

PROCESSO - A. I. Nº 206825.0064/11-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e S&M DISTRIBUIDORA LTDA.
RECORRIDOS - S&M DISTRIBUIDORA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1^a JJF nº 0240-01/14
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 13/05/2015

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0094-11/15

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Autuado reconhece parcialmente a infração, inclusive efetuando o pagamento parcelado do valor do débito reconhecido. Alegação recursal no sentido de que estornos de débitos que equivocadamente não foram realizados resultariam em saldo credor não pode ser acatada, considerando que o procedimento pretendido está em desconformidade com o art. 112 do RICMS/BA/97. Infração subsistente. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Alegação defensiva de existência de parcelamentos referentes à parte do débito elide a autuação, haja vista que os pedidos de parcelamentos foram protocolizados antes do início da ação fiscal. Alegação recursal no sentido de que estornos de débitos que equivocadamente não foram realizados resultariam em saldo credor não pode ser acatada, considerando que o procedimento pretendido está em desconformidade com o art. 112 do RICMS/BA/97. Infração parcialmente subsistente. 2. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. OMISSÃO DE OPERAÇÕES. MULTA. O arquivo magnético deve ser submetido ao crivo de um programa Validador, a fim de se checar a consistência dos dados informados, nos termos do § 4º do art. 708-A do RICMS/BA/97, sendo que o § 3º do art. 708-B previa à época que o Fisco intimasse o contribuinte para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, fornecendo-se-lhe, no ato da intimação, uma Listagem-Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, e o § 5º concede o prazo de 30 dias úteis para que o contribuinte corrija arquivo magnético apresentado com inconsistência. Neste caso, o contribuinte não foi intimado para fazer a correção das inconsistências, como prevê o § 3º do art. 708-B, nem lhe foi fornecida a Listagem-Diagnóstico a que alude aquele dispositivo regulamentar. É, portanto, nulo o procedimento, por inobservância do devido procedimento legal na condução da ação fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário nos termos da alínea “a”, inciso I do artigo do RPAF/99, relativo

às Infrações 2 e 3 do Auto de Infração, e de Recurso Voluntário relativo às Infrações 1 e 2, em razão de julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/09/2011:

INFRAÇÃO 1. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de abril, junho a agosto de 2008, julho de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$105.792,70, acrescido da multa de 50%;

INFRAÇÃO 2. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de setembro de 2008, fevereiro, abril, junho, agosto, novembro e dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$171.306,64, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 3. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, nos meses de janeiro a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$251.775,67.

O Fisco acostou documentos às fls. 08 a 114, dentre os quais, às fls. 10 a 13, cópias de telegramas enviados pelo autuante à empresa autuada, solicitando a entrega, na INFRAZ Atacado/Salvador, de livros e de documentos fiscais dos exercícios de 2008 e de 2009.

À fl. 17, Termo de Intimação Fiscal solicitando à empresa autuada o “*reenvio*” de arquivos magnéticos sem indicação de período de referência. O Termo de Intimação está assinado pelo autuante e por preposto do contribuinte na data de 08/09/2011 (quinta-feira), constando no corpo do texto a data de 13/09/2011 (terça-feira) como termo final de prazo para providências a serem tomadas pelo contribuinte, junto à Supervisão da INFRAZ Atacado, constando que as providências destinar-se-iam a: “*(...) a fim de possibilitar o agendamento, pelo Auditor Fiscal, da arrecadação dos pertinentes livros e documentos, SE NECESSÁRIO, no dia e hora já estipulados.*”

Consta também, à fl. 102 dos autos deste processo, cópia de “Termo de Encerramento de Fiscalização” no qual o agente fiscal cita telegrama que identifica como “*telegrama nº MZ233728344, para enviar à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, via internet, até o dia 27/06/2011, os arquivos magnéticos de de 2007 a 2009, devidamente corrigidos, validados e criptografados pelo Validador SNETGRA, em atendimento aos termos da legislação vigente, inclusive os do Convênio ICMS 57/95.*”

O autuado impugnou parcialmente o lançamento de ofício às fls. 122 a 131, dentre outros aspectos citando a existência de parcelamento de débitos que atribuiu a operações que integravam o levantamento fiscal relativamente às infrações 01 e 02. Anexou documentos às fls. 132 a 177.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 179 a 200 mantendo as imputações.

Em primeira apreciação pela Junta de Julgamento Fiscal, a autuação foi julgada procedente em parte, no Acórdão JJF nº 0104-01/12, às fls. 219 a 227.

A JJF recorreu de ofício, o contribuinte interpôs primeiro Recurso Voluntário às fls. 241 a 249 (volume II).

À fl. 281 a 2^a Câmara de Julgamento Fiscal encaminhou o processo em Diligência à ASTEC/CONSEF para que fossem verificadas e informadas as datas de protocolização dos processos de parcelamento citados pelo contribuinte, determinando também a intimação do recorrente para que demonstrasse a origem e a composição dos valores que integrassem tais parcelamentos e, de posse dos documentos entregues pelo contribuinte, o Diligente designado deveria verificar se os parcelamentos se relacionavam aos valores que integram as imputações 01 e 02. Deveriam ser elaborados novos demonstrativos de débito, caso necessário.

Às fls. 284 e 285, em atendimento, foi prolatado o Parecer ASTEC/CONSEF nº 28/2014, dando como conclusão a informação no sentido de que o contribuinte não informara data de protocolização e

nem de deferimento dos pedidos de parcelamentos, e não demonstrara a origem e a composição dos valores que integravam tais parcelamentos. Que diante disto não foram elaborados novos demonstrativos fiscais. A Diligente acostou documentos às fls. 287 a 304.

Cientificado, o contribuinte pronunciou-se à fl. 313, acostando documentos às fls. 314 a 326.

O autuante manifestou-se às fls. 327 a 334 expondo, dentre outros pontos, que em relação à Infração 03 houvera operação de “Monitoramento” no trimestre anterior ao da ação fiscal alvo da lide, “Monitoramento” este iniciado em 24/05/2011 (fl. 327), no qual o agente fiscal informa que expedira telegrama sob nº “MZ233728344”, solicitando ao contribuinte o envio de arquivos magnéticos dos exercícios de 2007, 2008 e 2009, devidamente corrigidos, validados e criptografados pelo “validador Sintegra”.

À fl. 338 está anexado Pedido de Parelamento protocolado em 19/10/2012 (fl. 337), constando que refere-se ao montante “integral” do PAF 206825-0064/11-1, sem indicação de valor monetário e sem indicação de referências a débitos específicos das infrações autuadas, estando também anexados aos autos (fls. 343 a 348) documentos relativos a Termo de Interrupção de parcelamento, e documentos expedidos pelo SIGAT/SEFAZ discriminando dados de parcelamento interrompido relativo a valor parcial da autuação.

Às fls. 351 a 355 a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, no Acórdão CJF nº 0255-12/14, determinou o retorno dos Autos à Primeira Instância, conforme Ementa:

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0255-12/14**

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Reformada a Decisão de Primeira Instância tendo em vista a presença de erro substancial na Decisão recorrida em relação ao quantum fixado como devido para a infração 2, com flagrante contradição entre o conteúdo do voto e o que foi mantido na Decisão. Devolvam-se os autos ao órgão prolator da Decisão reformada para novo julgamento. Recurso PREJUDICADO. Decisão unânime.

Em prosseguimento regular do feito, às fls. 370 a 381 foi prolatado o Acórdão JJF nº 0240-01/14 no qual julgado, por unanimidade, procedente em parte a autuação. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de três infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo as infrações 01 e 02 referentes, respectivamente, à falta de recolhimento do ICMS e ao recolhimento a menos do ICMS, e a infração 03 referente à falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação.

Conforme consignado no Relatório, esta 1ª Junta de Julgamento Fiscal julgou procedente em parte o Auto de Infração em lide, nos termos do Acórdão JJF Nº 0104-01/12, tendo recorrido de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

A 2ª Câmara de Julgamento Fiscal ao apreciar o recurso de ofício reformou a decisão acima referida sob o fundamento de existência de erro substancial na decisão recorrida em relação ao quantum fixado como devido para a infração 02, decorrente de flagrante contradição entre o conteúdo do voto e o que foi mantido na decisão, tendo devolvido os autos ao órgão julgador para novo julgamento.

Inicialmente, cabe consignar que, apesar de ter sido dito no julgamento anterior que em face de o autuado haver impugnado conjuntamente as infrações 01 e 02, a análise também seria feita de forma conjunta para melhor compreensão da lide - conforme foi feito -, considero nessa nova análise que o melhor é separar os itens da autuação, a fim de que não parem dúvidas sobre a solução da lide.

Assim é que, no que tange à infração 01, a acusação fiscal diz respeito à falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de abril, junho a agosto de 2008, julho de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$105.792,70.

Alega o impugnante que aderiu ao parcelamento constante do PAF nº 06825.0064/11-1, reconhecendo parcialmente a procedência dos débitos fiscais referentes à infração 01, nos meses de abril, julho e agosto de 2008, respectivamente, nos valores de R\$31.369,61, R\$15.219,65 e R\$12.962,31. O valor reconhecido totaliza

R\$59.551,57

Quanto à parte impugnada desta infração 01, alega que não obstante a antecipação do ICMS na entrada de determinadas mercadorias, de forma equivocada, destacou novamente o ICMS no momento da saída destas mercadorias, o que gerou novo direito a crédito fiscal, na forma prevista no inciso VIII do art. 93 do RICMS/BA.

Diz que, por lamentável equívoco na escrituração dos livros fiscais, deixou de lançar o estorno de diversos débitos pagos indevidamente, levando o autuante à errônea conclusão de que não houve recolhimento do ICMS, ou, quando houve recolhimento, este se deu de forma insuficiente.

Assinala que após a retificação dos dados escriturados no livro de apuração do ICMS para incluir os estornos de débito que deixaram de ser lançados, conforme planilha que apresenta, observa-se que em relação ao exercício de 2008, em verdade, deixou de recolher o montante de R\$81.079,32, valor este que já fora objeto do parcelamento nº 876411-5, portanto, reconhecido.

Já em relação à exigência referente ao exercício de 2009, argumenta que, após a retificação dos dados fiscais para a inclusão dos estornos de débitos que deixaram de ser lançados, se verifica que muito longe de efetuar o recolhimento insuficiente do imposto na forma consignada no Auto de Infração, efetuou recolhimento muito superior ao quanto devido, sendo ao final credor do montante de R\$164.594,14, conforme tabela que apresenta.

De início, cabe observar que o parcelamento do valor do débito reconhecido pelo autuado, conforme o Processo nº 06825.0064/11-1, deve ser objeto de homologação do pagamento, haja vista que formalizado após o início da ação fiscal.

Por certo que, caso a infração tivesse sido reconhecida e o pedido de parcelamento fosse formalizado antes do início da ação fiscal, este teria a natureza jurídica de denúncia espontânea, pois afastaria a possibilidade de responsabilização do infrator e, consequentemente, a imposição de penalidade, desde que acompanhada do pagamento do tributo devido e dos juros de mora.

Isso porque, na denúncia espontânea o contribuinte identifica a infração e antes do início de qualquer procedimento fiscal ou medida de fiscalização, oferece denúncia espontânea da irregularidade, afastando assim a imposição de qualquer penalidade, conforme estabelece o art. 138, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, abaixo reproduzido:

“Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração. Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.”

No presente caso, com a formalização do requerimento de parcelamento ocorreu após o início da ação fiscal, cabe sim imposição de multa e demais acréscimos legais, pois afastada a espontaneidade da denúncia da infração, conforme aduzido acima. Cabível apenas a homologação do pagamento já efetuado.

Quanto à argumentação defensiva de que após a retificação do livro Registro de Apuração do ICMS, com a inclusão dos estornos de débitos que deixaram de ser lançados, observa-se que em relação ao exercício de 2008, em verdade, deixou de recolher o montante de R\$81.079,32, valor este objeto do parcelamento nº 876411-5, portanto, reconhecido, e no exercício de 2009, muito longe de efetuar o recolhimento insuficiente do imposto, na forma consignada no Auto de Infração, efetuou recolhimento muito superior ao quanto devido, sendo ao final credor do montante de R\$164.594,14, constato que não pode prosperar a pretensão defensiva quanto aos estornos aduzidos.

Isso porque, a admissibilidade de estorno do débito fiscal somente ocorre quando não se tratar de valor constante no documento fiscal, consoante estabelece o art. 112 do RICMS/BA.

Em verdade, o procedimento pretendido pelo impugnante somente é admissível, nos casos de pagamento indevido em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação, o que não é caso, haja vista que, conforme consignando pelo próprio impugnante houve o destaque do imposto nas notas fiscais de saídas.

Nessa situação, o débito fiscal lançado a mais ou indevidamente, por não ser admissível o estorno, poderá ser objeto de pedido de restituição, na forma prevista no art. 73 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, abaixo reproduzido:

“Art. 73. Serão restituídas, no todo ou em parte, a quem provar haver assumido o encargo financeiro do tributo ou estiver expressamente autorizado por quem tiver suportado o ônus financeiro correspondente, as quantias pagas indevidamente relativas a tributo ou penalidade, observados os prazos de prescrição e decadência.”

Observe-se que o legislador estabeleceu que a restituição será feita a quem provar haver assumido o encargo

financeiro do tributo ou estiver expressamente autorizado por quem tiver suportado o ônus financeiro correspondente as quantias pagas indevidamente relativas a tributo ou penalidade.

No caso em exame, em princípio, quem arcou com o ônus do tributo foi o destinatário da mercadoria constante na nota fiscal emitida pelo autuado com destaque do imposto, razão pela qual não pode este simplesmente efetuar o estorno de débito, sem estar expressamente autorizado por aquele. Certamente, pretendeu o legislador afastar a possibilidade de enriquecimento sem causa do contribuinte.

Ademais, não se pode perder de vista que o destaque do imposto na nota fiscal de saída permite ao destinatário, em princípio, utilizar o crédito fiscal, daí a necessidade de adoção dos procedimentos previstos no art. 73 do RPAF/99.

Desse modo, correta a exigência fiscal no que tange aos valores impugnados pelo autuado como objeto de inobservância de estornos de débitos.

Diante do exposto, esta infração é integralmente subsistente no valor de ICMS devido de R\$105.792,70.

No que concerne à infração 02, observo que diz respeito a recolhimento a menos do ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de setembro de 2008, fevereiro, abril, junho, agosto, novembro e dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$171.306,64.

Afirma o autuado que fulmina a exigência perpetrada nesta infração, em relação às competências de agosto, novembro e dezembro de 2009, nos valores respectivos de R\$18.217,28, R\$53.324,39 e R\$15.135,00, em face da suspensão da exigibilidade dos respectivos créditos tributários, por força da adesão aos parcelamentos constantes dos Processos Administrativos Fiscais nº 600000.0352/10-4 (agosto e dezembro) e nº 850000.0120/10-9 (novembro), consonte se infere das cópias dos respectivos relatórios de débitos que comprovam a inclusão, nestes parcelamentos, das diferenças apontadas pelo autuante em relação às citadas competências.

Conforme aduzido linhas acima, a decisão desta JJF referente a esta infração foi objeto de reforma pela 2ª CJF, por entender aquela Câmara de Julgamento Fiscal que: ...a redução acolhida pela Junta de Julgamento, através do voto do n.relator, porém mantida na Decisão, fica clara ao se analisar os valores indicados com vencimento nos meses de agosto/09 R\$18.217,28 e dezembro/09 R\$15.135,00, com aqueles que constam do Processo nº 6000000.0352/10-4 que originou o Parcelamento de Débito nº 277810-3 de 23/03/10, portanto, anterior a lavratura do presente Auto de Infração, o qual foi acolhido pelo autuante ao prestar a informação fiscal. Neste processo de parcelamento de débito, consta a inclusão do imposto devido referente ao mês de agosto/09 no valor de R\$21.937,63, superior ao autuado. Já em relação ao mês de dezembro/09, foi autuada a quantia de R\$15.135,00 enquanto o recorrente declarou através como devido do referido processo, a quantia de R\$9.894,37.

Efetivamente, incorreu em erro esta 1ª JJF ao decidir pela procedência integral deste item da autuação, haja vista que, conforme muito bem observado pelo ilustre Conselheiro/Relator da 2ª CJF, Carlos Fábio Cabral Ferreira, apesar de a redução do valor do débito ter sido acolhida pelo autuante ao prestar a informação fiscal e pela Junta de Julgamento foi mantida na Decisão.

De fato, a análise dos valores apontados no Auto de Infração com Data de Ocorrência de 31/08/2009 e 31/12/2009, no caso R\$18.217,28 e R\$15.135,00, respectivamente, com os valores que constam do Processo nº 6000000.0352/10-4 que originou o Parcelamento de Débito nº 277810-3 de 23/03/10, portanto, anterior ao início da ação fiscal - que se deu com a intimação do contribuinte em 09/07/2011, fl. 11 dos autos - permite constatar que, no referido processo de parcelamento de débito, consta a inclusão do ICMS devido referente ao mês de agosto/09 no valor de R\$21.937,63, portanto, superior ao valor autuado, assim como, em relação ao mês de dezembro/09, o valor declarado pelo contribuinte de R\$9.894,37, portanto, inferior ao valor autuado de R\$15.135,00.

Diante disso, descabe a exigência fiscal quanto ao valor de R\$18.217,28, referente ao mês de agosto/09, haja vista que o autuado efetuou o parcelamento do débito no valor de R\$21.937,63, portanto, acima do valor autuado, antes do início da ação fiscal.

Entretanto, no que concerne a exigência fiscal referente ao mês de dezembro/2009, no valor de R\$15.135,00, de fato, o autuado declarou através de parcelamento como devido do referido processo, o valor de R\$9.894,37, portanto, inferior ao valor do ICMS exigido na autuação, cabendo, desse modo, a exigência da diferença de R\$5.240,63, relativamente ao mês de dezembro de 2009.

Quanto à alegação defensiva atinente ao Processo nº 850000.0120/10-9, verifico que não pode ser acolhida, haja vista que, conforme muito bem observado pelo autuante na informação fiscal, se refere à infração distinta da exigida na autuação, já que a pertinente codificação nº 02.12.01, sendo correspondente a DMA - Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar o imposto declarado na DMA (Declaração e Apuração mensal do ICMS) e não à codificação 03.01.01 - Recolheu a menor ICMS decorrência de desencontro entre os valores do

imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS.

Relativamente à argumentação defensiva de que após a retificação do livro Registro de Apuração do ICMS, com a inclusão dos estornos de débitos que deixaram de ser lançados, observa-se que em relação ao exercício de 2008, em verdade, deixou de recolher o montante de R\$81.079,32, valor este objeto do parcelamento nº 876411-5, portanto, reconhecido, e no exercício de 2009, muito longe de efetuar o recolhimento insuficiente do imposto, na forma consignada no Auto de Infração, efetuou recolhimento muito superior ao quanto devido, sendo ao final credor do montante de R\$164.594,14, vale dizer na análise desta infração o mesmo que foi dito no exame da infração 01, pois se trata do mesmo argumento utilizado pelo autuado na tentativa de elidir aquele item da autuação.

Conforme mencionado no item anterior, a admissibilidade de estorno do débito fiscal somente ocorre quando não se tratar de valor constante no documento fiscal, consoante estabelece o art. 112 do RICMS/BA.

Em verdade, o procedimento pretendido pelo impugnante somente é admissível, nos casos de pagamento indevido em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação, o que não é caso, haja vista que, conforme consignando pelo próprio impugnante houve o destaque do imposto nas notas fiscais de saídas.

Nessa situação, o débito fiscal lançado a mais ou indevidamente, por não ser admissível o estorno, poderá ser objeto de pedido de restituição, na forma prevista no art. 73 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, abaixo reproduzido:

“Art. 73. Serão restituídas, no todo ou em parte, a quem provar haver assumido o encargo financeiro do tributo ou estiver expressamente autorizado por quem tiver suportado o ônus financeiro correspondente, as quantias pagas indevidamente relativas a tributo ou penalidade, observados os prazos de prescrição e decadência.”

Observe-se que o legislador estabeleceu que a restituição será feita a quem provar haver assumido o encargo financeiro do tributo ou estiver expressamente autorizado por quem tiver suportado o ônus financeiro correspondente as quantias pagas indevidamente relativas a tributo ou penalidade.

No caso em exame, em princípio, quem arcou com o ônus do tributo foi o destinatário da mercadoria constante na nota fiscal emitida pelo autuado com destaque do imposto, razão pela qual não pode este simplesmente efetuar o estorno de débito, sem estar expressamente autorizado por aquele. Certamente, pretendeu o legislador afastar a possibilidade de enriquecimento sem causa do contribuinte.

Ademais, não se pode perder de vista que o destaque do imposto na nota fiscal de saída permite ao destinatário, em princípio, utilizar o crédito fiscal, daí a necessidade de adoção dos procedimentos previstos no art. 73 do RPAF/99.

Desse modo, correta a exigência fiscal no que tange aos valores impugnados pelo autuado como objeto de inobservância de estornos de débitos.

Diante do exposto, esta infração é parcialmente subsistente no valor de ICMS devido de R\$143.194,99.

No que concerne à infração 03, verifico que não merece qualquer reparo o enquadramento realizado pelo autuante, haja vista que consta no Auto de Infração (fl. 2), descrita a infração com o seguinte teor: “Entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95 configurando-se, conforme previsão do § 6º do art. 708-B do RICMS-BA como não fornecimento de arquivo magnético implicando na multa capitulada no art. 42, da Lei nº 7.014/96, inc. XIII-A, alínea “j”.

Portanto, sob esse aspecto nenhum reparo merece o lançamento, inexistindo qualquer ofensa ao direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte.

Entretanto, observo que o arquivo magnético entregue pelo contribuinte deve ser submetido ao crivo de um programa Validador, a fim de se checar a consistência dos dados informados, nos termos do § 4º do art. 708-A do RICMS, sendo que o § 3º do art. 708-B prevê que o Fisco intime o contribuinte para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, fornecendo-se-lhe, no ato da intimação, uma Listagem-Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, e o § 5º concede o prazo de 30 dias úteis para que o contribuinte corrija arquivo magnético apresentado com inconsistência.

No presente caso, constato que a intimação de fl. 17 foi feita ao contribuinte para reapresentação de livros e documentos fiscais e reenvio de arquivos magnéticos, no prazo de 05 dias, sendo que, o contribuinte não foi intimado para fazer a correção das inconsistências, conforme determina o § 3º do art. 708-B, nem consta nos autos de que lhe foi fornecida a Listagem-Diagnóstico a que alude o referido dispositivo regulamentar.

Ademais, verifica-se que o lançamento na forma como foi efetuado cerceou o direito de defesa do contribuinte, tendo em vista que este na defesa apresentada diz que a multa fixa não foi aplicada, em razão de o descritivo fático não concluir pela falta de entrega dos documentos, sendo aplicada a multa de 1% isoladamente.

Em verdade, apesar de o Auto de Infração indicar na infração 03, apenas a multa de 1% isoladamente, verificar-se no Termo de Encerramento de Fiscalização lavrado pelo autuante no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências (fls. 102 a 113 dos autos), que este consignou à fl. 111, que o crédito tributário foi calculado com a cobrança do valor fixo de R\$ 1.380,00, por mês, mais 1% do valor das entradas contabilizadas em cada período de apuração.

Desta forma, resta claro que o lançamento na forma como realizado, também cerceou o direito de ampla defesa do contribuinte.

Diante do exposto, é o nulo o procedimento, por inobservância do devido procedimento legal na condução da ação fiscal.

Recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99.

Inconformado com a decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 393 a 404.

Em apertada síntese, inicialmente o contribuinte explica o que significa a expressão “*retratação da autuação*”, que utilizara em sua impugnação originária e fora alvo de controvérsias nos autos. Traz texto de jurista, explicita o uso da expressão no meio forense, e cita o artigo 529 do CPC, acerca de juízo de retratação facultado ao Juiz da Causa pela interposição de Agravo de Instrumento. Pontua a necessidade de cautela para que não incorra o preposto fiscal, ao prestar suas informações nos autos, no crime de injúria previsto no artigo 140 do Código Penal.

Discorre acerca da natureza jurídica do parcelamento, traçando linhas diferenciadoras da denúncia espontânea. Afirma ter quitado os débitos relativos a parte das Infrações 1 e 2, e argui suspensão da exigibilidade dos créditos fiscais referentes às competências de agosto, novembro e dezembro de 2009 (item 2 do Auto de Infração).

O contribuinte expõe que pediu parcelamento constante do PAF nº 206825.0064/11-1, relativo às Infrações 1 e 2, reconhecendo parcialmente a procedência dos débitos fiscais que discrimina em tabelas que elabora à fl. 401, reproduzidas a seguir:

Infração 01

Competência	Base de cálculo	Valor histórico	Valor reconhecido/parcelado
Abri/2008	R\$ 249.295,06	R\$ 42.380,16	R\$ 31.369,61
Julho/2008	R\$ 159.561,71	R\$ 27.125,49	R\$ 15.219,65
Agosto/2008	R\$ 129.082,47	R\$ 21.944,02	R\$ 12.962,31

Infração 02

Competência	Base de cálculo	Valor histórico	Valor reconhecido/parcelado
Setembro/2009	R\$ 224.421,53	R\$ 38.151,66	R\$ 30.509,16

Em relação à Infração 2 do Auto de Infração, cita o art. 151, inciso VI, do Código Tributário Nacional e aduz que em relação às competências de novembro e dezembro de 2009, nos valores respectivos de R\$53.324,39 e R\$15.135,00, ocorre suspensão da exigibilidade dos respectivos créditos fiscais por força da adesão aos parcelamentos constantes dos Processos Administrativos Fiscais nºs 600000.0352/10-4 (dezembro) e 850000.0120/10-9 (novembro), consoante cópias dos respectivos relatórios de débito que comprovam a inclusão, nestes parcelamentos, das diferenças apontadas pelo autuante em relação às citadas competências.

Em seguida afirma que, quanto às Infrações 1 e 2, teria recolhido ICMS em valores superiores àqueles lançados de ofício e que erros de escrituração no seu livro Registro de Apuração do ICMS levaram à equívoca conclusão de que deixara de recolher, ou recolhera a menor, o ICMS devido em suas operações comerciais.

Que na qualidade de substituto tributário, recolhe antecipadamente o ICMS na entrada das mercadorias em seu estabelecimento, gerando para si, consequentemente, direito ao respectivo

crédito fiscal quando da saída das mercadorias de seu estabelecimento.

Que inobstante a antecipação do ICMS na entrada de determinadas mercadorias, ele, autuado, de forma equivocada, destacou novamente o ICMS no momento da saída destas mercadorias, o que gerou, consequentemente, novo direito a crédito fiscal, na forma prevista no inciso VIII do art. 93 do RICMS/BA/97, que reproduz.

Que entretanto, por lamentável equívoco na escrituração dos seus livros fiscais, deixou de lançar o estorno de diversos débitos pagos indevidamente, levando o autuante à errônea conclusão de que não houvera recolhimento do ICMS, ou, quando o houvera, dera-se de forma insuficiente.

O recorrente elabora tabela à fl. 402 dos autos deste processo, na qual cita dados mensais de valor de ICMS a recolher originalmente escriturado em seu livro Registro de Apuração, estorno de débitos não lançados, valor de ICMS a recolher (ajustado), valor recolhido e saldo de ICMS a recolher total de ICMS a recolher, para 2008, no valor de R\$81.079,32, montante este que aduz já ser objeto do Parcelamento nº 876411-5 constante do PAF nº 206825.0064/11-1, e, portanto, reconhecido por ele, autuado.

Em relação ao exercício de 2009, afirma que a situação é distinta porquanto após a retificação dos dados fiscais para a inclusão dos estornos de débitos que deixaram de ser lançados, verificou que ele, autuado, ao invés de efetuar o recolhimento insuficiente do imposto, na forma consignada no Auto de Infração, teria efetuado recolhimento superior ao quanto devido, sendo ao final credor do montante de R\$164.594,14, consoante tabela que confecciona à fl. 403 dos autos, citando dados mensais de valor de ICMS a recolher (original), estorno de débitos não lançados, valor de ICMS a recolher (ajustado), valor recolhido saldo de ICMS a recolher.

Afirma que diante desses dados seria inexorável que, à exceção dos débitos reconhecidos pela empresa, bem como daqueles que foram objeto de parcelamentos anteriores, e, como tal, têm exigibilidade suspensa, seriam totalmente improcedentes as Infrações 1 e 2 da autuação.

O recorrente conclui requerendo seja dado integral provimento ao Recurso Voluntário para reformar a Decisão de primeira instância e julgar o Auto de Infração parcialmente procedente, afastando-se a cominação dos ilícitos fiscais tipificados nos Itens 1 e 2 da autuação, observando os valores já reconhecidos e inseridos no Parcelamento nº 876411-5, constante do PAF nº 206825.0064/11-1.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria José Ramos Coelho Sento-Sé, emite Parecer às fls. 409 a 411 aduzindo que o contribuinte reprisa, em sede de Recurso, o quanto já alegado na impugnação inicial acerca das imputações 1 e 2, e já apreciado pelo julgamento de primeira instância. Afirma que as imputações estão claras e alicerçadas na legislação tributária.

Aduz que a tese defensiva, quanto ao mérito, não encontra ressonância na legislação vigente, porque o autuado formulou pedido de parcelamento após o início da ação fiscal, sendo cabível a imposição de multa e demais acréscimos legais, uma vez que afastada a espontaneidade da denúncia da infração, devendo haver a homologação dos pagamentos já efetuados aos cofres públicos. Cita o artigo 138, parágrafo único, do CTN.

Expõe que no toca à argumentação relativa à inclusão dos estornos de débitos que deixaram de ser lançados, é importante esclarecer que a admissibilidade de estorno do débito fiscal somente ocorre quando não se tratar de valor constante no documento fiscal, consoante estabelecia o artigo 112 do RICMS/BA/97. Que conforme assinalado pelo Julgador de 1ª Instância, em princípio quem arcou com o ônus do tributo foi o destinatário da mercadoria constante na nota fiscal emitida pelo autuado com destaque do imposto, razão pela qual não pode este simplesmente efetuar o estorno de débito, sem estar expressamente autorizado por aquele.

Pontua que a alegação do contribuinte relativa à existência de parcelamentos de débitos protocolizados antes do início da ação fiscal já foi devidamente acatada pela Decisão de piso.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Trata-se de reexame necessário nos termos da alínea “a”, inciso I do artigo do RPAF/99, relativo às infrações 02 e 03 do Auto de Infração, e de Recurso Voluntário relativo às Infrações 01 e 02.

Analiso primeiro o Recurso de Ofício.

Em relação à Infração 2, a desoneração dá-se em razão de exclusão de parte dos valores lançados em decorrência de processo de parcelamento protocolizado pelo contribuinte antes de iniciada a ação fiscal em lide, em específico excluídos da exação o montante de R\$18.217,28 para o mês de agosto/2009 e de R\$9.8.94,37 para o mês de referência dezembro/2009, face à comprovação, pelo contribuinte, com a apresentação dos documentos de fls. 316 e 317, de que havia protocolizado no exercício de 2010, portanto antes de iniciada a ação fiscal objeto da lide, pedido de parcelamento de valor que foi, também alvo da presente exação. O autuante, à fl. 199 dos autos, reconhece que o contribuinte, embora não houvesse apresentado a comprovação de tal parcelamento no momento da realização da ação fiscal, apresentou a documentação comprobatória em sede de impugnação ao lançamento de ofício. Correta a exclusão parcial do débito em relação à Infração 2.

Quanto à Infração 3, igualmente não merece reparo a Decisão recorrida, posto que o procedimento fiscal adotado não se estriba em qualquer base normativa.

A informação do autuante (fls. 327 a 332 dos autos) no sentido de que em operação de monitoramento, em momento anterior à ação fiscal ora em análise, o contribuinte fora avisado da necessidade de enviar os arquivos magnéticos retificados a esta SEFAZ, em nada contribui para amparar a presente ação fiscal.

A intimação citada pelo autuante como tendo sido enviada via telegrama, identificada à fl. 102 dos autos, pelo Fisco, sob código “MZ233728344”, não se encontra nos autos e, ademais, não há comprovação de entrega da necessária listagem diagnóstico ao sujeito passivo, para que o mesmo soubesse sequer qual a correção que deveria, porventura, realizar nos arquivos magnéticos já enviados a esta SEFAZ/BA.

Assinalo que no Termo de intimação de fl. 17, este sim expedido na ação fiscal que culmina com a lavratura do Auto de Infração alvo deste processo, não consta qualquer especificação quanto ao período a que se referiria a exigência de envio dos arquivos magnéticos a esta SEFAZ. O Fisco, nesse documento de fl. 17, exige apenas que o contribuinte efetue as correções “*que se fizerem necessárias, nos arquivos magnéticos e reenvia-los, via internet, à SEFAZ/BA*”.

Nula de pleno direito a exigência fiscal identificada como “Infração 03” por enquadrar-se o fato na hipótese normativa do artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Voto pelo Improvimento do Recurso de Ofício.

Passo à análise do Recurso Voluntário, que tem por objeto as imputações 1 e 2.

Não merece amparo a tese recursal no que tange ao requerimento para exclusão dos valores dos itens 1 e 2 do Auto de Infração.

Tal como já dito na Decisão de piso, e no Parecer PGE/PROFIS acostado aos autos, o fato de o contribuinte ter reconhecido parte das acusações e ter promovido o pagamento do débito tributário respectivo, ou ter pedido o parcelamento deste débito, não tem o condão de excluir a incidência de multa e dos acréscimos legais incidente sobre o débito alvo do levantamento fiscal.

Não há dúvida acerca da diferença entre denúncia espontânea e parcelamento.

O pedido de parcelamento, nos termos do disposto no art. 1º, parágrafo 1º, inciso I, do Decreto Estadual nº 8.047/2001, implica confissão da dívida, e a denúncia espontânea também, porém para que caracterize-se a espontaneidade é imprescindível que o ato de declarar o débito à Fazenda Pública ocorra antes de iniciado a atividade de controle, pelo Poder Público, relativamente ao

cumprimento das obrigações tributárias acessórias e principal pelo contribuinte. Em ambos, denúncia espontânea e pedido de parcelamento, há a confissão, o reconhecimento da existência de débito tributário, porém apenas a denúncia espontânea, poupando à máquina administrativa a necessidade de ação fiscal para apuração do débito, impediria a imposição de multa.

Por conseguinte, em tendo o contribuinte ingressado com pedido de parcelamento do débito após o início da ação fiscal, cabe à SEFAZ/BA apenas homologar o quanto já recolhido, quando da quitação do crédito tributário ora reclamado.

Por outro aspecto, embora o contribuinte argua equívoco de escrituração fiscal para justificar suposto desencontro entre o débito ficto e o débito real, nada resta comprovado nos autos a respeito e, ainda que plausivelmente existam estes equívocos confessados pelo sujeito passivo, de fato resta impossível proceder a estorno de débito durante a presente lide, nesta instância administrativa, devendo os procedimentos a respeito serem adotados nos termos do artigo 73, e seguintes, do RPAF/99.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, devendo ser homologados, pelo setor competente desta SEFAZ/BA, os valores já recolhidos, e intimado o contribuinte para pagar o montante remanescente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206825.0064/11-1, lavrado contra **S&M DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$248.987,69, acrescido das multas de 50% sobre R\$105.792,70 e de 60% sobre R\$143.194,99, previstas no art. 42, incisos I, "a", II, "b", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS