

PROCESSO - A. I. Nº 272041.3001/08-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL E CAMBUÍ COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDOS - CAMBUÍ COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA. E FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JF nº 0120-04/09
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 28/10/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0276-11/09

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É correta e, por isso, deve ser mantida a desoneração operada pela Decisão de primeiro grau administrativo decorrente da constatação de que parte do imposto exigido havia sido objeto de denúncia espontânea do contribuinte e parcelamento já deferido. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA NO PRAZO REGULAMENTAR. Não se insurgindo o contribuinte quanto ao mérito da questão, nem justificando o descumprimento da obrigação acessória concernente à entrega dos arquivos magnéticos, é infrutífera a argumentação desenvolvida no sentido de que a penalidade imposta é desproporcional, porquanto a eventual redução ou cancelamento da multa está condicionada à demonstração da falta de dolo, fraude ou simulação, bem como da inexistência de prejuízos para o Fisco. Mantida a Decisão recorrida. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ao revés do quanto sustenta o sujeito passivo, a cobrança da diferença de alíquotas relativa às operações de aquisição de mercadorias destinadas ao ativo fixo e ao uso e consumo do estabelecimento, quando o remetente está localizado em outro Estado da Federação, não se limita às operações de importação. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão Unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JF nº 0120-04/09), que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, através do qual o preposto fiscal apontou o cometimento das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios – R\$200.840,19;
2. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS – R\$14.934,03;
3. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informação de operações ou prestações realizadas (2006/2007), sendo aplicada multa – R\$158.332,76;

4. Deixou de recolher ICMS decorrente de diferença de alíquota entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento – R\$16.139,25;
5. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquota entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento – R\$404,00;
6. Extraviou livros fiscais de Registro de Entradas, Saídas, Inventário e Ocorrências, totalizando seis livros ao todo, tendo sido aplicada multa – R\$4.600,00;
7. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de Declaração de Apuração Mensal (DMA) do ICMS de 10/2006 e 12/2007 – multa – R\$140,00;
8. Escriturou livro fiscal em desacordo com a normas regulamentares – o livro de Apuração relativo ao mês de abril/2007 está em branco, sendo aplicada multa – R\$140,00; e
9. Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com o fim de comercialização – R\$20.435,37.

A Junta de Julgamento Fiscal, com relação à infração 1, que o contribuinte, apesar de ter alegado que parte do débito havia sido objeto de parcelamento, não juntou qualquer documento com a defesa com vistas a comprovar o alegado. Todavia, o autuante, na informação fiscal, reconheceu terem sido parcelados os valores de R\$61.335,94 e R\$30.172,39, relativos aos meses de outubro e novembro de 2007, e manteve a exigência referente aos meses de fevereiro e dezembro de 2007, nos valores de R\$35.995,06 e R\$73.336,80, respectivamente.

O Órgão de Julgamento consignou que, em consulta ao Sistema de Informação do Contribuinte da SEFAZ (INC), constatou-se que o autuado fez parcelamento dos valores exigidos relativos aos meses de outubro e novembro de 2007, por meio de Denúncias Espontâneas nºs 60000102086 e 6000075089, razão pela qual afastou a exigência dos respectivos valores, totalizando R\$91.508,33. Quanto ao imposto dos meses de fevereiro e dezembro de 2007, o lançamento foi mantido, no importe de R\$109.331,86.

Com relação às demais infrações (2 a 9), a JJF consignou que o contribuinte prometeu fazer a juntada de provas para tentar demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas pelo autuante, mas não o fez no momento em que apresentou a defesa, nem quando tomou conhecimento da informação fiscal.

Nesses termos, invocando o disposto no art. 13, do RPAF, a JJF asseverou que é assegurado ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento, na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações.

Esclareceu que as infrações foram apuradas com base nos livros e documentos do estabelecimento autuado, cabendo ao impugnante juntar ao processo os documentos que dispõe para desconstituir as infrações que lhe foram atribuídas; assim não agindo o contribuinte, a Junta de Julgamento Fiscal entendeu que devem ser consideradas verídicas as acusações, inclusive por aplicação do disposto nos arts. 140 a 144, do RPAF.

Julgou, pois, procedentes as infrações 2 a 9.

Por força do disposto no art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF, a Junta de Julgamento Fiscal submeteu sua Decisão a Recurso de Ofício.

O autuado, inconformado com o julgamento de primeiro grau, interpôs o Recurso Voluntário de fls. 97/107, no qual se insurge contra as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 3 – Invoca, inicialmente, o princípio da proporcionalidade e aduz que, sem adentrar ao mérito do descumprimento da obrigação acessória em comento, pretende concentrar a sua irresignação quanto à *“aplicação de pena estrondosa”*.

Diz que a multa imposta, no montante de R\$158.332,76 é confiscatória e corresponde a verdadeiro imposto, violando o art. 150, VI, da Constituição Federal, consoante lição de Samuel Monteiro que transcreve em sua peça recursal.

Faz comentários acerca dos esforços feitos pelo País para conter as taxas de inflação e argumenta que a Câmara dos Deputados aprovou a Lei n° 9.298/96 limitando as multas no comércio a patamares nunca superiores a 2%, compatíveis com os índices inflacionários atuais, nunca superiores a 1%. Com base nesses dados, afirma que o Governo é eficiente para coibir excessos quando vindos de outros segmentos econômicos, *“mas não arreda mão de percentuais confiscatórios quando se trata da cobrança de penalidades sobre o atraso no pagamento de tributos de sua competência ou descumprimento de obrigações acessórias”*.

Entende que militam em seu favor os princípios do não confisco e da capacidade contributiva, a denotar a desproporcionalidade da pena e a injustiça da cobrança da multa.

INFRAÇÕES 4 E 5 – Sustenta que é inconstitucional a cobrança de diferencial de alíquotas relativo a mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e ao consumo do estabelecimento, por ferir o art. 155, §2°, IX, “a”, da Constituição Federal, e o art. 20, da Lei Complementar n° 87/96.

A partir da análise dos referidos dispositivos, conclui o contribuinte que a incidência do ICMS para bens destinados ao ativo fixo ou ao consumo do estabelecimento só ocorre quando se tratar de mercadoria importada, o que não ocorreu no caso em debate. Transcreve doutrina de Hugo de Brito Machado e Parecer exarado em Consulta formulada ao Órgão competente da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia que entende respaldar a sua tese.

Pugna, ao final, pelo Provimento do Recurso Voluntário interposto.

A PGE/PROFIS, através do Parecer de fls. 114/115, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, sob os seguintes argumentos:

1. A multa relativa à infração está prevista em lei e, por isso, goza de legitimidade, não cabendo ao CONSEF, nos termos do art. 169, do RPAF, apreciar alegação de inconstitucionalidade;
2. A Lei Estadual do ICMS (Lei n° 7.014/96), seguindo orientação da Constituição Federal (art. 155, §2°, VII e VIII), estabelece a ocorrência do fato gerador do diferencial de alíquota quando da aquisição de bem destinado ao ativo fixo ou ao uso e consumo do estabelecimento. Assim, a exigência contida nas infrações 4 e 5 encontra respaldo legal, tendo o contribuinte tentado desvirtuar o motivo da autuação, citando Parecer GECOT sobre assunto diverso do constante da autuação, já que não se trata da aquisição de bem do ativo por empresa que também é prestadora de serviços sujeita ao ISS.

VOTO

O Recurso de Ofício não merece acatamento.

Com efeito, a redução do montante do imposto cobrado na infração 1 decorreu da constatação, por parte da Junta de Julgamento Fiscal, de que o sujeito passivo, antes da autuação, havia ingressado com Denúncias Espontâneas relativas às operações escrituradas nos livros fiscais próprios dos meses de outubro e novembro de 2007, nos valores de R\$61.335,94 e R\$30.172,39, respectivamente.

Nesses termos, a desoneração revela-se correta, atendendo ao quanto disposto nos arts. 138, do CTN, e 95 e seguintes do RPAF.

No que concerne ao Recurso Voluntário, o sujeito passivo, como expressamente aduz em sua súplica, não adentra ao mérito da infração de nº 3, que trata da falta de fornecimento de arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, resultando em multa no importe de R\$158.332,76.

A par do silêncio do sujeito passivo quanto à acusação que lhe foi imposta – o que galga status de confissão tácita –, verifica-se que, em sua argumentação, não trouxe elementos que justificassem a impossibilidade de cumprimento da obrigação acessória, a exemplo das dificuldades inerentes à alimentação do SINTEGRA ou coisa que o valha.

A tese recursal passa, exclusivamente, pela análise da proporcionalidade da multa aplicada e eventual inconstitucionalidade, por violação dos primados da vedação ao confisco e capacidade contributiva.

Quanto ao primeiro ponto, cumpre esclarecer que a legislação baiana admite a redução e até mesmo o cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigações acessórias, mas exige que o contribuinte demonstre a inexistência de dolo, fraude ou simulação e a ausência de prejuízos para o Fisco (art. 42, §7º, da Lei nº 7.014/96). E, como escrito linhas atrás, no caso em comento o contribuinte não dedicou uma linha sequer do seu Recurso Voluntário para justificar a sua incúria, o que significa dizer que sequer alegou ter agido sem dolo, fraude ou simulação, muito menos demonstrou ter inexistido prejuízos para o Fisco.

Aliás, a quantidade de irregularidades apuradas pelo auditor fiscal, a maioria delas reconhecida tacitamente pelo sujeito passivo, demonstram mesmo a impossibilidade de se deferir qualquer benefício quanto à multa aplicada na infração.

Além disso, a alegação de desproporcionalidade formulada pelo contribuinte é contraditória em si mesma. Isso porque, o sujeito passivo utiliza como paradigmas de penalidades que entende proporcionais, razoáveis, multas estabelecidas nas atividades comerciais em percentuais que variam de 1% a 2%. Ora, a multa contra a qual se insurge neste PAF foi fixada em 1% sobre o valor das saídas, estando, portanto, dentro do padrão de proporcionalidade eleito pelo próprio contribuinte como parâmetro de confronto.

Por outro lado, ainda que esqueçamos os parâmetros invocados pelo sujeito passivo, deve-se salientar que a inexistência de impugnação quanto ao cometimento da infração e a falta de justificativas para a conduta desidiosa impedem a análise acerca do tamanho do prejuízo que pode ter sido ocasionado ao Fisco em virtude da falta de entrega dos arquivos magnéticos do SINTEGRA, ferramenta indispensável hoje para a realização satisfatória de inúmeros roteiros de fiscalização. Com isso, não se tem como saber se a penalidade aplicada, apenas por ter valor monetário elevado, é mesmo desproporcional ou não.

Quanto ao segundo ponto da argumentação do contribuinte, de que a multa imposta é inconstitucional, registre-se que se trata de matéria alheia aos lindes competenciais deste Conselho, a teor do art. 167, I, do RPAF.

Verifico, contudo, que existe um equívoco material na presente autuação, que deve ser corrigido nesta oportunidade, independentemente de provocação do sujeito passivo, por medida de economia e celeridade processuais e, sobretudo, como forma de realizar o princípio da legalidade a que estamos todos, membros da Administração, irremediavelmente vinculados.

O erro material a que ora faço referência está na data da ocorrência dessa infração 3. Nos casos em que se atribuiu ao contribuinte a falta de cumprimento de determinada intimação, aplicando-lhe a respectiva multa, só se considera ocorrida a infração no primeira dia útil subsequente ao termo final do prazo fixado pela autoridade fazendária competente. Durante o prazo, por óbvias razões, não há descumprimento da intimação e, portanto, não há infração.

Nesse sentido, inclusive, dispõe OTE-DPF-3005, item 6:

“6 – Caso o contribuinte não entregue o arquivo solicitado ou o apresente ainda com inconsistências, deve ser lavrado Auto de Infração em razão do não atendimento à intimação, conforme referido no item 2 desta orientação gerencia, hipótese em que deverá ser anexada ao Auto de Infração a intimação não atendida.

6.1 – Na lavratura de Auto de Infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento do Auto de Infração deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com correção dos erros indicados.

6.2 – Tratando-se de infração relacionada à omissão de informação ou divergência mencionadas nos subitens 1.1 e 1.2, os campos ‘data de ocorrência’ e ‘data de vencimento’ do Auto de Infração, deverão ser preenchidos com a data de envio do respectivo arquivo.”

Assim sendo, como a intimação fornecida ao contribuinte foi entregue em 04/04/2008 (fls. 09) e o prazo de cinco dias úteis findou-se em 11/04/2008 (sexta-feira), somente em 14/04/2008 (segunda-feira) considera-se como ocorrida a infração, devendo esta data constar dos campos “data de ocorrência” e “data de vencimento” da autuação.

No que concerne às infrações 4 e 5 desta autuação, que visam à cobrança de diferencial de alíquotas relativo à aquisição de mercadorias destinadas ao ativo fixo e a uso e consumo do estabelecimento, oriundas de outras unidades da Federação, é de se concordar, na íntegra, com o Parecer exarado pela nobre Procuradora do Estado, Bela. Maria Dulce Baleeiro Costa, pois, ao revés do quanto sustenta o sujeito passivo, a Constituição Federal não restringiu a incidência desse imposto às operações de importação.

Na verdade, a Constituição Federal, no art. 155, §2º, VII e VIII, estabelece, expressamente, que, nas operações que destinem bens e serviços a consumidores finais localizados em outro Estado, tratando-se o destinatário de contribuinte do ICMS, caberá ao Estado de destino a cobrança da diferença entre as alíquotas interna e a interestadual. Logo, como as operações descritas nos itens impugnados se enquadram no permissivo constitucional e encontram amparo, também, na lei estadual do ICMS (art. 4º, XV, c/c o art. 17, §6º, da Lei nº 7.014/96), nenhuma irregularidade há na cobrança engendrada pelo Fisco.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO a ambos os Recursos, e, de ofício, modifico os campos “data da ocorrência” e “data de vencimento” da infração 3, devendo neles ser consignada a seguinte data: 14/04/2008.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **272041.3001/08-3**, lavrado contra **CAMBUÍ COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$161.244,51**, acrescido das multas de 50% sobre R\$109.331,86 e 60% sobre R\$51.912,65, previstas no art. 42, incisos I, alíneas “a” e II, “b”, “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$163.212,76**, previstas nos incisos XIII-A, “j”, XIV, XVIII, “b” e “c”, do citado dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS