

A. I. Nº - 277829.0052/14-0
AUTUADO - TRANSUCATA COMÉRCIO E SERVIÇO DE METAIS LTDA.
AUTUANTE - MAGDALA ROSA WOLEY DE CARVALHO SCHMIDT
ORIGEM - INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13.04.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0035-04/16

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. RAICMS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração não elidida. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Autuado não apresentou os arquivos magnéticos solicitados, mesmo tendo sido regularmente intimado. Corrigida a data de ocorrência e de vencimento da infração, consoante a Orientação Técnica da GEAFI 003/2005, dessa Secretaria de Fazenda. Infração procedente. 3. OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. Comprovado nos autos que a atividade do contribuinte não está amparada pelo art. 83, do RICMS/BA. Infração caracterizada. 4. LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS E O RAICMS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração comprovada. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL DOCUMENTOS FISCAIS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração comprovada. 6. LIVRO FISCAL. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. Afastada argüições de nulidade e de decadência. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2014, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$689.509,45, através das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, nos meses de janeiro, julho, agosto e dezembro/2009 e março/2010, conforme demonstrativos anexos. Valor Histórico: R\$18.744,35 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 2 – Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, no período de janeiro/2009 a dezembro/2010. Valor Histórico: R\$120.371,59 - Multa de 1%;

INFRAÇÃO 3 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas em livros fiscais próprios no período de janeiro/2009 a dezembro/2010, conforme demonstrativos anexos. Valor Histórico: R\$463.719,78 - Multa percentual de 60%;

INFRAÇÃO 4 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no Livro Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS. Valor Histórico: R\$11.637,15 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 5 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal, no período de janeiro/2009 a dezembro/2010, conforme demonstrativos. Valor Histórico: R\$74.576,58 - Multa de 1%;

INFRAÇÃO 6 – Deixou de apresentar Livro (s) Fiscal(is), quando regularmente intimado, conforme Livro Registro de Entradas de Mercadorias, relativo ao exercício de 2009. Valor Histórico: R\$460,00;

O autuado apresenta defesa, fls. 3636/3654, e de início descreve as infrações que lhe estão sendo atribuídas.

Suscita a preliminar de decadência vez que no direito de o Fisco constituir créditos tributários há de ser observado em regra, a aplicação do art. 173, I, do Código Tributário Nacional. Tal dispositivo prevê um prazo decadencial de cinco anos, cujo termo inicial ocorre no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Pontua que tal dispositivo legal deve ser invocado, segundo a melhor doutrina e jurisprudência, quando o contribuinte não recolher o tributo supostamente devido e não prestar qualquer informação ao Fisco sobre a existência da obrigação tributária. O art. 150, § 4º do mesmo diploma legal, por sua vez, é aplicado quando o contribuinte efetua pagamento antecipado do montante devido, tendo o Fisco o prazo de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, para homologar aquele pagamento como suficiente, ou não, para extinguir a obrigação tributária. Portanto, o art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional é regra especial de decadência, aplicável aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação.

Cita Leandro Paulsen (Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência) que discorre sobre o prazo decadencial aplicável aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação previsto no art. 150, § 4º, do CTN.

No caso concreto, que discorre, diz que a Autoridade Fiscal autua a impugnante pelo não recolhimento do ICMS sobre a demanda contratada medida em janeiro de 2006, ou seja, transcorridos mais de cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte ao que era exigível o tributo. Portanto, afirma que transcorridos cinco anos de cada encerramento do período de apuração, com o fechamento dos saldos credores e devedores e, quando for o caso, do pagamento realizado, há homologação tácita prevista no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional. Junta posicionamento do STJ (EREsp 279473(2002/0061465-2 de 11/10/2004)).

Diz ainda, que na esteira da doutrina e jurisprudência acima colacionadas, dúvidas não podem existir com relação à fluência do prazo decadencial no caso concreto. Isso porque, tendo transcorridos mais de cinco anos da data em que a Transucata deveria ter, supostamente e respectivamente, recolhido ICMS (Infração 1), e utilizado a redução de base de cálculo indevida (Infração 2), resta evidente que deve ser aplicado o art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

Depreende que alguns períodos das infrações têm início em janeiro de 2009, findando-se ao final daquele ano. Sendo assim, considerando que a intimação da Impugnante acerca dos autos ocorreu em 09.07.2014, todos os valores exigíveis até 09.07.2009 foram homologados pelo Estado da Bahia. Por esta razão, estão abrangidas pela decadência as parcelas do Auto de Infração relativas às competências de janeiro a junho de 2009.

Na infração 1, aduz que os contribuintes de ICMS do Estado da Bahia devem observar as regras contidas no Regulamento do ICMS, da forma como deve ser a apuração mês a mês, bem como acerca dos lançamentos dos créditos e débitos no Livro de Registro de Apuração, conforme preceituava, à época, os art. 116, 124 e 331 do RICMS, sendo que o autuante elaborou demonstrativos de "AUDITORIA DA CONTA CORRENTE".

Nesse contexto, em tais demonstrativos encontra-se discriminado o valor supostamente escriturado por esta defendant, o quanto foi recolhido, a base de cálculo, a alíquota interna e a suposta diferença a recolher. Reproduz a planilha que fora elaborado pela ilustre auditora fiscal, fl. 3642.

Explica que, estranhamente, os valores apontados pela nobre autuante desconsideraram os créditos das entradas, além de não corresponderem ao quanto escriturado no Livro de Registro de Apuração do ICMS. Sustenta que restará provado, em todos os meses apontados pela autuante que possuía crédito superior ao débito, não devendo se falar em diferença a recolher.

Exemplifica dois itens que evidenciam a desconsideração dos saldos credores dos meses apontados:

JANEIRO/2009 – verifica - se da cópia do Livro de Registro de Apuração do ICMS que se encontra anexo, que o valor escriturado como débito foi de R\$16.240,96, contudo esta defendant possuía um saldo credor de R\$38.107,85. Dessa forma, procedeu à compensação de créditos com débitos, restando um residual de R\$ 21.866,89 como saldo credor.

Data da Ocorrência	Data de vencimento	Valor escriturado	Crédito do mês anterior	Crédito para o mês seguinte
31.01.2009	09.02.2009	16.240,96	38.107,85	21.866,89

Percebeu que o referido saldo credor não foi considerado pela nobre auditora fiscal.

JULHO/2009 - explana que o saldo credor residual do período de junho/2009 foi de R\$6.939,33, sendo que as entradas com crédito do imposto foi de R\$ 60.108,89. Portanto, esta Defendant possuía como saldo credor total o montante de R\$67.048,22.

Neste período, afirma que foram escrituradas operações com débito do imposto na ordem de R\$60.360,89. Dessa forma, mais uma vez, esta defendant possuía crédito em volume superior aos débitos.

Salienta que quando da realização da compensação, apurou-se saldo credor de R\$6.687,33 para o mês seguinte. Assim, destaca que não há outro caminho para a presente autuação fiscal se não o seu cancelamento, ante as flagrantes inconsistências mencionadas acima, que encontra fundamento nas disposições do art. 18, §1º do RPAF.

Alega "*ausência de intimação para entrega de arquivo magnético*". Descreve a infração 2 e o enquadramento legal apontado pela fiscalização - os artigos 686 e 708-B do RICMS -, transcreve os dispositivos.

Esclarece que o primeiro artigo revela uma obrigação que o contribuinte deve ter com relação à manutenção dos arquivos por, pelo menos, o prazo decadencial previsto em lei. Por seu lado, o segundo artigo determina que a entrega ao Fisco dos documentos e do arquivo magnético, pelo contribuinte, é precedida por uma intimação, sendo que o contribuinte tem um prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação para efetivar a entrega.

Explica que, conforme documento anexo denominado "*Intimação para apresentação de livros e documentos*", não consta no rol dos arquivos solicitados os arquivos magnéticos. Disse, ainda, que no rol dos documentos solicitados, verifica-se 7 itens, que foram devidamente entregues à nobre autuante.

Questiona como poderia ter ciência de que era interesse da fiscalização os seus arquivos magnéticos, se não fora intimada para apresentação dos referidos documentos digitais. Esclarece ser claro que a imputação da penalidade não procede, devendo ser rechaçada de pronto por este Conselho de Fazenda.

Ainda, infere que a referida Intimação Para Apresentação de Livros e Documentos é nula de pleno de direito, uma vez que o prazo ali estabelecido viola frontalmente o artigo do RICMS apontado.

Transcreve o teor da Intimação: "*Nos termos da legislação fica o contribuinte acima identificado INTIMADO a apresentar o (s) Livro (s) e/ou Documento (s) abaixo assinalado (s), no*

prazo improrrogável de 48 (quarenta e oito) horas referente ao período de 01.01.2010 a 31.12.2011.”

Registra, entretanto, que diversamente do quanto afirmado na intimação, o prazo deve ser de 5 dias úteis para o fornecimento dos documentos requisitados. Portanto, deve-se considerar nula a referida intimação e todos os seus efeitos, inclusive a infração 2 – 16.12.15, do presente Auto de Infração, por violar de morte o artigo 708-B do RICMS.

Passa a demonstrar que o entendimento exposto pela fiscalização, não merece prosperar sob diversos outros ângulos pelos quais se pode analisar a questão, impondo-se, desde já, a clara e inequívoca necessidade de cancelamento do Auto de Infração guerreado.

Ademais, conforme se verifica o objeto social desta defendanté é relativo a representações e beneficiamento de ferro, aço e seus resíduos, sucatas e materiais não ferrosos. Ora, todos esses materiais são aqueles descritos no art. 83, II, do RICMS e toda a operação realizada pela empresa está estritamente dentro do quanto prescrito por aquele artigo, não devendo, em nada, ser arguido sobre suposta redução de base de cálculo.

Assim, afirma que a norma a ser utilizada na presente autuação deve ser aquela da época do fato gerador. Cita o art. 83 do RICMS e aduz que a ilustre autuante não se deu ao trabalho de trazer aos autos as provas (nota fiscal) da alegada redução da base de cálculo.

Pede que a presente infração seja totalmente desconsiderada por este Conselho de Fazenda.

Reclama que não lhe foi devolvido o Livro de Registro de Apuração do ICMS do período de 01.01.2010 a 12.01.2010 e diante da impossibilidade de exercer em plenitude a sua defesa, requer o imediato reconhecimento da improcedência da presente autuação.

Quanto à suposta entrada de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, ressalta que o procedimento fiscal deve trazer os elementos formadores da convicção do respectivo agente, os quais, por sua vez, devem ser sustentados por documentos probatórios ou métodos de avaliação empíricos, o que afasta por completo a utilização de presunções, como ocorrido no presente auto de infração.

Frisa que o exercício do poder de tributar deve se pautar pelos ditames do princípio da legalidade, sendo imperativo que o Fisco assinale, pelo menos, fortes indícios de infração à legislação tributária para autuar o contribuinte, sob pena de total nulidade do trabalho fiscal.

Ressalta, ainda, que as "suposições" apontadas pela r. fiscalização, além de estarem totalmente equivocadas só teriam condições de prosperar se viesssem acompanhadas de outros elementos ou provas, e desde que todas essas informações e documentos convergissem para a mesma conclusão de falta de recolhimento do ICMS.

Confirmando o entendimento em questão, reporta-se à análise de Ricardo Mariz de Oliveira (IX Simpósio Nacional de Direito Tributário, editora Resenha, pág. 275). Ainda sobre o tema, cita Paulo de Barros Carvalho ("A Prova no Procedimento Administrativo Tributário". Revista Dialética de Direito Tributário, nº 34, São Paulo: Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda., julho 1998, p. 107/108) e ensinamento de Roque Carrazza, afastando a possibilidade de lançamentos tributários fundados em presunções, ficções ou meros indícios, caso do presente Auto de Infração.

Salienta que não é só a doutrina, mas também reiteradas decisões administrativas e judiciais, declaram ser inadmissíveis os lançamentos tributários efetuados com base em conjecturas e suposições, sem amparo em fatos e documentos da escrita fiscal. Exemplifica, juntando o entendimento emanado do C. STJ (STJ, 2ª T., REsp. 48.516/SP. Rel. Min. Ari Pargendler. DJU 1 13.10.97, p. 51553).

Assim resta claro que o presente Auto de Infração foi lavrado com diversos erros, vícios e imperfeições, e não possui a necessária consistência para amparar a autuação e as penalidades aplicadas, visto que se encontra fundado em presunções, ficções ou meros indícios. Igualmente, sustenta que inexiste neste Auto de Infração, e nos documentos que o instruem, qualquer

informação acerca dos critérios e metodologia adotados pela fiscalização na realização desses levantamentos e elaboração desses relatórios.

Com efeito, ressalta que a única suposição possível nesse contexto, é de que a fiscalização se baseou, unicamente, em documentos fornecidos pela Defendente após regular intimação para seu fornecimento, quais sejam, livros Registro de Entradas e Saídas e livros Registro de Apuração e Inventário dos períodos autuados, mas o Fisco deve valer-se de consistentes informações e parâmetros. Isso significa dizer que a metodologia para a análise de dados deve revestir-se de rigor técnico, sob pena de incorrer em absoluta arbitrariedade, principalmente quanto ao resultado da fiscalização.

Nesse contexto, apenas os fatos aventados pelo fiscalização, neste Auto de Infração, fundados em presunção, são insuficientes para caracterizar qualquer infração, motivo pelo qual o presente Auto de Infração deve ser anulado, para que nada se exija da defendant a título de Imposto, multa e juros.

Protesta em relação à provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial pela juntada de documentos, ainda que posterior, caso se faça necessário à comprovação de sua defesa.

Na informação fiscal, fls. 3710/3712, o autuante, de início, descreve as infrações, resume os argumentos defensivos do autuado quanto à preliminar de decadência, e no mérito, em relação às infrações que estão sendo analisadas.

No que concerne à decadência aduz que não cabe a ele discutir essa premissa e passa a discorrer sobre o mérito das infrações.

INFRAÇÃO 1 - afirma que os valores apurados decorrem da constatação de recolhimento a menor do ICMS nos meses apontados no auto de infração, conforme demonstrativo constante na fl. 21, onde pode ser observado a utilização dos créditos escriturados em livros fiscais próprios decorrentes das entradas de mercadorias, exceto no que se refere ao saldo anterior relativo ao mês de dezembro/2007, uma vez que o contribuinte foi autuado não restando crédito nesse período, conforme alega.

INFRAÇÃO 2 - consta às fls. 16 e 17, a intimação e o comprovante de entrega das inconsistências nos arquivos que o contribuinte enviou à SEFAZ, através do sistema SINTEGRA, sendo, inclusive, orientado quanto às imputações de penalidades pelo não cumprimento dessa intimação. Não pode, portanto, o contribuinte alegar desconhecimento dessa exigência pelo não cumprimento da intimação.

INFRAÇÃO 3 - salienta que a alegação do contribuinte, através de seu preposto, no que se refere ao direito de redução de base de cálculo do imposto quando das operações de venda de suas mercadorias não encontra respaldo no artigo 83 do RICMS/BA, por se tratar, sua atividade operacional, de vendas de sucatas, não abrangida no benefício fiscal previsto nesse dispositivo regulamentar, suas operações estão e são tributadas normalmente.

INFRAÇÃO 4 - registra que a alegação do contribuinte em não ter recebido o livro de Registro e Apuração do ICMS, relativo ao período de 01.01.2010 a 31.12.2010, não prevalece, uma vez que o contribuinte foi, por seu preposto, Sr. Ivo, insistente, convidado a comparecer à Secretaria para receber referido livro. Informa que no dia 09/03/2015 novamente ligou e enviou correio eletrônico, vide fl. 3708, para TRANSUCATA e a Srt^a Jeane informou que mandaria um preposto pegar, mas como não o enviou, sendo que no dia 17/03/2015 o livro foi entregue na TRANSUCATA e o Sr. Ivo Barbosa Dias o recebeu, vide Termo de Devolução de Livros e Documentos na fl. 3709.

INFRAÇÃO 5 – declara que as notas fiscais não registradas estão todas anexas ao processo, às fls. 402 a 2.132, obtidas através do sistema eletrônico da SEFAZ, não deixando dúvidas quanto a sua existência e autenticidade.

INFRAÇÃO 6 – não foi impugnada, logo reconhecida a infração.

Em nova manifestação, fls. 3717/3718, o sujeito passivo insurge-se quanto ao prazo de 10 dias, que lhe fora concedido, pois faz-se necessário uma análise acurada de item por item, data por data, entre outros elementos que possam ajudar a verificar as inconsistências e/ou acertos da autuação fiscal, uma vez que constam milhares de Notas Fiscais no presente Auto de Infração. Para tanto, analisará as Notas Fiscais de remessa, controle de estoque e mais um sem número de documentos imprescindíveis para o cumprimento da intimação.

Observa que, por um lado, de acordo com o § 3º do art. 149 do RPAF/BA, g o autuante dispõe de prazo de 30 dias para o cumprimento da diligência fiscal, por seu turno, o art. 18, § 1º concede somente 10 dias ao autuado para se manifestar sobre o trabalho realizado quando do retorno do Auto de Infração da diligência. Percebe que há uma grave discrepância, uma vez que ao autuado é concedido somente 1/3 (um terço) do prazo que fora concedido ao autuante.

Ademais, justamente para corrigir essa distorção, o Decreto nº 12.080 de 30.04.2010 alterou a redação do art. 138, § 1º do RPAF/BA, para conceder ao relator a faculdade de reabrir o prazo de defesa, por meio de despacho fundamentado, sempre que julgar necessário. Tal modificação conferiu ao Processo Administrativo Estadual o substrato mais importante do âmbito administrativo, qual seja, a isonomia, o tratamento igualitário das partes.

Por todo o exposto, requer prazo suplementar de 60 (sessenta) dias para se manifestar acerca do cumprimento da diligência, tendo em vista a extensão do referido trabalho, bem como o volume de documentos a ser reunido e analisado.

VOTO

Quanto à preliminar de decadência, invocada pelo sujeito passivo, para o período de janeiro a junho de 2009, com vistas à aplicação do Art. 150, § 4º do CTN, rejeito - a, posto que deve ser seguido o disposto no art. 173, I do CTN, sendo que o sujeito ativo dispõe de 05 (cinco) anos para constituir o seu crédito, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, para os fatos ocorridos no exercício de 2009, o fisco baiano teria até 31/12/2014 para fazer o lançamento dos créditos que considera devido pelos contribuintes, inclusive a aplicação de multas pelo descumprimento de obrigações acessórias. Portanto, como o Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2014, os lançamentos relativos ao exercício de 2009 não estavam alcançados pela decadência. Ademais, o marco do prazo decadencial está relacionado à data da lavratura do Auto de Infração, e não da ciência da peça vestibular pelo contribuinte, posto que a validade da lavratura do Auto de Infração não pode ficar à mercê da ciência do sujeito passivo.

Também não acolho o argumento trazido na defesa, quanto à existência de vícios na lavratura do Auto de Infração, que o inquinam de nulidade, posto que a Intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, em que consta a concessão ao contribuinte do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, está em estreita consonância com o RPAF/99 (Decreto 7.629/99), art. 28, II, Termo que fundamenta ou instrue a ação fiscal. Quanto aos arquivos magnéticos, o pedido de apresentação também obedeceu ao prazo determinado na legislação pertinente, art. 708 do RICMS/BA.

Verifico que o sujeito passivo entendeu as infrações que lhe foram apresentadas neste Auto de Infração, vez que as mesmas estão descritas de forma clara e precisa, acompanhada dos demonstrativos que fazem parte integrante do Auto de Infração, portanto o lançamento obedeceu aos ditames do art. 39 do RPAF/99. Ademais, consoante o art. 19 do mesmo diploma regulamentar, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Também ressalto que embora o sujeito passivo tenha se insurgido quanto ao prazo de 10 (dez) dias concedido para apreciar a informação fiscal, não acato o pedido de ampliação deste prazo, haja vista que as infrações estão fundamentadas em notas fiscais eletrônicas, e como se trata de contribuinte que utiliza a Escrituração Fiscal Digital – EFD, fica fácil a verificação e a

comprovação de regularidade de sua escrita. Ademais, fatos novos não foram trazidos pelo autuante nem houve modificação dos demonstrativos originariamente elaborados pelo autuante. Ultrapassado as preliminares de nulidade argüidas pelo defendant e passo à análise do mérito da autuação.

No mérito, na infração 01 está sendo exigido ICMS que fora recolhido a menos em decorrência do desencontro entre os valores recolhidos e os escriturados na apuração do imposto, nos meses de janeiro, julho, agosto e dezembro/2009 e março/2010, conforme demonstrativos anexos.

A defesa aduz que o autuante não considerou os créditos das entradas, além do que não corresponderiam ao quanto escriturado no Livro de Registro de Apuração do ICMS. Sustenta que restará provado, em todos os meses, que possuía crédito superior ao débito, não devendo se falar em diferença a recolher.

Traz à lume dois itens que evidenciam a desconsideração dos saldos credores dos meses apontados: Em janeiro de 2009, em que possuía um saldo credor de R\$38.107,85, ficando para o mês seguinte um saldo credor de R\$21.866,89, que não foi considerado pelo autuante. Em julho de 2009, diz que o saldo residual foi de R\$6.939,33, sendo que as entradas com crédito do imposto foi de R\$60.108,89. Portanto, possuía como saldo credor total o montante de R\$67.048,22.

Na informação fiscal o autuante mantém a infração e rebate a defesa, no sentido de que os valores apurados decorrem da constatação de recolhimento a menor do ICMS nos meses apontados no auto de infração, conforme demonstrativo constante da fl. 21, onde pode ser observado a utilização dos créditos escriturados em livros fiscais próprios decorrentes das entradas de mercadorias, exceto no que se refere ao saldo anterior relativo ao mês de dezembro/2007, uma vez que o contribuinte foi autuado, não restando crédito nesse período conforme alega. Acompanho a manifestação do autuante, diante **dos dados** constantes na sua escrita fiscal.

Infração procedente.

Na infração 02, relativa à falta de fornecimento de arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, no período de janeiro/2009 a dezembro/2010, quando foi aplicada a multa no valor Histórico: R\$120.371,59, correspondente ao percentual de 1% sobre as saídas, consoante documento de fl. 109.

O sujeito passivo argumenta a seu favor que não teria sido intimado para entregar os arquivos magnéticos à fiscalização, haja vista que conforme a “*Intimação para apresentação de livros e documentos*”, não consta no rol dos documentos solicitados os arquivos magnéticos, logo não poderia ter ciência de que era interesse da fiscalização a sua entrega.

Ainda, infere que a referida Intimação Para Apresentação de Livros e Documentos é nula de pleno de direito, uma vez que o prazo ali estabelecido violaria frontalmente o artigo do RICMS apontado.

Junta transcrição da Intimação com o seguinte texto: “*Nos termos da legislação fica o contribuinte acima identificado INTIMADO a apresentar o (s) Livro (s) e/ou Documento (s) abaixo assinalado (s), no prazo improrrogável de 48 (quarenta e oito) horas referente ao período de 01.01.2010 a 31.12.2011.*”

Registra, entretanto, que diversamente do quanto afirmado na intimação, a legislação concede um prazo de 5 dias úteis ao contribuinte para fornecimento dos documentos requisitados. Portanto, deve-se considerar nula a referida intimação e todos os seus efeitos, inclusive a infração 2 – 16.12.15, do presente Auto de Infração, por violar de morte o artigo 708-B do RICMS.

Não acato o pedido de nulidade quanto à intimação, posto que além da intimação que concedeu o prazo de 48 (quarenta e oito) horas, na intimação de fl. 16, foi concedido o prazo de 30 (trinta) dias para entregar os arquivos magnéticos. Isso fica claro em face da regra do § 5º do art. 708-B do RICMS:

“§ 5º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente a retificação total de arquivo.”

Outrossim, o autuante esclarece que consta do presente processo às fls. 16 e 17, intimação e comprovante de entrega das inconsistências nos arquivos que o contribuinte enviou à SEFAZ, através do sistema SINTEGRA, sendo, inclusive, orientado quanto às imputações de penalidades pelo não cumprimento dessa intimação. Não pode, portanto, o contribuinte alegar desconhecimento dessa exigência pelo não cumprimento da intimação.

Realmente constato que o sujeito passivo foi intimado em 19/02/2014, quando lhe foi concedido o prazo de 30 (trinta) dias para a apresentação dos arquivos magnéticos, o que não foi cumprido pela sociedade empresária, conforme documento de fl. 16.

A multa aplicada foi resultante do percentual de 1% sobre o valor total das saídas, e encontra-se discriminada na planilha de fl. 109, consoante a previsão da Lei 7.014/96, como segue:

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

(...)

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

j) 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 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;

Contudo, no caso de lavratura de Auto de Infração por falta de apresentação ou de irregularidade do arquivo magnético, os campos de data de ocorrência e data de vencimento do Auto de Infração deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado para apresentação do arquivo magnético ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados.

Deste modo, como o sujeito passivo foi intimado em 19/02/2014, a data de ocorrência do fato gerador deve ser corrigida para 29/03/2014, conforme prevê a Orientação Técnica da GEAFI 003/2005, dessa Secretaria de Fazenda, item 6.1: “Na lavratura de Auto de Infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento do Auto de Infração deverão ser preenchidos com a indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados”.

Infração parcialmente mantida com a correção da data de ocorrência e data de vencimento para 29/03/2014, haja vista que no intervalo entre a intimação e o prazo final para apresentação dos arquivos magnéticos corrigidos, ocorreu o carnaval.

Infração procedente com multa no valor de R\$120.371,59

Na infração 03, a acusação fiscal versa que a sociedade empresária deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas em livros fiscais próprios no período de janeiro/2009 a dezembro/2010, conforme demonstrativos anexos.

Inconformado o sujeito passivo explana que o seu objeto social é relativo a representações e beneficiamento de ferro, aço e seus resíduos, sucatas e materiais não ferrosos, materiais descritos no art. 83, II, do RICMS e diante do que se extrai do caput do art. 83, toda a operação realizada pela empresa está dentro do quanto prescrito por aquele artigo. Não devendo em nada ser arguido sobre suposta redução de base de cálculo.

Assim, afirma que a norma a ser utilizada na presente autuação deve ser aquela da época do fato gerador. Cita o art. 83 do RICMS, ao tempo em que afirma a completa lisura nas operações realizadas pela empresa, sendo irretocável a sua conduta. Ademais disso, ainda aduz que não foram trazidos aos autos as provas (nota fiscal) da alegada redução da base de cálculo.

Portanto, ressalta que a presente infração deve ser totalmente desconsiderada por este Conselho de Fazenda.

Não procedem os argumentos da defesa, posto que a alegação do contribuinte, no que se refere ao direito de redução de base de cálculo do imposto quando das operações de venda de suas mercadorias não encontra respaldo no artigo 83 do RICMS/BA, por se tratar, sua atividade operacional, de vendas de sucatas, não abrangida no benefício fiscal previsto nesse dispositivo regulamentar, suas operações estão e são tributadas normalmente.

Reza o art. 83 do RICMS/97:

Art. 83. É reduzida a base de cálculo nas saídas de máquinas, aparelhos, veículos, móveis, motores e vestuário usados, bem como nas operações decorrentes da desincorporação de bens do ativo imobilizado, calculando-se a redução em 100% do valor da operação, tratando-se de veículos, em 95%, tratando-se de máquinas e aparelhos, e de 80% nos demais casos, observando-se o seguinte (Convs. ICM 15/81):

I - nas saídas, por desincorporação, de bens integrados ao ativo imobilizado, no caso de a desincorporação ser feita em prazo inferior ou igual a um ano de uso do bem no próprio estabelecimento;

II - nas saídas de mercadorias e objetos usados, anteriormente adquiridos ou recebidos para comercialização nesta ou noutra unidade da Federação, observado o seguinte:

a) a redução da base de cálculo só se aplicará às mercadorias adquiridas ou recebidas anteriormente na condição de usadas, e quando a operação de que houver decorrido a sua entrada não tiver sido onerada pelo imposto, ou quando sobre a referida operação o imposto tiver sido

calculado também sobre base de cálculo reduzida sob o mesmo fundamento;

b) na saída de mercadoria usada, tendo esta sido objeto de revisão, conserto ou aplicação de peças, partes, acessórios ou equipamentos, a redução da base de cálculo nos termos da alínea anterior, sobre o valor da operação de saída, dispensa o contribuinte do pagamento do imposto sobre as peças, partes, acessórios e equipamentos aplicados na mercadoria, desde que não haja utilização dos créditos fiscais correspondentes às mercadorias aplicadas ou que seja estornado o respectivo valor, sendo que o disposto nesta alínea não dispensa o tributo devido por terceiro que eventualmente haja prestado o serviço de revisão ou conserto com fornecimento de mercadorias;

c) não prevalecerá a redução da base de cálculo em se tratando de mercadorias cujas entradas e saídas não se realizarem mediante a emissão de documentos fiscais próprios, ou deixarem de ser regularmente escrituradas nos livros fiscais pertinentes.

Parágrafo único. Terão o tratamento previsto neste artigo as operações com salvados de sinistro realizadas por empresas seguradoras

Ressalto que as notas fiscais pertinentes à infração estão na posse do contribuinte, com os seus números indicados nos demonstrativos de fls. 231 a 247 do PAF.

Em decorrência de o sujeito passivo não ter comprovado que realizou as operações de saídas de mercadorias com a incidência do ICMS na forma prevista na legislação, fica mantida a infração em seu inteiro teor.

Na infração 04, a acusação aponta que houve recolhimento a menor ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no Livro Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS.

A defendant pede a nulidade da infração em decorrência de não lhe ter sido devolvido o Livro Registro de Apuração do ICMS, logo argumenta que não teria como de defender da acusação.

De pronto, na informação fiscal o autuante registra que a alegação do contribuinte em não ter recebido de volta o livro de Registro de Apuração do ICMS relativo ao período de 01.01.2010 a 31.12.2010, não prevalece, uma vez que o contribuinte foi, por seu preposto, Sr. Ivo, insistente convidado a comparecer à Secretaria para receber referido livro. No dia 09/03/2015 o auditor fiscal novamente ligou e o enviou por correio eletrônico, vide fl. 3708, para TRANSUCATA. Naquele momento, a Srt^a Jeane informou que mandaria um preposto pegar, mas como não o fez, no dia 17/03/2015 o livro fiscal foi entregue na TRANSUCATA e o Sr. Ivo Barbosa Dias o recebeu, vide Termo de Devolução de Livros e Documentos na fl. 3709.

Assim, rejeito o pedido de nulidade da infração, posto que o contribuinte obteve todos os elementos para comprovar que não teria ocorrido a infração, mas não o fez. No mérito, não houve defesa específica quanto ao cometimento da infração em lide, que está demonstrada na planilha de fl. 248. Infração procedente.

Na infração 05 consta que foi dado entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal, no período de janeiro/2009 a dezembro/2010, conforme demonstrativos de fls. 252 a 304.

O autuante refuta a defesa, no sentido de que as notas fiscais não registradas estão todas anexas ao processo, às fls. 402 a 2.132, obtidas através do sistema eletrônico da SEFAZ, não deixando dúvidas quanto a sua existência e autenticidade. De fato, não se trata de presunção como argumenta o defendant, mas de documentos fiscais de aquisições de mercadorias não tributáveis, que não foram registrados nos livros fiscais da sociedade empresária. Por sua vez, o sujeito passivo não demonstrou que tais notas fiscais, objeto da multa aqui aplicada, teriam sido regularmente registradas na escrita fiscal.

Fica mantida a infração.

A infração 06 não foi impugnada pelo sujeito passivo, pelo que procede a acusação fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 277829.0052/14-0, lavrado contra **TRANSUCATA COMÉRCIO E SERVIÇO DE METAIS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$494.101,28**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, "a", "b", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$195.408,17**, previstas nos incisos II, "a", IX e XIII-A, "j", do mesmo diploma legal citado, alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 8.937/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2016

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO – JULGADORA