

PROCESSO - A. I. Nº 233055.0901/08-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CHECON DISTRIBUIDORA E TRANSPORTES LTDA.
RECORRIDOS - CHECON DISTRIBUIDORA E TRANSPORTES LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 1º JJF nº 0171-01/10
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
INTERNET - 24/08/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0239-11/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. O contribuinte apesar de intimado não apresentou em sua totalidade os documentos comprobatórios dos créditos fiscais escriturados. Excluídos da exigência fiscal os valores cujos documentos que originaram o crédito fiscal foram apresentados. Infração parcialmente subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO E DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infrações reconhecidas tacitamente. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Multas de 1% e de 5% sobre o valor das operações de saídas realizadas em cada período, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “i” da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº. 10.847/07. Infrações caracterizadas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos consoante o que determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, em face do acórdão em referência ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, destinando-se exclusivamente ao reexame parcial da infração 1, e de Recurso Voluntário, este destinado apenas às infrações 1, 4 e 5, abaixo transcritas:

INFRAÇÃO 1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de outubro a dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 28.455,36, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 4 - Forneceu através de arquivos magnéticos exigido na legislação tributária, requerido mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% 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 divergentes, nos meses de novembro e dezembro de 2004, janeiro a novembro de 2005, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 196.989,96;

INFRAÇÃO 5 - Forneceu arquivos magnéticos exigido na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se sobre o

valor das operações ou prestações divergentes, no mês de dezembro de 2005, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 4.554,42.

Conforme impugnação de fls. 103 a 107, o contribuinte prestou esclarecimentos notadamente acerca das ditas notas fiscais do período de outubro de 2005, anexando as cópias correspondentes.

Os autuantes prestaram informação fiscal (fls. 120 a 126), aduzindo que em virtude do sujeito passivo não ter apresentado as notas fiscais de entradas, todos os créditos foram glosados. Entretanto, com a juntada pelo autuado das Notas Fiscais de nºs 22.035, 1805 e 1876 referentes as compras de mercadorias, acatarem os argumentos defensivos para excluírem os valores respectivos, tendo apresentado novo demonstrativo, com redução do débito às fls. 120/126, do que foi intimado o contribuinte (fls. 134 a 136), aceitando-o, tacitamente.

Veio a 1ª JJF, em seguida, às fls. 139/145, proferir o julgamento abaixo transcrito, pela desoneração parcial restrita à infração 1, relativamente às referidas notas fiscais, mantendo a autuação quanto às demais (4 e 5), tendo o sujeito passivo admitido as infrações 2 e 3.

“Do exame das peças que compõem o presente processo, verifico que o impugnante elide parcialmente a infração 01, apresentando cópias das Notas Fiscais nºs 22.036, 1.805 e 1876 que, efetivamente, dizem respeito a compras de mercadorias tributáveis, cuja admissibilidade do crédito fiscal na forma apropriada pelo contribuinte encontra amparo no art. 93 do RICMS/BA.

(...)

Quanto às infrações 04 e 05, verifico que dizem respeito ao fornecimento de informações através de arquivos magnéticos com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes.

Nestes casos, a multa aplicável é de 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior 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 ou sobre o valor das divergências (art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/96).

Observe que os autuantes apuraram na infração 04 os valores sobre os quais aplicaram a multa de 1% e na infração 05 os valores sobre os quais aplicaram a multa de 5%, tudo em conformidade com o acima explanado. Ou seja, em observância ao limite 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período.

O RICMS/97 apresentava no período abrangido pela autuação – 2004 e 2005 – a seguinte redação nos seus arts. 708-A e 708-B:

“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, a partir do mês de outubro de 2000, inclusive, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas:

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.

Observe que o arquivo magnético é recebido e submetido a teste de consistência, e por isso, a legislação prevê que a sua recepção pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, conforme disposto no art. 708-A, § 6º do RICMS/BA.

No caso em exame, verifico que após a constatação das inconsistências, o contribuinte foi intimado a apresentar os arquivos magnéticos com a necessária correção, no prazo de 30 (trinta) dias, tendo sido indicadas na intimação às fls. 11/12 dos autos, as irregularidades encontradas no período de novembro e dezembro de 2004 e janeiro a dezembro de 2005. Ocorre que o autuado não atendeu a intimação, permanecendo as inconsistências, cabendo a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, conforme a autuação.

Vejo que não há como prosperar o argumento defensivo de que enviou os arquivos diretamente para os Auditores Fiscais, pois, mesmo tendo enviado o fez com irregularidades, ou seja, sem corrigir as inconsistências. Ademais, a alegação de que não dispunha dos arquivos solicitados em razão de o HD do computador que armazenava esses arquivos ter sido danificado, apenas confirma o acerto da autuação.

Cabe-me registrar que a despeito de os autuantes terem indicado no Auto de Infração como dispositivo da multa imposta o art. 42, XIII-A, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, este não mais se aplicava à situação objeto da presente lide, haja vista que o dispositivo correto passou a corresponder à alínea “i” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei

nº 7.014/96, conforme reprodução que faço abaixo, sendo que, o enquadramento baseado na alínea “f” vigorou até 27/11/2007, enquanto a mudança para a alínea “i” decorreu da Lei nº 10.847/2007, cuja vigência se iniciou em 28/11/2007:

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

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:

f) 5% (cinco por cento) do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período: Redação anterior dada pela Lei nº. 9.430, de 10/02/2005, DOE de 11/02/05, efeitos de 11/02/05 a 27/11/07;

i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior 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 ou sobre o valor das divergências, conforme o caso: Redação atual dada pela Lei nº. 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, efeitos a partir de 28/11/07.”

Vale observar que tal fato não implica em invalidade da autuação, tendo em vista que a irregularidade detectada pelo Fisco se encontra corretamente descrita no Auto de Infração, referindo-se à existência de inconsistências nos arquivos entregues à SEFAZ.

Diante do exposto, considero restar comprovada a falta de atendimento à intimação específica, para correção dos arquivos apresentados com irregularidades na forma descrita nas infrações 04 e 05, sendo integralmente subsistentes ambas as infrações.

Verifico, entretanto, que no presente caso, os autuantes incorreram em equívoco no que se refere às datas de ocorrência, tendo em vista que como a imputação diz respeito à falta de atendimento de intimação específica referente a arquivos magnéticos, a data de ocorrência deve ser aquela correspondente à falta de atendimento ao quanto requerido na intimação. A título de esclarecimento, consigno que este entendimento encontra-se em conformidade com a Orientação Gerencial nº 0G-GEAFI-FISC-003/2005, disponibilizada pela SAT/DPF/GEAFI/SEFAZ, que trata especificamente do Convênio nº 57/95, e que versa sobre arquivos magnéticos.

Em conformidade com o item 5.1 da referida Orientação, na lavratura de Auto de Infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos "data de ocorrência" e "data de vencimento" deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados.

Como o contribuinte foi intimado para regularizar as inconsistências, sendo-lhe concedido o prazo de 30 (trinta) dias para atendimento, o primeiro dia útil subsequente ao término do prazo concedido para correção dos erros indicados corresponde à data que deve ser consignada como a de ocorrência das infrações.

Assim sendo, faço de ofício a correção da data de ocorrência das infrações 04 e 05, que conforme dito acima são integralmente subsistentes, porém, a data de ocorrência fica modificada para 21/07/2008, que corresponde ao primeiro dia útil subsequente ao vencimento da intimação específica sobre arquivos magnéticos, que se encerrou em 18/07/2008.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

A J1F recorreu de ofício dessa Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF em conformidade com a regra do art. 169 do RPAF/BA.

Não se conformando com o teor do julgamento, o sujeito passivo interpôs tempestivamente Recurso Voluntário de fls. 154/168.

Preliminarmente invocou a nulidade da autuação arguindo o art. 38, V, alíneas “a”, b e “c” para dizer que as indicações dos dispositivos legais foram incorretas como se verifica das multas impostas, excetuando das infrações 1, 2 e 3.

No tocante às infrações 4 e 5 argumentou sobre a ilegalidade do respectivo lançamento, sendo a multa imposta indevida nos termos do art. 42, III, incisos “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96 alterada pela

Lei nº 9.159/04, eis que, de fato, a redação atual desse dispositivo foi dada pela Lei nº 10.847/07 e não por aquela como consta da autuação, passando a transcrever a citada norma, a qual disse não prever a aplicação de qualquer percentual quando o contribuinte for enquadrado em algum tipo previsto. E que a infração prevista no dito artigo enseja a multa de R\$ 460,00, e tendo a infração sido em razão do não fornecimento dos arquivos magnéticos estando os dados divergentes com os documentos fiscais, nos termos do art. 686 e 708-B do RICMS-BA, que lhe foi aplicada a multa de 1% e 5% irregularmente, com mácula ao princípio da legalidade e que a menção genérica da conduta infratora prejudicou o seu direito de defesa.

Concluiu pela anulação, e, portanto, pela improcedência das infrações 4 e 5.

No mérito, alegou que apenas não apresentou ao fisco a documentação comprobatória da entrada da mercadoria (obrigação acessória-Nota de Entrada), mas que, no entanto, com as notas de saída e com o restante da documentação contábil que acostou, foi possível elaborar um novo demonstrativo, do qual verifica-se que tratam-se de operações cujo CFOP é 1.202, 1.152, 1.552 e 1.601 relativas a operações devolução de vendas adquiridas de terceiros; para transferência para comercialização entre seus próprios estabelecimentos, e transferência de bem do ativo imobilizado e, ainda, recebimento, por transferência, de créditos do ICMS.

E que, por isto, desse demonstrativo infere-se que os créditos não foram utilizados indevidamente no período indicado pela fiscalização, e que se descumpriu alguma obrigação acessória, não houve esse enquadramento legal no Auto de Infração, pugnando pela improcedência da infração 1 e das infrações 3 e 4 por ter apresentado todas as informações.

Alegou, ainda, que a multa é escorchant e indevida, e que foram maculados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, e que o julgamento deve ser consoante com o princípio da reserva legal, tendo as penalidades caráter confiscatório, com desrespeito ao princípio da capacidade contributiva. Citou doutrina e invocou o art. 150, IV da CF.

Requeru, por fim, pela nulidade da autuação quanto ao enquadramento e aplicação da multa pela infração 4 e 5, e no mérito, pela improcedência.

A PGE/PROFIS através do Parecer de fl. 179, se posicionou sucintamente pelo improvimento do Recurso Voluntário, afirmando inexistir nulidade a ser declarada, pois os fatos descritos no Auto de Infração bem como no demonstrativo de débito, permitiram o exercício, pelo contribuinte, do pleno direito de defesa. No mérito, disse que as alegações foram deduzidas desacompanhadas de prova em relação à infração 1, para afastar a pretensão quanto à utilização indevida de créditos.

VOTO

Mediante Recurso de Ofício foi devolvido à esta CJF o exame e julgamento quanto à primeira infração na parte desonerada, ou seja, exclusivamente, quanto às Notas Fiscais nºs 22.036, 1.805 e 1.876 cujos créditos haviam sido glosados pelo autuante por não ter o autuado exibido à fiscalização quando intimado do início desta ação fiscal, para apresentar essas notas fiscais de entrada.

Ocorreu que, como supra relatado, o contribuinte, em sede de impugnação, apresentou ao fisco, comprovando que faz jus ao crédito, do que, em respeito ao princípio da legalidade, foi feita a revisão fiscal com a exclusão dos valores respectivos, resultando na redução do débito ante as provas carreado os autos, que formaram corretamente o convencimento dos julgadores de primeiro grau.

A Decisão recorrida deve, pois, ser mantida e desprovido o Recurso de Ofício ante os elementos probatórios residentes nos autos, como corretamente destacado na Decisão de primeiro grau.

Reportando-me ao Recurso Voluntário, constato, de início, acompanhando o entendimento esposado pela Procuradoria, que não se extrai deste PAF qualquer mácula ao devido processo legal, estando as infrações corretamente descritas no corpo do lançamento fiscal, consoantes com

as infrações em face da apuração, pela fiscalização, da existência de inconsistências nos arquivos entregues à SEFAZ.

Devo destacar que, o fato da JJF ter reenquadrado da alínea “j” para alínea “i” do inciso XIII-A da Lei nº 7.014/96, não teve o efeito de inovar a autuação, além do que se encontra expressamente ali prevista. Rejeito a preliminar evasivamente argüida, pois sem pertinência tendo sido assegurado ao sujeito passivo amplo direito de defesa.

No mérito, verifico, também, que a insurgência em relação às infrações 4 e 5, não há como prevalecer e ser acolhida a tese ali esposada, sendo frágil ao alegar de que houve o envio dos arquivos diretamente para os Auditores Fiscais e que assim produziu a prova de suas alegações.

Ora, como dos autos se extrai, mesmo após intimado, o sujeito passivo sequer procedeu à correção das inconsistências constatadas, não sendo prova de suas alegações as cópias de e-mails acostadas ao apelo, que não têm o condão de confirmar suas alegações.

Quanto à penalidade imposta, como acima já ressaltado, houve a correta retificação da alínea como encontra-se prevista para essa infração, ou seja, na alínea “i” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Considero, por fim, aleatória e vaga a alegação do recorrente de tratar-se de multa confiscatória, porquanto, como visto, consta expressamente prevista no RICMS/BA, sendo subsistentes as infrações 4 e 5 a ensejar a imposição da norma sancionatória.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os Recursos, de Ofício e Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233055.0901/08-8**, lavrado contra **CHECON DISTRIBUIDORA E TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$27.748,61**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, “f”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$201.544,38**, prevista no art. 42, XIII-A, “i”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de agosto de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS