

A. I. N° - 269352.0002/09-0
AUTUADO - SANTANA, MARTINS & CIA. LTDA.
AUTUANTE - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO e CARLITO NEVES DE LACERDA JÚNIOR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET 12.05.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0096-05/10

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. a) FALTA DE ENTREGA QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. b) FALTA DE ENTREGA NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. Presentes os requisitos previstos no art. 42, parágrafo 7º da Lei 7.014/96 para redução ou cancelamento das penalidades. Infrações 01 e 02 caracterizadas, com redução das multas para 50% dos valores originalmente lançados. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ilícito fiscal não impugnado pelo sujeito passivo. Infração mantida. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Ilícito fiscal não impugnado pelo sujeito passivo. Infração mantida. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. Ilícito fiscal não impugnado pelo sujeito passivo. Infração mantida. 5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS A PESSOAS NÃO INSCRITAS NO CADASTRO ESTADUAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Ilícito fiscal não impugnado pelo sujeito passivo. Infração mantida. Rejeitada a preliminar de decadência. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/09/2009 e exige ICMS, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor histórico total de R\$ 246.929,52, em razão de terem sido constatadas as seguintes irregularidades:

- 1- Falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações e prestações realizadas. Está dito que o contribuinte não apresentou, mesmo após intimação, arquivos magnéticos completos, notadamente pela falta dos registros 54, 60R, 74 e 75, referentes aos meses de janeiro a novembro de 2004, o que impossibilitou a realização de alguns roteiros de auditoria, a exemplo de levantamento de estoques, créditos indevidos e vendas a inaptos. Multa de 1% sobre o valor das operações, correspondente a R\$ 153.077,78, prevista no art. 42, XIII-A, “g” da Lei 7.014/96.
- 2- Falta de entrega de arquivo magnético, no prazo previsto na legislação, o qual deveria ter sido enviado via Internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED). Omissão de entrega de arquivos referentes aos meses de janeiro a novembro de 2004. Anexo I do Auto de Infração. Multa de R\$ 1.380,00, prevista no art. 42, XIII-A, “i” da Lei 7.014/96.
- 3- Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a devida es de registro de entradas em valor inferior ao das saídas efetivas levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercad (2005 e 2006), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o

saídas tributáveis. Anexo II do Auto de Infração. Valor exigido de R\$ 76.045,25 e multa de 70%, prevista no art. 42, III a Lei 7.014/96.

- 4- Recolhimento a menos do tributo em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Está registrado que o autuado aplicou, nas saídas consignadas em equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), a alíquota de 7% para certos produtos, como se fossem beneficiados pela redução de base de cálculo prevista no art. 87, V do RICMS/BA, no percentual de 58,825%, mas os mesmos não têm uso exclusivo em informática. Anexo III do Auto de Infração. Valor exigido de R\$ 3.224,43 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96.
- 5- Utilização indevida de crédito fiscal, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Anexo IV do Auto de Infração. Valor exigido de R\$ 1.475,61 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96.
- 6- Falta de retenção do tributo, e conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados na Bahia e não inscritos no Cadastro da Secretaria da Fazenda. Está consignado que os levantamentos foram efetuados em meio magnético e entregues ao sujeito passivo mediante recibo. Anexo V do Auto de Infração. Valor exigido de R\$ 11.726,45 e multa de 60%, prevista no art. 42, II “e” da Lei 7.014/96.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 75 a 88, através de advogado regularmente constituído, nos termos do instrumento de mandato de fl. 89.

Inicialmente, após elaborar o relato das autuações, esclarece que a peça de defesa irá se reportar somente às infrações 1 e 2, bem como solicita que as futuras intimações e notificações sejam dirigidas ao seu patrono.

Em preliminar, suscita a decadência do direito de constituir o crédito, no que tange às obrigações acessórias ocorridas até 30/09/2009. Em seguida, afirma que, muito embora entenda que é necessária a aplicação do disposto no art. 42, parágrafo 7º da Lei 7.014/96, a exigência referente aos meses de janeiro a setembro de 2004 esbarraria na decadência dos fatos geradores ocorridos até a data de intimação. Afirma que foi intimado no dia 01/10/2009, sendo que entre a data da intimação e a ocorrência dos fatos geradores anteriores à mesma consumou-se interstício superior a 5 (cinco) anos.

Logo em seguir, com fundamento em jurisprudência do STJ, afirma que, tendo cumprido suas obrigações de forma escoreita, o período decadencial “*começa a fluir a partir do fato gerador ou da obrigação acessória*” (sic), e não a partir do primeiro dia do exercício seguinte, como vem entendendo o Fisco deste Estado.

Dessa forma, na sua concepção, emerge cristalina a decadência do direito de constituir crédito relativo a fatos geradores ocorridos até 30/09/2004. Observada a decadência, alega que, no máximo, se poderia cogitar a manutenção da multa da infração 2, em razão da falta de atendimento da intimação levada a efeito em 2009, sem relação com a efetividade do cumprimento da obrigação acessória que se pretende taxar. Admitida a decadência, a multa da infração 1 somente seria cabível sobre os arquivos magnéticos dos meses de outubro e novembro de 2004, permanecendo a sanção da segunda infração para os demais períodos.

Transcrevendo decisões deste Conselho de Fazenda, destaca que não agiu com dolo, fraude ou com intento de simulação; que possui uma relação “saudável” com o Fisco; que os trabalhos de auditoria não restaram inviabilizados; que outros roteiros, além daqueles citados no corpo do Auto de Infração, poderiam e deveriam ter sido realizados; que não ocorreu sonegação fiscal; que a penalidade aplicada de R\$ 153.077,78 é exorbitante; que nada se encontrou de irregular quanto a tributo a reclamar em 2004; que as sanções de natureza formal não podem servir de fonte de arrecadação e que as diferenças a recolher em 2005 e 2006 - juntas -, não atingem a importância nominal das multas das infrações 1 e 2.

Tendo-se em vista que as multas e a diferença constatada de tributo 0,03% do faturamento em 2004, assinala que afigura-se preenchido o requisito para o cancelamento ou redução de penalidade, qual seja, a ausência de dolo, fraude ou com intento de simulação.

requisitos, ausência de dolo, fraude ou simulação, também estariam implícitos no processo, cabendo inclusive ao Fisco o ônus de comprovar a presença dos mesmos.

Conclui requerendo, nas suas palavras a seguir transcritas, o “cancelamento da sanção dos itens 1 e 2, ou a manutenção do item 2 e parcial do item 1 (apenas sobre as saídas de outubro e novembro de 2004), ou, pelo menos, a redução de ambas as multas em 95% dos montantes originalmente cobrados”.

Os autuantes ingressam com informação fiscal às fls. 141 a 147. Observam que a primeira intimação data de 06/08/2009 e que, até a lavratura do Auto de Infração, 54 (cinquenta e quatro) dias transcorreram, prazo superior aos 5 (cinco) legalmente fornecidos, sem que fosse realizada a entrega dos arquivos com os registros faltantes.

Pontuando a natureza do poder-dever vinculado com que desenvolvem suas atividades, registram como agravantes a concessão de prazo de 30 dias para a regularização das informações, conforme requerido no processo 06672120086, protocolado em 08/05/2008 (fls. 13 a 17); o protocolo de novo pedido de concessão de prazo no processo 07680820084 (fls. 18 a 20); a intimação desses mesmos registros 54, 60R, 74 e 75, fruto de outra Ordem de Serviço anexada à informação fiscal à fl. 103; o protocolo, em 14/01/2009, de novo pedido de concessão de prazo no processo 00598620091 (fls. 21 a 23) e o protocolo, em 12/02/2009, de novo pedido de concessão de prazo no processo 02168620090 (fls. 104 a 109).

Refutam a informação trazida na peça de defesa de que a intimação ocorreu em 01/10/2009, pois nessa data apenas se deu a ciência do ato preparatório do lançamento tributário. Manifestam o entendimento de que o art. 150, parágrafo 4º do CTN não é aplicável à situação em tela, pois a mesma diz respeito a descumprimento de obrigação acessória.

Quanto ao caráter supostamente exagerado das multas, citando Acórdãos do CONSEF/BA, aduzem que é afirmação de caráter irrelevante e subjetivo; que a não aplicação poderia levar a um descumprimento generalizado da obrigação; que não realizaram a auditoria de estoques em 2004 por conta do descumprimento da intimação e que não cabe redução das mesmas, pois a “penalidade independe da intenção do agente infrator”. Uma vez que houve falta de recolhimento de imposto em 2005 e 2006, constatada nas infrações 03 a 06, assinalam que também houve em 2004, restando descumprido um dos requisitos do parágrafo 7º do art. 42 da Lei 7.014/96.

Finalizam requerendo a procedência do Auto de Infração.

Às fls. 149 a 151, a Coordenação de Administração do CONSEF juntou comprovante de pagamento parcial do Auto de Infração.

VOTO

Primeiramente, importa sublinhar que as infrações de números 03 a 06 não foram impugnadas, motivo pelo qual, com fundamento no art. 140 do RPAF/99, as mesmas não terão o mérito apreciado neste julgamento. Mantidas as infrações 03, 04, 05 e 06.

Quanto à suscitada preliminar de decadência do direito do Fisco de lançar o tributo exigido nas infrações 1 e 2, é importante, antes de cogitar a aplicação do art. 150, parágrafo 4º ou do art. 173, ambos do CTN, analisar o momento da ocorrência do fato gerador que ensejou a obrigação tributária principal objeto do lançamento.

É sabido que, conforme estabelece o parágrafo 3º do art. 113 do CTN, a obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Quanto à primeira infração, no que se refere à sua específica obrigação, a supracitada conversão (de obrigação acessória em principal), e o fato gerador, ocorrerão nos termos do art. 42, XIII-A da Lei 7.014/96, ou seja, quando se configurar o descumprimento, qual seja, o não fornecimento, mediante intimação, de arquivo eletrônico com as informações de natureza contábil. A legislação estabelece, inclusive, no parágrafo 3º do art. 708-B do RICMS/BA, a aplicação da penalidade, que a intimação seja acompanhada de Listagem de irregularidades encontradas.

Assim, o fato (gerador) - que enseja a conversão em obrigação principal prevista no parágrafo 3º do art. 113 do CTN -, ocorre com o descumprimento da intimação devidamente acompanhada de Listagem Diagnóstico, conforme se verifica no documento de fl. 27, e não nos meses em que o percentual de 1% é aplicado sobre os valores das operações.

Dessarte, uma vez que a intimação descumprida se deu em 06/08/2009, não cabe falar em decadência, seja sob o prisma do art. 150, parágrafo 4º, seja do art. 173 do CTN.

Ainda que não se concorde com os sobreditos argumentos, deve ser observado que o CONSEF/BA, apesar do entendimento do STJ, até posicionamento em contrário da Procuradoria do Estado, vem decidindo que a decadência do direito de constituir crédito relacionado ao ICMS se opera de acordo com o art. 173 do CTN.

Em que pese o fato de parte da doutrina conceber que tal fixação somente se dá para estabelecer prazos maiores do que o do art. 150, parágrafo 4º, é oportuno ressaltar que esse mesmo artigo, do CTN, confere à Lei competência para fixar prazo de homologação, o que no Estado da Bahia foi feito no art. 28 da Lei 3.956/81 (COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia), que, no seu parágrafo 1º, determina o início da contagem a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, com dispositivo correspondente no art. 90 do RICMS/BA.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (COTEB), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 05 (cinco) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Por conseguinte, no tocante às infrações 01 e 02, fica rejeitada a preliminar de decadência.

O contribuinte, nas razões defensivas, pondera que a sua conduta não foi pautada por dolo, fraude ou simulação, bem como não resultou em sonegação fiscal ou em falta de pagamento do imposto.

Com supedâneo no art. 42, parágrafo 7º da Lei 7.014/96, passo a examinar as circunstâncias do caso concreto, onde, de fato, não restou comprovado pelos agentes fiscais a presença de dolo, fraude, simulação ou falta de recolhimento do imposto, apesar das demais infrações e dos reiterados pedidos de prorrogação de prazo para regularizar as informações em meio magnético. Por razões jurídicas de todos conhecidas, caberia às autoridades acusadoras o ônus de demonstrar irrefutavelmente a presença de tais desideratos (dolo, fraude ou simulação).

Da análise do caso em tela, observo, de imediato, que o impugnante preenche os requisitos do supracitado comando legal, pois as infrações 01 e 02, que lhe foram imputadas, se relacionam com o descumprimento de obrigações acessórias. Não estão presentes no PAF provas de que o autuado tenha agido deliberadamente com o intuito de suprimir ou reduzir o recolhimento do imposto.

Diante de tais circunstâncias, entendo que se acham presentes os requisitos previstos no art. 42, parágrafo 7º da Lei 7.014/96 para redução ou cancelamento da penalidade prevista nas duas primeiras infrações. Opto pela redução das mesmas para (ou em) 50% dos valores originalmente lançados, considerando que: (i) apesar de não ter sido provado que a conduta do contribuinte foi pautada por dolo, fraude, simulação ou intenção de reduzir ou suprimir o tributo -, nota-se que a mesma gerou para o Fisco dificuldades na operacionalização dos roteiros de auditoria; (ii) os sucessivos pedidos de prorrogação de prazo podem ser originados de uma série de fatores, que não ficaram claramente delineados pelos autuantes, desde desídia do sujeito passivo até mesmo impossibilidade técnica de cumprir as obrigações acessórias.

Assim, em face do acima aludido, o débito da infração 01 fica reduzido de R\$ 153.077,78 para R\$ 76.538,89. Infração caracterizada, com redução da penalidade para 50% do valor originalmente lançado, de acordo com o art. 42, parágrafo 7º da Lei 7.014/96.

Fica igualmente reduzido o valor da penalidade estabelecida na inf 690,00. Infração caracterizada, com redução da penalidade para lançado, de acordo com o art. 42, parágrafo 7º da Lei 7.014/96.

Com relação às datas de ocorrência e vencimento da infração 1, a Orientação Técnica GEAFI / DPF 3005, de 17/06/2005, indica que devem ser correspondentes ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação. Como a intimação se deu no dia 07/01/2009, para apresentação dos arquivos no prazo de 05 (cinco) dias úteis, as datas de ocorrência e de vencimento da indigitada infração devem ser mudadas para o dia 15/01/2009.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com redução das penalidades das infrações 1 e 2 para 50% dos valores originalmente lançados, de acordo com o art. 42, parágrafo 7º da Lei 7.014/96, e com a mudança das datas de ocorrência e vencimento da infração 1 para 15/01/2009, nos termos da Orientação Técnica GEAFI / DPF 3005, de 17/06/2005, sendo que os valores já pagos devem ser homologados.

VOTO DISCORDANTE (Em relação à infração 2)

Com relação à infração 2, peço vênica para discordar do nobre colega Relator, quanto à redução da penalidade para 50% do valor originariamente lançado, haja vista que a infração decorreu da falta de entrega nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, bem como dos estornos de débitos ocorridos no período. Tratando-se de descumprimento de obrigação acessória, e a desídia do contribuinte em promover a respectiva entrega não deve ser atingida pela redução da penalidade, multa fixa definida na Lei nº 7.014/96, art. 42, XIII, “j”, como segue:

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;

Voto pela PROCEDÊNCIA da infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269352.0002/09-0**, lavrado contra **SANTANA, MARTINS & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$92.471,74**, acrescido das multas de 60% sobre R\$16.426,49 e 70% sobre R\$76.045,25, prevista no art. 42, incisos II, VII, “a” e “e” e III, Lei nº 7.014/96, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$77.228,89**, previstas no art. 42, XIII-A, alíneas “g” e “i”, da citada lei, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício da 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, 29 de abril de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA/VOTO DISCORDANTE