

PROCESSO - A. I. Nº 207090.0012/03-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e INDEBASA - INDÚSTRIA DE DESCARTÁVEIS DA BAHIA S/A.
RECORRIDOS - INDEBASA - INDÚSTRIA DE DESCARTÁVEIS DA BAHIA S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0238-04/04
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 26/10/2004

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0330-11/04

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. O auditor da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia somente é competente para lavrar Auto de Infração em relação a tributos devido a este Estado, não tendo competência exigir tributos de outra unidade da Federação, sendo nulas às infrações 1, 2 e 3. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS COM MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Autuado não comprovou o pagamento do imposto exigido. b) IMPOSTO RETIDO A MENOS. Os demonstrativos anexados aos autos comprovam que o imposto foi retido a menos, e por isso, são devidas as diferenças apuradas. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM OMISSÃO DOS REGISTROS TIPO 54 e 60R. MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DAS OPERAÇÕES REALIZADAS. Descumprimento de obrigação acessória. Modificada a Decisão. Infração não caracterizada. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam-se de Recurso de Ofício e Voluntário interpostos contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, afastando as infrações 1, 2 e 3 da autuação e considerando procedentes as infrações 4, 5 e 6. Sendo as irregularidades apontadas:

1. Deixou de proceder à retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento do imposto, no valor de R\$30.922,22, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Contribuinte efetuou vendas de fraldas descartáveis, ao Estado do Mato Grosso do Sul (MS), deixando de reter e recolher o ICMS devido por substituição.
2. Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, no valor de R\$40.447,32, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Contribuinte efetuou vendas de fraldas descartáveis, a diversos estados do Brasil, retendo, porém deixando de recolher o ICMS devido por substituição.
3. Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o conseqüente recolhimento do imposto, no valor de R\$2.020,90, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações

subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Contribuinte efetuou vendas de fraldas descartáveis, a diversos estados do Brasil, retendo, porém recolhendo a menos ICMS devido por substituição.

4. Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, no valor de R\$20.684,13, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Contribuinte efetuou vendas, dentro do Estado da Bahia, de fraldas descartáveis, retendo, porém deixando de recolher o ICMS devido por substituição.
5. Reteve e recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$1.729,50, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Contribuinte efetuou vendas, dentro do Estado da Bahia, de fraldas descartáveis, retendo e recolhendo a menos ICMS devido por substituição.
6. Multa no valor de R\$236.255,97, por deixar de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura. O contribuinte, emitente de notas fiscais por processamento de dados e também de livros fiscais por processamento de dados, apesar de regularmente intimado, apresentou arquivos magnéticos incompletos entre outubro/00 e julho/02 e deixou de apresentá-los, durante o período de agosto/02 a fevereiro/03.

A 4ª JJF entendeu que as infrações de 1, 2 e 3 não se referiam à competência do Estado da Bahia e seus auditores, pois exigiam imposto devido a outros Estados, sendo por consequência, Nulas ditas infrações, com fundamento no art. 18, I do RPAF. Recorre de Ofício desta parte da Decisão.

As infrações 4 e 5, que exigem ICMS por recolhimento a menos e por falta de recolhimento do imposto devido em operações sujeitas ao regime de substituição tributária, foram julgadas Procedentes, com base nas seguintes conclusões da JJF:

1. o autuado teria apenas requerido diligência, sem apontar qualquer erro no levantamento e apuração realizado pela autuante;
2. não negou sua situação de contribuinte, mas não comprovou o pagamento do imposto.

Quanto à infração 6, que exige multa pela não apresentação de arquivos magnéticos e falta de apresentação dos mesmos, a Junta de Julgamento Fiscal concluiu que os argumentos apresentados pelo autuado, sem qualquer prova, não foram suficientes para afastar a sanção decorrente de descumprimento de obrigação acessória.

Inconformado, o autuado interpôs Recurso Voluntário arguindo que a multa apurada em relação ao descumprimento de obrigação acessória revela-se abusiva e desproporcional, uma vez que considera como base de cálculo todas as entradas e saídas ocorridas durante os exercícios indicados na infração, independentemente de sua natureza. Destaca que nessa base de cálculo estão consideradas operações com ativo imobilizado da empresa, e não se considera nenhum tipo de crédito, do que se conclui que a base de cálculo da multa foi bastante superior àquela considerada para a apuração da obrigação principal. Nesse particular, requer o provimento do Recurso Voluntário para que se apure e exclua da base de cálculo da multa aplicada os valores correspondentes às aquisições destinadas ao ativo fixo e o imobilizado.

Quanto às infrações 4 e 5, o recorrente insiste na sua argumentação pela improcedência, pois, segundo o mesmo, o Convênio nº 76/94, que teria instituído a sistemática da substituição tributária para as fraldas descartáveis, não seria aplicável ao Estado da Bahia, já que esse Estado não teria introduzido o referido Convênio no ordenamento jurídico Estadual por meio de instrumento legislativo próprio emanado do legislativo Estadual. Requer o provimento do

Recurso nesse sentido para declarar tais infrações nulas, por indicação de convênio e não lei como fundamento legal das infrações, ou improcedentes, uma vez que o Convênio citado não teria efeitos no Estado da Bahia.

A PGE/PROFIS tomou conhecimento do Recurso Voluntário, julgando-o Parcialmente Provido, para acatar os argumentos do recorrente quanto à aplicação da multa pela infração descrita no item 6 do Auto de Infração em exame. Recomenda, por fim, aplicação do art. 168 do RPAF, em substituição ao dispositivo aplicado anteriormente.

VOTO

O argumento do recorrente que objetiva o afastamento das infrações 4 e 5 não procede. A substituição tributária por antecipação, aplicável às fraldas descartáveis, prevista no Convênio nº 76/94, já foi recepcionada pela Legislação Estadual, de acordo com o disposto no art. 353, II do RICMS/BA. As fraldas descartáveis ou não estão previstas no subitem 13.6.7 (redação válida até 03/02/03) e no subitem 13.16 (a partir de 04/02/03).

O próprio Regulamento menciona a origem da previsão acima, citando expressamente o Convênio nº 76/94. Não houve qualquer prejuízo para defesa do recorrente a indicação do Convênio e não do dispositivo regulamentar como embasamento legal da infração.

Quanto à multa, o recorrente tem razão. A aplicação da multa pressupõe a regular intimação do contribuinte para *apresentação* dos arquivos magnéticos, artigo 42, XIII-A, “g”. O ora recorrente foi intimado para apresentar o recibo de entrega dos arquivos magnéticos; a falta de atendimento desta intimação, ou seja, a não apresentação dos referidos recibos de entrega dos arquivos magnéticos, enseja a aplicação de multa, nos termos do artigo 42, XX, “a” e “b” de R\$90,00 (noventa reais) e R\$180,00 (cento e oitenta reais).

A Decisão da JJF em relação às infrações identificadas no Auto de Infração como de números 1 a 3 não merece reforma, por estar plenamente embasada e em conformidade com as determinações legais; trata-se de ilegitimidade ativa da relação jurídica material, e por via de consequência, falta de competência.

Por todo o exposto, dou PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para excluir da autuação o item 6, e NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207090.0012/03-1, lavrado contra INDEBASA - INDÚSTRIA DE DESCARTÁVEIS DA BAHIA S/A, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$22.413,63**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.729,50 e 150% sobre R\$20.684,13, previstas no art. 42, II, “e” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de setembro de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

ROSA MARIA DOS SANTOS GALVÃO – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTTE - REPR. DA PGE/PROFIS