

A. I. N°. - 207140.0103/07-9
AUTUADO - QUALIMAT DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO S. A.
AUTUANTE - JAIR DA SILVA SANTOS
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 26. 05. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0120-01/09

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. LANÇAMENTO NO LIVRO FISCAL SEM A COMPROVAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO FISCAL. A apresentação dos documentos fiscais objeto da exigência tributária descaracteriza a imposição fiscal. Infração insubstancial. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. MULTA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Multa de 1% sobre o valor das operações realizadas, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea "j" da Lei nº. 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº. 10.847/07. Infração comprovada. Não acolhida a arguição de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2008, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$57.264,26 e aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$25.140,79, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de julho a dezembro de 2003, sendo exigido imposto no valor de R\$57.264,26, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte deixou de apresentar as notas fiscais relativas às operações de entrada de mercadorias tributadas, concernentes às aquisições de fornecedores e de devolução de clientes, conforme Anexo I;

02 – deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, em relação aos meses de janeiro a dezembro de 2003 e janeiro a novembro de 2004, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor das operações de saída e das prestações de serviço realizadas, totalizando R\$25.140,79. Consta que o contribuinte não apresentou os arquivos magnéticos previstos no Conv. ICMS nº. 57/95, no prazo legal, conforme Anexo II.

O autuado, através de representantes legalmente constituídos, apresentou impugnação às fls. 66 a 77, argumentando que o lançamento deverá ser julgado totalmente improcedente, conforme restará comprovado.

Tratando a respeito da infração 01, afirma que a glosa dos créditos fiscais decorreu do fato de a fiscalização ter entendido que não tinham sido apresentadas as notas fiscais relativas às aquisições de mercadorias tributadas, o que, de fato, não ocorreu.

Ressalta que o procedimento adotado pelo autuante viola o princípio da não-cumulatividade do ICMS e nesse sentido, transcreve o art. 155, inciso II, § 2º, incisos I e II da Constituição Federal de 1988, que versa sobre esse tributo. Lembra que a aplicação do referido princípio visa beneficiar o contribuinte de direito do ICMS, aquele que realmente realiza o creditamento, e, ao mesmo, favorecer o contribuinte de fato, o consumidor final, que ao comprar o produto paga preços menos

onerados pela carga tributária. Isto é possível por ser assegurada constitucionalmente ao contribuinte a dedução atinente ao montante cobrado nas operações ou prestações anteriores.

Traz à colação o pensamento de José Afonso da Silva, que, em síntese, significa que essa norma tem aplicabilidade imediata, por ser dotada de todos os meios necessários à sua execução. Esse princípio é norma cogente, que merece ser cumprida pelo contribuinte e respeitada por parte do fisco estadual. Assim, sempre que o contribuinte adquire mercadorias, nasce para ele o direito à não-cumulatividade tributária, que se operacionaliza por um crédito fiscal que poderá ser utilizado em uma operação subsequente.

Deste modo, como pode comprovar a realização dos negócios jurídicos, através das cópias autenticadas das notas fiscais de entrada das mercadorias relativas ao período de julho a dezembro de 2003 (Doc. 04 – fls. 151 a 303), pode escriturar os respectivos créditos do ICMS. Assevera que essas notas fiscais afastam qualquer dúvida quanto à regularidade do crédito fiscal utilizado pelo impugnante, haja vista terem sido cumpridos os requisitos dos transcritos artigos 91 e 92 do RICMS/BA, que foram tidos pela fiscalização como infringidos.

Ressalta que as mercadorias adquiridas se encontravam acompanhadas de documentos fiscais emitidos por contribuintes que se encontravam em situação regular perante o fisco, tendo sido corretamente destacados os valores creditados e a soma desses valores corresponde exatamente aos créditos aproveitados em cada período autuado. Assim, também deve ser rechaçada a multa sugerida pelo autuante, uma vez que somente pode ser aplicada quando “da utilização indevida de crédito fiscal” (alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº. 7.014/96).

Enfatiza que a obrigação principal que ensejaria a cobrança da multa, isto é, a utilização indevida de crédito fiscal, não ocorreu, considerando que as notas fiscais apresentadas afastam qualquer dúvida a respeito da regularidade das operações de entrada e da correta utilização dos créditos. Assim, entende restar claro o equívoco da fiscalização ao pretender exigir o ICMS decorrente do crédito fiscal utilizado, devendo ser anulada tanto a cobrança do imposto assim como da multa.

Ao versar sobre a infração 02, afirma que apesar do fato de toda a documentação considerada não entregue se encontrar de posse do autuante, destaca que os créditos tributários decorrentes do não fornecimento de arquivos magnéticos referentes ao período de janeiro a março de 2003 deverão ser julgados improcedentes, uma vez que se operou sobre eles o instituto da decadência.

Alega que conforme o transscrito art. 686 do RICMS/97, o contribuinte somente está obrigado a manter as informações fiscais pelo prazo decadencial, isto é, pelo prazo de cinco anos. Aduz que tendo sido intimado em 01/04/2008 para apresentação de informações por meio magnético relativo ao período de janeiro de 2003 a novembro de 2004, torna-se claro que havia decaído o direito do fisco proceder à cobrança da multa pela falta de apresentação em relação aos períodos ocorridos antes de abril de 2008. Assim, a multa atinente aos meses de janeiro a março de 2003 encontra-se extinta pela decadência, de acordo com o art. 156, inciso V do CTN (Código Tributário Nacional).

Argumenta que apesar disso, procurando atender ao preposto fiscal da forma mais célere possível, disponibilizou diversos documentos, dentre os quais os livros Registro de Entradas, de Saídas e de Apuração do ICMS dos exercícios de 2003 e 2004, conforme Termos de Arrecadação de Livros e Documentos lavrados pelo fiscal. Assim, a despeito de terem sido prestados os esclarecimentos e entregues os citados documentos, foi lavrado o Auto de Infração com a exigência da multa pela falta de apresentação dos arquivos magnéticos.

Desta forma, o autuante simplesmente desconsiderou a documentação apresentada, impondo uma multa que se mostra absolutamente indevida. Transcrevendo o art. 42, inciso XIII-A, alínea “g” da Lei nº. 7.014/96, realça que a multa visa punir os contribuintes que embaracam a fiscalização, o que não ocorreu no caso da lide, pois o fiscal tanto teve acesso à documentação requerida, que se

utilizou dos livros relativos aos exercícios de 2003 e 2004. E tanto é verdade que a multa foi calculada com base no valor contábil existente na DMA - declaração e apuração mensal do ICMS.

Alega que ainda que não tivesse apresentado toda a documentação fiscal solicitada, nenhum prejuízo haveria para o erário, tendo em vista que essa situação não ocasionaria a redução do valor dos tributos a serem recolhidos pelo contribuinte, razão pela qual a penalidade deveria ser relevada, em conformidade com o disposto no § 7º do art. 42 da Lei nº. 7.014/96 e no art. 158 do RPAF/99, que transcreveu.

Requer que a autuação seja julgada improcedente, seja pela decadência do direito da Fazenda Pública no que se refere aos meses de janeiro a março de 2003, seja pelo fato de as intimações terem sido devidamente cumpridas pelo impugnante.

Pugna pela total improcedência da ação fiscal, com o cancelamento integral da exigência fiscal, acrescida de juros e multas. Solicita, ainda, a relevação das multas atinentes à infração 02, ante a falta de dolo, fraude ou simulação e tendo em vista que todos os tributos relacionados foram devidamente recolhidos.

Pede que todas as publicações e intimações sejam realizadas em nome do Dr. Marcos Rogério Lyrio Pimenta (OAB/BA nº. 14.754), à Rua Frederico Simões, nº. 85, Ed. Empresarial Simonsen, Conjunto 1203, Caminho das Árvores, Salvador – BA, CEP 41.820-020, sob pena de nulidade.

O autuante produziu informação fiscal às fls. 338 a 340, afirmando, em relação à infração 01, que após compulsar os documentos fiscais originais, cujas cópias foram juntadas aos autos, cotejando-os com os livros Registro de Entradas, acata parcialmente os argumentos defensivos, uma vez que as notas fiscais foram apresentadas em sede de defesa, o que ensejaria o direito ao crédito fiscal, embora esse fato tenha ocorrido após o encerramento da ação fiscal. Entende que nesse caso restou apenas a irregularidade de caráter formal, devido à falta de apresentação dos documentos fiscais no prazo previsto na intimação fiscal.

Ao abordar a infração 02, salienta que no tocante à alegada decadência, o § 4º do art. 150 do CTN determina que se a lei não fixar prazo à homologação, este será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. Entretanto, a Lei nº 7.014/96, através do § 1º do art. 44, que transcreveu, estabelece que o prazo decadencial é de cinco anos, sendo a contagem iniciada no 1º dia do exercício subsequente ao lançamento.

Observa que, desse modo, a contagem do prazo decadencial para aplicação da multa pela falta de transmissão das operações por meio de arquivos magnéticos, relativos ao período de janeiro a março de 2003, começou em 01/01/2004 a terminar em 31/12/2008, não se encontrando extinto o direito da Fazenda Pública de efetuar o lançamento, uma vez que a intimação foi emitida em 01/04/2008.

Em relação ao período de abril a novembro de 2003, ressalta que o contribuinte não apresentou os documentos de entradas concernentes aos meses de julho a novembro, conforme consta na infração 01, o que inviabilizaria a auditoria de crédito fiscal do ICMS relativo às respectivas operações.

Concluindo, acata a improcedência da autuação relativa à glosa de crédito fiscal pela falta de apresentação dos documentos fiscais relativos às aquisições de mercadorias e serviços (infração 01), embora o autuado tenha cometido a infração de caráter formal. Quanto à infração 02, mantém a autuação em todos os seus termos, sugerindo a sua procedência.

Sendo cientificado quanto ao teor da informação fiscal, o autuado se manifestou às fls. 349 a 355, salientando que em relação à infração 01 não havia mais controvérsia, tendo em vista que o próprio autuante reconhecia a improcedência da autuação, devendo ser cancelado o Auto de Infração nesta parte, já que restou comprovado que o contribuinte não cometeu qualquer infração.

Comentando sobre a infração 02, frisa que embora os argumentos do agente fiscal a respeito do prazo decadencial, em que menciona o artigo 44, § 1º da Lei nº 7.014/96, e cujo teor reproduzido diverge do constante no diploma legal, a autuação é improcedente, razão pela qual reforça os argumentos apresentados na impugnação, no que se refere à decadência. Ademais, a despeito disso, não se furtou de apresentar posteriormente os referidos arquivos, visando demonstrar que em momento algum teve intenção de embaraçar a verificação dos procedimentos fiscais adotados.

Reprisa que toda a documentação considerada não apresentada se encontrava, de fato, em poder da fiscalização, por ter sido disponibilizada pelo contribuinte, bem como todos os argumentos e dispositivos legais para defender que os créditos tributários decorrentes do não fornecimento de arquivos magnéticos referentes ao período de janeiro a março de 2003, são improcedentes, devido à decadência.

Alega que tendo em vista que escriturou regularmente os livros fiscais e apresentou as devidas DMAs, operou-se o lançamento do imposto, na forma do artigo 28 do Código Tributário do Estado da Bahia, o que pode ser verificado pelo agente fiscal que, mesmo assim aplicou a multa. Aduz que se o lançamento fiscal fora perfeitamente realizado, em momento algum o autuado deixou de recolher o tributo devido, não havendo, portanto, qualquer lesão ao erário. Ademais, o contribuinte apresentou posteriormente os arquivos magnéticos, reforçando seu ânimo de prestar as informações fiscais relativas às suas operações.

Repete, desse modo, o pleito pela desconsideração da penalidade, consoante dispõem expressamente o art. 42, § 7º da Lei nº. 7.014/96 e o art. 158 do Dec. 7.629/99. Requer que a autuação seja julgada improcedente, haja vista que as intimações efetuadas restaram devidamente cumpridas pelo impugnante e que a penalidade seja relevada, ante a ausência de dolo, fraude ou simulação e pelo fato dos tributos terem sido devidamente recolhidos.

O autuante apresentou nova informação fiscal à fl. 361, alegando que o contribuinte mantém os mesmos argumentos já trazidos na defesa inicial, não oferecendo fatos novos ou fundamentos de direito que não tenham sido apreciados na primeira informação fiscal.

Assim, sugere a improcedência da infração 01, uma vez que o autuado apresentou junto à defesa as notas fiscais cujos créditos tinham sido glosados e mantém integralmente a exigência consubstanciada na infração 02, em razão de não terem sido entregues os arquivos magnéticos e por não ter ocorrido a decadência parcial relativa ao período de janeiro a março de 2003.

Consta à fl. 362 que o sujeito passivo obteve uma cópia reprográfica da última informação prestada pelo autuante, não constando dos autos, entretanto, nenhuma manifestação a respeito.

VOTO

Consigno, inicialmente, que em relação ao pedido do autuado para que as intimações e publicações relativas ao presente processo sejam realizadas em nome do Dr. Marcos Rogério Lyrio Pimenta (OAB/BA nº. 14.754), à Rua Frederico Simões, nº. 85, Ed. Empresarial Simonsen, Conjunto 1203, Caminho das Árvores, Salvador – BA, CEP 41.820-020, nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Observo que através do presente Auto de Infração foi atribuído ao sujeito passivo o cometimento de duas irregularidades, as quais foram impugnadas pelo contribuinte.

No caso da infração 01, que decorreu da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, verifico que este fato se originou da falta de apresentação dos competentes documentos comprobatórios do direito aos créditos lançados nos livros fiscais próprios. Constatou que ao impugnar este lançamento, o defendant trouxe aos autos as cópias reprográficas das notas fiscais correspondentes, fato que

conduziu o autuante a requerer a apresentação da documentação original, visando comprovar a sua autenticidade. Após esta providência, realizou o cotejo entre os dados constantes desses documentos e os lançamentos verificados na escrita do contribuinte, quando confirmou a correção dos lançamentos em questão.

Deste modo, concordo com a sugestão apresentada pelo autuante, no sentido de considerar esta exigência descaracterizada, tendo em vista que as provas trazidas ao processo tornam a infração 01 insubstancial.

Ao se insurgir contra a imposição correspondente à infração 02, que trata da falta de fornecimento dos arquivos magnéticos contendo as informações das operações ou prestações realizadas, que tinham sido solicitados mediante intimação, o autuado suscitou a decadência do crédito tributário, no que se refere ao período compreendido pelos meses de janeiro a março de 2003, sob o entendimento de que tendo em vista que o Termo de Intimação fora emitido em 1º/04/2008, teria decaído o direito de o fisco cobrar a multa relativa aos períodos anteriores a abril de 2003, por ter se passado mais de cinco anos até a data da referida intimação.

Constatou que essa alegação se baseou no entendimento de que a contagem do prazo para constituição do crédito tributário por parte da Fazenda Pública, nesse caso, deveria se iniciar na data de vencimento de cada parcela do valor devido. Entendo razão não assisti-lo. Em primeiro lugar, as regras do art. 173, inciso I do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº. 3.956/81) e no art. 965, inciso I do RICMS/97, prevêem que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Em segundo lugar, a incidência da regra do art. 150, § 4º do CTN diz respeito às situações nas quais a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação, o que não vem a ser a presente situação, conforme explicitado acima. No caso desta lide, o prazo para a contagem referente ao período objeto do questionamento se iniciou em 01/01/2004, com prazo final em 31/12/2008. Como a ação fiscal se iniciou em 12/02/2008, data de emissão do Termo de Início de Fiscalização e o lançamento ocorreu em 30/06/2008, não há o que se falar em decadência. Na presente situação como o impugnante deixou de apresentar os arquivos magnéticos solicitados por meio de intimação, a fiscalização, de forma acertada, efetuou o lançamento correspondente.

Ressalto, ainda, que tem sido esse o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF nº^{os} 0113/12-05, 0102/12-05 e 0004-11/06, sendo que, neste último, transcrevo parte do voto do ilustre relator Fernando Antônio Brito de Araújo:

“Inicialmente rejeito a preliminar de decadência do direito da Fazenda Pública do Estado da Bahia de constituir os créditos tributários relativos ao período de janeiro a junho de 1999, visto que o artigo 965 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, prevê que o aludido direito extingue-se no prazo de cinco anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. No caso concreto, o citado prazo iniciou-se em 1º de janeiro de 2000 e seu termo ocorreu em 31 de dezembro de 2004, sendo que o Auto de Infração foi lavrado em 29 de junho de 2004, portanto antes de operar a decadência.”

Em reforço ao entendimento aqui apresentado, saliento que em outras decisões mais recentes, a exemplo do Acórdão CJF nº. 0009-12/08, de cujo voto do insigne relator Nelson Antonio Daiha Filho transcrevo um trecho, este Conselho de Fazenda continua mantendo o mesmo juízo a respeito dessa discussão:

“Inicialmente, passarei a enfrentar o Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, em especial quanto à preliminar de decadência reiterada pelo sujeito passivo em segunda instância.

Rejeito a referida preliminar.

Este CONSEF tem firmado cristalinamente o entendimento de que o caso em apreço se refere a lançamento de ofício, devendo, por tal razão, ser cumprido o quanto disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, e estabelece o prazo de decadência de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ademais, como ressaltado no primeiro Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, o STJ, através do Resp 63.529-2/PR, dentre outros julgados, vem decidindo nessa diretiva, sem prejuízo do fato de que o COTEB prevê em seu art. 28, de forma expressa, um prazo diferenciado, razão pela qual deve ser rechaçada a preliminar suscitada pelo autuado.”

No que se refere à argumentação do impugnante de que disponibilizara à fiscalização diversos documentos, dentre os quais os seus livros fiscais, entendendo que desse modo teria suprido a falta concernente à apresentação dos elementos que redundaram na imposição da multa, ressalto que a intimação não atendida se referiu especificamente aos arquivos magnéticos contendo as informações relativas às operações e prestações realizadas e/ou tomadas durante o período objeto da ação fiscal. Tendo em vista inexistir nos autos qualquer prova de que os arquivos requeridos foram entregues ao fisco, entendo ter ficado caracterizada a infração que lhe foi atribuída.

Vale ressaltar que o art. 708-B do RICMS/97 estabelece a obrigatoriedade de o contribuinte fornecer ao fisco os documentos e o arquivo magnético quando intimado, sendo que o mencionado arquivo deverá ser entregue com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte. Ademais, em conformidade com o art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº. 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº. 10.847 de 27/11/2007, a falta de fornecimento de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, sujeita o contribuinte ao pagamento da multa de 1% sobre o valor das operações ou prestações realizadas.

Quanto ao pleito pela desconstituição da multa atinente a esta infração, considerando que os arquivos magnéticos se prestam, dentre outros fins, a que a fiscalização realize o confronto entre os dados correspondentes às operações e prestações realizadas pelo contribuinte e aqueles consignados em seus livros e documentos fiscais, a ausência desses arquivos impossibilita a realização dessa conferência, o que implica na falta de certeza quanto à alegação defensiva de que efetuaria integralmente os recolhimentos dos tributos devidos. Assim, deixo de acatar esse pleito, para declarar totalmente procedente a presente exigência.

Ante todo o exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207140.0103/07-9**, lavrado contra **QUALIMAT DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de

R\$25.140,79, prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j”, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios 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, 06 de maio de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR