

**A. I. Nº** - 206935.0008/14-9  
**AUTUADO** - CHAME PEDREIRA LTDA.  
**AUTUANTE** - ULBADO REIS RIBEIRO  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 28/12/2016

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0214-01/16**

**EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. DMA. DIVERGÊNCIAS.** Os valores declarados eletronicamente provam a falta do recolhimento do imposto relativo às operações nelas contidas. **Infração caracterizada. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. a) DESENCONTRO ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO.** Consta apenas registros dos créditos tributários no livro Registro de Entrada e que não foram corretamente transferidos para o livro de Registro de Apuração de ICMS sem significar a existência válida de imposto não recolhido. **Infração não subsistente. 3. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Legalmente presume-se ocorrida operação tributável sem pagamento do imposto quando os valores de vendas forem inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que não ocorreu, no presente caso. **Infração caracterizada. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. MULTA. a) ENTREGA FORA DO PRAZO REGULAMENTAR. b) FALTA DE ENTREGA.** A fiscalização anexou ao PAF relação dos arquivos recepcionados pela SEFAZ BA, extraído do Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos - SCAM, discriminando os arquivos que não foram entregues ou entregues fora do prazo, e ainda, a entrega sem o nível de detalhe exigido pela Legislação, com fundamento no art. 42, XIII-A, "j", da Lei nº 7.014/96. Penalidades caracterizadas. **c) FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES COM DADOS DIVERGENTES. MEDIANTE INTIMAÇÃO.** A legislação estabelece que, em se tratando de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstica indicativa das irregularidades encontradas. Não consta do PAF prova da entrega de arquivos eletrônicos com divergências em face aos documentos fiscais; sequer existe intimação com esse mister; os valores das multas aplicadas, não estão claros. Ausência de elementos que determinem com segurança a infração, constituindo cerceamento ao direito de defesa. **Infração nula. 5. DOCUMENTO FISCAL. FALTA DE APRESENTAÇÃO.** O Auditor Fiscal intimou o contribuinte para apresentação de livros e documentos fiscais em 03/07/2014; a documentação não foi entregue,

integralmente, uma segunda intimação ocorreu, no dia 22/07/2014. Penalidade caracterizada. **6. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAIS DE USO E CONSUMO.** Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao consumo do próprio estabelecimento ou ao seu ativo fixo é devido o ICMS DIFAL. Infração caracterizada. Rejeitado o pedido de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/09/2014, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico de R\$115.019,76 em razão das seguintes irregularidades:

**INFRAÇÃO 1** - Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares o imposto declarado na DMA - Declaração e Apuração Mensal do ICMS. DÉBITO APURADO COM BASE NAS DECLARAÇÕES E DADOS COLHIDOS DAS DMA'S E DA ARRECADAÇÃO CONSTANTE NO SISTEMA SEFAZ, FORNECIDOS PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE/AUTUADA EM SUAS DMA'S, CUJOS VALORES FORAM EXTRAIDOS DA SUA ESCRITA FISCAL/CONTÁBIL, CONFORME EXTRATOS, ANEXOS. Fatos geradores: janeiro a abril de 2010 e agosto a novembro de 2013. Valor R\$12.233,53. Multa de 50%.

**INFRAÇÃO 2** - 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. DÉBITO APURADO COM BASE NOS REGISTROS EFETUADOS NOS LIVROS FISCAIS REG. ENTRADAS; SAÍDAS E APURAÇÃO DO ICMS, COM DEDUÇÃO DO IMPOSTO RECOLHIDO, REF. AO EXERC. MARÇO/2013, CONF. DEMONST. E PLANILHAS DE CÁLCULO, ANEXAS. Fatos geradores: março, outubro e dezembro de 2013. Valor R\$468,97. Multa de 60%.

**INFRAÇÃO 3** - Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. DÉBITO APURADO COM BASE NAS INFORMAÇÕES E DADOS FORNECIDOS PELAS ADMINISTRADORAS E OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO - TEF, CONFRONTADAS COM OS VALORES DAS VENDAS AO CONSUMIDOR REGISTRADOS NOS CUPONS LEITURA ECF - REDUÇÃO Z, REF. AOS EXERCÍCIOS DE 2012/2013, CONFORME EXTRATOS, ANEXOS. Fatos geradores: janeiro a dezembro de 2012 e abril a novembro de 2013. Valor R\$4.458,37. Multa de 100%.

**INFRAÇÃO 4** - Forneceu arquivos magnéticos fora dos prazos previstos pela legislação, enviado(s) via Internet através do programa Validador/SINTEGRA. NOS MESES DE SETEMBRO A DEZEMBRO/2012; JANEIRO A JULHO; SETEMBRO; NOVEMB./DEZEMBRO/2013, CONFORME EXTRATOS DO SCAM - SISTEMA DE CONTROLE DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS, ANEXOS, QUE REGISTRA O ENVIO DE ARQUIVOS ELETRÔNICOS, VIA INTERNET, NA SEFAZ. Fatos geradores: setembro a novembro de 2012, janeiro a julho, setembro, novembro e dezembro de 2013. Valor da Multa: R\$17.940,00 (Art. 42, XIII-A, "j", alterada pela Lei nº 10.847/2007).

**INFRAÇÃO 5** - Pela falta de entrega de arquivo eletrônico nos prazos previstos na legislação, ou pela sua entrega sem o nível de detalhe exigido pela Legislação. NOS MESES DE JANEIRO A AGOSTO/2012; E AGOSTO E OUTUBRO/2013, CONFORME EXTRATOS DO SCAM - SISTEMA DE CONTROLE DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS, ANEXOS, QUE REGISTRA O ENVIO DE ARQUIVOS ELETRÔNICOS, VIA INTERNET, NA SEFAZ. Fatos geradores: janeiro a agosto de 2012, agosto e outubro de 2013. Valor da Multa: R\$13.800,00 (Art. 42, XIII-A, "j", alterada pela Lei nº 10.847/2007).

**INFRAÇÃO 6** - Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes. MULTA APLICADA APÓS LEVANTAMENTO DOS DADOS OBTIDOS DA LEITURA DOS ARQUIVOS ENVIADOS E FORNECIDOS PELO CONTRIBUINTE, SENDO APURADAS AS DIVERGÊNCIAS NOS VALORES DAS OPERAÇÕES TOTAIS DE ENTRADAS E SAÍDAS, PELO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO, CONFORME

SE VÊ DAS PLANILHAS DE CÁLCULO E DEMONSTRATIVOS DE DÉBITO, ANEXOS. Fatos geradores: janeiro a agosto, outubro, novembro e dezembro de 2012, março a junho, agosto a dezembro de 2012. Valor da Multa: R\$9.113,40 (Art. 42, XIII-A, "i", alterada pela Lei nº 10.847/2007).

INFRAÇÃO 7 - Deixou de apresentar Documentos Fiscais, quando regularmente intimado. POR DIVERSAS VEZES O CONTRIBUINTE FOI CONTACTADO DIRETAMENTE E ATRAVÉS DO SEU CONTADOR, VIA TELEFONE, ALÉM DE TER RECEBIDO DUAS INTIMAÇÕES FISCAIS PARA APRESENTAÇÃO COMPLETA, DOS LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS, EFETUADAS PELO AUTUANTE NOS DIAS 03/07/2014 E 22/07/2014 (docs.folhas ) ANEXOS, SEM QUE ESTE ATENDESSE, TAIS COMO, NOTAS FISCAIS DE ENTRADA REFERENTE AOS MESES DE JAN; PARTE DE MAR; NOV; DEZ/2012 E PARTE DE AGO; PARTE SET; NOV/2013. VALE RESSALTAR QUE, A AUTUADA, ENTREGAVA A DOCUMENTAÇÃO, EM PARTES, SEMPRE FALTANDO LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. Período: setembro de 2014. Valor da Multa: R\$920,00 (Art. 42, XX, alterada pela Lei nº 8.534/2002).

INFRAÇÃO 8 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do próprio estabelecimento. ICMS DEVIDO MEDIANTE LEVANTAMENTO FISCAL COM BASE NAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS REGISTRADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS, DEDUZINDO O IMPOSTO RECOLHIDO, REF. AOS EXERCÍCIOS 2012/2013, CONFORME PLANILHAS DE CÁLCULO E DEMONSTRATIVOS DE DÉBITO, XEROX DAS NOTAS FISCAIS, ANEXAS. VALE ENFATIZAR QUE, O AUTUANTE, VISITOU O ESTABELECIMENTO DA AUTUADA, VISTORIANDO TODO O LOCAL, INCLUSIVE OS SETORES DE PRODUÇÃO E EXTRAÇÃO DA MATÉRIA PRIMA. VISTORIOU TAMBÉM, OS GALPÕES E DEPÓSITOS DE ESTOCAGEM DE MATERIAIS E PRODUTOS PARA USO E CONSUMO E PEÇAS DE REPOSIÇÃO DAS MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS UTILIZADOS, COM O OBJETIVO DE SE INTEIRAR DO FUNCIONAMENTO E VISUALIZAR OS MATERIAIS E PRODUTOS UTILIZADOS PELO ESTABELECIMENTO. Períodos: fevereiro a outubro de 2012, janeiro a outubro e dezembro de 2013. Valor Histórico: R\$56.085,49. Multa de 60%.

O autuado apresenta defesa (fls. 314/328) alegando o cerceamento ao seu direito de ampla defesa, uma vez que solicitou, em 27/10/2014, fornecimento de cópias do Auto de Infração, lavrado em 27/09/2014, e até o último dia do prazo para protocolização da defesa, não teve seu pleito atendido.

Explica que compareceu à repartição e nem assim foi atendido, após as desculpas mais variadas e estapafúrdias, do tipo: *"não foi localizado o processo, o movimento está muito grande, venha em outro momento, etc."* Reitera que não teve acesso a todas as peças que compõem o processo. Reproduz, nesse sentido, o art. 11, parágrafo único do RPAF/BA.

Pede a nulidade dos autos.

Narra os termos da autuação, aduzindo que o Auto de Infração está consubstanciado em normas revogadas, o que descumpra a legislação para aplicação de multas, incidência de percentual de multa divergente do preceituado na norma, dentre outras ilegalidades.

Pede que o crédito tributário seja julgado improcedente.

Na infração 3, afirma que o enquadramento foi feito de forma genérica e a fundamentação no artigo 4º, § 4º, inciso VI da Lei nº 7.014/96 não foi feita de forma clara e precisa, inexistindo nos autos quaisquer elementos que possam determiná-la com segurança.

No que concerne à infração 4, reclama que a descrição fática indicada é que teria infringido o art. 259 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, sendo-lhe cominada, conseqüentemente, a penalidade descrita no art. 42, inciso XIII-A, alínea "J", da Lei nº 7.014/96 alterada pela Lei nº 10.847/07, deste mesmo diploma legal. Transcreve tais textos.

Destaca que na descrição da infração 4 foi noticiado o descumprimento da obrigação acessória pelo fornecimento de arquivos fora do prazo, ressaltando que os registros fiscais (SPED), estabelecido no Convênio ICMS 57/95, são regulamentados pelo art. 259 a 262 do RICMS, Decreto nº 13.780/2012. Salienta que o art. 261 do mesmo diploma determina a intimação, com um prazo de 5 dias, para o contribuinte fornecer ao fisco a documentação e arquivos eletrônicos.

Observa que no Termo de Intimação, acostado ao Auto de Infração, foi intimado a apresentar os livros e documentos fiscais, mas com um prazo de apenas 48 horas para cumprimento da medida

determinada. Sublinha que também não foi anexada aos autos a intimação correspondente com prazo de 5 dias, nos termos do art. 108, do RPAF/99.

Para infração 5, diz que o dispositivo infringido é o mesmo da infração 04, narrado como falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação (art. 259 do Decreto 13.780/12).

Ressalta que não precisa nenhum esforço para perceber que a infração descrita não corresponde ao dispositivo legal indicado como violado. Repete que a infração não foi feita de forma clara e que inexistem elementos que a determine com segurança.

Sustenta que autuação, nessa circunstância, fere a segurança jurídica, a verdade material, comprometendo o pleno exercício da defesa e do contraditório.

Em relação à infração 6, arguiu que a descrição fática foi assim noticiada: *"contribuinte forneceu intimações através de arquivo magnético exigidos na legislação tributário, requerida mediante intimação com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes."*

Sublinha que o dispositivo indicado como violado foi o art. 259 e 261 do RICMS da Bahia (Decreto nº 13.780/2012), que cuida da obrigatoriedade de enviar arquivo eletrônico a SEFAZ-BA.

Alega que o autuante agiu ao arrepio da lei. Não observou que, constatada inconsistência, nos termos do artigo 708-8, § 3º e 5º, do RICMS/97 e artigo 261, §§ 2º e 4º, do RICMS/12, ou na existência de totalização divergente, que não reflita os valores da escrituração fiscal do contribuinte, o preposto fiscal deveria expedir intimação específica ao contribuinte para a correção das inconsistências, orientando-o, expressamente, na adoção dos procedimentos regulamentares para sanar as divergências.

Diz que no caso, não houve a expedição da intimação com a Listagem Diagnostico indicando as irregularidades encontradas, para regularização do arquivo incorreto, no prazo estabelecido na norma, como também os demonstrativos das inconsistências apuradas ao final do procedimento fiscal, nos termos do art. 108, do RPAF/99. Em consequência, os elementos que deveriam constar na intimação foram sonegadas ao impugnante.

Quanto à infração 7, destaca que no Termo de Intimação, o impugnante foi intimado a apresentar os livros e documentos fiscais em 03/07/2014, sendo-lhe concedido um prazo de 48 horas, sob pena de aplicação de multa, e este, o primeiro pedido, conforme preconiza o Artigo 42, inciso XX, da Lei nº 7.014/98 alterada pela Lei nº 8.534/02.

Relata que o autuante retomou ao seu estabelecimento, somente em 22/07/2014, solicitando complementação da documentação já apresentada. A multa foi lavrada, em 27/09/2014.

Diz que lhe foi cobrado pelo não cumprimento do primeiro pedido a multa de R\$960,00 e não de R\$ 460,00, conforme determina a legislação pertinente. Em razão do elencado pelo indeferimento da cobrança da penalidade.

Ressalta que o fato ocorreu em 03/07/2014 e consta como data da ocorrência 22/09/2014, tanto no Auto de Infração como no demonstrativo de débito, sendo a data de vencimento da obrigação imposta, também, 22/09/2014. Defende que o prazo de 48 horas para apresentação da documentação solicitada expiraria em 05/07/2014 e, se não cumprida a determinação legal, poderia ser aplicada a multa de R\$460,00, pelo não atendimento do primeiro pedido. Como o preposto retomou em 27/07/2014, é de se supor que o primeiro pedido não foi atendido. Nesta oportunidade se faria uma nova intimação e, em havendo novo descumprimento, a aplicar-se-ia a multa de R\$ 920,00.

Na infração 8 afirma que houve erro no Auto de Infração. A autuação envolveu ocorrências de 01/04/2012 até 31/12/2013 e o Auditor utilizou base legal do RICMS do Decreto nº 6.284 de 14.03.1997, já revogado pelo Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012, que produzira efeitos legais somente até 31.03.2012.

Requer nulidade do Auto de Infração ou a improcedência das infrações 3, 4, 5, 6, 7 e 8.

O Auditor Fiscal apresenta Informação Fiscal (fls. 336/340). Diz que a prestará na mesma ordem

seqüencial estabelecida na impugnação, de modo que se torne mais acessível a compreensão dos fatos e informações prestadas.

Diz que as preliminares levantadas e os argumentos usados são infundados, demonstrando imaginação e criatividade do autuado e com grande possibilidade de serem inverídicos. Reitera que não acredita que a SEFAZ/BA negaria "*vistas*" a um processo do próprio contribuinte.

Admite que a repartição fazendária da INFAZ Itabuna foi substancialmente reduzida, tem pouco movimento, mas, o setor de processos é bem organizado, com funcionários atentos e experientes. Ademais, a autuada recebeu cópias de todos os demonstrativos e planilhas fiscais de levantamento, como mostra o documento assinado, à fl. 245 do PAF. Diz que a devolução de toda documentação recebida foi feita mediante a assinatura dos termos apensados, às fls. 14v; 19; 139 a 147, pelo sócio proprietário, o Sr. Danilo Pablo Santana da Silva.

Rejeita as preliminares suscitadas pelo autuado garantindo que não houve qualquer cerceamento ao direito de ampla defesa.

Com relação à infração 3, informa, ao contrário do que sustenta a impugnante, a exigência está bem caracterizada e os fatos estão descritos no corpo do Auto de Infração. Pontua que os dados indispensáveis ao lançamento do débito estão presentes e especificados, permitindo a boa compreensão do autuado. Destaca que os valores e montantes devidos, decorrente da incidência do ICMS, foram muito bem apontados, nas respectivas datas de ocorrências e seus respectivos vencimentos, conforme constam nas planilhas de cálculo e demonstrativos de débito, anexados (fls. 61/68). Os fatos geradores foram indicados com clareza no enunciado do Auto de Infração.

Salienta que no levantamento que aplicou o roteiro padrão de Auditoria de Cartão de Crédito, não restou margem para equívocos, visto que foi feita a coleta dos dados registrados nos cupons fiscais emitidos pelo ECF (redução Z), onde se encontram os valores das operações de venda com cartão de crédito. Em seguida, foi feito o batimento com os valores TEF das operações efetivas realizadas, informadas pelas Administradoras e Operadoras de cartão de crédito.

Contesta as alegações defensivas e afirma que a cobrança está correta.

Quanto à infração 4, declara que o autuado incorre em equívoco, ao alegar a falta de concessão de prazo hábil na intimação, quando se vê, claramente, às fl. 14, o Termo de Intimação para Apresentação de Informações em Meios Magnéticos, datado de 22/07/2014, assinado pela gerente, a Sra. Elca Cardoso Soares, contendo o período fiscalizado e os registros necessários a execução dos trabalhos de fiscalização. Diz que o artigo 259 do Decreto nº 13.780/12 estabelece que os usuários de SEPD, estão obrigados a enviarem os referidos Arquivos Eletrônicos a SEFAZ; os arquivos entregues, foram enviados fora do prazo predeterminado, conforme consta no extrato obtido do SCAM (Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos), apensados às fls. 124 a 138.

Afirma que o autuado esqueceu que o envio das informações, dos dados em arquivos eletrônicos, devem ser feitos dentro dos prazos estabelecidos, integralmente e completos, até o dia 20 do mês subsequente, conforme art. 708-A, inc.II do RICMS/97, o que não foi feito nos meses indicados na infração. Portanto, também não procedem as alegações do autuado relativas a esta infração e a cobrança está também correta.

Aduz que, na infração 5, o autuado apresenta os mesmos argumentos, o que provoca a mesma informação fiscal apresentada para a infração 4. No entanto, o fundamento legal apontado pelo autuante, que respalda o lançamento do débito está correto. Explica que, a partir do dia 1º de abril de 2012, passou a vigorar o novo Regulamento do ICMS pelo Decreto nº 13.780, e o artigo 259 ampara as penalidades aplicadas, estabelecendo a obrigação do envio de arquivos magnéticos, contendo os dados e informações completas das operações de entradas e saídas realizadas pela autuada, até o dia 20 do mês subsequente, conf. art. 708-A, inc.II do RICMS/97, prazo que foi mantido com a vigência do novo regulamento. Não obstante, com relação às infrações cometidas a partir da data de 1º/04/2012, devem ser observadas as especificações e disposições do Convênio ICMS 57/97.

Transcreve o art. 18 e 19 do RPAF/96, aduzindo que, ainda em havendo uma descrição inadequada, isso não seria causa de nulidade do lançamento.

Com relação a infração 6, alega o autuado que não houve intimação, no prazo hábil. Contudo, se vê, claramente, do Termo de Intimação Apresentação de Informações em Meios Magnéticos, do dia 22/07/2014 (fl. 14 ), assinado pela gerente do estabelecimento e esposa do sócio proprietário, a Sra. Elca Cardoso Soares, pedido para apresentação dos documentos para o período fiscalizado, contendo os registros necessários a execução dos trabalhos de fiscalização.

Portanto, não procedem as alegações da autuada e a imposição está correta.

Quanto à infração 7, explica que a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória é de caráter formal, no presente caso, por não ter sido apresentada a documentação requerida no prazo regulamentar de 48 horas. Diz que o pré-requisito legal é a existência de intimação efetuada, transcorrida mais de 48 horas, sem que tenha sido atendida. Explica que a aplicação da multa se não escalonada a cada intimação, pode ser feita de uma só vez, desde quando, tenham sido realizadas as respectivas intimações ao contribuinte.

Esclarece que sendo feita a primeira intimação, no dia 03/07/2014, nada impede que dias depois, a documentação não tendo sido entregue, integralmente, seja feita uma segunda intimação, como ocorreu, no dia 22/07/2014, sem que a multa tenha sido aplicada imediatamente, ficando para ser cobrada ao final da ação fiscal, no mesmo Auto de Infração, em que foram lançados os débitos referente às demais infrações.

Diz que da simples análise dos termos de entrega de documentos, vê-se que muitos documentos e até livros fiscais, arquivos magnéticos, foram entregues, mas, fora do prazo, e até mesmo, um mês depois da segunda intimação. Identifica tais datas: 04/08/14 (fl. 139); 20/08/14 (fl. 141); 08/08/14 (fl. 142); 05/09/14 (fl. 143); 11/09/14 (fl. 145); 24/09/14 (fl. 147). Concluiu que foram diversas entregas de documentação, após as duas intimações e que aplicou a interpretação mais benéfica à autuada.

Por fim, na infração 8, ratifica a correção do lançamento; as datas de ocorrência tem correlação cronológica com a base legal estatuída no RICMS/97 – DECRETO Nº 6.284/97, vigente até o dia 31/03/2012 e o RICMS/12 – DECRETO Nº 13.780/12, vigente a partir do dia 1º/04/2012, isto é, cada um na sua época, sendo que, os dispositivos legais aplicados estão perfeitamente vigentes a época da ocorrência dos fatos descritos como irregulares; ao contrário do que sustenta o autuado. Diz que não procedem as alegações da defesa acerca dessa infração e as penalidades estão corretamente aplicadas. Observa que não houve impugnação de mérito.

Em sessão de julgamento da 1ª JJF, o conselho julgador converteu os autos em diligência à repartição de origem com o seguinte objetivo:

***"Primeira parte: fiscal autuante***

***Justificação da diligência***

***Item 3º:*** o lançamento em discussão no 3º item deste Auto diz respeito a omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao que foi fornecido [informado] por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

*O autuado, na defesa, alega que a imputação fiscal foi feita de forma genérica, não foi feita de forma clara e precisa, e não há nos autos qualquer elemento que possa determinar com segurança a infração.*

*Analizando-se os elementos às fls. 67-68, vê-se que o fiscal anexou apenas os Relatórios de Informações TEF anuais de 2012 e 2013. Note-se que, analisando-se a “Declaração” à fl. 245, não ficou claro se esses relatórios foram entregues ao contribuinte. De qualquer forma, só com esses relatórios seria impossível o contribuinte defender-se. Não consta nos autos a que tivessem sido entregues cópias dos Relatórios TEF Diários, e estes, sim, são indispensáveis.*

*A jurisprudência deste Conselho é uníssona quanto à necessidade de entrega dos Relatórios TEF Diários. A finalidade dos TEFs diários, nos quais é especificada operação por operação, é no sentido de que, diante deles, possa o autuado efetuar a conferência da natureza das operações no que concerne ao modo de pagamento de cada uma (a dinheiro, ou mediante cartão), fazendo o cotejo entre o que consta nos aludidos relatórios TEF e o que foi registrado no equipamento ECF, de modo a detectar valores porventura incluídos indevidamente no levantamento fiscal.*

*Desse modo, não foi observada a regra do art. 46 do RPAF.*

#### **1ª solicitação**

*Esta Junta solicita que a autoridade fiscal responsável pelo lançamento **faça a entrega ao contribuinte dos Relatórios Diários de Operações TEF**, em atenção ao mandamento do art. 46 do RPAF, e que atenda à regra do § 3º do art. 8º.*

*No ato da entrega, **deverá ser intimado o contribuinte**, concedendo-lhe o **prazo de 60 (sessenta) dias**, para que ele comprove a emissão de documento fiscal (Nota Fiscal ou Cupom Fiscal) relativamente a cada operação listada nos Relatórios Diários de Operações TEF, informando-o que nos TEFs diários é especificada **operação por operação**, de modo que, diante deles, o contribuinte tem condições de efetuar a conferência da natureza das operações no que concerne ao modo de pagamento de cada uma (a dinheiro, ou mediante cartão), fazendo o cotejo entre o que consta nos aludidos relatórios TEF e o que foi registrado no equipamento ECF, podendo detectar valores porventura incluídos indevidamente no levantamento fiscal objeto do Auto de Infração nº 206935.0008/14-9, com as comprovações cabíveis relativamente a cada caso, ou seja, relativamente a cada operação listada nos Relatórios Diários de Operações TEF.*

***Obs.: Junto com a intimação, deverá ser entregue ao contribuinte cópia do presente despacho.***

*De posse dos **elementos que venham a ser fornecidos pelo contribuinte**, deverá ser feita a devida conferência e prestada nova informação.*

***Solicita-se** ainda que seja feito o cálculo do imposto seguindo a orientação da **Instrução Normativa nº 56/07 (proporcionalidade das operações tributáveis)**.*

#### **Segunda parte: órgão preparador**

*Após o atendimento da solicitação supra, deverá ser dada ciência do resultado desta diligência ao sujeito passivo, fornecendo-lhe, **no ato da intimação, mediante recibo**:*

*a) **cópia do presente despacho;***

*b) **cópia dos elementos anexados aos autos pelo fiscal autuante no cumprimento desta diligência.***

*Na intimação do sujeito passivo deverá ser declarado de forma expressa que ele terá o prazo de 10 (dez) dias para manifestar-se, caso pretenda."*

Em cumprimento à diligência (fls. 348/v), o Auditor Fiscal informa que apensou os relatórios TEF por operação diária, emitidos pelas operadoras e administradoras de cartão de crédito/débito - fls. 350v/351v, com objetivo de robustecer as provas da infração já presentes nos autos (fls. 67/68). Informa que passou ao setor competente a 2ª via dos referidos relatórios para que o autuado fosse devidamente intimado, na forma da legislação em vigor, conforme o art. 46 c/c com §3º do art. 8º do RPAF/BA.

Diz que diante da entrega de novo documentos, o autuado terá 60 (sessenta) dias para apresentar suas alegações, exercendo seu direito de defesa, conforme cópia do despacho de diligência do CONSEF (fls. 343/344). O autuado confirma o recebimento (fl. 349).

#### **VOTO**

O presente lançamento de ofício contempla a exigência das 8 Infrações descritas e relatadas na inicial do autos, que serão apreciadas nas linhas seguintes.

Preliminarmente, o autuado acusa cerceamento no seu direito de ampla defesa, argumentando que não foram fornecidas cópias do Auto de Infração e suas peças, necessárias à formalização. Pede a nulidade dos autos. Alega ainda que houve descrição genérica dos dispositivos e fundamentos legais que embasaram as exigências, inexistindo elementos que possam determinar as infrações com segurança.

O direito não assiste ao autuado, nesse quesito. O exame dos autos mostra a regularidade do Processo Administrativo Fiscal - PAF, alicerçada nos documentos anexados e nas planilhas elaboradas pelo Fisco acostados aos autos e entregues ao próprio contribuinte autuado (fl. 245); os fatos alcançados foram descritos de forma clara, fundamentada, permitindo ao autuado o exercício de sua defesa com liberdade e com os elementos de prova de que dispunha ou entendeu interessante à sua tese, contraditando as imputações que lhe foram dirigidas, segundo o seu alvitre, não estando o presente processo incluso em qualquer espécie de nulidade, conforme art.

18, RPAF BA.

Tendo em vista a existência de lacunas para a apreciação da lide e a necessidade de esclarecer fatos controversos, o PAF foi convertido em diligência, além de efetuar a entrega de documentos faltantes ao autuado, inclusive relatório TEF diário.

Ultrapassadas as questões preliminares, no mérito, a primeira infração acusa o autuado da falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares, estando o imposto declarado na DMA - Declaração e Apuração Mensal do ICMS.

Os contribuintes inscritos no cadastro estadual que apurem o imposto pelo regime normal (ou pelo regime de apuração do imposto em função da receita bruta, vigente na época dos fatos colhidos pela fiscalização) deverão apresentar, mensalmente, a Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA, até o dia 20 do mês subsequente a cada período de apuração, ainda que não tenha ocorrido movimentação econômica no período considerado.

Na DMA serão informadas, em síntese, as operações e prestações realizadas em cada estabelecimento, do primeiro ao último dia do mês anterior, especificando as operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como os serviços utilizados ou prestados, por unidade da Federação, e outros elementos exigidos no modelo do referido documento, devendo constituir-se em resumo e exato reflexo dos lançamentos efetuados nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS.

Portanto, as declarações feita pelo próprio contribuinte, cujas cópias foram acostadas aos autos, fls. 23/30, provam que o mesmo deixou de recolher o imposto relativo as operações nelas contidas e colhidas pela fiscalização. Infração caracterizada, no valor de R\$12.233,53.

Na infração 2, a exigência fiscal é de recolhimento de ICMS a menor, 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, no valor total de R\$468,97.

Verifico que o autuado acostou ao PAF cópias do livro Registro de Entrada, Livro Registro de Apuração de ICMS (fls. 51/60), além dos demonstrativos de débitos elaborados, que serviriam de suporte à exigência,

Ocorre que os registros dos créditos tributários no livro Registro de Entrada e que não foram corretamente transferidos para o livro de apuração não significa a existência válida de ICMS não recolhido pelo sujeito passivo, considerando que a falta de transcrição das aludidas operações implicou lançamento inócuo, sem qualquer repercussão na apuração do imposto devido, nos períodos apontados nos autos. A ausência de transcrição dos valores creditados no livro registro de entrada para o livro registro de apuração de ICMS, poderia significar apenas que o autuado deixou de se apropriar dos créditos fiscais que teria direito.

Infração 2 descaracterizada.

Infração 3, omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior aquele fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no valor total de R\$4.458,37.

A alegação defensiva de enquadramento genérico não procede. A infração encontra-se devidamente fundamentada e, na ausência do recebimento do TEF diário, elemento necessário à defesa do autuado, o PAF foi convertido em diligência para efetuar a entrega, sanada a lacuna.

Examinando os autos do processo, verifico que o levantamento realizado pelo Auditor Fiscal, de acordo com os demonstrativos de fls. 61/68, nos períodos constantes na peça inicial do processo administrativo fiscal, em debate, comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito e/ou débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter feito o registro de vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão do art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96, a qual considera ocorrido o fato gerador do



ICMS, entre outras hipóteses, a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizando a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

O autuado não trouxe ao processo os elementos, os fatos e provas com o condão de elidir a presunção legal. Infração caracterizada, no valor global de R\$4.458,37.

As infrações 4, 5 e 6 recaem sobre a falta de entrega de arquivos magnéticos.

No item 4, a infração é descrita da seguinte forma: "*Fornecer arquivos magnéticos fora dos prazos previstos pela legislação, enviados via Internet através do programa Validador*", multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$17.940,00.

Na infração 5, o Auditor Fiscal aplica multa ao contribuinte por descumprimento de obrigação acessória, tendo em vista também a *falta de entrega de arquivos magnéticos, nos prazos previstos na legislação do imposto*, que deveria ter sido entregue através do Programa de Transmissão Eletrônica de Dados (TED), em valor que totaliza R\$13.800,00.

A acusação fiscal, na infração 6, descreve que o contribuinte forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes. A penalidade totalizou R\$9.113,40.

Com efeito, o autuado explorando a atividade econômica, além de extração e britamento de pedras - CNAE 0810-0/99, o comércio varejista de pedras britadas, considerado usuário do SEPD - Sistema Eletrônico de Processamento de Dados (Cláusula 1ª, § 3º do Convênio ICMS 57/95).

Nesse sentido, o art. 686, RICMS/BA, vigente à época de parcela dos fatos em litígio, prevê a obrigação dos contribuintes usuários de sistema eletrônico de processamento de dados manterem os arquivos magnéticos, estabelecidos no Convênio ICMS 57/95, pelo prazo de cinco anos. O art. 708-A aplica-se à obrigação de fazer a entrega mensal dos arquivos magnéticos, nos prazos regulamentares e o art. 708-B se refere à falta de entrega de arquivos magnéticos, quando regularmente intimados.

As regras alusivas aos arquivos eletrônicos do Convênio ICMS 57/95 estão validadas, a partir da vigência do Regulamento do ICMS de 2012, as regras alusivas aos artigos eletrônicos do Convênio ICMS 57/95 estão estabelecidas nos artigos 259 e seguintes do Decreto nº 13.780/12, a partir de 01.04.12.

As multas aplicadas às infrações relacionadas com a falta de entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados estão capituladas no inciso XIII-A, art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Estabelece a legislação do ICMS que os arquivos magnéticos deverão ser entregues com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria, quando for o caso (art. 708-B, § 4º, RICMS BA-97). Intimado para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, o contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação.

Constato que a fiscalização anexou ao PAF relação dos arquivos recepcionados pela SEFAZ/BA, extraído do Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos - SCAM, discriminando os arquivos efetivamente entregues no prazo previsto e, por conseguinte, aqueles que não foram entregues ou entregues fora do prazo, objeto da presente exigência, às fls. 124/137,

Os fatos punidos nas infrações 4 e 5, ocorridos nos períodos discriminados na inicial de cada item, encontra fundamento no art. 42, XIII-A, "j" (redação da Lei nº 10.847/2007) e se configura na simples falta da entrega de arquivo eletrônico, nos prazos previstos na legislação ou sua entrega sem o nível de detalhe exigido pela Legislação, conforme a seguir transcrito:

*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;*

Em contrário da alegação defensiva, a entrega dos arquivos aludidos não carece de intimação ou de qualquer outra providência fazendária, uma vez que a obrigação da entrega mensal dos arquivos já se encontra prevista nos prazos previstos na legislação. O Auditor Fiscal aplicou nos dois itens (infrações 4 e 5) a multa por descumprimento da mesma obrigação acessória, o que poderia reunir num mesmo item. De toda a sorte, os meses descritos nas duas infrações são diversos e a exigência apartada não causa qualquer prejuízo ao sujeito passivo.

O contribuinte incidiu, portanto, no descumprimento da obrigação tributária acessória, uma vez que deixou de entregar os arquivos magnéticos (SINTEGRA), nos prazos previstos na legislação do ICMS, conforme faz prova o extrato de arquivos magnéticos recepcionados, capturado no SCAM, retro referido.

Nesse sentido, a infração 4 resta devidamente caracterizada e correta a penalidade aplicada com multas que totalizam R\$17.940,00; resta também caracterizada a infração 5, com a aplicação das multas que totalizam R\$13.800,00, considerando que ambos os itens incidem sobre períodos de apuração diversos e a multa importa R\$1.380,00 pela falta de entrega dos arquivos eletrônicos, nos prazos previstos na legislação, valor aplicado em cada período de apuração.

Na sexta infração, o contribuinte é acusado de não ter fornecido arquivos magnéticos exigidos mediante intimação com informações das operações ou prestações realizadas. Multas somadas que perfizeram R\$9.113,40.

Argumenta o sujeito passivo que os dispositivos considerados violados (art. 259 e 261 do decreto nº 13.780/2012) cuidam apenas da obrigatoriedade de enviar arquivo eletrônico a SEFAZ-BA e que o Fiscal não observou que, constatada inconsistência, nos termos do artigo 708-8, § § 3º e 5º, do RICMS/97 e artigo 261, § § 2º e 4º, do RICMS/12, ou totalização divergente que não reflita os valores da escrituração fiscal do contribuinte, o preposto fiscal deveria expedir intimação específica ao contribuinte para a correção das inconsistências, orientando-o, expressamente, na adoção dos procedimentos regulamentares para sanar as divergências.

Diz que não houve a expedição da intimação com a Listagem Diagnostico indicando as irregularidades encontradas para regularização do arquivo incorreto.

Com efeito, no caso em concreto, os valores das multas da forma como exigida pela fiscalização não pode prevalecer e o direito não assiste ao Fisco. Antes, porque não foi feita a entrega de chamada "*listagem diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas*", conforme orienta o artigo 708-B, § 3º, RICMS-97/BA e o equivalente, no Decreto nº 13.780/12, a fim de informar o sujeito passivo, nas soluções que deveriam ser adotadas para os ajustes dos seus arquivos eletrônicos.

Compulsando as peças dos autos, verifico que o Auditor Fiscal intimou regularmente o contribuinte para apresentar informações em meio magnético previstas no Convênio ICMS 57/95, em 22.07.2014 (fl. 14), observando tão apenas a ausência dos arquivos nos períodos de julho de 2009 até dezembro de 2012, além das ausências dos registros 75, 54 e 60. Consta ainda dos autos, recebimento da Escrituração Contábil Digital, em 04.08.2014 (fl. 139), Recibos dos arquivos SINTEGRA janeiro 2011 a dezembro 2013, em 26.08.2014 (fl. 141); protocolo de entrega de arquivos magnético, em 05.09.2014 (fl. 144).

A própria acusação de que o apenado forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, *requeridos mediante intimação*, com dados divergentes dos

constantes nos documentos fiscais correspondentes, não se confirma. O preposto do Fisco não faz prova dessas divergências, se intimou o autuado para a sua correção e, se exitosa ou não, a intimação. Trata-se de comportamento fiscal ligado ao devido processo legal. Nesse caso, expresso na lei.

A legislação que rege a matéria estabelece que, em se tratando de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstica indicativa das irregularidades encontradas.

Nesse sentido, não consta do PAF quaisquer comprovantes de que o autuado entregou arquivos eletrônicos com divergências em relação aos documentos fiscais, após a intimação da autoridade fiscal, a autorizar a imposição da multa cumulativa de 1% sobre o valor das operações de saídas ou das entradas, o que for maior. Sequer existe intimação com esse mister. A intimação constante da fl. 14, no início da fiscalização, reitero, consta tão somente os arquivos e os registros ausentes; não se reporta às irregularidades encontradas, o que possibilitaria o autuado fazer os consertos necessários e evitar a multa, posteriormente, imposta.

A relação dos arquivos recepcionados que demonstra os arquivos ausentes foram extraídos em 02.07.2014, antes do início da ação fiscal.

Em rigor, duas são as condutas omissivas que tipificam o descumprimento de obrigação acessória relacionadas à entrega dos arquivos magnéticos, em nossa legislação. Na vigência do RICMS-97 (Decreto nº 6.284/97), o art. 708-A aplica-se à obrigação de fazer a entrega mensal dos arquivos magnéticos, nos prazos regulamentares, independente de intimação; o art. 708-B tipifica o descumprimento de intimação fiscal para a entrega do arquivo magnético. Tais questões, na vigência do Decreto nº 13.780/12, se encontram estabelecidas nos artigos 259 a 261. Observa-se que, quanto à dimensão do prejuízo causado à Fazenda Pública, a não entrega do arquivo, descumprindo uma intimação fiscal traduz prejuízo e desatenção à Fazenda Pública de maior monta, uma vez que dificulta, quando não impossibilita, a investigação da regularidade fiscal do contribuinte. Tal comportamento merece, portanto, reprimenda mais gravosa, o que se observa na hipótese da aplicação cumulativa de 1% sobre os valores das saídas ou das entradas, além da multa fixa de R\$1.380,00, por desatenção na entrega dos arquivos eletrônicos, nos prazos da lei.

Assim é que, nas infrações 4 e 5, incidiu correta e simplesmente a penalidade fixa de R\$1.380,00 pela falta de entrega dos arquivos (ou sua entrega fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95), nos períodos de apuração detectados pela fiscalização. No item 6, contudo, a validade da exigência, fica condicionada a intimação específica para correção das inconsistências verificadas, com um prazo de 30 dias e acompanhada da listagem diagnóstica indicativa das irregularidades encontradas (art. 708-B, § 3º, RICMS-97 e § 2º, art. 261, RICMS-12), providências que não foram adotadas pelo Auditor Fiscal.

Por final e não menos grave, o relatório elaborado pelo preposto do Fisco contendo os demonstrativos dos valores das saídas e entradas de mercadorias que serviram de suporte ao cálculo das penalidades aplicadas estão em completo desacerto (fls. 73/74).

Observe que o autuado aplicou a multa prevista no inciso "i" do inciso XIII-A, art. 42, a seguir transcrito:

*i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso;*

Nesse caso, a intimação não é fato típico, e o percentual de 5% incidiria apenas sobre o valor das saídas e das entradas da mercadorias *omitidas* de arquivos eletrônicos ou informados com *dados divergentes* em relação aos documentos fiscais correspondentes, limitada a penalidade a 1% do valor das operações de saídas.

Não agiu assim o autuante. Na identificação dos valores da multa aplicada, informou os valores omitidos ou com dados divergentes entre arquivos eletrônicos e os constantes nos documentos fiscais; os valores limitados a 1% em face às operações de saídas; contudo, os valores escolhidos como penalidade aplicada (originado de uma base de cálculo invertida - última coluna do demonstrativo de fls. 73/74) não estão claros, não constam na legislação e, de fato, vê-se ausência de elementos para se determinar com segurança a infração, constituindo cerceamento ao direito de defesa e implicando nulidade do lançamento de ofício, nesse item.

Dessa forma, a infração 6 é nula.

Na infração 7, a acusação é que o contribuinte deixou de apresentar documentos fiscais, quando regularmente intimado. Completa a descrição dos fatos que o autuado não entregou notas fiscais de entrada, além da entrega dos demais documentos em parcelas, dificultando a ação fiscal.

A multa aplicada de R\$920,00 encontra-se fundamentada no art. 42, XX.

O autuado questiona a aplicação das multas considerando o segundo pedido. Defende que a multa correta seria apenas R\$460,00.

Constato, nos autos, o Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos fiscais em 03/07/2014 (fls. 14/17), corroborado pelo e-mail recebido pelo contribuinte autuado (fl. 16); tendo em vista que a documentação não foi entregue, integralmente, uma segunda intimação ocorreu, no dia 22/07/2014 (fls.13/14), além das demais intimações presentes no PAF (fls. 139/147).

A Lei nº 7.104/96, no seu inciso XX, determina: *"aquele que, dentro do prazo de 48 horas, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exibir livro ou documento, arquivo eletrônico ou similar (exceto os arquivos previstos no inciso XIII-A), ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado"* Diz ainda que deve ser aplicado R\$460,00 pelo não atendimento do primeiro pedido e R\$920,00, pelo não atendimento da intimação que lhe for feita posteriormente.

O descumprimento de obrigação acessória, nessa infração 7, resta caracterizada.

A infração 8 cobra ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, no valor de R\$56.085,49.

O autuado alega apenas que houve erro no Auto de Infração e que foi utilizada base legal de RICMS BA, já revogado, que produzira efeitos legais somente até 31.03.2012.

O Auditor Fiscal ratifica o lançamento tributário argumentando que aplicou as regras vigentes às respectivas épocas, observando que não houve impugnação de mérito.

Verifico que foram acostados aos autos, demonstrativos de débitos com a discriminação das operações interestaduais que demandaram a exigência de ICMS-DIFAL; em relação ao exercício de 2012 (fls. 148/149) e 2013 (fls. 227/228), além das cópias das respectivas notas fiscais.

A tributação do Diferencial de Alíquota está tipificado em nossa Constituição Federal de 1988, no seu artigo 155, § 2º, incisos VII e VIII. No Estado da Bahia, instituída a exigência na Lei nº 7.014/96 (art. 2º inciso IV). A norma esteve regulamentada no Decreto nº 6.284/97 (1º, § 2º, IV do RICMS /BA), vigente, na época dos fatos ocorridos, até 31.03.2012.

O art. 5º, I do RICMS-BA/97 define assim o momento da incidência, para efeito do pagamento:

*I - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento;*

A partir da vigência do RICMS-12 (Decreto nº 13.780/12), o ICMS diferencial de alíquotas está assim definido:

*§ 4º Constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher:*

*( ... )*

*III - o valor correspondente à diferença de alíquotas:*

- a) nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente;
- b) nas utilizações de serviços de transporte ou de comunicação iniciados em outra unidade da Federação e não vinculados a operações ou prestações subsequentes sujeitas ao imposto;

O art. 5º, I do RICMS-BA/97 define assim o momento da incidência, para efeito do pagamento:

*I - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento;*

Nesse sentido, a diferença de alíquota incide nas aquisições interestaduais de bens destinados ao uso do próprio adquirente. Objetivando a sua exigência, o autuado elaborou demonstrativo retro mencionado, discriminando as aquisições interestaduais sujeitas à incidência do ICMS-DIFAL. O autuado optou por não discutir o mérito das operações, não apresentou quaisquer considerações sobre a exigência, limitando-se às questões de cunho formal, já superadas.

Posto isso, considerando a incidência do ICMS relativo à diferença de alíquotas existente entre a alíquota interna (praticada no Estado destinatário) e a alíquota interestadual, nas operações de entradas de mercadorias de outra unidade da Federação destinadas para uso e consumo, ativo imobilizado e respectivas utilizações de serviços de transporte ou de comunicação interestaduais, a exigência efetuada pela fiscalização, conforme o demonstrativo retro aludido, resta devidamente configurada, no valor total de R\$56.085,49.

Após a exposição, o Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE, da forma abaixo descrita:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO				
ITEM	ICMS	ACESSÓRIA	MULTA	RESULTADO
INFRAÇÃO 1	12.233,53	0,00	50%	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 2	0,00	0,00	-----	IMPROCEDENTE
INFRAÇÃO 3	4.458,37	0,00	100%	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 4	0,00	17.940,00	-----	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 5	0,00	13.800,00	-----	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 6	0,00	0,00	-----	NULA
INFRAÇÃO 7	0,00	920,00	-----	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 8	56.085,49	0,00	60%	PROCEDENTE
<b>TOTAIS</b>	<b>72.777,39</b>	<b>32.660,00</b>		

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206935.0008/14-9**, lavrado contra **CHAME PEDREIRA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$72.777,39**, acrescido das multas 50% sobre R\$12.233,53, 60% sobre R\$56.085,49 e 100% sobre R\$4.458,37, previstas no art. 42, incisos I, II, "f" e III, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$32.660,00**, previstas incisos XIII-A, "j" e XX, do mesmo diploma legal citado, alteradas, respectivamente, pelas Leis nºs 10.847/07 e 8.534/02, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR