

PROCESSO - A. I. Nº 207095.1204/09-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SETANA MOTORS COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0204-03/10
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 22/09/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0273-12/11

EMENTA: ICMS. 1. PASSIVO FICTÍCIO. CONTA “FORNECEDORES”. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. Manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Refeitos os cálculos, o débito originalmente apurado ficou reduzido. 2. LIVROS FISCAIS. **a)** REGISTRO DE INVENTÁRIO. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. **b)** ESCRITURAÇÃO EM DESACORDO COM AS NORMAS REGULAMENTARES. MULTA. Autuado não contestou. 3. ARQUIVO MAGNÉTICO. ENTREGA COM DADOS DIVERGENTES. MULTA. Não foi observado o requisito estabelecido na legislação quanto ao fato de que a multa prevista na legislação é em relação à divergência entre os arquivos magnéticos e os dados constantes nos documentos fiscais correspondentes, e essa falha macula de nulidade a exigência fiscal. Infração nula. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. **b)** MATERIAIS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. O pagamento do crédito tributário em discussão por meio de parcelamento implica desistência da defesa e extinção do processo administrativo, nos termos do artigo 122, inciso IV, do RPAF/99. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que julgou pela parcial procedência da exigência fiscal.

O lançamento de ofício foi lavrado em 16/12/2009, para exigir R\$227.756,46, acrescido das multas de 50%, 60% e 70%, em decorrência de sete infrações, das quais, apenas as infrações 1 e 4, abaixo transcritas, são objeto do Recurso de Ofício a ser apreciado:

Infração 01: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através da manutenção no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes. Valor do débito: 66.470,10. Multa de 70%.

Infração 04: Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais, sendo exigida multa, limitada a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas pelo estabelecimento em cada período, nos meses de maio a dezembro de 2004. Valor do débito: R\$139.166,02.

A 3ª JJF, a partir do voto proferido pelo ilustre relator de primeira instância e após análise das peças processuais, decidiu à unanimidade, pela procedência parcial do Auto de Infração, reduzindo a exigência da infração 1 e tornando nula a infração 4 (mantidas as demais), conforme transcrição abaixo:

"A primeira infração trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através da manutenção no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, conforme fl. 33 do PAF.

O defendente apresentou à fl. 138, planilha referente à composição do saldo da conta “fornecedores”, alegando que não foi observado que a empresa compra a prazo mercadorias para revenda, passando a pagar no mês seguinte, por isso, tem que apresentar saldo na conta de títulos de crédito, em sua contabilidade.

Na informação fiscal às fls. 174 a 176 dos autos, o autuante esclarece que o defendente apresentou apenas três títulos de crédito que comprovam o pagamento no exercício de 2005, conforme fls. 139/140 e 150, devendo ser excluídos os respectivos valores do total reclamado, perfazendo R\$64.013,72.

Considerando que o autuado não acatou os novos cálculos apresentados pelo autuante, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem, para o autuante intimar o autuado a apresentar os títulos quitados, comprovando os pagamentos realizados, conforme indicado na planilha à fl. 138, e sendo comprovados os pagamentos, que exclusse os respectivos valores do levantamento fiscal, apurando o débito remanescente.

Em atendimento ao solicitado, o autuante prestou informação fiscal à fl. 194 dizendo que o autuado apresentou parcialmente as comprovações solicitadas e algumas notas fiscais emitidas com data de vencimento em 2004, mas não apresentou documento que comprovasse os pagamentos no exercício seguinte. Assim, o autuante refez os cálculos excluindo os valores comprovados pelo defendente, informando que o débito apurado ficou reduzido para R\$59.924,46, conforme novo demonstrativo elaborado à fl. 195.

Entretanto, constato que houve equívoco em relação ao valor da conta fornecedores, haja vista que à fl. 33 do PAF consta o valor de R\$391.000,60, mas o autuante considerou R\$390.000,60 no novo demonstrativo. Por isso, fazendo a necessária retificação, o valor não comprovado é de R\$353.496,85 e o ICMS devido é de R\$60.094,46, e não R\$59.924,46, como apurado pelo autuante na fl. 195 dos autos.

Vale salientar, que o defendente foi intimado e recebeu cópia do demonstrativo de fl. 195, mas não apresentou qualquer manifestação. Portanto, concluo pela procedência parcial desta infração no valor de R\$60.094,46.

(...)

Infração 04: Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais, sendo exigida multa, limitada a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas pelo estabelecimento em cada período, nos meses de maio a dezembro de 2004.

O autuado alega que houve equívoco do autuante, dizendo o arquivo magnético enviado à SEFAZ está de acordo com os dados constantes no livro Registro de Apuração do ICMS, inexistindo qualquer divergência. Entretanto, o autuante esclarece que o autuado foi intimado por meio dos termos próprios (fls. 18/19 dos autos) a retificar os arquivos magnéticos divergentes com os dados da escrita fiscal, conforme relatórios de fls. 20/23. O contribuinte não fez as retificações, sendo aplicada a multa de 1% sobre as divergências.

O arquivo magnético é recebido e submetido a teste de consistência, 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 § 6º do art. 708-A do RICMS/BA.

Em relação à multa exigida neste item do Auto de Infração, a alínea “f” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7.014/96, teve vigência até 27/11/2007, passando a multa por fornecimento de arquivo magnético com dados divergentes figurar na alínea “i” deste mesmo inciso e artigo da mencionada lei.

Assim, o art. 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei 7.014/96, prevê a exigência da multa 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”.

Quanto a esta infração, a previsão constante do art. 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei 7.014/96, é de exigência da multa em razão da omissão de dados nos arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou dados informados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes. As photocópias e planilhas de fls. 20 a 27 dos autos indicam que a multa foi exigida em decorrência das divergências de informações entre os livros fiscais e os arquivos magnéticos, e não, entre os documentos fiscais e o arquivo magnético.

Verifico que foram acostadas aos autos duas intimações expedidas pelo autuante para apresentação dos arquivos magnéticos (fls. 18/19), ou seja, as intimações ao contribuinte apresentam o mesmo pedido quanto aos arquivos magnéticos, e constou nas citadas intimações a observação de que há divergências entre os livros Registro de Entradas e Registro de Saídas referentes aos exercícios de 2004 a 2007, com relação à base de cálculo dos registros 50 e 54.

No demonstrativo de fls. 22/23, foram apuradas divergências entre os registros 50 e 54, totalizando essas divergências encontradas o valor de R\$585.628,88. Entretanto, não foi este o fulcro da autuação, haja vista que foi elaborado pelo autuante outro demonstrativo de cálculo da multa exigida, indicando as divergências entre o livro fiscal e o arquivo magnético.

Também foi apurado que houve declaração de saídas de mercadorias em valor superior ao registrado no livro fiscal (fl.102). Este fato poderia ser objeto de levantamento fiscal no sentido de apurar se existia débito de ICMS a ser recolhido pelo contribuinte.

Portanto, constato que não foi observado o requisito estabelecido na legislação quanto ao fato de que a multa prevista na legislação é em relação à divergência entre os arquivos magnéticos e os dados constantes nos documentos fiscais correspondentes, e essa falha macula de nulidade a exigência fiscal.

Assim, concluo pela nulidade do presente lançamento, por inobservância do devido processo legal na condução da ação fiscal, e represento à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas.

(...)

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

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, a 3ª JJF recorre, de ofício, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Devidamente cientificados, autuada e autuantes não se manifestaram.

VOTO

O presente Recurso interposto de ofício pelos julgadores da 2ª JJF deste CONSEF tem por objeto reapreciar o Acórdão de nº 0204-03/10 na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA, tudo em razão da sucumbência imposta à fazenda pública estadual em face da redução da exigência fiscal original.

Tratando especificamente dos motivos das autuações em comento, temos duas infrações que exigem ICMS em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através da manutenção no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, e multa por descumprimento de obrigação acessória em razão do fornecimento de informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais.

Quanto à infração 1, verifico que a redução da exigência fiscal inicial derivou do resultado da diligência determinada pela 3ª JJF no sentido de que fosse o contribuinte intimado a apresentar os comprovantes de pagamentos efetivamente realizados. O resultado da dita diligência indicou que o contribuinte elidiu parcialmente a infração, o que provocou o refazimento, pelo próprio autuante, dos cálculos da exigência fiscal, conforme demonstrativo à fl. 195.

O ilustre relator de primeiro grau, atento, identificou que “*houve equívoco em relação ao valor da conta fornecedores, haja vista que à fl. 33 do PAF consta o valor de R\$391.000,60, mas o autuante considerou R\$390.000,60 no novo demonstrativo*”. Procedeu às necessárias retificações com base no valor não comprovado é de R\$353.496,85, chegando ao valor do ICMS devido de R\$60.094,46.

Nesta infração, a sucumbência da Fazenda Pública advém do fato de que foram trazidos aos autos, pelo contribuinte, elementos que tiverem o condão de reduzir a exigência fiscal original, tudo corroborado pelo próprio fiscal autuante e pela 3ª JJF. Desse modo, em que pese perceber que as mercadorias que deram azo à autuação serem, em sua maioria, sujeitas à antecipação

tributária, não há que se fazer qualquer reparo à Decisão recorrida, haja vista estarmos a tratar de Recurso de Ofício.

Considerando que as mercadorias que derem azo à autuação, em sua maior parte, estão sujeitas à substituição tributária, permitiria a aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/97, o que não foi feito. Nesse sentido, poderá o contribuinte, se assim o desejar, dirigir expediente à PGE/PROFIS, para, no controle da legalidade, proceder as avaliações e que julgar pertinentes.

Quanto à infração 4, a Decisão recorrida cinge-se à reapreciação da nulidade declarada pela 3ª JJF dada à não observação do requisito estabelecido na legislação quanto ao fato de que a multa prevista na legislação é em relação à divergência entre os arquivos magnéticos e os dados constantes nos documentos fiscais correspondentes.

Feitos os esclarecimentos necessários derredor da capitulação da multa por descumprimento de obrigação acessória, o ilustre relator de primo grau verificou que em que pese haver no art. 42, inciso XIII-A, alínea "i", da Lei nº 7.014/96 a previsão de multa em razão de informações omitidas nos arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária ou dados informados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, há nos autos, fls. 20/27, a clara indicação de a multa aplicada decorre de "*divergências de informações entre os livros fiscais e os arquivos magnéticos, e não, entre os documentos fiscais e o arquivo magnético*". Nesse mesmo sentido, pode se verificar nos autos, fl. 18/19, que as intimações para apresentação de arquivos magnéticos indicam divergência entre os livros Registro de Entradas e Registro de Saídas referentes aos exercícios de 2004 a 2007. Há também nas referida intimações referência a divergências entre os registros 50 e 54, sem que esta tenha sido o fulcro da autuação, entre outras coisas.

Em que pese entender que é nula a infração 4, devo divergir dos fundamentos da JJF. Explico. Há nos autos, fls. 28/29, orientação técnica que trata especificamente dos procedimentos de intimação para apresentação de arquivos magnéticos. Lê-se no referido documento:

"Considerando a necessidade da prestação de orientação quanto à aplicação de multas referentes a infrações relacionadas com arquivos magnéticos de que trata o Convênio ICMS 57/95;

A Gerência de automação Fiscal – GEAFI resolve baixar a seguinte Orientação Gerencial:

(...)

2 – Para efeitos da multa de 1% do valor das saídas do estabelecimento em cada período de apuração (art. 915, XIII-A, "j" do RICMS), considera-se não fornecimento de informação solicitada mediante intimação, a situação em que o contribuinte deixe de entregar arquivo magnético a que tenha sido intimado a apresentar.

3 - Caso o contribuinte ainda não tenha enviado o(s) arquivo(s) magnético(s) do período a ser fiscalizado, deverá ser intimado a fazer o envio do(s) arquivo(s) no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

4 - Se verificada a impossibilidade de leitura ou a existência de divergência do arquivo magnético apresentado pelo contribuinte, em relação ao padrão previsto na legislação, deverão ser observados os seguintes procedimentos (ex.: o contribuinte envia o arquivo com ausência do registro 54):

4.1 - o contribuinte deverá ser intimado previamente para regularização das inconsistências, no prazo de 30 dias úteis, e orientado:

4.1.1 - a consignar como finalidade de envio do arquivo, no campo 12 do registro 10 do arquivo magnético, o código 2, que corresponde à retificação total do arquivo;

4.1.2 - a enviar, via Internet, o arquivo, criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda;

4.2 - tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, o agente fiscal responsável pela intimação deverá anexar a listagem diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas check-list (poderá ser o próprio relatório do AN VII - SAFA) à via da intimação entregue ao contribuinte;

4.3- o prazo para atendimento à intimação será de 30 (trinta) dias úteis;

5 - caso o contribuinte não entregue o arquivo solicitado ou o apresente ainda com inconsistências, deve ser lavrado Auto de Infração em razão de não atendimento à intimação, conforme referido no item 2 desta orientação gerencial, hipótese em que deverá ser anexada ao Auto de Infração a intimação não atendida.

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

Verificando os termos de intimação, fls. 18/19, resta claro que a supracitada orientação foi flagrantemente descumprida quando na primeira intimação para apresentação de informações em meio magnético, visto que foi dado à autuada prazo de 30 dias para a apresentação dos arquivos magnéticos, e, na segunda intimação foi dado o prazo de apenas 5 dias. Note-se que houve inversão dos prazos em relação a sequência das intimações, impondo um prazo muito menor do que aquele previsto na orientação técnica, fls. 28/29, para atendimento à segunda intimação, que contem especificidades tanto à formulação da intimação, quanto ao próprio atendimento do que fora solicitado.

Isto posto, dada à flagrante imposição de prazo inferior ao que determina a norma de regência da matéria, entendo que fica maculada a infração 4, motivo pelo qual acompanho a Decisão recorrida. Em razão dos vícios acima apontados, recomendo, verificadas as possibilidades, a renovação da ação fiscal a salvo das falhas aqui apontadas.

Por tudo o quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto, mantendo a Decisão recorrida tal como prolatada em primeiro grau.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 207095.1204/09-4, lavrado contra SETANA MOTORS COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA., devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$81.564,80, acrescido das multas de 60% sobre R\$21.470,34 e 70% sobre R\$60.094,46, previstas no art. 42, incisos II, "f" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias, no valor total de R\$650,00, prevista no art. 42, incisos XVIII, "b", XX e XXII, da mesma lei, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de agosto de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS