

A. I. N° - 149269.0034/06-0
AUTUADO - LEON HEIMER S/A
AUTUANTE - LELITA VIEIRA TIGRE DA SILVA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 25.07.07

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0205-04/07

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA O ATIVO PERMANENTE. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. 2. ESTORNO DE DÉBITO. Lançamento em desacordo com a legislação. Infração não contestada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. a) MATERIAL DE CONSUMO. b) BENS DO ATIVO FIXO. É devido o pagamento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições em outros Estados de mercadorias tanto para consumo como para o ativo fixo do estabelecimento. Infrações caracterizadas. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM OMISSÃO DE INFORMAÇÕES. 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. Infração parcialmente subsistente após o refazimento dos cálculos. Denegado pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2006, reclama o valor de R\$ 53.950,97 em razão das seguintes irregularidades:

- 1- utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 4.716,19, acrescido de multa de 60%;
- 2 - estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação. Sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 7.884,23, acrescido de multa de 60%;
- 3- falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 203,35, acrescido de multa de 60%;
- 4 - falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação e

destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 2.198,11, acrescido de multa de 60%;

5 - fornecimento de informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requerido mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, referente aos exercícios de 2002 e 2003. Sendo exigida a multa de 1% sobre o total das saídas totalizando o valor de R\$ 38.949,09.

O sujeito passivo, tempestivamente, apresenta sua contestação, fls. 200 a 210, concentrando suas alegações exclusivamente em torno da infração 05, argumentando o seguinte:

Inicialmente aduz que a aplicação da multa de 1% sobre as saídas no período fiscalizado é ilegal e excessivamente onerosa, observando que de acordo com a inteligência da alínea “f” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7.014/96 deve ser aplicada a multa de 5% sobre as divergências apuradas até o limite de 1% sobre o total das saídas.

Enfatiza que, como se verifica nos documentos por ele anexados aos autos, cópias do livro Registro de Apuração do ICMS – LRAICMS, fls. 274 a 299, protocolos Sintegra, fls. 300 a 323, e notas fiscais, fls. 324 a 347, as divergências ocorridas entre os arquivos e os registros fiscais são mínimas. Prossegue afirmando que a repercussão de tais divergências na apuração do ICMS resulta em valores muito aquém da multa aplicada pela fiscalização, conforme demonstra em planilha consolidada, fls. 271 a 273.

Diz que a multa aplicada em percentual sobre o total das saídas é inteiramente desproporcional à infração atribuída, por representar sanção ao descumprimento de obrigação acessória. Prossegue afirmando que nesse sentido o STJ tem decidido sobre a matéria como não observância do princípio da proporcionalidade da pena, transcrevendo ementa de decisão em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança.

Aduz ainda que o princípio do Não Confisco também deve ser aplicado em relação às multas, para tanto, transcreve diversas ementas de decisões de tribunais para consubstanciar sua tese de que a multa aplicada é uma maneira indireta de burlar o dispositivo constitucional que proíbe o confisco, requerendo a anulação da multa imposta.

Insurge-se também quanto a aplicação de juros de mora com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, por se tratar de fórmula de cálculo de juros totalmente incompatível com o CTN, seja por não se tratar de percentual fixo e determinado, seja por se tratar de juros destinados ao financiamento de títulos públicos. Nesse diapasão, para corroborar com sua pretensão, transcreve arresto unânime do STJ, o qual atribui à aplicação da taxa SELIC o aumento de tributo sem lei específica, vulnerando o inciso I do art. 150 da Constituição Federal.

Afirma que por restar incontroverso que os juros de mora calculados nos autos com base na taxa SELIC oneram absurdamente o débito fiscal revelando-se incompatível com o CTN, e por isso, requer a redução do montante de juros de mora, adequando-se à taxa de 1% ao mês.

Requer o autuado a realização de perícia contábil nos seus livros e documentos fiscais, a fim de que sejam apuradas as reais divergências de informações apontadas pela fiscalização para que se possa aferir a repercussão dessas divergências no recolhimento do imposto devido.

Ao final, requer o julgamento improcedente do Auto de Infração.

Em sua informação fiscal, fls. 351 a 354, a autuante esclarece o seguinte:

O autuado por ser usuário do SEPD – Sistema Eletrônico de Processamento de Dados está obrigado a entregar o arquivo magnético dentro das especificações e requisitos previstos no Convênio 57/95, nos prazos determinados nos incisos do art. 708-A do RICMS-BA/97, referente ao movimento econômico de cada mês, e que, também consta no § 6º do referido artigo que a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências,

especificações e requisitos previstos no Convênio 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas.

Diz ter intimado o autuado, fl. 42, para consertar os arquivos magnéticos, tendo sido fornecida a listagem das irregularidades, acorde documentação anexada à intimação fls. 43 a 84.

Observa a alegação da defesa que aduz que a fiscalização não tomou por base as informações divergentes e aplicou o percentual de 5%, mas calculou a multa diretamente utilizando o valor máximo de 1% sobre os totais das saídas.

Assegura que as divergências apuradas foram tantas que nada adiantaria calcular a multa com base nos 5% para depois limitar em 1%. Esclarece seu argumento apresentando uma planilha comparativa entre a aplicação da multa de 5%, no período fiscalizado, sobre a diferença do somatório dos registros “50” e 60 A” com o registro “54”, com a aplicação da multa de 1% sobre total das saídas, em cada período de aplicação, fl. 353, resultando nos valores apurados da aludidas multas, de R\$ 47.459, 41 com 5% sobre as divergências e R\$ 16.837,48 sobre o total das saídas, no exercício de 2002, e R\$ 49.039,36, com 5% sobre as divergências e R\$ 22.111,61, com 5% sobre as divergências no exercício de 2003.

Apresenta também o autuante duas planilhas para demonstrar as divergências existentes entre os valores constantes em notas fiscais e no arquivo magnético, discriminando, como exemplo, o conteúdo das notas fiscais n^{os} 00528, fl. 151, e 00516, fl. 168, e os correspondentes valores informados no arquivo magnético.

Transcreve o teor do § 6º do art. 708-B do RICMS-BA/97 para asseverar que a entrega dos arquivos fora dos padrões estabelecidos pela legislação configura o seu não fornecimento.

Diz que o autuado fora intimado e não regularizou as inconsistências apontadas pela fiscalização, conforme se verifica na cópia do e-mail, fl. 10.

Observa que nesses casos a intenção do fisco não é penalizar o contribuinte, mas sim, tentar regularizar a situação pendente, porém, reafirma que não se pode permitir o descumprimento das normas previstas na legislação.

Conclui a autuante asseverando que em relação às infrações 01, 02, 03 e 04 nada fora impugnado e ratificando o Auto de Infração em todos os seus termos.

VOTO

Trata de Auto de Infração, de exigência do valor de R\$ 53.950,97, referente a diversas irregularidades apuradas através de Auto de Infração.

O sujeito passivo não contestou as acusações referentes aos itens 1, 2, 3 e 4 do presente Auto de Infração, portanto, inexistindo lide em torno dessa infrações, razão pela qual devem ser mantidas na autuação, conforme art. 140 do RPAF/99.

Rejeito o pedido de perícia contábil, a ser realizada por fiscal estranho ao feito, formulado pelo autuado, tendo em vista ser desnecessária a interveniência de especialista, ante a inexistência, no presente caso, de ponto obscuro algum para ser aclarado. Ademais, já se encontram no processo todos os elementos necessários a formação de minha convicção e, além disso, tal providência é desnecessária em vista das outras provas produzidas, de acordo com a alínea “a” do inciso I e a alínea “b” inciso II, ambas do art. 147 do RPAF-BA/99.

Quanto ao mérito, a infração 05 trata da aplicação de multa prevista na alínea “f” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de que o contribuinte forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes nos exercícios de 2002 e 2003.

A defesa requer que seja aplicado o percentual de 5% sobre as divergências apuradas entre as informações contidas no arquivo magnético e as registradas em seus livros fiscais e não o percentual de 1% sobre o total das operações de saídas no período fiscalizado.

A autuante informa que está correta a aplicação do percentual de 1% sobre o total das saídas, por ela procedida para apuração do débito apurado, tendo em vista que, diante das inúmeras divergências constatadas, é mais favorável ao autuado, apresentando, inclusive planilha, fl. 353, demonstrado a sua assertiva.

Com referência a planilha elaborada pela autuante e colacionada à informação fiscal, verifico que em sua avaliação comparativa fora considerada como divergência os valores encontrados decorrentes da falta de consistência interna dos dados constantes no próprio arquivo magnético enviado pelo autuado, os seja, a diferença entre o somatório do “registro 50”, coluna 1, com o “registro 60-A”, coluna 2, e o “registro 54”, o que, de fato, demonstra a efetiva inconsistência dos dados tabulados no arquivo. Entretanto, o que não posso concordar é com a utilização desses dados, referentes à inconsistência interna do arquivo para fins comparativos em relação a aplicação do percentual de 5% sobre as divergências e de 1% sobre as saídas, como pretendeu aduzir a autuante e justificar a sua opção por essa última. Minha discordância advém do simples fato de que o legislador claramente qualificou a natureza da divergência colimada para a aplicação da multa tipificada na alínea “f” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei n 7.014/96, qual seja, a divergência entre os valores das entradas e saídas informadas no arquivo magnético e as registradas nos competentes livros fiscais. Portanto, na matéria em questão, não há que se falar em divergência, que não se refira, especificamente, à falta de convergência unívoca entre dados do arquivo e seu correspondente registro na escrita fiscal.

Na análise das demais peças que compõem os autos, verifico com base no “Demonstrativo das Saídas” fl. 85, elaborado pela autuante, que o valor apurado, efetivamente, decorreu da aplicação do percentual de 1% sobre os valores de saídas consignados no livro Registro de Apuração do ICMS – LRAICMS, fls. 103 a 158, nos exercícios de 2002 e 2003. Compulsando a documentação que arriam a infração 05, ou seja, as planilhas “Notas Fiscais por CFOP (registro 50) Sintético”, fls. 86 a 102, e as cópias do “Registro de Apuração do ICMS”, fls. 103 a 150, constato que a autuante, por ter identificado divergências nos valores mensais das saídas e das entradas, constantes dos “Registro 50” e os valores correspondentes registrados no LRAICMS, aplicou, mensalmente, sobre o total das saídas o percentual de 1%.

Tendo em vista a inteligência da alínea “f” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7.014/96 a seguir transcrito:

“XIII-A - nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados:

[...]

XIII-A - nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados:

[...]

f) 5% (cinco por cento) do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos magnéticos 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;”

Entendo que resta claro de sua leitura que deve ser aplicada a multa de 5% sobre as divergências apuradas nas operações de entradas e de saídas entre os valores informados nos arquivos magnéticos e os respectivos registros nos livros fiscais, desde que esses valores não ultrapassem 1% sobre os valores das saídas, no estrito cumprimento da exigência constante do supra aludido dispositivo legal.

Por isso, conforme explicitado nos demonstrativos a seguir apresentados, com a aplicação de 5% sobre as divergências constatadas, tanto nas entradas, quanto nas saídas, os valores devidos, respectivamente, nos exercícios de 2002 e 2003, correspondem a R\$ 13.249,45 e R\$ 18.192,21,

portanto, inferiores aos valores lançados pela autuante de R\$ 16.837,48 e R\$ 22.111.61.

DIFERENÇAS ENTRE O ARQUIVO MAGNÉTICO E O LRAICMS

2002	SAIDAS			ENTRADAS		
	ARQ. MAG. Fls. 83 a 93	LRAICMS Fls. 103 a 126	DIFERENÇA	ARQ. MAG. Fls. 83 a 93	LRAICMS Fls. 103 a 126	DIFERENÇA
JAN	161.300,04	169.727,03	8.426,99	98.601,78	103.685,92	5.084,14
FEV	95.009,11	102.212,83	7.203,72	94.113,01	99.955,77	5.842,76
MAR	104.989,51	112.316,10	7.326,59	86.218,88	89.174,30	2.955,42
ABR	131.067,26	144.137,66	13.070,40	91.644,88	95.715,58	4.070,70
MAI	98.842,53	113.948,78	15.106,25	59.015,15	62.573,73	3.558,58
JUN	147.785,48	158.762,15	10.976,67	124.376,76	131.706,31	7.329,55
JUL	120.360,01	146.763,49	26.403,48	107.611,66	112.556,07	4.944,41
AGO	110.199,60	140.420,98	30.221,38	109.268,49	114.128,82	4.860,33
SET	135.179,23	155.036,68	19.857,45	82.089,15	86.784,11	4.694,96
OUT	144.273,31	180.665,79	36.392,48	124.702,77	131.000,16	6.297,39
NOV	116.999,93	131.638,51	14.638,58	108.204,53	113.382,92	5.178,39
DEZ	113.841,05	128.118,48	14.277,43	115.114,86	121.385,90	6.271,04
TOTAL DAS DIFERENÇAS DAS SAÍDA			203.901,42	TOTAL DAS DIF. DAS ENTRADAS		61.087,67
TOTAL DAS DIFERENÇAS				264.989,09	5%	13.249,45

DIFERENÇAS ENTRE O ARQUIVO MAGNÉTICO E O LRAICMS

2003	SAÍDAS			ENTRADAS		
	ARQ. MAG. Fls. 94 a 102	LRAICMS Fls. 127 a 150	DIFERENÇA	ARQ. MAG. Fls. 94 a 102	LRAICMS Fls. 127 a 150	DIFERENÇA
JAN	203.511,64	225.627,30	22.115,66	139.495,33	144.510,08	5.014,75
FEV	142.615,50	163.565,16	20.949,66	94.113,01	131.742,12	37.629,11
MAR	142.556,40	160.737,31	18.180,91	105.448,94	107.575,52	2.126,58
ABR	135.303,44	155.141,44	19.838,00	175.176,72	175.817,93	641,21
MAI	192.382,70	210.317,37	17.934,67	220.569,79	220.884,84	315,05
JUN	217.781,96	240.472,45	22.690,49	165.355,27	165.609,97	254,70
JUL	136.358,27	161.841,60	25.483,33	104.262,26	104.600,76	338,50
AGO	124.616,10	164.749,69	40.133,59	132.318,06	132.516,51	198,45
SET	143.254,51	168.108,83	24.854,32	94.837,62	97.291,32	2.453,70
OUT	157.964,21	191.005,14	33.040,93	134.045,85	134.446,11	400,26
NOV	158.054,51	189.730,45	31.675,94	116.696,57	118.297,16	1.600,59
DEZ	144.278,90	179.864,35	35.585,45	139.835,39	140.223,66	388,27
TOTAL DAS DIFERENÇAS - SAÍDAS			312.482,95	OT. DAS DIFERENÇAS - ENTRADA		51.361,17
TOTAL DAS DIFERENÇAS				363.844,12	5%	18.192,21

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - INFRAÇÃO 05

DATA OCOR.	DATA VENC.	BASE DE CÁLCULO	ALÍQ.	MULTA S/ B.C.	VALOR A PAGAR
31/12/2002	9/1/2003	264.989,09	-	5,0%	13.249,45
31/12/2003	9/1/2004	363.844,12	-	5,0%	18.192,21
TOTAL DA INFRAÇÃO 05					31.441,66

Quanto à alegação de que a multa estipulada teria caráter confiscatório, isto é, conflitante com o preceito constitucional de não confisco, constato que a aludida penalidade aplicada encontra-se legalmente lastreada na alínea “f” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, ademais, cumpre asseverar que esse tipo de abordagem escapa ao âmbito de competência deste órgão de julgamento, não sendo razoável discutir a constitucionalidade do direito posto na esfera administrativa.

Relativamente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia SELIC, não obstante as alegações defensivas, a mencionada taxa é prevista no § 2º do inciso II do art. 102, da Lei nº 3.965/81 (COTEB), não cabendo, portanto, a este órgão julgador a declaração de sua ilegalidade ou inconstitucionalidade, nos termos do inciso I do art. 167 do RPAF-BA/99.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 **149269.0034/06-0**, lavrado contra **LEON HEIMER S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 15.001,88**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 31.441,66**, prevista no art. 42, XIII-A, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, conforme estabelecido pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA