

A. I. Nº - 279733.6001/09-4
AUTUADO - GOOC CRIAÇÕES DO VESTUÁRIO LTDA.
AUTUANTE - LINDOMAR PINTO DA SILVA
ORIGEM - FEIRA DE SANTANA
INTERNET 03.09.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0227-05.10

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. ESTORNO DE DÉBITO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM. Aplicação da Súmula nº 1 do CONSEF. Falta de demonstração da base de cálculo do imposto. Infração nula. 2. PROBAHIA. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** SAÍDAS COM CRÉDITO PRESUMIDO. **b)** CRÉDITO A MAIOR. Aplicação da Súmula nº 1 CONSEF. Infrações nulas. **c)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL. **d)** MERCADORIAS COM IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração procedente. 3. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. MERCADORIAS EM CONSIGNAÇÃO. Infração comprovada. 4. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE O LANÇADO NO RAICMS E RE. Infração procedente. 5. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO. Re-enquadramento da multa para o art. 42, inc. II, letras “f”, em consonância com a jurisprudência reiterada das Câmaras de Julgamento do CONSEF e pronunciamentos da Procuradoria Estadual. Infração comprovada. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS. Infração procedente. **b)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração mantida. 6. LIVROS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Infração não elidida. 7. NULIDADE. INOBSEVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. OMISSÃO DE OPERAÇÕES. MULTA. A evolução da legislação baiana, no que concerne a arquivos magnéticos, demonstra que o interesse do Estado não é aplicar multas, simplesmente – o que o Estado quer é que o contribuinte preste as informações pertinentes, escoimadas de erros ou inconsistências, de modo que o arquivo magnético deve ser consistente com o programa denominado V₂ e a consistência dos dados inseridos.

do art. 708-A do RICMS, sendo que o § 3º do art. 708-B prevê que o fisco intime o contribuinte para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, fornecendo-se-lhe, no ato da intimação, uma Listagem-Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, e o § 5º concede o prazo de 30 dias úteis para que o contribuinte corrija arquivo magnético apresentado com inconsistência. Neste caso, o contribuinte não foi intimado para fazer a correção das inconsistências, como prevê o § 3º do art. 708-B, nem lhe foi fornecida a Listagem-Diagnóstico a que alude aquele dispositivo regulamentar. É, portanto, nulo o procedimento, por inobservância do devido procedimento legal na condução da ação fiscal. **8. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO E DE MATERIAL DE USO E CONSUMO.** Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/12/2009, exige ICMS e multa totalizando o valor histórico de R\$282.323,53, em razão das seguintes irregularidades:

1. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Lançamento na DMA de valores como estorno de débito sem a devida comprovação das origens - Valor histórico: R\$26.341,36; percentual de multa aplicada: 60%.
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência da utilização de crédito presumido com vedação de créditos do imposto relativos à aquisição ou entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento e aos serviços tomados, vinculados às saídas com crédito presumido - Valor histórico: R\$88.333,18; percentual de multa aplicada: 60%.
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS e crédito a mais referente a estorno de débito proveniente do PROBAHIA - Valor histórico: R\$6.158,82; percentual de multa aplicada: 60%.
4. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas das mercadorias regularmente escrituradas, mercadorias em consignação com o imposto devido nas notas fiscais sem o devido registro nos livros de saída e apuração - Valor histórico: R\$5.669,08; percentual de multa aplicada: 60%.
5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito e falta de apresentação da Nota Fiscal nº 2202 de 01/04/2007 - Valor histórico: R\$148,32; percentual de multa aplicada: 60%.
6. Utilizou indevidamente crédito de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária e crédito fiscal das Notas Fiscais nºs 38235 e 39707 de produtos alcançados pela substituição tributária - Valor histórico: R\$5.319,22; percentual de multa aplicada: 60%.
7. Recolheu a menos ICMS em divergência entre os valores lançados no Livro de Registro de Entradas de Mercadorias e a escrituração no Livro Registro de Apuração do ICMS. Valor apurado no livro de entrada R\$5.100,88, valor transportado para o livro de apuração R\$5.166,38 - Valor histórico: R\$61,50; percentual de multa aplicada: 60%.

8. Deixou de efetuar recolhimento do ICMS por antecipação parcial, referente à aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização - Valor histórico: R\$29.978,08; percentual de multa aplicada: 60%.
9. Efetuou recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89 - Valor histórico: R\$2.213,93; percentual de multa aplicada: 60%.
10. Deixou de efetuar o recolhimento de ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. ICMS lançado e não recolhidos conforme livros fiscais - Valor histórico: R\$11.685,94; percentual de multa aplicada: 60%.
11. Deixou de apresentar livros fiscais, quando regulamente intimado. O contribuinte deixou de apresentar os livros fiscais solicitado: de entradas, de saídas, de apuração e de inventário de 2007, inventário de 2008 – Multas Fixas: R\$460,00.
12. Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas – Multas Fixas de 5%: R\$105.057,04.
13. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento - Valor histórico: R\$897,07; percentual de multa aplicada: 60%.

O advogado do contribuinte devidamente habilitado impugnou a ação fiscal através da defesa de fls. 144 a 150, e alega que o Auto de Infração não pode prosperar primeiro porque de forma genérica, verificou que a maioria das infrações levantadas pela fiscalização são de casos de tributos declarados e não pagos. Assim diz que não há fundamentos para lavratura do Auto de Infração, por não ter irregularidades, crime nem inadimplência.

Em relação à infração 2, diz que foi feita a autuação sem a verificação das notas fiscais, com isso tais valores foram levantados sem a apuração devida, pois as notas fiscais correspondentes não se encontram descritas nos autos. Pede a nulidade da infração, por cerceamento de defesa, uma vez que não é possível confrontar o histórico tributário do período da conclusão do Auto de Infração. Nega que tenha havido creditamento.

Quanto à infração 3, afirma que está caracterizado o imposto declarado e não pago, mas não se comprovou o recolhimento do crédito antecipado. Também não se verifica a existência de dolo com o fito de lesar o fisco estadual.

Diz também que não se justifica multa no patamar de 60% (sessenta por cento) lançado pela fiscalização, devendo ser reduzida para a hipótese mínima, sem se olvidar que o contribuinte não apresentou histórico de reincidência neste tipo de atitude, o que não se pode elevar a punição ao máximo, sob pena de desequilíbrio das relações com o governo e a população de contribuintes, bem como ofender o princípio da isonomia.

Na infração 4, aduz que a fiscalização não aponta qual é o erro na base de cálculo e diz que tal alegação genérica não é hábil para originar a multa estabelecida, principalmente quando a alíquota está correta.

Ademais, a multa deveria ser lançada em patamar mínimo e não na porcentagem de 60% (sessenta por cento). Assim, tanto a infração não procede, por falta de especificação, quanto à multa é absurda e deve ser reduzida pelos princípios da equidade e .

Afirma que a infração 6 é a mesma situação do item 3 do Auto de Infração, não sendo caso de creditamento indevido, mas sim inadimplência. Também a multa deve ser reduzida, posto que não há dolo ou intenção de omitir receita ou lesar o fisco.

Aduz que na infração 8 é a mesma situação das infrações 3 e 6, só em relação ao caso de inadimplência e diz que caso se entenda pela irregularidade como ato infracional, ainda assim deverá ser reduzida a multa para proporções mínimas, baixando-se o valor aplicado.

Alegou que há cerceamento de defesa na infração 9, devido a ausência da descrição das notas fiscais que geraram a autuação, pois sem a descrição das notas fiscais não é possível cotejar com os documentos atinentes à operação. Mesmo assim, o caso é de recolhimento a menos e não de omissão propositada, sendo injustificável a multa de 60%.

Quanto à décima infração assevera que se enquadra na mesma situação das infrações 3, 6 e 8, já tratadas, ou seja, mera descrição de inadimplência, que não enseja irregularidade, muito menos multa na proporção de 60%.

Salientou que na infração 12, os arquivos magnéticos se encontram de acordo com a escrituração do contribuinte, pois a divergência utilizada como base para sua definição não é explícita no Auto de Infração, de forma que impede a defesa e averiguação do item.

Diz que o relatório, deve ser fundamentado e justificado, sob pena de inviabilizar a defesa e a apuração sobre a existência real de diferenças, assim se encontra desamparada de fundamentos, o que deve ser afastada.

O autuante em sua informação fiscal de fls. 163 a 165, informou que há previsão legal para a cobrança dos tributos deixados de recolher, mesmo que tenham sido apurados, como se pronunciou a defesa (RICMS, artigo 915, Incisos I e II).

A infração 2, refere-se à utilização de crédito fiscal de mercadorias entradas no estabelecimento, já na vigência da Resolução nº 63/2005 (pág. 96), que veda a utilização de qualquer crédito fiscal de entradas.

Assevera que a infração não está referindo-se a notas fiscais, mas a valores lançados nos livros e documentos fiscais do próprio autuado, já referido no lançamento do próprio contribuinte, estando o mesmo proibido de fazê-lo, pois o creditamento de tais valores, apesar de ser feito mesmo a partir de mês de outubro/2005, quando foi obtido o benefício do crédito presumido, só foi cobrado a partir do mês de janeiro/2006, quando começou a apresentar efeito sobre o valor apurado e recolhido pelo próprio contribuinte.

Já na infração 3, informou que os valores apurados se referem ao fato de o contribuinte possuir o benefício de aproveitamento de até 90% do crédito presumido dos valores debitados nas saídas. Diz que os valores apurados comprovam o aproveitamento como crédito presumido, nos meses indicados no Auto de Infração, que estão acima desse limite previsto. Informou também que a cobrança via Auto de Infração e a respectiva multa estão de acordo com a legislação em vigor, constantes no RICMS.

Quanto à infração 4, a descrição do erro da base de cálculo consta no corpo do Auto de Infração, servindo como informação de qual forma foi determinado o erro da base de cálculo.

Diz também que o contribuinte emitiu notas fiscais de saídas, conforme planilha nas fls. 12 e 13, e notas fiscais anexadas, além dos livros fiscais de saídas e apuração do contribuinte, o que foram emitidas as notas constantes na planilha, com o destaque do imposto devido, entretanto no livro de saída e, consequentemente no livro de apuração os valores debitados não foram lançados. Com isso o erro decorre da falta de lançamento dos valores lançados nas notas fiscais e ausentes nos livros fiscais.

Reitera a infração 6, e diz que na fl. 14 está a demonstração de como O contribuinte na apuração do ICMS do referido período apro

utilizado para apuração do ICMS da substituição tributária. As notas fiscais estão indicadas no corpo do texto (38.235 e 39.707), de propriedade do próprio contribuinte. Aduz que as multas estão de acordo com as previsões constante no RICMS/BA, artigos 915.

Na infração 8, o autuante diz que as notas fiscais e as planilhas estão anexadas e que a falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares enseja a cobrança com autuação e aplicação de multas conforme RICMS artigo 915, incisos I e II.

Informou na infração 9 que as notas fiscais e os respectivos valores estão destacados na fl. 16 do referido processo, e não há falta de descrição de tais notas, nem cerceamento de defesa como declarou o contribuinte.

O autuante na infração 10 diz que a questão de inadimplência está tratada no artigo 915, incisos I e II do RICMS/BA, que descreve as situações de autuação e as multas respectivas.

Na infração 12, informa que constam no processo, de fls. 88 a 94, cópias dos relatórios das divergências apresentadas nos arquivos magnéticos, entregues ao contribuinte, para que as divergências fossem regularizadas e, na fl. 86, consta a intimação solicitando que tais divergências fossem regularizadas, conforme prevê o regulamento. Ademais, divergências desta natureza são passíveis de autuação.

Pede pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente destaco que, apesar de o sujeito passivo não se conformar com as multas aplicadas, verifico que todas estão em conformidade com o tipificado na Lei nº 7.014/96, portanto legais e justificadas caso sejam comprovadas as ocorrências das infrações apontadas neste Auto de Infração.

Ademais, os argumentos trazidos pela empresa quanto à nulidade das infrações, por cerceamento do direito de defesa, serão analisados de per si, no momento da apreciação de cada infração.

Trata- se de empresa que possui os benefícios do Crédito Presumido e do Diferimento do ICMS (YEPPBRASIL Criações do Vestuário Ltda), do Probahia, nos termos da Lei 7.025/1997, regulamentada pelo Decreto nº 6.734, de 09 de setembro de 1997 e alterações, Resolução nº 63/2005, fl. 96 do PAF.

Esta industria ao se instalar no município de Feira de Santana, conseguiu os seguintes benefícios:

1. Crédito presumido de 90% do imposto incidente nas operações de saídas de calçados, bolsas, cintos, acessórios e artigos de vestuário, pelo prazo de 15 anos, contado a partir do 1º dia do mês subsequente à publicação da Resolução.
2. Diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, nas seguintes hipóteses:
 - a) pelo recebimento do exterior, ou relativamente ao diferencial de alíquotas, pelas aquisições em outra unidade da Federação de máquinas, equipamentos, ferramental, moldes, modelos, instrumentos e aparelhos industriais e de controle de qualidade, e seus sobressalentes, para o momento em que ocorrer sua desincorporação do ativo imobilizado;
 - b) nas importações e nas operações internas com insumos, embalagens e componentes, para o momento em que ocorrer a saída dos produtos deles decorrentes.

O artigo 2º veda a utilização de demais créditos decorrentes de aquisição de mercadorias ou utilização de serviços por parte da empresa.

Em verdade, a sociedade ora autuada fora constituída sob a denominação social de “YennBrasil Criações do Vestuário Ltda”, consoante Contrato de fls. 152 a 155,

“Gooc Criações do Vestuário Ltda”, em 29/08/2005 (Alteração do C

Created with

 nitroPDF® professional

download the free trial online at nitropdf.com/professional

Com base na concessão dos benefícios auferidos pela empresa, o autuante procedeu à fiscalização, quando apurou as seguintes irregularidades que passo a examinar:

INFRAÇÃO 1 - Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Ocorreu o lançamento na DMA de valores como estorno de débito sem a devida comprovação das origens.

Consta na descrição dos fatos que “*o contribuinte lançou no livro de apuração e nas DMAs valores a crédito de ICMS sem os respectivos comprovantes, conforme demonstrativo em anexo.*”

De fato, o autuante junta ao PAF a planilha de fl. 12, na qual constam os valores que estão sendo exigidos. Também estão anexas as DMAs, fls. 97 a 139, referente aos meses 06/2005 a 02/2007.

O sujeito passivo argumentou que, de uma forma genérica, a maioria das infrações levantadas, se trata de casos de tributos declarados e não pagos.

No compulsar dos autos constato que o demonstrativo acostado à infração não traz o conta corrente fiscal, que possibilite a esta Relatora a verificação dos valores que estão sendo exigidos e nem como se chegou à base de cálculo do ICMS, nos meses de agosto/2005, setembro/2005, outubro/2005, dezembro/2005, junho/2007, julho/2007, agosto/2008.

Deste modo, por não trazer a demonstração do “*quantum debeatur*”, aplico a Súmula nº 1 do Consef, e julgo nula a infração, por faltar segurança aos elementos que foram utilizados para a base de cálculo e o imposto ora exigido.

Assim, não há segurança na constituição da base de cálculo dos valores que estão sendo exigidos nesta infração, e entendo nulo o procedimento fiscal, pois não contém de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração da atualização monetária exigida. Aplico a Súmula CONSEF nº 1, que resulta na nulidade do procedimento por cerceamento de defesa, em decorrência da falta de demonstração da base de cálculo, pois não há clareza da forma como foi apurado o débito, o que fere os princípios da legalidade e da verdade material. Assim a inexistência ou a existência defeituosa de como se chegou à base de cálculo, são fatores que de acordo com o art. 18, IV, “a” do RPAF/99, levam à nulidade do procedimento fiscal.

Neste sentido, há grande quantidade de Acordãos e Resoluções da lavra da Câmara deste CONSEF, dentre eles, Acordãos CJF 103/01; 0045/01; 1811/00.

Infração nula.

INFRAÇÃO 2 – Aponta a utilização indevida de crédito fiscal. O sujeito passivo é beneficiado pelo Probahia, e portanto impedido da utilização de quaisquer créditos fiscais. Desobedecendo a legislação, o autuante aponta que a empresa utilizou crédito fiscal de mercadorias entradas no estabelecimento, já na vigência da Resolução nº 63/2005 (pág. 96), que veda a utilização de qualquer crédito fiscal de entradas.

Segundo o autuante a infração não está referindo-se a notas fiscais, mas a valores lançados nos livros e documentos fiscais do próprio autuado, e que apesar de ter efetuado o creditamento de tais valores em sua escrita, a partir de mês de outubro/2005, quando foi obtido o benefício do crédito presumido. A exigência fiscal foi efetuada a partir do mês de janeiro/2006, quando, segundo o autuante, os créditos fiscais utilizados começaram a repercurtir na conta corrente fiscal, e ensejou a diminuição de valores a serem recolhidos ao erário.

Embora tenha sido prestado este esclarecimento na informação fiscal, o demonstrativo referente à infração, de fl. 12, é sucinto e não permite a verificação de como se chegou aos valores exigidos, embora as cópias das DMAs tenham sido anexadas aos autos nas fls. 103 a 125, relativa ao exercícios de 2006 e de 2007, períodos autuados.

Cabe a aplicação da Sumula nº 1 do CONSEF, pelas mesmas razões adrede expostas, posto que há insegurança de como se chegou à base de cálculo e ao ICMS exigidos, haja vista que não há clareza no demonstrativo elaborado pelo autuante.

Infração nula.

Na infração 3, também está apontado a utilização de crédito fiscal indevido, pois os valores apurados se referem ao fato de o contribuinte possuir o benefício de aproveitamento de até 90% do crédito presumido dos valores debitados nas saídas. Contudo o autuado utilizou-se de valores acima deste limite, conforme indicado nos meses objeto da autuação (março de 2007 e setembro de 2007), planilha de fl. 12.

As cópias das DMAs encontram-se nas fls. 116 e 122 dos autos. Nelas constato que no mês de março de 2007, o sujeito passivo efetuou operações de saídas de mercadorias no montante de R\$ 245.322,03, e teria que efetuar o pagamento do ICMS sobre aquelas operações no montante de 10%, equivalente portanto ao valor de R\$ 24.532,20. Consta na DMA crédito pelas entradas tributadas no valor de R\$ 3.470,25, e o saldo devedor no valor de R\$ 30.719,26.

No mês de setembro de 2007 a DMA de fl. 120, aponta para as saídas tributadas no valor de R\$ 143.526,42, crédito das entradas tributadas de R\$ 2.521,36 e saldo devedor de R\$ 13.690,72. Contudo estes valores não conferem com os valores exigidos no Auto de Infração, posto que no demonstrativo de fl. 12, está apenas apontado os valores em que o autuante considera como devido. Não há a efetiva demonstração de como se chegou a eles. Aplico a Súmula 01 do CONSEF pelas mesmas razões acima expostas. Infração nula.

A infração 4, relata que foi recolhido a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Mercadorias em consignação com o imposto devido nas notas fiscais sem o devido registro nos livros de saída e apuração.

Na peça de defesa o argumento para elidir a autuação é de que o autuante não aponta qual seria o erro na base de cálculo do imposto.

Os meses objeto da infração são os de abril de 2006, julho de 2007 e novembro de 2007.

Verifico que no levantamento elaborado pelo autuante consta a nota fiscal, o valor total, a base de cálculo, e o débito de ICMS, além de que cópias das notas fiscais foram juntadas ao PAF. (fls.12/13 e 30 a 33)

Infração mantida.

Infração 5 não foi contestada, fica mantida.

Infração 6, em que houve o creditamento indevido de mercadorias cujo imposto foi pago por meio de substituição tributária, o que é vedado expressamente pela legislação. Ademais, na fl. 14 está a demonstração de como os cálculos foram realizados. O contribuinte na apuração do ICMS do referido período apropriou-se de crédito fiscal já utilizado para apuração do ICMS da substituição tributária. As notas fiscais estão indicadas no corpo do texto (nºs 38.235 e 39.707), além de estarem apontadas no demonstrativo de fl. 14. Infração mantida.

Infração 7 não foi contestada, fica mantida.

Infração 8, refere-se à falta de pagamento da antecipação parcial prevista no art. 352-A do RICMS/97. A defesa é genérica e não traz a comprovação dos pagamentos ora exigidos. Ademais, as notas fiscais e as planilhas estão anexadas, fls.14 a 16, e a falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares enseja a cobrança com autuação e aplicação de multas conforme RICMS artigo 915, incisos I e II.

Faz-se necessário o re-enquadramento da multa para o art. 42, inc.

(nas datas de ocorrência anteriores a 28/11/2007), em consonância c

Created with



nitroPDF professional

download the free trial online at nitropdf.com/professional

pronunciamentos da Procuradoria Estadual, motivo pelo qual transcrevo, abaixo, parte do acórdão A-0227-05.09, desta mesma 5ª JJF, de relatoria do julgador Tolstoi Seara Nolasco.

Por outro lado, no presente Auto de Infração, a penalidade imputada ao sujeito passivo se encontra prevista no art. 42, inc. I, alínea “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96. O mencionado dispositivo apresentava a redação abaixo transcrita à época da verificação dos fatos geradores lançados no Auto de Infração:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

I - 50% (cinqüenta por cento) do valor do imposto, na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares:

...
b) tratando-se de pessoas dispensadas da escrituração regular de livros fiscais, exceto nos casos de infrações constatadas no trânsito de mercadorias, relativamente ao pagamento:

*I - do imposto devido por microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, nas entradas de mercadorias sujeitas à antecipação ou substituição tributária, quando procedentes de fora do Estado;
(...)*

Consignou a PGE/PROFIS, em diversos pareceres, que o texto da norma em questão, a despeito de remeter a uma ilação da possibilidade de sua aplicação às hipóteses de não recolhimento da antecipação parcial por microempresas e empresas de pequeno porte, mostra-se irrazoável, tendo em vista a obrigatoriedade simbiótica entre o artigo em análise e os princípios régios da proporcionalidade e da legalidade estrita, vinculados à imputação de penalidades. Ressaltou que seria ilógico não aplicar uma penalidade adstrita ao regime normal de tributação, prevista no art. 42, inc. II, “d”, aplicando-a, entretanto, aos contribuintes regidos pelo regime simplificado, considerando ademais, o tratamento diferenciado conferido pela Constituição Federal aos pequenos e médios contribuintes, consoante normas estampadas no art. 179 da Carta Magna.

Também foi ressaltada pela PGE/PROFIS a impossibilidade de aplicação da multa prevista no art. 42, II, “d”, ao presente caso, considerando que antes da alteração legislativa promovida pela Lei nº 10.847/07, o dispositivo normativo não abarcava a figura da antecipação parcial, referindo o mesmo ao instituto à substituição tributária, além de o citado comando normativo não alcançar expressamente empresas inscritas nos regimes simplificados de apuração do tributo.

Todavia, consoante entendimento do órgão jurídico do Estado, já se encontrava previsto no ordenamento jurídico tributário estadual, à época da ocorrência dos fatos geradores, a norma tributária-penal, inserida no art. 42, inciso II, alínea “f”, que nos remete à possibilidade de aplicação da multa de 60% para as hipóteses de não recolhimento da antecipação parcial, para todas as categorias de contribuintes, uma vez que de forma conceitual aberta, o referido dispositivo apregoa a aplicação de sanção quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa da prevista no inc. II, do art. 4, que importe em descumprimento de obrigação principal. Nessa linha de entendimento, mostra-se juridicamente possível o re-enquadramento da infração originalmente imputada, conforme autoriza o art. 142 c/c o art. 149 do Código Tributário Nacional (CTN), que ao disciplinar o ato de lançamento tributário afirma que compete à autoridade fiscal propor a penalidade cabível, podendo, entretanto, essa proposição ser revista de ofício, pela instância julgadora, visando o devido enquadramento normativo do fato tributável aos ditames da lei. Nessa direção, por sinal, se posiciona a legislação do processo administrativo fiscal do Estado da Bahia, no art. 19 do RPAF/99, que não inquia de nulidade o lançamento que contenha indicação errônea do dispositivo de lei ou regulamento, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente a infração cometida pelo contribuinte.

No caso presente, houve equívoco no enquadramento do fato infracional, no art. 42, inc. I, “b”, item 1, quando o correto seria o art. 42, inc. II, letra “f”. Todavia, esse equívoco não implicou em modificação do núcleo da exigência fiscal, que remanesce inalterada e circunscrita à cobrança do ICMS da antecipação parcial.

Dessa forma, em face do acima exposto, reviso o lançamento em lide, re-enquadrando as infrações praticadas pelo contribuinte atinentes à falta de recolhimento da antecipação parcial, para o art. 42, inc. II, letra “f”, relativamente aos fatos geradores anteriores à edição da Lei nº 10.847/07, ficando, todavia, ressalvada a possibilidade de o sujeito passivo requerer a dispensa da multa a ele imposta, se valendo do meio processual previsto no art. 158 do RPAF, com pedido dirigido à Câmara Superior, considerando que o errôneo enquadramento do fato infracional pelo autuante o induziu a erro, impossibilitando que o mesmo exercesse o direito de pagamento do tributo com redução de 100% da multa, conforme autoriza o comando normativo contido no art. 45-A da Lei nº 7.014/96. Nesse sentido o CONSEF já se manifestou, conforme decisão recentemente proferida por uma das suas Câmaras de Julgamento Fiscal, no Acórdão nº 0060-11/09.

Destaco ainda que o fato de a legislação baiana ter sido posteriormente à falta de recolhimento da antecipação parcial no rol das infrações pre-

em nada altera a aplicação da alínea “f” aos fatos geradores anteriores a vigência da Lei nº 10.847/07, tendo em vista não haver ofensa ao princípio da irretroatividade das normas de conteúdo sancionatório, aplicando ao caso outro princípio jurídico, segundo o qual, os fatos são regidos pelas normas vigentes à época da sua ocorrência (tempus regit actum).

Fica, portanto, mantido o núcleo da exigência fiscal, revisando-se tão somente a caputulação legal do fato infracional, com o re-enquadramento da multa, originalmente capitulada no art. 42, inc. I, alínea “b”, item I, da Lei nº 7.014/96, no percentual de 50% para o art. 42, inc. II, letra “f”, no percentual de 60%, relativamente ao imposto devido por antecipação parcial, conforme fundamentação tracejada linhas atrás.

Tal correção (para o art. 42, inc. II, letra “f” da Lei nº 7.014/96), diz respeito ao período anterior a 28 de novembro de 2007.

Infração mantida.

INFRAÇÃO 9 – Não há o apontado cerceamento de defesa, pela ausência da descrição das notas fiscais, como quer fazer crer a defesa. Trata-se de recolhimento a menos da antecipação tributária, e mesmo que não haja omissão propositada por parte do contribuinte, como ele alega, a ocorrência de recolhimento de valores a menos justifica a lavratura do Auto de Infração.

Outrossim, as notas fiscais e os respectivos valores estão destacados na fl. 16 do PAF, e não há falta de descrição de tais notas. O autuante fez a verificação das notas fiscais no próprio estabelecimento. Infração mantida.

A infração 10 aponta a falta de recolhimento de ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 do RICMS/97. Assim, o ICMS substituição tributária dos meses de setembro de 2007 e de outubro de 2007, segundo o autuante nos valores de R\$ 6.307,97 e de R\$ 5.377,97 não foram recolhidos aos erários. Verifico que os valores exigidos constam do relatório emitido pela Sefaz NET, de fl. 87. Infração mantida.

A infração 11 não foi contestada. Fica mantida.

A infração 12, refere-se à aplicação de multa em decorrência da entrega de arquivos magnéticos com divergências, sendo aplicada a multa do art. 42, inciso XIII-A “f” e “i” da Lei nº 7.014/96. Verifico que constam no processo, fls. 88 a 94, cópias dos relatórios das divergências apresentadas nos arquivos magnéticos, e possuem a assinatura de recebimento do contribuinte.

Contudo não há nos autos a necessária intimação específica, para a correção das divergências encontradas pela fiscalização, acompanhada da Listagem Diagnóstico, como prevê a legislação do ICMS, especificamente o art. 708-B e §§ 3º e 5º, que reproduzo abaixo:

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.

§ 1º Por acesso imediato entende-se, inclusive, o fornecimento dos recursos e informações necessários para verificação e/ou extração de quaisquer dados, tais como senhas, manuais de aplicativos e sistemas operacionais e formas de desbloqueio de áreas de disco (Conv. ICMS 96/97).

§ 2º O atendimento ao explicitado neste artigo não exclui a obrigação de que trata o artigo anterior e vice-versa.

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

§ 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.

§ 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 código de finalidade “2”, referente a retificação total de arquivo.

Consta nos autos a intimação genérica de fl. 86, para a apresentação de arquivos magnéticos corrigidos em função das divergências encontradas nos arquivos apresentados, que data de 17/12/2009, e o auto de infração foi lavrado em 29/12/2009, ou seja, além de ter sido genérica, sem a apresentação da Listagem Diagnóstico, não foi respeitado o prazo de 30 dias, que o contribuinte faz jus para corrigir as divergências encontradas em seus arquivos. Deste modo, houve cerceamento do direito de defesa, sendo nula a infração em comento.

A infração 13, não foi contestada, fica mantida.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279733.6001/09-4, lavrado contra **GOOC CRIAÇÕES DO VESTUÁRIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$55.973,13**, acrescida de multas de 60%, previstas no art. 42, II, alíneas “a”, “d” e “f”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$105.517,04**, prevista nos incisos XX, da lei e artigo já citados, de acordo com o estabelecido pela Lei nº 9.835/07.

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, 19 de agosto de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR