

PROCESSO - A. I. Nº 293259.0601/09-8
RECORRENTE - CAMBUÍ COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA. (SUPERMERCADO CAMBUÍ)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0043-04/10
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 27/12/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0456-11/10

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. UTILIZAÇÃO A MAIOR. Contribuinte que apura imposto pelo regime normal poderá utilizar como crédito fiscal o valor do imposto antecipado parcialmente em conformidade com o art. 352-A, RICMS/BA. Demonstrativo fiscal elaborado demonstra a utilização do crédito em valor superior ao que tinha direito. Infração caracterizada. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. O autuado não elide a exigência. Infração caracterizada. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. APRESENTAÇÃO FORA DO PRAZO LEGAL. MEDIANTE INTIMAÇÃO. FALTA DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. O autuado não atendeu à intimação no prazo regulamentar para apresentação dos arquivos magnéticos, sujeitando-se à multa no percentual de 1%, sobre o total das operações de saídas ocorridas no período, prevista no artigo 42 XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96. Mantida a Decisão recorrida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso **NÃO PRO-VIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 4ª JJF – através do Acórdão nº 0043-04/10 - que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento das infrações abaixo descritas:

1. Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação ou exterior. Março 07 – R\$ 8.150,60.
2. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração de ICMS. Dezembro 07 / Agosto 08 – R\$ 126.722,60.
3. Deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação com informações das operações ou prestações realizadas. Jan / julho 07 – R\$ 192.663,67.

Em Primeira Instância, o Relator da JJF inicialmente afastou as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo ao argumento de que houve contrariedade ao art. 112, IV, do CTN, quanto à interpretação mais favorável ao contribuinte, aduzindo que o conteúdo da norma recomenda, ao definir infrações ou cominar penalidade, interpretar, existindo dúvida, a favor do sujeito passivo, mas que a regra a ser observada é na existência da dúvida, o que não se aplica ao caso em questão.

Ainda em preliminar, observa que o cancelamento ou redução de obrigações tributárias tem previsão no art. 915, § 6º RICMS/BA, sendo

órgão julgador, quando cabível, e que acerca dos princípios constitucionais tributários da vedação ao confisco e da capacidade contributiva, abordados pelo autuado na tentativa de discutir o valor da multa decorrente do descumprimento da obrigação tributária, não se coaduna com a realidade dos fatos, sobretudo porque a multa aplicada está amparada na Lei nº 7.014, de 04.12.1996.

No mérito, assim se pronunciou a JJF pela procedência da autuação, resumidamente:

INFRAÇÃO 1 – que a exigência fiscal refere-se à utilização a mais de crédito fiscal relativo ao pagamento da antecipação parcial, prevista no art. 352-A, RICMS/BA, e instituída pela Lei de nº 8.967/03, determinando a legislação citada que os contribuintes cujo imposto seja apurado pelo regime normal poderão utilizar como crédito fiscal o valor do imposto antecipado parcialmente, em conformidade com o art. 352-A, RICMS/BA, cabendo a sua escrituração no quadro "Crédito do Imposto - Outros Créditos" do Registro de Apuração do ICMS (art. 93, inciso I-A).

Aduz que examinando os autos do processo verifica-se que o Auditor Fiscal anexou, às fl. 6, um demonstrativo da utilização desses créditos, conta corrente com os valores pagos e os créditos utilizados em janeiro a março de 2007, restando uma utilização a mais no valor de R\$ 8.150,60, estando correta a interpretação fiscal. Ressaltou que o crédito fiscal deve ser utilizado após efetuado o pagamento da antecipação parcial e conforme demonstra o relatório elaborado pelo próprio autuante, no mês imediatamente anterior à infração, o autuado mantinha crédito fiscal que somava R\$ 5.005,40, pagou ICMS antecipação parcial em março no valor de R\$ 10.984,96, mas lançou crédito no valor de R\$ 24.140,96, tudo conforme demonstrativo anteriormente citado, estando assim correta a exigência fiscal, de acordo com os documentos de prova acostados aos autos;

INFRAÇÃO 2 – que o contribuinte foi alcançado por recolhimento de ICMS a menos em decorrência de desencontro entre valores do imposto recolhido e o imposto escriturado no livro Registro de Apuração de ICMS, tendo o autuante elaborado demonstrativo de conta corrente do ICMS, às fls. 07 e 08, evidenciando a existência dos débitos nos meses de dezembro/07; janeiro/08; abril/08 e agosto/08, totalizando R\$ 126.722,60.

Ressaltou que, embora o autuado alegue que apenas houve imperícia do seu preposto contábil, mas que não deixou de recolher o ICMS devido, se verifica, à vista dos documentos trazidos à colação nos autos, que não consta o pagamento das parcelas exigidas no demonstrativo em tela, limitando-se o sujeito passivo apenas a negar o cometimento da infração, o que não o desonera de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, art. 143, RPAF/BA.

Aduziu, ainda, que o autuante junta cópia do livro Registro de Apuração de ICMS, às fls. 29/66, onde constam os valores da movimentação econômica do estabelecimento e os valores dos respectivos pagamentos de ICMS que constam no demonstrativo fiscal que estão igualmente consignados no sistema de pagamento, evidenciando a diferença apontada pelo autuante, restando caracterizada a exigência fiscal.

INFRAÇÃO 3 – Observou que a multa foi aplicada porque o contribuinte deixou de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, em prazo superior ao constante na intimação para esse fim, tendo o autuante constatado que arquivos magnéticos relativos aos exercícios 2007 e 2008 foram apresentados sem o Registro Tipo 74 (inventário), além dos Registros 54 e 60R, todos obrigatórios; além de outros arquivos que não foram entregues, no prazo legal. Observou, ainda, que através do Termo próprio o contribuinte foi então formalmente intimado, em 06/05/2009, para que no prazo de 30 dias, corrigisse as falhas existentes, não o fazendo até a data da lavratura do presente Auto de Infração.

Ressaltou que o contribuinte admite imperícia de sua contabilidade obrigação acessória e anexa comprovantes da entrega dos arquivos a multa é confiscatória, pedindo seu cancelamento ou redução.

Após efetuar estes esclarecimentos, assim se posicionou o Relator, “*in verbis*”:

“Intimação para apresentação de informações por meio magnético, fl. 68, com data de 06.05.09, cobra a falta de apresentação de arquivos magnéticos no período de ago a dez 07 e jan a set 08; além da apresentação com a falta dos registros 54, 60r e 74, no período de jan a jul 07 e de out a dez 08. Analisando as peças constantes dos autos, verifico que foram entregues os arquivos dos meses faltantes – agosto 07/setembro 08, em 03.07.09, conforme prova relação extraída do SCAM (Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos), fls. 18 e 19; demais arquivos com ausência de registro foram entregues em 19.08.09, conforme protocolo SINTEGRA, fls. 95/101. A legislação do ICMS estabelece que o contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar arquivos magnéticos referentes ao movimento econômico de cada mês, nos prazos previstos em regulamento.

Art. 708-A. O contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar o arquivo de que trata este capítulo, referente ao movimento econômico de cada mês:

Quando tais arquivos não forem entregues ou entregues fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, o contribuinte ficará sujeito a correção posterior das inconsistências verificadas, nos termos do art. 708-A, § 6º, uma vez que a recepção na SEFAZ não caracteriza que o arquivo atende às exigências. No caso em tela, o sujeito passivo deixou de entregar alguns arquivos magnéticos dentro do prazo previsto na legislação, cuja obrigação da entrega já se encontra formalizada no próprio dispositivo legal e, desnecessária seria qualquer outra ação específica. Ainda assim, o autuante expediu a intimação que concretizou uma nova situação, agora prevista no art. 708-B, RICMS/BA.

Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

§ 4º - O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet, devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria, quando for o caso.

*Verifica-se, na realidade, duas condutas omissivas que tipificam descumprimento de obrigação acessória; uma implica falta de entrega do arquivo magnético nos prazos previstos na legislação, outra, tipifica o descumprimento de intimação fiscal para a entrega do arquivo magnético. Observa-se que, quanto à dimensão do prejuízo causado à Fazenda Pública a não entrega do arquivo, descumprindo uma intimação fiscal traduz prejuízo e desatenção à Fazenda Pública de maior monta, merecendo assim reprimenda mais gravosa. O ato volitivo da Fazenda Pública, requerendo que o contribuinte apresente o arquivo, evidencia interesse imediato naquelas informações e a omissão das mesmas configura maior prejuízo para a Fazenda. Na situação prevista no art. 708-A, RICMS/BA, a infração cometida já se encontra perfeitamente delineada, não sendo necessária qualquer nova medida estatal e, sendo assim, requer que seja infligida a penalidade menos severa. No presente Auto de Infração, o contribuinte foi intimado para fazer a entrega dos arquivos faltantes, além da entrega dos registros ausentes. Deu o tratamento de inconsistências nos arquivos, e para isso teve 30 dias de prazo, como manda o § 5º do art. 708-B do RICMS. Vencido o prazo, configurou-se a infração, consubstanciada na falta de entrega, à fiscalização, de arquivos magnéticos solicitados mediante intimação, com a aplicação da multa de 1% do valor das saídas de mercadorias no período considerado, prevista na **alínea “g” e “k” do inciso XIII-A** do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Oportuno ressaltar que, de acordo com §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 708-B, RICMS/BA, o prazo legal para a correção dos arquivos encontrados com inconsistência é de 30 dias, a contar da intimação que deverá se fazer acompanhar de um CHEK LIST, fornecimento ao contribuinte de Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas. Quando verificada ausência de registro, o arquivo magnético completo deverá ser entregue no prazo legal de 05 dias (art. 708-B, caput). No caso, prazo unificado de 30 dias e sem listagem diagnóstico, fornecida apenas quando houver inconsistência no arquivo magnético.*

Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

§ 3º Tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas.

...

§ 5º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente a retificação total de arquivo.

§ 5º-A. O prazo previsto no § 5º poderá ser prorrogado por igual período despacho fundamentado.

§ 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.

A intimação para apresentação de informações em meio magnético foi recebida pelo autuado, conforme faz prova documento anexo aos autos, fl. 68 do PAF, não tendo o contribuinte efetuado as retificações apontadas dentro do prazo legal concedido pela fiscalização, uma vez que a intimação foi formulada em 06.05.09 e o Auto de Infração somente foi lavrado, após esgotados todos os prazos, em 30.06.2009. Quanto ao pedido formulado pelo autuado, para ser exonerado da multa exigida, entendo que não se aplica ao caso em exame, por não ficar comprovado nos autos que a infração apurada não implicou falta de recolhimento do imposto, conforme previsto no § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, tendo em vista que a falta de entrega dos arquivos magnéticos impossibilitou a fiscalização de efetuar outros roteiros de fiscalização, a exemplo do levantamento quantitativo de estoques. Também não a considero confiscatória porque se encontra regularmente tipificada na Lei Estadual do ICMS desse Estado. Entendo que restou comprovado o cometimento da infração e os demonstrativos de fls. 09/10 espelham com fidelidade o seu valor, aplicando-se inclusive o limite de 1% sobre o valor das operações de saídas divergentes, implicando em R\$ 192.663,67."

Inconformado com o julgamento de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário, pleiteando a modificação da Decisão recorrida para que seja julgado Improcedente o Auto de Infração, nos seguintes termos, em síntese:

- I. que em relação à penalidade aplicada, tanto em relação ao descumprimento de obrigações acessórias – SINTEGRA - quanto em relação ao descumprimento de obrigações principal, o confisco ficou patenteado;
- II. que a JJF sustentou a tese de que as penalidades tiveram seu alicerce na Lei Estadual nº 7.014/96, mas a lei estadual não tem aplicação frente a dispositivos da Constituição Federal, *in casu*, o artigo 150, IV;
- III. que em relação à infração descrita no item 01, o recorrente mantém os mesmos argumentos expendidos na defesa, vale dizer, que acusação é confusa e inexata, ao asseverar que as mercadorias foram adquiridas de outras unidades da federação ou exterior, e que as acusações descritas no Auto de Infração jamais poderão vir acompanhadas de dúvida, como foi o caso em questão, pugnando, assim, pela nulidade da referida acusação;
- IV. que em relação à infração descrita no item 02, o recorrente ainda está apurando os valores que compuseram o lançamento tributário que deu origem ao apontado ilícito, e que "brevemente" apresentará os resultados;
- V. no que toca à infração descrita no item 03, não assiste razão à JJF em não aceitar a entrega dos arquivos posteriormente às intimações, por força do artigo 5º, LV, da Constituição Federal que estabelece a ampla defesa dentro do contraditório pleno, inclusive para os processos administrativos.

Em seu Parecer opinativo – às fls. 132 e 133 – a representante da PGE/PROFIS opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário, asseverando que as razões recursais são insuficientes para elidir as infrações imputadas, não trazendo o recorrente qualquer argumento jurídico ou prova capaz de afastar as imputações, cingindo-se tão-somente a negá-las e suscitar nulidades infundadas, quando não se vislumbra a ocorrência de quaisquer das nulidades previstas no art. 18 do RPAF.

VOTO

De logo devemos consignar que a Decisão recorrida não merece reparos, visto que o julgamento pela manutenção das exigências fiscais objeto da autuação baseou-se na legislação pertinente e nos documentos e demais elementos trazidos aos autos pelo autuante não se desincumbindo o sujeito passivo de elidir as referidas infrações que lhe foram imputa

Não há no presente lançamento de ofício qualquer mácula que o inquene de nulidade, como alega o recorrente, posição do qual comunga a PGE/PROFIS, órgão ao qual incumbe o controle da legalidade dos processos administrativos postos à sua apreciação. A infração que lhe foi imputada no item 1 da peça inicial da autuação está perfeitamente descrita e embasada com os demonstrativos elaborados pelo autuante, bem como constam dos autos cópias do livro Registro de Apuração do sujeito passivo, elementos que evidenciam a infração cometida, embora o recorrente tenha se cingido, tanto em sua defesa, como agora em sede recursal, a alegar nulidade que não tem qualquer fundamento, quando lhe cabia apresentar provas ou argumentos jurídicos capazes de elidir a infração que lhe foi imputada.

Tampouco cabe guarida ao argumento de serem confiscatórias as multas que lhe foram cominadas no Auto de Infração em tela, não só pelo fato de as mesmas encontrarem previsão legal na lei ordinária instituidora do ICMS neste Estado – Lei nº 7.014/96 – mas por não recair sobre tal diploma legal qualquer pecha de confiscatoriedade, impingida por quem cabe apreciar tal alegação, *in casu* o Poder Judiciário.

No mérito, melhor sorte não socorre ao recorrente. No que toca à infração descrita no item 01 – onde se imputa ao sujeito passivo a utilização a maior de crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial – restou comprovado pelos demonstrativos elaborados pelo autuante – às fls. 6 a 8 dos autos, que no mês de março de 2007 o autuado lançou como crédito valor a maior que o valor pago a título de antecipação parcial, no montante de R\$8.150,60, conforme reconstituição do seu conta corrente realizado pelo autuante – fls. 07 e 08.

Como bem ressaltou a JJF, a legislação é clara quando determina em seu art. 93, inciso I-A que os contribuintes cujo imposto seja apurado pelo regime normal poderão utilizar como crédito fiscal o valor do imposto antecipado parcialmente, em conformidade com o art. 352-A, RICMS/BA, cabendo a sua escrituração no quadro "Crédito do Imposto - Outros Créditos" do Registro de Apuração do ICMS.

Registre-se que o sujeito passivo nem na defesa e nem em sede recursal adentra no mérito da exigência fiscal, apenas alegando nulidade que, como visto, não encontra nenhum fundamento. Como bem frisou a PGE/PROFIS, caberia ao autuado desconstituir as provas do cometimento da infração trazida pelo autuante, ônus do qual não se desincumbiu.

No pertinente à infração descrita no item 02 - onde se imputa ao recorrente o recolhimento a menor do ICMS em decorrência de desencontro entre valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração de ICMS nos meses de dezembro de 2007 e janeiro, abril e agosto de 2008 – limita-se o sujeito passivo, desde a defesa, a alegar que “*ainda está apurando os valores que compuseram o lançamento tributário*”, e que “*brevemente apresentaremos os resultados*”. Ora, tempo mais que suficiente transcorreu desde o lançamento tributário e até o momento nada trouxe aos autos que pudesse infirmar a exigência fiscal, devidamente lastrada nos demonstrativos e nas cópias dos livros Registro de Apuração do ICMS anexados pelo autuante.

Aplica-se, assim, a regra do art. 143 do RPAF, que estabelece que “*a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*”.

Por fim, quanto à infração descrita no item 03 – onde se imputa ao sujeito passivo multa de 1% pelo não fornecimento dos arquivos magnéticos exigidos mediante intimação com informações das operações ou prestações realizadas – não merece modificação a Decisão recorrida, pois restou comprovado nos autos que não houve a entrega, no prazo da intimação expedida – acostada a fl. 68 dos autos - dos arquivos solicitados.

Registre-se que a apresentação a posteriori dos referidos arquivos é visto que os mesmos foram apresentados não só após ultrapassado o

708-A do RICMS, como o prazo estipulado na intimação referida, aplicando-se a multa cominada na alínea “g”, inciso XIII-A, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, vigente à época dos fatos geradores da autuação, transcrito, e não as alíneas “j” e “k”, como equivocadamente entendeu o Relator da JJF, pois as mesmas sequer eram vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores do presente lançamento de ofício, e nem são mais benéficas, hipótese em que caberia a sua aplicação retroativamente.

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

.....

g) R\$ 46,00 (quarenta e seis reais):

1. à empresa credenciada que:

1.1. extraviar etiqueta ou lacre fornecido pela Secretaria da Fazenda para instalação em equipamento de controle fiscal, aplicando-se a penalidade por cada lacre ou etiqueta extraviada;

1.2. emitir Atestado de Intervenção Técnica em ECF com informação inexata, aplicada a penalidade por cada atestado;

.....

j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo;

k) 1% (um por cento) do valor das saídas realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, de arquivo eletrônico com as informações de natureza contábil;

l) R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Nota 1: A alínea "l" foi acrescentada ao inciso XIII-A do caput do art. 42 pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10.

Do exposto, votamos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo e homologando a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **293259.0601/09-8**, lavrado contra **CAMBUÍ COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA. (SUPERMERCADO CAMBUÍ)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$134.873,20**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “b” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$192.663,67**, prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da citada lei, com os acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA