

A. I. N° - 298938.0602/13-0  
AUTUADO - VAGNER ARAÚJO CARNEIRO DE CONCEIÇÃO DO COITÉ  
AUTUANTE - WELLINGTON MATOS DOS SANTOS  
ORIGEM - INFRAZ SERRINHA  
INTERNET - 19/10/2015

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0208-03/15**

**EMENTA:** ICMS. 1. ARQUIVO MAGNÉTICO. **a)** ENTREGA FORA DO PRAZO. **b)** FALTA DE FORNECIMENTO DE ARQUIVOS. **c)** INFORMAÇÕES PRESTADAS COM DADOS DIVERGENTES DOS CONSTANTES NOS DOCUMENTOS FISCAIS CORRESPONDENTES. **d)** FALTA DE APRESENTAÇÃO. A falta de fornecimento de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, ou sua entrega com omissão de dados, ou sendo informados dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, sujeita o contribuinte ao pagamento de multa. Infrações subsistentes. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração não impugnada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Infração subsistente. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias tributáveis não escrituradas, e 1% sobre o valor comercial daquelas que não estão sujeitas a tributação. Os cálculos foram feitos para excluir as notas fiscais comprovadas pelo autuado. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 28/06/2013, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$70.083,87, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – 16.12.19: Forneceu arquivos magnéticos fora dos prazos previstos pela legislação, enviados pela internet através do programa validador Sintegra, dos meses de janeiro a maio de 2012. Aplicada multa de R\$1.380,00 em cada mês, totalizando R\$6.900,00.

Infração 02 – 16.12.20: Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado pela internet através do programa de Transmissão Eletrônica de Dados (TED). Omissão de entrega do arquivo, nos meses de junho a dezembro de 2012. Aplicada multa de R\$1.380,00 em cada mês, totalizando R\$9.660,00.

Infração 03 – 16.12.25: Forneceu arquivos magnéticos enviados pela internet através do programa validador Sintegra com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes, nos meses de janeiro, março e abril de 2012. Valor do débito: R\$1.431,19.

Infração 04 – 16.12.15: Deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, nos meses de junho a dezembro de 2012. Aplicada multa de 1% sobre o valor das operações de saídas, totalizando R\$7.156,24.

Infração 05 – 07.15.01: Falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, para fins de comercialização, no mês de abril de 2012. Valor do débito: R\$569,83. Multa de 60%.

Infração 06 – 07.01.01: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas do regime de substituição tributária, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA, nos meses de setembro a dezembro de 2012. Valor do débito: R\$30.762,18. Multa de 60%.

Infração 07 – 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro e de setembro a dezembro de 2012. Aplicada multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$12.334,54.

Infração 08 – 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a junho, novembro e dezembro de 2012. Aplicada multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$1.269,89.

O autuado apresentou impugnação às fls. 160 a 167 do PAF. Quanto à primeira infração, alega que o objetivo maior das obrigações acessórias, no caso em tela, os registros que tratam do SINTEGRA, é auxiliar na identificação do crédito tributário em favor do Estado. Dessa forma, ao penalizar o fato principal (Infração 01) e penalizar fatos que decorrem do principal (Infração 03), entende que este excesso estaria sendo aplicado de forma desproporcional e sem razoabilidade, afastando-se do objetivo maior.

Afirma que, aplicando de forma analógica, existem decisões de tribunais federais que reconhecem o fato como uma situação imprópria. Neste sentido, transcreve ementa de uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, TJ-SP - Apelação APL 9161255332008826 SP 9161255-33.2008.8.26.0000 (TJ-SP), e pede a improcedência da infração 01.

Quanto à infração 02, alega que o autuante, ao penalizar o contribuinte por não entregar os arquivos magnéticos e em seguida penalizar por ter deixado de fornecer os arquivos (Infração 04), aplicando um percentual sobre as operações ou prestações realizadas, neste instante, utiliza o mesmo fato gerador (não entrega de arquivos), penalizado duplamente a mesma situação fática.

Salienta que ao penalizar o mesmo fato em duplicidade, o que não é permitido, ocorre o fenômeno "*Bis In Idem*", impróprio para o mundo tributário. Sobre esta matéria, cita ensinamentos do Prof. Eduardo Sabbag, e apresenta o entendimento constante no Processo AC 411365 PE 2002.83.00.013649-6, transcrevendo a ementa. Pede a improcedência desta infração.

Sobre a infração 06, o defendant alega que a descrição da infração foi efetuada de forma equivocada, ao atribuir mercadorias sujeitas a substituição tributária descritas nos anexos 88 e 89,

vinculados ao RICMS-BA/97, Decreto nº 6.284 de 14 de março de 1997, já revogado através do Decreto nº 13.780/12, desta maneira ensejando de forma clara a nulidade da infração.

Caso não seja acatado o pedido de nulidade o defendente discute os motivos de sua insatisfação. Diz que a exigência fiscal se refere a aquisições feitas no decorrer do exercício 2012, exclusivamente junto à empresa STO Atacadista Distribuidor de Produtos Alimentícios Ltda., CNPJ 03.932.949/0001-18, conforme DANFEs de números: 570450, 578290, 584501, 584502, 584503, 592672, 592673, 592674, 592675, 592676, 592677, 592678, 604685, 618786, respectivamente nos anexos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 e 14. Afirma que em momento algum adquiriu as mercadorias constantes no corpo dos mencionados DANFEs e, desta maneira, entende não ser justo a cobrança de tributos sobre bens que não adquiriu.

Ressalta que o autuante chegou a expedir intimação requisitando da empresa informações sobre a entrega e/ou pagamento das respectivas mercadorias conforme doc. anexo nº 15, e até o presente momento a mesma não apresentou documentação alguma provando a relação comercial. Entende que está caracterizada a má fé da empresa em emitir de forma irresponsável as citadas notas fiscais, e acrescenta que o ônus da prova cabe a quem acusa, no caso o autuante, através da sua intimação não atendida, o que reforça a justificativa de não ter sido recolhido o imposto. Pede a improcedência desta Infração.

Quanto à infração 07, alega que parte da cobrança é indevida, porque algumas notas fiscais que indicou foram registradas de forma tempestiva e outras de forma intempestiva em sua escrita fiscal, conforme demonstrativo que elaborou.

Com relação às notas fiscais emitidas pela empresa STO Atacadista Distribuidor de Produtos Alimentícios Ltda., CNPJ 03.932.949/0001-18, que constam nas datas de ocorrência 30/09/2012, 31/10/2012, 30/11/2012 e 31/12/2012, referentes aos DANFEs de números: 570450, 578290, 584501, 584502, 584503, 592672, 592673, 592674, 592675, 592676, 592677, 592678, 604685, 618786, respectivamente nos anexos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 e 14, já justificados, solicita a improcedência da infração pelos motivos expostos na infração 06. Dessa forma, impugna parcialmente a infração no valor de R\$ 10.657,54 reconhecendo o saldo restante R\$ 1.677,00.

Em relação à infração 08, alega que parte da cobrança é indevida, porque algumas notas fiscais que indicou foram registradas de forma tempestiva e outras de forma intempestiva em sua escrita fiscal, conforme demonstrativo que elaborou. Pede a improcedência parcial desta Infração.

Por fim, o defendente pede que seja declarada a nulidade parcial do presente Auto de Infração, no valor de R\$ 59.138,95.

Conforme demonstrativo à fl. 168 o defendente reconhece como devidos os valores apurados nas infrações 03, 04 e 05 e pede a procedência parcial das infrações 07 e 08. Impugnou a integralidade dos valores exigidos nas infrações 01, 02 e 06.

A informação fiscal foi prestada por Auditor Fiscal estranho ao feito às fls. 193 a 196 dos autos, dizendo que o presente Auto de Infração foi lavrado pelo Auditor Fiscal Wellington Matos dos Santos, cadastro nº. 13.298938-8, devidamente registrado no dia 28 de junho de 2013. Que o processo encontrava-se em mãos do autuante para a produção da informação fiscal quando ocorreu o seu falecimento. Com base nos artigos 127, § 2º e 131, Inciso V, “a”, do RPAF/BA, Decreto nº 7.629/99, a supervisão da INFRAZ Serrinha designou o Auditor Fiscal Carlos Antonio Alves Nunes, cadastro nº 13.232957-0 para realização da informação fiscal, conforme abertura da Ordem de Serviço nº. 509412/13, datada de 23 de outubro de 2013.

O preposto fiscal informou que após análise e verificação minuciosa em todas as peças contidas no PAF, concorda parcialmente com a impugnação apresentada. Diz que foram apuradas oito infrações cometidas pelo Contribuinte no período fiscalizado, de 01/01/2012 a 31/12/2012, todas bem fundamentadas, com fato gerador, base de cálculo e alíquota do ICMS definidos. Informa que o autuado, em sua defesa, reconhece como devida a infração nº 03, no valor de R\$ 1.431,19, a

de nº 04, no valor de R\$ 7.156,24 e a de nº 05, no valor de R\$ 569,83; acata parcialmente a infração de nº 07, no valor de R\$ 1.677,00 e a de nº 08, o valor de R\$ 110,66, totalizando R\$ 10.944,92. Diverge totalmente da infração nº 01, no valor de R\$ 6.900,00, da nº 02, no valor de R\$ 9.660,00 e da nº 06 no valor de R\$ 30.762,18; parcialmente da nº 07, no valor de R\$ 10.657,54 e da nº 08, no valor de R\$ 1.159,23, totalizando R\$ 59.138,95, e na conclusão solicita a nulidade parcial do auto de infração porque na sua concepção é “uma cobrança injusta e indevida” (fl. 167, do PAF).

O preposto fiscal faz uma síntese das alegações defensivas e diz que a falta de entrega do arquivo magnético, sua apresentação incompleta e ainda o envio dele fora do prazo estabelecido pela legislação, além de criar embaraço a realização da aplicação de roteiros de auditorias fiscais também dificultam e impedem os controles fiscais realizados pelo erário.

Se o contribuinte não faz a entrega dos arquivos magnéticos ou deixa de entregá-los dentro dos prazos estabelecidos na legislação, o entendimento do CONSEF através de reiteradas decisões é no sentido de que é devida a multa prevista na alínea “j”, Inciso XIII-A, do Artigo 42, da Lei 7.014/96. Afirma que as multas foram aplicadas corretamente, por se tratarem de descumprimento de obrigações acessórias e de terem naturezas distintas, estando devidamente previstas na legislação do ICMS. E por se tratar de obrigação acessória mensal e tendo origem nos dados obtidos na apuração do ICMS, assim como o seu respectivo registro de entrada e saída de mercadorias, é também apurado e informado ao fisco mensalmente.

No que se refere à infração nº 06 diz que a defesa insinua a nulidade da infração pelo simples fato de o texto contido do SEAI fazer referência aos anexos 88 e 89. Afirma que, de fato, com o advento do novo RICMS/BA, Decreto nº 13.780/12, em vigor a partir de 01/04/2012, o Decreto 6.284/97 juntamente com os anexos 88 e 89 foram revogados e substituídos integralmente pelo Anexo 01. Contudo, fatos geradores ocorridos até 31/03/12 estão sob a sua égide, e por ainda constar na descrição da infração nº 06 a menção aos anexos 88 e 89 não invalida a ocorrência dela. Observa que não houve por parte do autuante cometimento de engano ao fundamentar a descrição dos fatos, que fora baseado conforme o texto descrito no SEAI, e o mais importante é que no enquadramento e na tipificação da multa aplicada existe coerência com a nova legislação do ICMS.

Quanto ao argumento do deficiente de que não adquiriu “em momento algum” mercadorias junto à empresa STO Atacadista Distr. de Prod. Alim. Ltda., e que o autuante o intimou a fornecer as cópias dos documentos fiscais e indicar as formas de pagamento, e que não fora atendido, esclarece que, realmente, a solicitação ocorreu, através de intimação pela Inspetoria Fazendária de Serrinha, por se tratar de um procedimento de circularização junto a fornecedores, normalmente utilizado pelos prepostos fiscais quando da execução de uma ação fiscal.

Informa que na lavratura no Auto de Infração em questão, a exigência da infração nº 06 originou-se da falta de recolhimento de ICMS por antecipação decorrente de compras de bebidas quentes (vodca, vermute, uísque, aguardente, genebra e conhaque) oriundas do Distrito Federal e elencadas nos Anexos 88 e 89 do Regulamento do ICMS anterior e no Anexo 01 do atual. As mercadorias são totalmente compatíveis com a atividade econômica principal do autuado. Os documentos fiscais não escriturados nos livros fiscais próprios do estabelecimento são originários do Sintegra e NF-e, e constitui um ato administrativo que até prova em contrário, presume-se considerado legal, por isso, deve ser mantido. Diante dos fortes indícios e das robustas provas apensadas ao processo, entende que ficou evidenciado o cometimento da infração e justificado o procedimento aplicado pelo autuante.

Ressalta que o ato administrativo é um ato jurídico, que decorre do exercício da função administrativa. O autuante, que representa a Administração Pública, não tem o ônus de provar que seus atos são legais e a situação que gerou a necessidade de sua prática verdadeiramente existiu, cabendo ao destinatário do ato, no caso o estabelecimento autuado, a obrigação de provar que o agente administrativo agiu de forma ilegítima.

Afirma que além das cópias dos documentos fiscais provenientes dos Sistemas da SEFAZ, os dados inseridos nos relatórios do Sintegra (Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços) se encontram disponíveis e hospedados num ambiente nacional de controle rígido e confiável e são pacificamente considerados como meio de prova para todos os efeitos legais. Diz ser entendimento pacífico de que, a partir do relatório do Sintegra, ocorre uma inversão do ônus da prova, que antes pertencia ao Fisco e agora é transferido para o contribuinte, que se desejar poderá providenciar medidas judiciais cabíveis para processar o suposto fornecedor das mercadorias que porventura não adquiriu.

No tocante à infração nº 07, diz que a defesa reconhece como procedente apenas o valor de R\$ 1.677,00 e contesta a importância de R\$ 10.657,54, proveniente da multa de 10% aplicada sobre as compras de mercadorias não registradas constantes nos documentos fiscais emitidos pela empresa STO Atacadista Distr. de Prod. Alim. Ltda., localizada em Brasília, Distrito Federal, no montante de R\$ 106.575,36. Informa que o autuado alegou, em sua diminuta justificativa, que não houve as aquisições das mercadorias que entende “não ser justo a cobrança de tributos sobre bens que de fato não adquirimos”. Pelos mesmos motivos já sustentados anteriormente, o Auditor Fiscal estranho ao feito, entende que também deve ser mantida integralmente a infração nº 07 no valor original de R\$ 12.334,54.

Quanto à infração nº 08, no valor de R\$ 1.269,89, informa que tem razão a defesa ao impugná-la parcialmente (fls. nº 165 e 166, do PAF). Afirma que, de fato, parte das notas fiscais contestadas consta registrada nos livros registros de entradas do estabelecimento autuado. Por isso, foram retiradas da autuação as NFs de números 32655, 12391, 101611 e 22648 (fls. nº 101, 113, 123, anexadas pelo autuante e 185 a 187, juntadas pelo autuado, ao PAF) que, comprovadamente, constam devidamente escrituradas nos livros fiscais próprios do estabelecimento autuado no exercício 2012 e as de números: 60638, 2047, 75379, 92713, 93101, 93580, 18348, 33015, 37075, 28301, 94787, 94808, 94813 e 95311 que, embora adquiridas em 2012, foram tempestivamente registradas nos registros de entradas de mercadorias nos meses de janeiro e fevereiro de 2013 (fls. nº. 188 a 190, do PAF). Também informa que confeccionou um novo demonstrativo retirando o montante de R\$ 1.159,23, decorrente do somatório de todos os documentos fiscais descritos anteriormente, que correspondem a uma base de cálculo no valor de R\$ 115.923,70, multa formal aplicada na autuação de 1%, restando, portanto, como devida na infração nº 08 a quantia de R\$ 110,66.

Pelas razões e argumentos expostos, ficou modificado o débito apurado no presente Auto de Infração no valor histórico de R\$ 70.083,87 para R\$ 68.924,64, depois de alterado o valor da infração nº 08, na parte acatada pelo Auditor Fiscal estranho ao feito, que passa do valor de R\$ 1.269,89 para R\$ 110,66, conforme novo demonstrativo anexado ao PAF.

À fl. 210 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem, solicitando que Auditor Fiscal estranho ao feito designado pela autoridade competente adotasse as seguintes providências:

1. Quanto à infração 06, entregasse ao defendanté cópias dos documentos fiscais às fls. 44 a 57, onde consta Chave de Acesso, permitindo o autuado confirmar a efetiva existência da NF-e através do Ambiente Nacional (RFB) ou no site da SEFAZ na internet. Que fosse concedido o prazo de dez dias para o autuado comprovar o pagamento do imposto, cancelamento da NF-e, retorno ou devolução das mercadorias. Que excluisse do levantamento fiscal os documentos fiscais comprovados.
2. Em relação à infração 07, intimasse o defendanté para apresentar o livro Registro de Entradas e excluisse do levantamento fiscal as notas fiscais que fossem escrituradas na época própria.

Também foi solicitado que a Inspetoria Fiscal entregasse ao autuado cópia de todos os elementos que fossem anexados aos autos em cumprimento à diligência fiscal, mediante recibo firmado pelo contribuinte ou seu representante legal, com a indicação do prazo de dez dias para o autuado se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos.

Consta à fl. 216 “Justificativa para a Intimação expedida por Maria Magnólia Santiago”, onde o defensor ratifica a alegação de que não adquiriu as mercadorias constantes no corpo dos seguintes DANFEs 570450, 578290, 584501, 584502, 584503, 592672, 592673, 592674, 592675, 592676, 592677, 592678, 604685, 618786. Informa que não tem como apresentar comprovante de pagamento do imposto, cancelamento da NF-e, retorno ou devolução das mercadorias.

Lembra que o autuado chegou a expedir intimação requisitando da empresa STO Atacadista Distribuidor de Produtos Alimentícios Ltda., informações sobre a entrega e/ou pagamento das respectivas mercadorias, e não foi apresentada qualquer documentação provando a relação comercial. Entende que ficou caracterizada a má fé da empresa ao emitir, de forma irresponsável, os citados DANFEs.

Nova informação fiscal foi prestada por estranho ao feito às fls. 220/221, dizendo que foi efetuada intimação do autuado para apresentar o livro Registro de Entradas de 2013, tendo em vista que o livro de 2012 já se encontra no PAF. Foi realizada entrega de cópias dos documentos constantes nas fls. 44 a 57, conforme intimação à fl. 214.

Quanto à infração 06, foi informado que os documentos apresentados pelo defensor foram analisados, bem como a justificativa para a intimação, concluindo que, ante a declaração do contribuinte, fica mantida a integralidade desta infração, conforme levantamento fiscal originalmente realizado.

Sobre a infração 07, após análise da cópia do livro Registro de Entrada de 2012, já existente no PAF, e do livro de 2013, ora apresentado pelo defensor, foi constatado o seguinte: a) todas as NF-e constantes da infração não se encontram escrituradas durante o exercício de 2012; b) a NF-e nº 776, integrante da infração não se encontra escriturada em 2012, nem durante o exercício de 2013, assim como as NF-e de números 570450, 578290, 584501, 584502, 584503, 592672, 592673, 592674, 592675, 592676, 592677, 592678, 604685, 618786, cuja falta de registro está informada pelo contribuinte através da Justificativa à fl. 216; c) a NF-e nº 205 aparece escriturada em 01/07/2013 (fl. 26 do livro nº 04), ou seja, após a lavratura do Auto de Infração, que ocorreu em 28/06/2013. A conclusão é pela manutenção desta infração, de acordo com os demonstrativos originalmente elaborados pelo autuado.

O defensor foi intimado sobre o resultado da diligência fiscal, conforme intimação e Aviso de Recebimento às fls. 278 e 280. Decorrido o prazo concedido, não houve qualquer manifestação.

## VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O autuado alegou que em relação à infração 02, o autuado ao penalizar o contribuinte por não entregar os arquivos magnéticos e em seguida (Infração 04) penalizar por ter deixado de fornecer os arquivos, aplicando um percentual sobre as operações ou prestações realizadas, neste instante, utiliza o mesmo fato gerador (não entrega de arquivos), dessa forma penalizado duplamente a mesma situação fática.

Observo que na infração 02 foi aplicada multa pela falta de envio dos arquivos magnéticos por meio da internet. Na infração 04, o contribuinte foi intimado e deixou de fornecer os referidos arquivos magnéticos relativos ao mesmo período, junho a dezembro de 2012.

Conforme estabelece o art. 259 do RICMS-BA/2012, “O usuário de SEPD está obrigado a enviar arquivo eletrônico à SEFAZ, atendendo as especificações técnicas estabelecidas no Convênio

ICMS 57/95, e mantê-lo pelo prazo decadencial, contendo as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos fiscais recebidos ou emitidos por qualquer meio, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no período de apuração”.

Por outro lado, o art. 261 desse mesmo Regulamento prevê: “Sempre que for intimado, o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético ..., no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação”,

Neste caso, ficou caracterizado que o autuado cometeu duas irregularidades, qual seja, a falta de envio dos arquivos, o que deveria ter sido feito no prazo regulamentar (§ 12 do art. 259); e cometeu outra irregularidade pela falta de atendimento à intimação para fornecer esses arquivos magnéticos. Neste caso, não se trata da mesma situação fática, como entendeu o defendant.

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

No mérito, a infração 01 trata do fornecimento de arquivos magnéticos fora dos prazos previstos pela legislação, enviados pela internet através do programa validador Sintegra, nos meses de janeiro a maio de 2012, sendo aplicada multa de R\$1.380,00 em cada mês, totalizando R\$6.900,00.

Infração 02: Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado pela internet através do programa de Transmissão Eletrônica de Dados (TED). Omissão de entrega do arquivo, nos meses de junho a dezembro de 2012. Aplicada multa de R\$1.380,00 em cada mês, totalizando R\$9.660,00.

Infração 03: Forneceu arquivos magnéticos enviados pela internet através do programa validador Sintegra com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes, nos meses de janeiro, março e abril de 2012, totalizando R\$1.431,19, conforme demonstrativo à fl. 24 do PAF.

Infração 04: Deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, nos meses de junho a dezembro de 2012. Aplicada multa de 1% sobre o valor das operações de saídas, totalizando R\$7.156,24. Demonstrativo à fl. 25 do PAF.

O RICMS/BA estabelece a obrigatoriedade de o contribuinte utilizar sistema eletrônico de processamento de dados, e o usuário de SEPD está obrigado a enviar arquivo eletrônico à SEFAZ, atendendo as especificações técnicas estabelecidas no Convênio ICMS 57/95, e mantê-lo pelo prazo decadencial, contendo as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos fiscais recebidos ou emitidos por qualquer meio, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no período de apuração.

Observo 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, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas. conforme § 6º do art. 708-A do RICMS-BA/97 e § 16 do art. 259 do RICMS-BA/2012.

No caso em exame, após a constatação de inconsistências, o contribuinte foi intimado a apresentar os arquivos com a necessária correção, no prazo de trinta dias, tendo sido indicadas as irregularidades encontradas, na intimação de fl. 26.

Em sua impugnação, o autuado não nega a falta de entrega dos arquivos magnéticos retificados, alegando, quanto à infração 02, que o autuante penalizou o contribuinte por não entregar os arquivos magnéticos e, em seguida, na infração 04, também penalizou por ter deixado de fornecer

os arquivos, aplicando um percentual sobre as operações ou prestações realizadas, utilizando o mesmo fato gerador (não entrega de arquivos). Dessa forma, penalizado duplamente a mesma situação fática.

Conforme estabelece o art. 42, inciso XIII-A, alínea “J” da Lei 7.014/96, deve-se exigir a multa de R\$ 1.380,00 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 serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo.

Não acato o entendimento do autuado, haja vista a falta de entrega do arquivo magnético ou a sua apresentação incompleta impede a realização de auditorias fiscais e dos controles fiscais, não permitindo apurar se o imposto recolhido pelo contribuinte corresponde ao efetivo movimento de mercadorias e serviços com incidência do ICMS.

Não há dúvida de que o autuado não enviou os arquivos magnéticos ou entregou com inconsistências, e quando intimado não atendeu à intimação, não regularizou os mencionados arquivos e as inconsistências não foram corrigidas. Portanto, se foram constatadas inconsistências, a fiscalização intimou o contribuinte apontando essas irregularidades encontradas, houve a concessão do prazo, mediante intimação, e mesmo assim, não houve a necessária regularização, deve ser aplicada a multa de 1% sobre o valor das saídas, conforme previsto na legislação, independentemente da aplicação da multa de R\$1.380,00 em cada período de apuração.

Por outro lado, de acordo com o art. 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei 7.014/96, a falta de fornecimento de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, ou sua entrega com omissão de dados, ou sendo informados dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, sujeita o contribuinte ao pagamento da multa de 5% do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas, não podendo ser superior a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período. Portanto, a multa é calculada sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências.

Considerando que o procedimento fiscal foi efetuado observando os requisitos estabelecidos na legislação, inclusive, quanto à necessidade de intimação específica ao contribuinte para a necessária correção dos arquivos, ou seja, após a constatação de inconsistências o contribuinte foi intimado para que fossem providenciados os novos arquivos a salvo das incorreções. Se as inconsistências não foram resolvidas, equivale à falta de entrega dos arquivos. Assim, concluo que está correta a exigência fiscal, estando as multas aplicadas de acordo com a previsão legal. Mantidas as exigências fiscais das infrações 01 a 04.

Conforme demonstrativo à fl. 168 o defendant reconhece como devidos os valores apurados nas infrações 03, 04 e 05 e pede a procedência parcial das infrações 07 e 08. Dessa forma, considero procedentes os itens não impugnados, haja vista que inexiste lide a ser decidida.

Infração 06: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas do regime de substituição tributária, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA, nos meses de setembro a dezembro de 2012. Demonstrativo à fl. 43 do PAF.

Observo que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente,

e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar.

O defensor alegou que a descrição da infração foi efetuada de forma equivocada, ao atribuir mercadorias sujeitas a substituição tributária descritas nos anexos 88 e 89, vinculados ao RICMS-BA/97, Decreto nº 6.284 de 14 de março de 1997, já revogado através do Decreto nº 13.780/12, desta maneira ensejando de forma clara a nulidade da infração.

Embora o autuante tenha se equivocado quanto ao enquadramento legal, concordo com a informação fiscal prestada por Auditor Fiscal estranho ao feito, de que a exigência fiscal originou-se da falta de recolhimento de ICMS por antecipação decorrente de compras de bebidas quentes mercadorias elencadas no Anexo 88 do RICMS/BA anterior e no Anexo 01 do atual Regulamento. As mercadorias são totalmente compatíveis com a atividade econômica principal do defensor, a descrição dos fatos foi efetuada de forma compreensível, e o mais importante é que a tipificação da multa aplicada é coerente com a nova legislação do ICMS. Ademais, não implica nulidade da autuação caso exista erro de indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99.

O defensor também alegou que, não sendo acatado o pedido de nulidade, discute os motivos de sua insatisfação. Diz que a exigência fiscal se refere às aquisições feitas no decorrer do exercício 2012, exclusivamente junto à empresa STO Atacadista Distribuidor de Produtos Alimentícios Ltda., CNPJ 03.932.949/0001-18, conforme DANFEs de números: 570450, 578290, 584501, 584502, 584503, 592672, 592673, 592674, 592675, 592676, 592677, 592678, 604685, 618786, respectivamente nos anexos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 e 14. Afirma que em momento algum adquiriu as mercadorias constantes no corpo dos mencionados DANFEs, desta maneira, entende não ser justo a cobrança de tributos sobre bens que não adquiriu.

Trata-se de exigência do imposto apurado em Nota Fiscal Eletrônica - NF-e, e no demonstrativo elaborado pelo autuante constam os dados relativos ao número de cada nota fiscal objeto da autuação, data, Unidade da Federação, valor das mercadorias, base de cálculo, valor do imposto destacado na nota fiscal, imposto apurado e a recolher.

Na informação fiscal foi comentado que em relação ao argumento do defensor de que não adquiriu "em momento algum" mercadorias junto à empresa STO Atacadista Distr. de Prod. Alim. Ltda., e que o autuante o intimou a fornecer as cópias dos documentos fiscais, as formas de pagamento, e que não fora atendido, realmente a solicitação ocorreu, através de intimação pela Inspetoria Fazendária de Serrinha, por se tratar de um procedimento de circularização junto a fornecedores, normalmente utilizado pelos prepostos fiscais quando da execução de uma ação fiscal.

Quanto à intimação efetuada por esta SEFAZ e não atendida pelo fornecedor, por se tratar de contribuinte de outro Estado, não há como a fiscalização deste Estado aplicar penalidade pelo não atendimento à intimação.

Concluo pela procedência deste item da autuação fiscal, conforme os demonstrativos elaborados pelo autuante haja vista que, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar.

Infração 07: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro e de setembro a dezembro de 2012. Aplicada a multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$12.334,54. Demonstrativos às fls. 58/59 do PAF.

O defensor alegou que parte da cobrança é indevida, porque algumas notas fiscais que indicou foram registradas de forma tempestiva e outras de forma intempestiva em sua escrita fiscal, conforme demonstrativo que elaborou.

Com relação às notas fiscais emitidas pela empresa STO Atacadista Distribuidor de Produtos Alimentícios Ltda., CNPJ 03.932.949/0001-18, que constam nas datas de ocorrência 30/09/2012, 31/10/2012, 30/11/2012 e 31/12/2012, referentes aos DANFs de números: 570450, 578290, 584501, 584502, 584503, 592672, 592673, 592674, 592675, 592676, 592677, 592678, 604685, 618786, respectivamente nos anexos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 e 14, já justificados, solicita a improcedência da infração pelos motivos expostos na Infração 06. Dessa forma, impugna parcialmente a infração no valor de R\$ 10.657,54 reconhecendo o saldo restante R\$ 1.677,00.

Quanto ao argumento do autuado de que não adquiriu as mercadorias, constato que o emitente do documento fiscal objeto da autuação pode ser identificado por meio do DANFE e respectiva chave de acesso. Neste caso, se houve utilização indevida de dados cadastrais pelo fornecedor, o destinatário (autuado), visando se ressarcir de danos morais e materiais, pode acionar judicialmente o fornecedor, haja vista que o remetente das mercadorias poderá ser obrigado a ressarcir o dano moral pela utilização indevida da razão social e dados cadastrais do destinatário, além de ser obrigado ao pagamento ao valor exigido no Auto de Infração, ficando caracterizada a prática de crime contra a ordem tributária, sujeitando-se ao devido processo penal a ser movido pelo Estado.

A alegação defensiva não pode ser acolhida, uma vez que ficou caracterizada a infração relativa à entrada neste Estado de mercadorias sem o devido pagamento do imposto, e este CONSEF tem decidido, de forma reiterada, que as notas fiscais referentes a mercadorias destinadas a um contribuinte constituem prova da realização de operações de aquisição pelo destinatário, inexistindo necessidade de a fiscalização acostar aos autos outras provas. A existência das referidas notas fiscais eletrônicas é considerada prova suficiente da realização das operações e de suas aquisições pelo destinatário, salvo prova em contrário, as quais devem ser produzidas pelo contribuinte, no sentido de destituir a exigência fiscal. Ou seja, as notas fiscais obtidas pela fiscalização deste Estado indicam que as mercadorias circularam no território baiano.

Na última diligência fiscal realizada, foi informado que, após análise da cópia do livro Registro de Entrada de 2012, já existente no PAF, e do livro de 2013, ora apresentado pelo defensor, foi constatado o seguinte: a) todas as NF-e constantes da infração não se encontram escrituradas durante o exercício de 2012; b) a NF-e nº 776, integrante da infração não se encontra escriturada em 2012, nem durante o exercício de 2013, assim como as NF-e de números 570450, 578290, 584501, 584502, 584503, 592672, 592673, 592674, 592675, 592676, 592677, 592678, 604685, 618786, cuja falta de registro está informada pelo contribuinte através da Justificativa à fl. 216; c) a NF-e nº 205 aparece escriturada em 01/07/2013 (fl. 26 do livro nº 04), ou seja, após a lavratura do Auto de Infração, que ocorreu em 28/06/2013. A conclusão é pela manutenção desta infração, de acordo com os demonstrativos originalmente elaborados pelo autuante.

O defensor foi intimado sobre o resultado da diligência fiscal, conforme intimação e Aviso de Recebimento às fls. 278 e 280. Decorrido o prazo concedido, não houve qualquer manifestação. Mantida a exigência fiscal neste item da autuação.

Infração 08: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a junho, novembro e dezembro de 2012. Aplicada a multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$1.269,89. Demonstrativos às fls. 58/59 do PAF.

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

O defensor alega que parte da cobrança é indevida, porque algumas notas fiscais que indicou foram registradas de forma tempestiva e outras de forma intempestiva em sua escrita fiscal, conforme demonstrativos que elaborou. Contestou parte da exigência fiscal, pelos motivos expostos na Infração 06. Dessa forma, impugna parcialmente a infração 08, reconhecendo o débito no valor de R\$110,66, conforme demonstrativo à fl. 169 dos autos.

Diante das alegações defensivas e das provas apresentadas pelo autuado, foi determinada diligência fiscal, sendo informado por preposto estranho ao feito que, de fato, parte das notas fiscais contestadas consta registrada nos livros registros de entradas do estabelecimento autuado. Por isso, foram retiradas da autuação as NFs de nº: 32655, 12391, 101611 e 22648 (fls. nº 101, 113, 123, anexadas pelo autuante e nº 185 a 187, juntadas pelo autuado, ao PAF) que, comprovadamente, constam devidamente escrituradas nos livros fiscais próprios do estabelecimento autuado no exercício 2.012 e as de nº: 60638, 2047, 75379, 92713, 93101, 93580, 18348, 33015, 37075, 28301, 94787, 94808, 94813 e 95311 que, embora adquiridas em 2012, foram tempestivamente registradas nos registros de entradas de mercadorias nos meses de janeiro e fevereiro de 2013 (fls. nº. 188 a 190, do PAF). Foi elaborado novo demonstrativo retirando o montante de R\$ 1.159,23, decorrente do somatório de todos os documentos fiscais descritos anteriormente, que correspondem a uma base de cálculo no valor de R\$ 115.923,70, restando como devida nesta infração nº 08 a quantia de R\$ 110,66.

Ou seja, o preposto fiscal estranho ao feito que prestou informação fiscal excluiu as notas fiscais comprovadas e elaborou o demonstrativo à fl. 197, apurando o débito de R\$110,66, que é o mesmo valor reconhecido pelo defensor à fl. 169.

Acato as conclusões apresentadas pela autuante e concluo pela procedência parcial da infração 08, de acordo com o demonstrativo elaborado à fl. 197 do PAF, sendo devida a multa no valor total de R\$110,64 (R\$96,27 no mês 02/2012 e R\$14,37 referente ao mês 06/2012).

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298938.0602/13-0, lavrado contra **VAGNER ARAÚJO CARNEIRO DE CONCEIÇÃO DO COITÉ**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$31.332,01**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de **R\$37.592,61**, previstas no art. 42, incisos IX, XI, XIII-A, alíneas “i” e “j”, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de outubro de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA