

PROCESSO - A. I. Nº 380214.0006/05-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA. (BRASILGÁS)
RECORRIDOS - BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA. (BRASILGÁS) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 4º JJF nº 0348-04/05
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 07/11/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJP Nº 0328-12/08

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL. FALTA DE SEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. DOCUMENTOS FISCAIS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM OMISSÃO DOS REGISTROS TIPO 70. MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DAS OPERAÇÕES REALIZADAS. Não pode o Fisco impor ao contribuinte multa por descumprimento de obrigação acessória se, após a data da ocorrência da suposta infração, sobreveio norma revogando o dever de apresentar o registro de inventário por meio magnético. Confere-se à norma tributária mais benéfica efeitos retroativos, para atingir os processos administrativos ainda não definitivamente julgados. O levantamento de ofício, na forma como foi efetuado, violou preceitos fundamentais do processo administrativo fiscal, em especial o de cerceamento de direito de defesa. Modificada a Decisão recorrida. Item Nulo. Decretado de ofício. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Contribuinte comprovou o estorno do crédito no mesmo período de apuração. Infração insubsistente. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**, tendo em vista a nulidade do item 1, decretada de ofício. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício, interpostos pelo sujeito passivo e pela Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, sendo o objeto do primeiro Recurso apenas a infração 1 e do segundo as infrações 1 e 2, que abaixo transcrevo:

INFRAÇÃO 1 – Forneceu arquivo magnético enviado via internet, através do programa validador/ SINTEGRA, com omissão de operações ou prestações. Sendo aplicado multa por descumprimento de obrigação acessória utilizando a base de cálculo de forma que se chegasse ao limite de 1% (um por cento) das vendas, conforme demonstrativos anexos ao auto;

INFRAÇÃO 2 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, referente a nota fiscal nº 083972, no valor de R\$952,00 (novecentos e cinquenta e dois reais), tendo de creditado da importância de R\$66,64 (sessenta e seis reais e sessenta e quatro centavos).

Consta na descrição dos fatos, em relação à infração 1, que inicialmente o contribuinte foi intimado para apresentar os arquivos magnéticos na forma prevista do convênio, uma vez que

estavam ausentes registro e arquivos. Embora houvesse a tentativa, não houve desde o início o atendimento pleno do que se solicitava, conforme pode se observar nos e-mails anexados.

Na análise dos dados do arquivo magnético, foi verificada grande distorção nos dados disponibilizados, o que comprometeu totalmente a sua utilização.

O autuante adotou diversas providências, junto o autuado, tentando viabilizar a utilização dos arquivos, entretanto, embora houvesse boa vontade de seus prepostos, não conseguiram atender com os dados e documentos que satisfizessem às necessidades do Fisco.

Foram apresentados diversos demonstrativos na tentativa de suprir os dados ausentes do arquivo, entretanto, após análise detalhada dos demonstrativos disponibilizados, Auditor Fiscal e a representante da empresa designada para acompanhar os trabalhos, chegaram à conclusão da inadequação dos demonstrativos, por não atender ao que se solicitava, conforme e-mails anexados.

Foi verificada, também, inconsistência no inventário da empresa, sendo inclusive solicitada a sua retificação, conforme documento anexo.

Diante de tanta irregularidade, considerando o volume de documentos e o porte da empresa, tornou-se temerária, portanto, inviável a utilização dos arquivos magnéticos na realização da fiscalização.

A empresa autuada, inconformada, em parte, com as imputações que lhe foram aplicadas, uma vez que reconheceu o cometimento da infração 3, ingressou com impugnação administrativa, a qual foi posteriormente analisada pela 4ª JJF, que concluiu pela procedência parcial do Auto de Infração, reduzindo o valor do débito da infração 1 e julgando improcedente a infração 2, sob os seguintes fundamentos:

“...Em relação ao mérito da autuação, o art. 708-A, do RICMS/97, determina que os contribuintes do ICMS autorizados ao uso de SEPD deverão entregar o arquivo magnético referente ao movimento econômico de cada mês, a partir do mês de outubro de 2000, inclusive, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações efetuadas.

Assim, todos os contribuintes autorizados ao uso de SEPD, exceto os autorizados somente para escrituração do livro Registro de Inventário, estão obrigados a entregar o arquivo magnético contendo os dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário nos meses em que este for realizado. O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético cancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.

No “REGISTRO TIPO 74”, são consignados os lançamentos constante do livro Registro de Inventário, foi instituído pelo Convênio ICMS 69/02, com efeitos a partir de 01.01.03, logo, não sendo possível exigir a apresentação do referido registro em relação aos exercícios de 2000, 2001 e 2002, devendo ser excluído da autuação os respectivos de R\$156.306,51, R\$335.808,49 e R\$ 390.991,65.

Já em relação aos exercícios de 2003 e 2004, o autuado entregou o arquivo com informações do registro tipo 74, inconsistentes, ou seja, com informações divergentes em relação ao livro de inventário.

O arquivo magnético entregue nos termos deste artigo 708-A deverá conter, também, dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário nos meses em que este for realizado, conforme determina o § 2º do referido artigo

do RICMS/97.

Por sua vez, o § 6º, do mesmo artigo acima citado, estabelece que a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atenda às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas.

Assim, apesar de ter apresentado os referidos arquivos magnéticos com os registros, os mesmos estavam com diversas inconsistências, tendo o autuante intimado o autuado a regularizar os dados informados nos registros, em especial em relação aos registros 60A, 60M, 60R e 74, conforme Termo de Intimação acostado às folhas 08 e 09 do PAF, datado de 04/04/05, alertando ao autuado que o não atendimento da intimação resultaria na penalidade prevista nas alíneas “g” ou “f”, do inciso XIII-A, do artigo 42, da Lei 7.014/96, os quais foram transcritos.

Saliento que o contribuinte foi intimado, pelo autuante, por diversas vezes, para regularizar a situação, conforme documentos acostados ao PAF, fls. 08, 09 e 28 a 56, porém, as providências adotadas não foram suficientes para sanar as irregularidades sem aplicação da multa. Ressalto que a 1ª Intimação ocorreu em 04/04/05 e o Auto de Infração somente foi lavrado em 30/06/05, quase dois meses depois.

Outrossim, que o autuante incorreu em equívoco, ao indicar no Auto de Infração o dispositivo da multa aplicada como sendo a alínea “f”, inciso XIII-A, artigo 42 da Lei 7.014/96, quando o correto é a alínea “g”, do mesmo inciso, do mesmo artigo e lei, pelo que fica retificada a multa aplicada, sem resultar em alteração de valores, uma vez que foi calculada no percentual de 5%, porém ficou limitada ao percentual de 1%, conforme determina o § 6º, do artigo 708-B, do RICMS/97, in verbis:

“708-B ...

§ 6º 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.”

Pelo acima exposto, entendo que a infração restou parcialmente caracterizada no valor de R\$950.079,67, referente aos exercícios de 2003 e 2004, sendo excluídas os valores correspondentes aos exercícios de 2000, 2001 e 2002.

Em relação a infração 02, entendo que razão assiste ao autuado, pois em sua defesa este acostou cópia do livro Registro de Apuração, folhas 156 e 157, referente ao mês de dezembro de 2001, no qual consta no item 002 “outros débitos” que o respectivo crédito foi efetivamente estornado no mesmo período do crédito, não causando qualquer repercussão do recolhimento do imposto. Desta forma, tal infração deve ser excluída do Auto de Infração.

Quanto à infração 03, o autuado confessa o respectivo débito e informando que recolheu o mesmo, razão pela qual entendo que a mesma restou caracterizada.”

Diante das reduções realizadas pelos Julgadores de Primeira Instância Administrativa, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício.

Inconformado com a Decisão proferida em primeiro grau, o autuado interpôs Recurso Voluntário, em apertada síntese, que a infração 1 não merece prosperar, uma vez que o Fiscal Autuante apenas exigiu a apresentação do registro 74 do arquivo magnético, a partir do mês de setembro de 2003, o qual foi entregue corretamente, restando indevida a aplicação da multa por descumprimento de multa acessória em relação ao período de janeiro a agosto de 2003.

Assevera que o Fisco Baiano nunca exigiu o arquivo magnético registro 74, uma vez que a referida obrigação acessória foi introduzida pelo Convênio ICMS 69/02, o qual alterou o Convênio ICMS 57/1995. Diz que o Convênio ICMS 69/02 estabeleceu que o registro 74 é opcional, ficando a

sua adoção ao critério das unidades da Federação, fazendo necessária manifestação formal, por parte do Fisco Estadual, determinando quando o contribuinte deveria adequar-se ao armazenamento das novas informações e o prazo de apresentação na forma estabelecida pelo Convênio.

Aduz que a aplicação da multa de 1% (um por cento), em relação ao período compreendido entre setembro de 2003 a dezembro de 2004, é improcedente uma vez que o recorrente apresentou um demonstrativo detalhando as quantidades de cada tipo de vasilhame em peças e quilos, demonstrando, que o art. 74 foi devidamente entregue e que as eventuais divergências foram esclarecidas através de relatórios complementares emitidos pelo próprio autuado.

Pugna pela nulidade do Auto de Infração, aduzindo que embora a JJF tenha retificado a capitulação da multa aplicada, a mesma encontra-se flagrantemente improcedente. Segundo o Recorrente, ao analisar o teor do dispositivo legal, a multa não pode se dar por omissão de entrega do arquivo, uma vez que cumpriu tal determinação legal e que as supostas inconsistências foram regularizadas, através dos relatórios complementares, que demonstram que o autuado ora utilizava as quantidades das mercadorias por quilos, ora por botijões.

Diz que o fiscal autuante se equivocou ao aplicar a multa de 1% sobre o total das operações de saída do estabelecimento, incluindo, inclusive, as operações contidas nos arquivos magnéticos em situação regular, quando deveria ter averiguado as operações de saídas e entradas com divergências e a partir do valor dessas operações, aplicar a multa de 1% (um por cento).

Conclui a sua fundamentação sobre a nulidade da infração 1 da seguinte forma:

1. Conforme comprovantes ora acostados, os arquivos magnéticos contendo o registro do tipo 74 (inventário) do período compreendido entre setembro/03 a dezembro/04 foram efetivamente enviados e validados pelo SINTEGRA;
2. as eventuais divergências contidas em algumas operações inerentes ao critério de quantidade (umas vezes utilizou-se a quantidade em quilos, outras em peças) foram esclarecidas pelo contribuinte, ora recorrente, através de demonstrativos complementares;
3. o dispositivo legal utilizado pelo Dr. Fiscal para fundamentar a imposição da multa, não existe (art. 915, “f”), dificultando a ampla defesa do contribuinte, ora recorrente. A retificação do dispositivo agora na Decisão administrativa de primeira instância agravou ainda mais a situação, pois a ora recorrente perdeu a chance de ampla defesa quando da impugnação, eis que, por dedução, para viabilizar alguma linha de defesa, defendeu-se do art. 915, XIII-A, “f” do RICMS/BA, sendo correto (segundo Acórdão) alínea “g”.

Diz que o autuante deveria verificar a documentação contábil do recorrente, em vez de apenas se ater as informações constantes no arquivo magnético, tendo em vista a dificuldade o autuado de inserir os dados, de forma retroativa, ao registro 74 dos arquivos magnéticos, em tão curto prazo.

Sustenta que os princípios da verdade material, proporcionalidade e razoabilidade foram violados e cita trechos de doutrina para fundamentar suas alegações.

Ao final de sua súplica recursal pugna pelo Provimento do Recurso Voluntário, para que seja reformada a Decisão proferida pela Primeira Instância administrativa e conseqüentemente julgar o Auto de Infração improcedente.

Na eventualidade de não ser acatado o pedido acima, suplica pela exclusão da multa aplicada na infração 1, referente aos meses de janeiro a agosto de 2003 e a rerratificação do dispositivo legal inerente à multa aplicada na infração 1, para aplicar a penalidade prevista no art. 915, XIII-A, “f” do RICMS, em consonância ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

A Procuradoria ao se manifestar sobre o Recurso Voluntário, afasta a preliminar de nulidade, por entender que a multa foi aplicada corretamente. No que concerne ao mérito, concorda parcialmente com as alegações trazidas pelo recorrente, opinando pela procedência parcial do

Auto de Infração para excluir as multas referentes aos meses de janeiro a agosto de 2003.

A PGE/PROFIS elaborou uma consulta interna, para se verificar se é possível a aplicação da multa em discussão na infração 1, a qual chegou a seguinte conclusão de que não era possível aplicar a multa referente às inconsistências do registro 74 dos arquivos magnéticos, uma vez que a adoção do referido registro apenas se deu na legislação tributária da Bahia em 14.05.05.

Complementa as suas informações aduzindo que o livro inventário é apenas escriturado ao final do exercício, sendo a multa a ser aplicada pela inconsistência do registro nº 74 sobre o percentual cabível ao valor do estoque (inconsistências) e não o percentual da soma de todas as saídas do ano.

Após tomar conhecimento do Parecer da PROFIS/ASTEC/CSL o ilustre procurador assistente José Augusto Martins Júnior, pugna pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, por entender que parte do período fiscalizado não se encontrava albergado pela obrigatoriedade da entrega do artigo, acolhendo o Parecer da ASTEC e da procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa.

VOTO

A infração que ora é combatida no Recurso Voluntário, se refere a fornecimento de arquivos magnéticos, enviados via internet através do programa validador/SINTEGRA, com omissão de operações ou prestações, sendo aplicada uma multa por descumprimento de obrigação acessória, no importe de R\$1.833.186,32, a qual foi reduzida pela JJF para R\$950.079,67, por entender que os exercícios de 2000, 2001 e 2002, não deveriam fazer parte da autuação, uma vez que a exigência do registro do arquivo nº 74 (inventário) só passou a ser exigido a partir de janeiro de 2003.

Observo que houve um equívoco por parte do recorrente e dos julgadores de Primeira Instância, por entenderem que a multa aplicada na infração em questão se deu por conta da falta das inconsistências existente, exclusivamente, em relação ao Registro 74.

Extraí-se, dos autos, que as inconsistências apontadas pelo Fiscal Autuante não se restringem apenas ao Registro 74, mas também aos registros 60 A; 60M; 60RT tal informação pode ser constatada no termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais, fl. 8, no qual informa que foram constatadas irregularidades em tais arquivos, bem como na afirmação do preposto fiscal, quando da informação fiscal, às fls.177, ao asseverar que: ***“cabe ressaltar que a infração 1 não ocorreu pela falta do registro 74 e sim pela divergência dos dados informados no arquivo magnético com os escriturados pela empresa...”***

Ao meu sentir, observo que o lançamento de ofício, em litígio, na forma em que foi feito, violou preceitos fundamentais do processo administrativo fiscal, em especial o cerceamento de defesa.

O Auditor Fiscal ao verificar as divergências nos arquivos entregues pelo autuado, deveria ter concedido o prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da intimação, fornecendo ao sujeito passivo Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas.

A ausência dos procedimentos acima, previstos no art. 708-B, do RICMS, macula o Auto de Infração, no tocante à infração 1, uma vez que causou prejuízo insanável, ocasionando a insegurança da infração.

Diante de todo o exposto, não nos resta outra alternativa a não ser julgar nula a infração 1 de ofício, motivo pelo qual o Recurso Voluntário restou prejudicado.

No que concerne ao Recurso de Ofício, tendo em vista a nulidade da infração 1, observo que o Recurso restou parcialmente prejudicado, restando, apenas a análise da infração 2, que foi julgada improcedente pela JJF, por entender que o sujeito passivo, ao realizar o estorno do crédito no mesmo período de apuração, a infração restou insubsistente.

A análise das provas contidas nos autos, observo que a Decisão proferida pela JJF não merece qualquer reparo, isto porque o sujeito passivo, comprovou, através de documentos acostados à

sua impugnação, que realizou o estorno do crédito no mesmo período de apuração do crédito, não causando qualquer prejuízo ao erário do Estado.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de ofício em relação à infração 2.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto em relação à infração 2 e, de ofício decretar a nulidade da infração 1, e, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **380214.0006/05-6**, lavrado contra **BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor **R\$1.244,82**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor comprovadamente pago.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de outubro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS