ocorridos em cada período, ou a entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação.

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

Dessa forma, o descumprimento da obrigação acessória, nessa infração 05, se perfez no momento da falta de entrega dos arquivos, no prazo previamente estabelecido na legislação. Constatada a ausência na entrega dos arquivos, ainda que estando o sujeito passivo com as suas atividades paralisadas, correta a aplicação da penalidade, uma vez que o autuado, contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar o arquivo de que trata este capítulo, referente ao movimento econômico de cada mês, conforme dicção do Art. 708-A, RICMS/BA. Considera-se que enquanto não fora efetuada a baixa no cadastro do contribuinte, oficializando a paralisação das atividades e a inocorrência do movimento econômico, o Fisco precisará ser informado de que as operações do contribuinte foram zeradas, naquele período.

Outrossim, é possível racionalizar que o autuado, não tendo movimento econômico e demais informações a registrar em arquivo magnético, da mesma forma que um contribuinte usuário de SEPD em atividade, conforme estabelecido no Convênio ICMS 57/95, entendo que seja razoável a ponderação do total das multas aplicadas, no caso em concreto, para algo em torno de 5% (cinco por cento), sublinhando que a multa exigida em janeiro de 2011, foi entregue no prazo regular, conforme consta da Relação de Arquivos Repcionados, acostado aos autos, fl. 19, devendo ser excluída da exigência.

Dessa forma, a aplicação da multa por descumprimento da obrigação acessória resta caracterizada parcialmente, no valor total de R\$ 31.740,00 com a exclusão do mês de janeiro de 2011, reduzindo o total da penalidade imposta para R\$ 1.587,00, equivalente ao percentual de 5%.

Face ao exposto, resta caracterizada em parte a presente infração à legislação do ICMS e correta a multa aplicada prevista art.42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96, com a redução retro aludida totalizando R\$ 1.587,00.

O presente Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE, de acordo com a exposição supra referenciada.

É o voto.

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 **206958.0016/10-0**, lavrado contra **ANDRADE INDÚSTRIA E MINERAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor total de **R\$7.307,00**, previstas no art. 42, incisos XI, XIII-A "j" e XVIII "c" da Lei 7.014/96, além dos acréscimos moratórios, de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de julho de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR