

PROCESSO - A. I. Nº 279733.16001/09-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - GOOC CRIAÇÕES DO VESTUÁRIO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0227-05/10
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 09/06/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0125-11/11

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO ACOLHIDA A NULIDADE DAS INFRAÇÕES 1, 2 e 3. NOVA DECISÃO. A documentação anexada aos autos permite não só o pleno conhecimento da infração imputada, consubstanciada nas DMAS acostadas, onde constam os valores lançados a título de estorno de débito, como a inexistência nos autos dos demonstrativos em que ficasse evidenciado o refazimento do conta corrente do contribuinte, por si só não se constitui em hipótese de nulidade, porquanto perfeitamente passível de saneamento através de diligência ao autuante, inclusive com juntada dos livros Registro de Apuração do período objeto da autuação, providência que poderia ser tomada pela JJF, com reabertura de prazo de defesa, nos termos do parágrafo único do art. 18 do RPAF/BA, mormente pelo fato de que sequer houve impugnação à referida infração pelo sujeito passivo. 2. PROBAHIA. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) SAÍDAS COM CRÉDITO PRESUMIDO. Consta dos autos que o contribuinte possui Resolução do Programa PROBAHIA, sendo beneficiário de crédito presumido, com expressa vedação de utilização de créditos fiscais pelas entradas, nos termos da Resolução nº 63, de 05 de outubro de 2005. Neste sentido, como o autuante apurou que o contribuinte lançou valores a título de crédito em sua escrita fiscal, a partir do mês de outubro, embora vedada a sua utilização, refez o seu conta corrente e nos meses em que houve repercussão (meses de janeiro a abril de 2006 e julho de 2007), ou seja, falta de recolhimento do ICMS em decorrência destes lançamentos, exigiu o imposto que entendeu devido, conforme planilha (fls.12) e DMAS acostadas aos autos (fls. 102 a 125) relativas aos períodos objeto da autuação. Entendemos que a inexistência do demonstrativo do refazimento da conta-corrente do contribuinte não conduz à nulidade da exigência fiscal, porquanto perfeitamente saneável mediante diligência ao autuante para sua juntada aos autos - inclusive dos livros Registro de Apuração dos períodos objeto da autuação - e sua entrega ao contribuinte para manifestação, mormente pelo fato de que os referidos lançamentos encontram-se comprovados nas DMAS transmitidas pelo próprio contribuinte. b) CRÉDITO A MAIOR. A análise das DMAS, de fato, não permite apurar se, realmen-

te, os valores exigidos, estão corretos, pois não há vinculação dos mesmos com os valores lançados nas DMAs. Entendemos que tal fato pode ser objeto de diligência ao autuante para esclarecimento, com reabertura de prazo de defesa ao contribuinte para se manifestar. Devolvam-se os autos à JJF para proferir novo julgamento. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, interposto pela 5ª JJF após julgamento pela Procedência em Parte do Auto de Infração, através do Acórdão JJF nº 0227-05/10, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento de 13 infrações, sendo objeto do Recurso as constantes dos itens 1, 2, 3 e 12, abaixo descritas, todas julgadas nulas:

1. 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. Utilização indevida de 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%.;
12. Fornecimento de 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.

No julgamento de Primeira Instância, a Relatora proferiu voto pela Nulidade dos itens citados, com os seguintes argumentos, *in verbis*:

INFRAÇÃO 1 – *“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 debeat”, 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 Acórdãos e Resoluções da lavra da Câmara deste CONSEF, dentre eles, Acórdãos 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 repercutir 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.”.

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.”.

INFRAÇÃO 12 – “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 campo 12 do Registro Tipo 10, o 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.”.

Ao final do seu voto, recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 2, 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.

VOTO

Da análise dos fundamentos utilizados na Decisão de Primeira Instância para julgar nulas as infrações objeto do presente Recurso de Ofício, entendemos que mereça reforma julgamento efetuado quanto às infrações descritas nos itens 1, 2 e 3, pelas razões que passamos a expor:

Na infração descrita no item 1, imputa-se ao sujeito passivo o estorno de débito do ICMS em desacordo com a legislação, verificado através do lançamento na DMA de valores como estorno de débito sem a devida comprovação das origens. Consta dos autos planilha de fls. 12, onde informa o autuante que a exigência foi feita apenas nos meses em que houve saldo a pagar, ou seja, foi refeita a conta corrente do contribuinte e, nos meses em que ocorreu repercussão, foi exigido o imposto, mais precisamente nos meses de agosto, setembro, outubro, e dezembro de 2005, e junho, julho e agosto de 2008. Consta ainda dos autos as DMAs com os valores lançados a título de estorno, às fls. 97 a 136, dos meses de junho de 2005 a fevereiro de 2007.

Do exposto, *data venia* o entendimento proferido pela JJF, a documentação anexada aos autos permite não só o pleno conhecimento da infração imputada, consubstanciada nas DMAs acostadas e onde constam os valores lançados a título de estorno de débito, como a inexistência nos autos dos demonstrativos onde ficasse evidenciado o refazimento do conta corrente do contribuinte por si só não se constitui em hipótese de nulidade, porquanto perfeitamente passível de saneamento através de diligência ao autuante, inclusive com juntada dos livros Registro de Apuração do período objeto da autuação, providência que poderia ser tomada pela JJF, com reabertura de prazo de defesa, nos termos do parágrafo único do art. 18 do RPAF/BA, mormente pelo fato de que sequer houve impugnação à referida infração pelo sujeito passivo.

No que toca à infração descrita no item 2, onde se imputa ao sujeito passivo a utilização indevida de crédito fiscal 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 – consta dos autos que o contribuinte possui Resolução do Programa PROBAHIA, sendo beneficiário de crédito presumido, com expressa vedação de utilização de créditos fiscais pelas entradas, nos termos da Resolução nº 63, de 05 de outubro de 2005.

Neste sentido, como o autuante apurou que o contribuinte lançou valores a título de crédito em sua escrita fiscal, a partir do mês de outubro, embora vedada a sua utilização, refez o seu conta corrente e nos meses em que houve repercussão (meses de janeiro a abril de 2006 e julho de 2007),

ou seja, falta de recolhimento do ICMS em decorrência destes lançamentos, exigiu o imposto que entendeu devido, como esclarece em sua informação fiscal, conforme planilha de fls.12 e DMAs acostadas aos autos às fls. 102 a 125 relativas aos períodos objeto da autuação. Do exposto, com os mesmos fundamentos acima colocados para a infração descrita no item 01 e embasados no mesmo dispositivo regulamentar supra citado, entendemos que a inexistência do referido demonstrativo do refazimento da conta corrente do contribuinte não conduz à nulidade da exigência fiscal, porquanto perfeitamente saneável mediante diligência ao autuante para sua juntada aos autos - inclusive dos livros Registro de Apuração dos períodos objeto da autuação - e sua entrega ao contribuinte para manifestação, mormente pelo fato de que os referidos lançamentos encontram-se comprovados nas DMAs transmitidas pelo próprio contribuinte.

Quanto à infração descrita no item 3, onde se imputa ao sujeito passivo a utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS do Programa PROBAHIA, por ter utilizado de crédito a maior do que o concedido (90%), nos meses de março e setembro de 2007, conforme planilha de fls. 12 e DMAs de fls. 116 e 122, a análise das referidas declarações de fato não permite apurar se de fato os valores exigidos, R\$3.769,83 e 2.388,99, respectivamente, estão corretos, pois não há vinculação dos mesmos com os valores lançados nas DMAs em foco, conforme explicitado pela Relatora de Primeira Instância. No entanto, também entendemos que tal fato pode ser objeto de diligência ao fiscal autuante para esclarecimento, com reabertura de prazo de defesa ao contribuinte para se manifestar.

Por fim, quanto à infração descrita no item 12, também julgada nula e objeto do presente Recurso, deixamos de apreciá-la, reservando o seu julgamento para quando proferida nova Decisão pela Primeira Instância.

Do exposto, somos pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, devendo os autos retornar à Primeira Instância para que seja proferida nova Decisão quanto às infrações descritas nos itens 1, 2 e 3, após o saneamento do processo, conforme exposto neste voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício apresentado e decretar a **NULA** a Decisão recorrida em relação às infrações 1, 2 e 3 referente ao Auto de Infração nº **279733.16001/09-4**, lavrado contra **GOOC CRIAÇÕES DO VESTUÁRIO LTDA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para que seja proferida nova Decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS