

A. I. N.º - 206958.0029/08-3
AUTUADO - MARLENE DATTOLI RIBEIRO
AUTUANTE - LUCAS XAVIER PESSOA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 01.06.2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0126-01/09

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. a) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infrações acatadas. 2. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Trata-se de penalidade relacionada a falta de antecipação de arquivos magnéticos nos prazos previstos na legislação. Ao prestar a informação fiscal, o autuante apresenta quadro resumo atinente a essa infração, quando confirma que, na verdade, nos exercícios objeto da autuação, ocorreram três situações distintas, ou seja, no primeiro caso o contribuinte nunca transmitira os arquivos magnéticos; no segundo os transmitira, porém fora do prazo legalmente previsto; por último, transmitira os arquivos, entretanto contendo ausências e incompatibilidades. Tendo constatado que restou comprovado que no presente caso para três situações diferentes foi adotado o mesmo procedimento, quando para cada uma delas deveria ter sido seguido metodologia distinta, a autuação não pode ser mantida. Os fatos apurados demonstraram insegurança do lançamento de ofício. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2008, foi efetuado o lançamento do crédito tributário correspondente à exigência de ICMS no valor de R\$6.473,03 e à multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$15.180,00, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – deixou de efetuar o recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, relativo à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, destinadas à comercialização, nos meses fevereiro, maio e julho de 2005, janeiro e agosto de 2006, exigindo imposto no valor de R\$3.907,02, acrescido da multa de 60%;

02 – deixou de recolher o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no anexo 88 [constantes do inciso II do art. 353 do RICMS/97], nos meses de janeiro a março, maio, junho e agosto de 2006, exigindo imposto no valor de R\$2.566,01, acrescido da multa de 60%. Consta

que também se refere a notas fiscais resgatadas do sistema CFAMT e junto a fornecedores (do SINTEGRA), de acordo com a planilha da antecipação tributária (anexo I – fls. 10 a 29);

03 – deixou de entregar os arquivos magnéticos, nos prazos previstos na legislação, os quais deveriam ter sido enviados via Internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), em relação aos meses de agosto a dezembro de 2005, janeiro e dezembro de 2006, maio, junho, novembro e dezembro de 2007, sendo sugerida a multa no valor de R\$15.180,00;

O autuado impugnou o lançamento tributário às fls. 21 a 24, arguindo, inicialmente, a nulidade parcial do Auto de Infração, no que se refere ao montante exigido na infração 03, por contrariar o princípio do *non bis in idem*, por se tratar da aplicação de múltiplas penalidades em relação à mesma categoria de infração, constituindo-se num excesso de exação.

Aduz que o autuante não atendeu, também, ao quanto disposto nos transcritos incisos I e II de art. 18 do RPAF/99, desde quando descumpriu deliberadamente procedimentos formais e disposições legais inerentes à ação fiscal desenvolvida, antecipando-se à decisão concernente a recurso apresentado à autoridade superior, conforme passou a tratar.

Afirma que ao iniciar a ação fiscal, por meio da intimação de 14/07/2008, o autuante não formalizou o pedido de apresentação dos arquivos magnéticos, o que somente mencionou no curso da fiscalização, de forma verbal e informal. Não explicou, numa segunda intimação formal, quais seriam as divergências constantes nos arquivos, contrariando disposição do § 3º do art. 708-B do RICMS/BA. Alega que em decorrência do pedido verbal, ingressou com pedido de concessão de prazo para apresentação de correção nos arquivos, através do processo nº 138928.2008-6, protocolado na INFAZ Itabuna, amparado nos §§ 5º e 5º-A do citado artigo.

Insatisfeito com o Parecer nº 16509/2008, que resultou no indeferimento do seu pedido, interpôs recurso em 16/09/2008, sob nº 171297/2008-0 (fls. 26 a 31), a respeito do qual até a presente data não foi cientificado quanto ao seu resultado. Ressalta que a decisão objeto do recurso contrariou decisão anterior, adotada pelo mesmo órgão, conforme Parecer nº 3857/2007, citado no recurso.

Enfatiza que o autuante foi impreciso na descrição da infração e na capitulação da multa aplicada, o que conclui da comparação entre as informações contidas na “descrição dos fatos” e na “descrição da infração” onde consta que se refere à “omissão de entrega do arquivo de junho/2008”, ocorrência não abrangida no período fiscalizado (01/01/2005 a 31/12/2007).

Afirma que, dessa forma, resta prejudicado o direito do contraditório, por se tornar impossível precisar claramente qual a infração e qual o período a que se refere. Requer, assim, a nulidade da exigência contida nessa imputação, por não observar decisão ainda não proferida por autoridade superior até a data da lavratura do Auto de Infração.

Versando sobre o mérito, afirma que reconhece os débitos apontados nas infrações 01 e 02, já tendo providenciado na INFAZ Itabuna o correspondente pedido de parcelamento.

Sobre a infração 03, argumenta que ainda que ultrapassada a preliminar arguida, essa exigência não pode prosperar, por se constituir de múltiplas multas, mesmo porque absolutamente improcedentes. Protesta contra o excesso de exação, que contraria reiteradas decisões desse CONSEF, que sempre afastou a incidência de múltiplas multas em decorrência da mesma infração.

Realça que o autuante não observou o direito do contribuinte de recorrer ao prazo para correção de eventuais divergências constantes nos arquivos magnéticos, nem as identificou através de relatório detalhado, que deveria ser encaminhado ao impugnante, quando deveria ser fixado o prazo de 30 (trinta) dias para as devidas correções, como determinam os parágrafos do art. 708-B do RICMS/97.

Entende que o autuante descumpriu procedimento formal indispensável à caracterização da infração, não observando que a multa prevista aplica-se ao período fiscalizado e não aos “meses de referência”, como equivocadamente interpretou. Por contrariar as disposições regulamentares vigentes, pugna pela total improcedência dessa exigência.

Requer o reconhecimento da procedência parcial do Auto de Infração, com a nulidade da exigência relativa à infração 03 e, sendo ultrapassada essa preliminar, que seja reconhecida a sua improcedência.

O autuante, através de informação fiscal prestada às fls. 32/33, contesta a alegação defensiva de que a autuação concernente à infração 03 seria nula, sob a justificativa de existência de incorreções formais, como a ausência de intimação específica, revelando ao contribuinte as inconsistências a serem corrigidas. Frisa que de acordo com o disposto na legislação tributária vigente, a aplicação da multa prevista na transcrita alínea “i” do inciso XIII-A do art. 915 do RICMS/97, não depende da apresentação de intimações variadas.

Assevera que existem duas atitudes que justificam a imposição, quais sejam: em primeiro lugar, a intempestividade da entrega, isto é, da transmissão dos arquivos em relação aos prazos previstos na legislação; e, em segundo, a transmissão de arquivos divergentes do previsto ou, se ainda quisesse adicionar uma terceira atitude, a transmissão de arquivos sem possibilidade de leitura.

Observa que na Relação de Arquivos Recepcionados (fls. 14 a 16) constam os seguintes dados: entre os meses de agosto e dezembro de 2005 os arquivos nunca foram transmitidos; nos meses de janeiro e dezembro de 2006 foram transmitidos fora do prazo; no mês de maio de 2007 foi transmitido sem os arquivos R50 e R54; já no mês de dezembro de 2007 foram transmitidos sem os registros R50, R54 e R74. Assim, em relação a todos os períodos a aplicação da multa se encontra justificada, o que afasta totalmente a sugerida nulidade da autuação.

No que se refere à petição de prorrogação de prazo para transmissão dos arquivos magnéticos, ressalta que a falta de cumprimento pelo contribuinte de suas obrigações fiscais acessórias não pode gerar qualquer obrigação de paciência por parte do Estado. Assim, considera totalmente descabida a citação ao mencionado processo ou o aproveitamento de imaginários direitos que o impugnante alega deter.

Quanto à citação errônea ao mês de junho de 2008, concorda com o equívoco, pois o mês correto é junho de 2006. Apesar disso, o apontamento da infração e suas datas de ocorrência e vencimento estão perfeitamente indicados, não justificando, nem por absurdo, a nulidade da autuação. Reafirma todos os itens e valores indicados no Auto de Infração.

Consta às fls. 35/36 extrato do SIGAT/SEFAZ, atinente ao parcelamento do débito integral relativo às infrações 01 e 02.

VOTO

Constato que através da presente autuação foi atribuído ao sujeito passivo o cometimento de três infrações. Verifico que as infrações 01 e 02 tratam respectivamente da falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial e à aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária interna. No caso da infração 01 é devido o pagamento, a título de antecipação parcial do ICMS, do valor relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime de substituição tributária. Já na infração 02, a cobrança corresponde às aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, e neste caso quando não existe acordo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário antecipar o recolhimento do tributo sobre o valor adicionado no prazo regulamentar.

Esses dois itens da autuação foram expressamente reconhecidos pelo sujeito passivo que, inclusive, efetuou o parcelamento dos valores correspondentes. Ressalto que essas exigências fiscais estão devidamente fundamentadas em expressa disposição legal, estando embasadas no RICMS/97 e na Lei

nº 7.014/96, constando dos autos a comprovação de que o contribuinte incorreu na prática das irregularidades que lhe foram atribuídas. Ademais, as infrações estão perfeitamente delineadas nos demonstrativos próprios, que estão acostados às fls. 11 a 13. Portanto, essas infrações ficam mantidas integralmente.

O sujeito passivo se insurgiu contra a infração 03, que se refere à falta de entrega de arquivo magnético nos prazos previstos na legislação.

Tendo em vista que o impugnante suscitou a nulidade da autuação em relação a este item, tratarei a respeito dos pontos abordados nesse sentido, conforme segue.

Quanto à argumentação de que o montante exigido implica na ocorrência de *bis in idem*, sob a alegação de exigência de múltiplas penalidades para uma mesma categoria de infração, o que representaria excesso de exação, saliento que a aplicação da multa da forma como efetivada pela fiscalização está correta, tendo em vista que para a infração em tela, conforme se verifica no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da lei nº. 7.014/96, a previsão é de que a penalidade deve incidir sobre cada período no qual seja constatada a prática da irregularidade incorrida pelo contribuinte.

No que se refere à alegação de que o autuante teria descumprido procedimentos formais e disposições legais inerentes à ação fiscal desenvolvida, por ter lavrado o Auto de Infração antes da decisão concernente a recurso apresentado pelo impugnante à sua autoridade superior, no caso ao Inspetor Fazendário, saliento que o rito processual previsto no RPAF/99 foi perfeitamente seguido, tendo em vista que não ocorreu nenhuma das falhas indicadas em seu art. 18 e considerando que foram atendidas todas as disposições previstas no art. 39, de modo a lhe darem validade.

Já em relação à alegada imprecisão na descrição da infração e na capitulação da multa aplicada, devido à divergência existente entre as informações contidas na “descrição dos fatos” e na “descrição da infração”, entendo que assiste razão ao autuado.

Isto porque, enquanto a acusação se encontra identificada da seguinte forma: “*falta de entrega de arquivos magnéticos, nos prazos previstos na legislação, os quais deveriam ter sido enviados via Internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED)*”, na “Descrição dos Fatos” constam informações suplementares divergentes, a depender do exercício a que se referem. Assim, ao tratar do exercício de 2005 a informação é a seguinte: “*Deixou de transmitir os arquivos magnéticos relativos aos meses de agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro*”; no caso do exercício de 2006 é dito: “*Deixou de transmitir, com dados consistentes e livres de erros, os arquivos magnéticos relativos aos meses de janeiro e dezembro – incompatibilidade do inventário com o LRI respectivo*”; por fim, em relação ao exercício de 2007 consta: “*Deixou de transmitir, com dados consistentes e livres de erros, os arquivos magnéticos relativos aos meses de maio, junho, novembro e dezembro – ausência do registro 50 e incompatibilidade dos registros 54 e 75 com as normas do Convênio 57/95*”.

Ao prestar a informação fiscal, o autuante apresenta quadro resumo atinente a essa infração, quando confirma que, na verdade, nos exercícios objeto da autuação, ocorreram três situações distintas, ou seja, no primeiro caso o contribuinte nunca transmitira os arquivos magnéticos; no segundo os transmitira, porém fora do prazo legalmente previsto; por último, transmitira os arquivos, entretanto contendo ausências e incompatibilidades.

Assim, sem adentrar no mérito, tendo constatado que restou comprovado que no presente caso para três situações diferentes foi adotado o mesmo procedimento, quando para cada uma delas deveria ter sido seguido metodologia distinta, entendo que a autuação não pode ser mantida da forma como elaborada.

Concluo, desta forma, que essa imputação foi apurada sem observação dos requisitos essenciais em respeito à legalidade e à verdade material, ficando caracterizado que o lançamento foi efetuado em desacordo com as normas que regem a matéria, ou seja, o lançamento não contém elementos

suficientes para se determinar, com segurança, a infração imputada.

Para consubstanciar meu voto, transcrevo a Súmula nº. 01 deste Colegiado.

“SÚMULA CONSEF Nº. 01

ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.

É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.”

Assim, a falta de clareza na apuração dos valores imponíveis, bem como a ausência da necessária transparência nos papéis de trabalho acostados aos autos, implicam em ofensa ao direito do contribuinte do exercício de ampla defesa, pela incerteza do que a ele esteja sendo imputado, acarretando a nulidade da autuação, como bem determina o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99 ao estabelecer:

“Art. 18. São nulos:

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;”

Recomendo à autoridade fazendária que determine a renovação do procedimento, a salvo de falhas, como determina o artigo 21 do RPAF/99.

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 **206958.0029/08-3**, lavrado contra **MARLENE DATTOLI RIBEIRO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.473,03**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “d” do art. 42 da Lei nº. 7.014/96 e dos acréscimos legais. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal em relação à infração 03, a teor do art. 21 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR