

A. I. N° - 010888.3001/06-5
AUTUADO - CHIPNET COMPUTADORES LTDA.
AUTUANTE - PAULO JOSÉ ARAPONGA DÓRIA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 04. 10. 2006

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0290-04/06

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM DADOS DIVERGENTES DOS CONSTANTES NOS DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. Os contribuintes do ICMS autorizados ao uso de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados para Emissão de Documentos Fiscais e/ou Escrituração de Livros Fiscais (SEPD) deverão entregar, ao Fisco, quando intimado, os arquivos magnéticos com registro fiscal (por item de mercadoria) dos documentos emitidos por qualquer meio, contendo a totalidade das operações de entradas, de saída e das prestações efetuadas. **2.** CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VIA DE NOTA FISCAL QUE NÃO A PRIMEIRA. O autuado apresentou documentos que elidiram, em parte a infração. **3.** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTAS DE 10% E 1% DO VALOR COMERCIAL DAS MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Infração parcialmente elidida. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/03/2006, exige o pagamento de ICMS e multas no valor total de R\$151.703,78, em razão das seguintes irregularidades:

1. Forneceu informações através de arquivo magnético exigido na legislação tributária, requerido mediante intimação, com dados divergentes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% das saídas do estabelecimento em cada período. Valor da multa R\$ 72.015,98.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS através de via de nota fiscal que não a primeira. Valor R\$ 55.528,72.
3. Deu entrada no seu estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, pelo que foi aplicada a multa no valor de R\$ 23.526,51.
4. Como nos termos do item anterior, porém, de mercadorias não tributáveis, tendo sido aplicada a multa no valor de R\$ 632,57.

O autuado ingressa com defesa, às folhas 351 a 360, com os seguintes argumentos:

Infração 01. Ressalta que os levantamentos acostados aos autos refletem os mesmos valores anteriormente lançados em seus livros fiscais para apuração do imposto devido em cada período dos exercícios de 2003 e 2004 e não se constatou qualquer irregularidade. Por não ter havido descumprimento de obrigação principal, jamais poderia o fisco exigir pagamento de penalidade pecuniária tendo como base de cálculo aquela que serviu ao cálculo do imposto devido. Falta-lhe

a base para o estabelecimento da proporcionalidade que deve existir entre o descumprimento da obrigação principal e a imposição da penalidade sob tal fundamento, podendo ser aquela o próprio valor da operação ou do imposto, entretanto, tal não ocorreu.

Continua sua defesa protestando contra o caráter confiscatório da penalidade aplicada que no seu entendimento viola o princípio da razoabilidade da aplicação das leis em matéria de penalidade. Em seguida, salienta que inexistente a infração, haja vista que anteriormente atendida a exigência regulamentar de apresentação das informações prestadas acerca de sua movimentação de entrada e saída de mercadorias e tendo havido o atendimento à exigência legal para apresentação dos arquivos magnéticos, há de ser observado o disposto no art. 138 do CTN. Diz que a nova exigência por parte do autuante de apresentação de novos arquivos, não tem o condão de desfazer ou tornar inexistente o anterior cumprimento da obrigação pelo simples fato de apresentarem aquelas inconsistentes. Apela a esse CONSEF que seja observada a regra contida no § 6º do art. 915 do RICMS.

Infração 02. Assevera que toda a acusação é improcedente, haja vista que todos os lançamentos de entrada de mercadorias constantes do demonstrativo do autuante foram efetuados em seus livros fiscais à vista dos documentos originais. Para comprovar o alegado, faz juntada ao PAF, das fotocópias de todas as 1ª vias das notas fiscais ali relacionadas, com a ressalva de que a única nota da qual não é exibida a 1ª via é a de nº 2331, em face do extravio após seu registro, entretanto, faz juntada em fotocópia das 2ª e 3ª vias, essa devidamente autenticada por um tabelionato da cidade de Campinas/SP o que espera seja acatado por esse CONSEF o crédito fiscal ali destacado e utilizado.

Infração 03. Reconhece parcialmente procedente esta infração, exceção feita à nota fiscal nº 1282, emitida em 05/07/2004, no valor de R\$ 31.071,30, assim como em relação a parte das notas fiscais de nº 31911, 34914, 41887 e 41889 pelos seguintes motivos:

a) Foram as mercadorias ali descritas adquiridas por operação identificada pelo CFOP 6.105, tendo servido a nota fiscal como documento apto ao seu faturamento, sem destaque do ICMS sobre elas incidente. Por questões de logística da empresa fornecedora, a sua saída física dar-se-ia a partir empresa, acobertada por um outro documento fiscal, o que efetivamente ocorreu. Consta no campo informações complementares da nota nº 1282: “ Nota fiscal emitida nos termos do Ato Declaratório nº - DITRI/SER/SEFAZ de 05/05/2004 por EVADIN ARMAZENS GERAIS LTDA, rua JSEFA KRYSS, 255 blocos A, B, C Barra Funda/SP, IE 116060444112, de onde sairão as mercadorias.”

Para acobertar a efetiva entrega da mercadoria, foi emitida a nota fiscal de nº 30691 pelo fornecedor, em idêntico valor com ICMS destacado de R\$ 2.174,99. A nota em comento foi devidamente registrada em seu livro de registro de entradas, à fl. 14, conforme fotocópia anexa.

b) Mesmo que esse Colendo entenda que a simples omissão desse registro autorizaria a imposição da penalidade, ter-se-ia a observar a indicação contida no documento fiscal no que se refere à natureza da operação “Não incidência do ICMS, conf. Art. 352 § 1º do RICMS-AM DEC. 20.936.”

c) Impugna ainda, parcialmente, as notas fiscais nº 31911, 34914, 41887 e 41889, haja vista inconsistências verificadas na determinação da base de cálculo. Referem-se as aludidas notas à aquisição de mídias, sujeitas ao ICMS, e de licença de uso de programas de informática, quanto à primeira e de programas anti-vírus quanto à segunda, essas não sujeitas à incidência do ICMS. Por haver considerado ambos os valores, o auditor fez incidir a multa de 10% sobre o valor de cada uma delas. Em seguida, apresenta um demonstrativo com as diferenças cobradas a maior e que em seu entendimento devem ser excluídas da autuação.

Infração 04. A nota fiscal de nº 009583, da mesma forma que a referida na infração 03, corresponde a nota fiscal de faturamento de mercadoria e cujo registro da nota correspondente de nº 1637 foi lançada em 26/05/2003, à fl. 04, sendo essa operação sujeita ao ICMS e devidamente

creditado. O mesmo ocorre em relação às notas fiscais nº 1942 e 500 cujas notas correspondentes são as de nº 25715 e 33546, ora anexas e lançadas às fls. 03 e 020 do REM. Incorreu o autuante em equívoco ao lançar em seu demonstrativo o valor da multa relativa à NF nº 43.775. Por corresponder a imposição de 1% do valor da operação, tem-se que o valor correto é R\$ 1,99 e não R\$ 19,95.

Ao final, requer o julgamento parcialmente improcedente do Auto de Infração, com exclusão dos valores ora impugnados.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 479/482 dos autos, esclarece que uma vez iniciada a fiscalização em 28/12/2005 e estando o contribuinte sob ação fiscal, não há o que se falar em denúncia espontânea, como também em confisco já que o procedimento lartreou-se estritamente na legislação vigente.

Quanto à infração 01, informa que os arquivos magnéticos enviados pelo impugnante foram examinados, tendo sido detectada inconsistência nos mesmos. No dia 10/02/2006, entregou a relação dessas inconsistências em relatórios impressos e em um CD contendo todos os detalhes dos erros a serem corrigidos, dando um prazo legal de 30 dias para correção. Este prazo não foi cumprido e 42 dias depois foi apresentado um CD com outros arquivos e apesar da entrega fora do prazo foi constatado que não tinha sido corrigidas as inconsistências.

Infração 02 – Considerando a apresentação das 1ª vias das notas fiscais, excluiu a cobrança do crédito indevido, excetuando a nota nº 2331 cuja 2ª e 4ª via não pode gerar crédito.

Infração 03 – Acata os argumentos defensivos quanto à nota fiscal nº 1282 e exclui do novo demonstrativo. Quanto às outras argumentações, entende que não procede, pois a multa aplicada foi sobre a falta de registro das notas fiscais no livro de entradas, independentemente da espécie de mercadoria que elas acobertaram.

Infração 04 – Exclui a nota nº 9583 e as notas 1942 e 500 do demonstrativo. Diz que o conhecimento de transporte nº 43775, na verdade foi somado com o valor real de R\$ 1,99, havendo apenas engano no valor impresso, não alterando o total do débito.

Finaliza informando que efetuou novo demonstrativo de débitos com os valores retificados.

Em novo pronunciamento, pgs. 490 a 491, o autuado reafirma os argumentos apresentados em sua peça defensiva.

À página 495, o autuante em nova informação fiscal, mantém os lançamentos fiscais com as alterações feitas à fl. 479 do PAF.

VOTO

Inicialmente, ressalto que em relação às alegações pertinentes à inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, ressalto que tal matéria, de acordo com o artigo 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador.

Adentrando no mérito da lide e após analisar as peças que compõem o PAF, o meu posicionamento a respeito das infrações é o seguinte:

Na infração 01, o impugnante é acusado de fornecer arquivo magnético, após intimado, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais, ou seja, inconsistentes. Em sua defesa, nega o cometimento da irregularidade, reclama o caráter confiscatório da multa aplicada e afirma que inexistente a infração, uma vez que já anteriormente atendida a determinação, caracterizou-se a denúncia espontânea.

O art. 708-B, § 5º do RICMS/BA diz que “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. Ao analisar os documentos constates do PAF, constatei que o

Autuante intimou a empresa para que efetuasse a correção dos arquivos inconsistentes, sendo concedido prazo de trinta dias para regularização, conforme intimação anexa, pg. 314, entretanto, a empresa entregou os arquivos somente no dia 22/03/2004 e sem correção das inconsistências, conforme reconhece em sua defesa.

De acordo com o art. 708-B, § 6º do regulamento supracitado “A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o *caput* deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no [Convênio ICMS 57/95](#), configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na [alínea "g" do inciso XIII-A do art. 915](#) deste regulamento, ou seja, 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração.

Quanto à alegação de denúncia espontânea, a mesma não pode ser acolhida, tendo em vista que a ação fiscal foi iniciada em 28/12/2005 e o CD contendo os arquivos apresentados em 22/04/2006. A respeito da regra contida no § 6º do art. 915 do RICMS, a mesma não pode ser aplicada no presente caso, já que existe multa específica para esta infração. Assim, entendo que a multa aplicada deve ser mantida.

A acusação 02 diz que o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS através de via de nota fiscal que não a primeira. Na peça defensiva, o autuado apresenta fotocópias de todas as 1ª vias das notas fiscais relacionadas pelo autuante, com exceção da nota fiscal nº 2331, que afirma ter sido extraviada, juntando fotocópia da 2ª e 3ª via devidamente autenticada. O autuante, na informação fiscal, acata os documentos apresentados pelo contribuinte, mantendo apenas a cobrança do crédito indevido no valor de R\$ 3.049,19 referente à nota fiscal nº 2331, a qual entende não ser possível gerar crédito.

Observo que o art. 97, inciso IX do RICMS/BA veda a utilização de crédito fiscal do imposto em face de cópia de documento fiscal ou de qualquer de suas vias que não a primeira, ressalvada a hipótese de documento perdido, extraviado ou desaparecido, caso em que a admissão do crédito é condicionada à comprovação da ocorrência, por parte do contribuinte. No caso em comento, o autuado não comunicou o fato à Inspetoria Fazendária de sua circunscrição, dentro de 8 dias do ocorrido, como determina o art. 146 do mesmo regulamento, tampouco apresentou em sua defesa documentos que comprovassem a efetiva realização da operação. Assim, mantenho parcialmente a infração no montante de R\$ 3.049,19.

Na infração 03, o impugnante reconhece parcialmente a infração, discordando em relação à nota fiscal 1282 e parte das notas fiscais de nº 31911, 34914, 41887 e 41889. O autuante acata os argumentos defensivos quanto à nota fiscal nº 1282 e a exclui do novo demonstrativo. Quanto às demais notas entende que o argumento não procede.

A empresa alega em relação às notas fiscais nº 31911, 34914, 41887, 41889 e 134846 que houve inconsistências em relação a sua base de cálculo, uma vez que se referem a aquisições de mídia, sujeitas ao ICMS e licença de uso de programas de informática, não sujeitas ao imposto, portanto, estes devem ser excluídos da base de cálculo da penalidade.

Assim dispõe o art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96: “ Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

IX - 10% (dez por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal.

Dessa forma, concluo que o argumento defensivo deve ser acolhido, uma vez que ao observar os referidos documentos, constatei que partes dos valores ali constantes não estão sujeitas à incidência do ICMS, consequentemente, devem ser excluídos da aplicação da multa, restando parcialmente procedente a infração no montante de R\$ 18.679,83.

Quanto à infração 04, que aplica a multa de 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria não tributável, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, o contribuinte concorda parcialmente com o ilícito tributário, com exceção das notas fiscais nº 9583, 1942 e 500 que alega terem sido emitidas para simples faturamento, com emissão das notas correspondentes nº 1637, 25715 e 33546 que se encontram lançadas em seu Livro de Entradas. O autuante acatou o argumento defensivo e reduziu o valor da multa referente à infração para o valor de R\$ 78,11, o qual concordo.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, nos seguintes valores:

INFRAÇÃO	VALOR DO DÉBITO (R\$)
01	72.015,98
02	3.049,19
03	18.679,83
04	78,11
TOTAL	93.823,13

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **010888.3001/06-5**, lavrado contra **CHIPNET COMPUTADORES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.049,19**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, “a”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$90.773,94**, previstas no art. 42, IX, XI e XIII-A, “f”, da mesma lei e dos acréscimos moratórios correspondentes, na forma prevista pela lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de setembro de 2006.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA