

A. I. N° - 233080.0405/10-4
AUTUADO - DJR COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.
AUTUANTE - ROBERTO COUTO DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ JACOBINA
INTERNET - 09/08/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0172-03/11

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Conforme art. 12-A da Lei 7.014/96, nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, é devido ICMS antecipação parcial, independentemente do regime de apuração adotado pelo contribuinte. Infração comprovada. 2. ARQUIVO MAGNÉTICO. FALTA DE FORNECIMENTO DE ARQUIVOS. MULTA. Ficou demonstrado nos autos que o contribuinte foi intimado para apresentar os arquivos magnéticos, mas não foi estipulado o prazo de 05 dias úteis. Neste caso, o lançamento foi realizado em desacordo com as normas que regem a matéria. Item nulo. Rejeitada a preliminar de nulidade quanto à primeira infração. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2010, refere-se à exigência de R\$10.841,38 de ICMS, acrescido da multa de 60%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$14.224,77, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização. Valor do débito: R\$10.841,38.

Infração 02: Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Exigida multa no valor total de R\$14.224,77.

O autuado apresentou impugnação (fls. 105 a 120), alegando que o procedimento fiscal está eivado de inúmeros vícios insanáveis nas duas infrações, por isso, pede a nulidade da autuação. Quanto à infração 02, alega que o autuante esqueceu que a intimação a que se refere é de natureza peculiar e, além de ser entregue ao contribuinte apenas para esse fim (informações em arquivo magnético), deve observar alguns requisitos estabelecidos no RICMS/BA para que produza efeitos legais. Diz que no modelo de intimação para apresentação de arquivos magnéticos desta SEFAZ estão presentes todas as orientações ao intimado. Reproduz o que determina o § 3º do art. 708-B RICMS/BA, em se tratando de correção de inconsistências verificadas nos arquivos magnéticos e diz que os requisitos previstos na legislação não foram observados pela fiscalização. Entende que tal vício inquina de nulidade a infração 02, porque além de mostrar desobediência ao § 3º do art. 708-B, do RICMS, viola os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Neste sentido, cita decisões do CONSEF, transcrevendo as ementas dos Acórdãos CJF N° 0192-11/09 e JJF 0311-04/09. Também alega que as multas da infração 02 estão capituladas no art. 42, XIII-A, “g” e “j” da Lei 7.014/96, que nada tem a ver com os lançamentos respectivos, considerando que a alínea “g” sequer existia nas datas de ocorrências dos ilícitos imputados. O autuado pergunta se deve defender-se da multa de R\$1.380,00, citada no campo relativo à multa aplicada na infração 02,

ou do percentual de 1% aplicado pelo autuante sem previsão legal. Transcreve a alínea “i”, que prevê a multa de 5% e argumenta que a multa de 1% do valor das saídas é o limite que serve de baliza para aplicação da penalidade de 5%. Portanto, diz que não é um percentual a ser aplicado diretamente no cálculo da multa, mas um limite a ser observado no cômputo dos 5%, esse, que deveria ser utilizado no cálculo da penalidade.

Quanto à primeira infração, o defendente alega que em nenhum mês deixou de recolher o ICMS por antecipação parcial, inclusive, o levantamento fiscal que consubstancia a infração consigna um suposto recolhimento a menos, nunca falta de recolhimento. Entende que, se há uma coluna denominada “ICMS recolhido” é porque algum ICMS foi recolhido, por isso, a infração não pode ser falta de recolhimento. No máximo seria recolhimento a menos. O defendente diz que não reconhece as notas fiscais designadas nos levantamentos referentes à antecipação parcial e que todas as operações de aquisição interestadual de mercadorias para revenda tiveram o imposto por antecipação parcial pago. Salaria que os recolhimentos cobrados nesta infração são todos efetuados nos postos fiscais de fronteira, uma vez que o autuado não está credenciado a realizar o pagamento em data posterior, sendo impossível a empresa adquirir bens para revenda sem o pagamento do imposto exigido na primeira infração. Apresenta o entendimento de que é nulo o lançamento da infração 01, seja porque a acusação é de falta de recolhimento enquanto o demonstrativo do autuante indica recolhimento a menos, seja porque baseada em notas fiscais fictícias. Destaca que o ônus de provar o ilícito tributário é de quem acusa e que não basta a fiscalização colher informações distorcidas ou falsas de sistemas de processamento de dados, que não possuem força probatória legal. Sobre esta questão, cita ensinamentos da doutrina. Também alega que em relação aos documentos e livros apresentados ao autuante, o Contador da empresa, ao recebê-los de volta, constatou que sequer foram folheados, uma vez que se encontravam na mesma posição, disposição e ordenamento. Comenta sobre os princípios gerais do direito processual e diz que, na remota hipótese de serem ultrapassadas as preliminares de nulidade, é preciso que se diga, em homenagem ao bom debate, que o lançamento é improcedente. No mérito, quanto à primeira infração, o defendente alega que toda operação de aquisição de mercadoria para revenda foi objeto de pagamento do tributo cobrado. Se por equívoco não intencional, alguma entrada ocorreu sem o respectivo recolhimento do imposto, a saída à mesma vinculada foi devidamente tributada, pelo que, não se pode exigir outra vez o ICMS. Para se constata a veracidade do que afirmou, entende que basta efetuar o cotejo entre as cópias dos livros fiscais anexadas aos autos. Diz que o art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96 não se aplica a fatos anteriores a 28/11/2007, data em que entrou em vigor a Lei 1.847, de 27/11/2007, que acrescentou o termo “parcial” à redação anterior do citado inciso. Portanto, não existe previsão legal para aplicação de multa na infração 01. Outra questão levantada diz respeito à inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS. O defendente cita o art. 155, parágrafo único, inciso XI da Constituição Federal e o art. 13 § 2º da Lei 7.014/96, assegurando que sempre que uma operação realizada por contribuinte do ICMS for também fato gerador do IPI, deve esse imposto ser excluído da base de cálculo daquele. Cita a doutrina e decisões administrativas e judiciais quanto a esta questão.

Quanto à infração 02, reafirma que houve erro na aplicação da multa; cita o § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96, e apresenta o entendimento de que o mencionado § 7º pode ser manejado no presente caso, na medida em que a infração 02 não foi praticada de forma dolosa. Diz que o CONSEF praticará medida de justiça fiscal, tributária e social se cancelar ou ao menos reduzir a infração 02, e que, neste sentido, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, em caso semelhante, já decidiu, ao proferir o Acórdão CJF Nº 0542-12/06.. Também cita os Acórdãos CJF Nº 0206-12/06 e JJF nº 0186-01/02. Por fim, o defendente pede que todas as intimações, notificações e publicações sejam feitas em nome do advogado do autuado. Requer a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 573 a 575 dos autos. Quanto à primeira infração, diz que o contribuinte tenta dissimuladamente confundir os julgadores. Primeiro alegando que “em nenhum mês a empresa deixou de pagar o ICMS por antecipação parcial”, segundo por declarar

que “a impugnante não reconhece as notas fiscais designadas nos levantamentos referentes a antecipação parcial”. Assegura que todos os documentos fiscais constantes do demonstrativo anexo a esse processo constam nos livros de registros de entradas de mercadorias escriturados pelo contribuinte e por ele anexado cópias a este PAF. Segundo, porque em diversos meses, a exemplo dos meses 03, 04, e 05 e 10/2006, dentre outros, apesar de as aquisições de mercadorias estarem registradas nos livros Registro de Entradas e Apuração do ICMS, não houve qualquer recolhimento de ICMS a título de antecipação parcial, efetuado pelo contribuinte. Nos demais meses em que houve falta de recolhimento do imposto, decorreu do fato de o contribuinte ter deixado de recolher o tributo de alguns documentos fiscais.

Quanto à infração 02, diz que o autuado contesta as alegações defensivas, mas a intimação encaminhada ao defendente, conforme cópia que anexou aos autos, descreve de forma objetiva: “Arquivo SINTEGRA contendo os registros 54, 60R e 61R”. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

À fl. 577 esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem para que o autuante:

1. Juntasse cópias de todas as notas fiscais objeto da primeira infração.
2. Intimasse o autuado apresentar os comprovantes de todos os recolhimentos realizados, bem como, comprovasse que em relação às mercadorias que deixou de recolher a antecipação parcial, o ICMS já foi recolhido nas operações subsequentes, possibilitando aplicar o disposto no § 1º do art. 42 da Lei 7.014/96.
3. Elaborasse novo demonstrativo, deduzindo os valores pagos antes da ação fiscal, apurando o débito remanescente.
4. Se configurada a situação prevista no § 1º do art. 42 da Lei 7.014/96, calculasse o valor da multa devida.

Posteriormente, que a Inspetoria Fiscal entregasse ao autuado de cópia de todos os elementos que fossem anexados aos autos pelo autuante, mediante recibo assinado pelo contribuinte ou seu representante legal, com a indicação do prazo de trinta dias para o mesmo se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos, reabrindo o prazo de defesa.

Em cumprimento ao solicitado, o autuante prestou nova informação fiscal às fls. 654/655 dos autos, dizendo que foram acostadas aos autos as cópias das notas fiscais e dos comprovantes de recolhimento do ICMS. Informa que todos os recolhimentos realizados já estavam devidamente lançados nos demonstrativos elaborados quando da ação fiscal. Quanto à comprovação do recolhimento em operações subsequentes com as mercadorias que foram objeto do lançamento relativo à antecipação parcial, diz que apesar de intimado, o contribuinte não comprovou a alegação defensiva. Assim as solicitações constantes nos itens 03 e 04 do encaminhamento da diligência ficaram prejudicadas pelo não atendimento do contribuinte à intimação para a necessária comprovação.

À fl. 656 do PAF, o autuado foi intimado da informação fiscal prestada pelo autuante, constando Aviso de Recebimento à fl. 657, comprovando a entrega da intimação e cópia da mencionada informação fiscal. Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou.

VOTO

Inicialmente, quanto à primeira infração, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada e acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de revisão fiscal, foi determinada por esta Junta de Julgamento Fiscal a realização de diligência, tendo sido

encaminhada ao defendente cópia da informação fiscal com o resultado da diligência, e o defendente não apresentou qualquer manifestação no prazo concedido.

A primeira infração trata da falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, para fins de comercialização.

De acordo com o art. 12-A da Lei 7.014/96, nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, é devido ICMS antecipação parcial, independentemente do regime de apuração adotado pelo contribuinte, e o mencionado artigo foi acrescentado pela Lei nº 8.967, de 29/12/03, DOE de 30/12/03, efeitos a partir de 01/03/04.

Conforme estabelece o inciso IX do art. 61 do RICMS/97, a base de cálculo em relação à antecipação parcial, estabelecida no art. 352-A, é o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição.

O autuado alega que não reconhece as notas fiscais constantes nos levantamentos referentes à antecipação parcial e que todas as operações de aquisição interestadual de mercadorias para revenda tiveram o imposto por antecipação parcial pago.

Quanto a estas alegações, observo que se trata de primeiras vias das notas fiscais (pertencentes ao autuado como destinatário), conforme cópias que o autuante acostou ao presente processo, às fls. 579 a 653, tendo sido considerados os recolhimentos comprovados por meio dos DAEs também anexados ao PAF, e não foram comprovados outros recolhimentos além daqueles considerados no levantamento fiscal.

Outra questão levantada diz respeito à inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS, apresentando o entendimento de que sempre que uma operação realizada por contribuinte do ICMS for também fato gerador do IPI, deve esse imposto ser excluído da base de cálculo daquele.

Entretanto, em relação à antecipação parcial do ICMS, a base de cálculo é o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição, conforme art. 23, inciso III da Lei 7.014/96.

Considerando a falta de comprovação pelo autuado quanto aos valores apurados no levantamento fiscal, concluo pela subsistência deste item da autuação, tendo em vista que, nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, é devido ICMS antecipação parcial, independentemente do regime de apuração adotado pelo contribuinte.

Quanto ao argumento defensivo de que o art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96 não se aplica a fatos anteriores a 28/11/2007, data em que entrou em vigor a Lei 1.847, de 27/11/2007, que acrescentou o termo “parcial” à redação anterior do citado inciso, e que por isso, não existe previsão legal para aplicação de multa na infração 01. Observo que apesar de não haver multa específica para a falta de recolhimento da antecipação parcial, à época dos fatos, a alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96 previa a multa de 60% para todo e qualquer caso em que se configurasse infração diversa das expressamente previstas nos demais tópicos do art. 42 que importasse descumprimento de obrigação tributária principal, não havendo dolo. Assim, de acordo com o mencionado dispositivo legal (a alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96) deve ser mantida a multa para 60%, salientando-se que este tem sido o entendimento no âmbito do CONSEF.

Infração 02: Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, sendo exigida multa no valor total de R\$14.224,77.

O art. 683 do RICMS/97 estabelece a possibilidade de o contribuinte utilizar sistema eletrônico de processamento de dados, sendo que, as condições específicas quanto à manutenção e ao fornecimento do arquivo magnético estão disciplinadas no art. 686 do mencionado Regulamento.

Vale ressaltar, que o RICMS/97 estabelece no art. 708-B que “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”.

O autuado foi intimado em 28/04/2010 (fl. 27) a apresentar livros e documentos fiscais relativos ao período de 01/01/2005 a 31/12/2008, inclusive “Arquivo SINTEGRA contendo os registros 54, 60R e 61R”. Na intimação foi concedido o prazo de cinco dias, inexistindo na intimação qualquer informação de que seriam cinco dias úteis, como prevê a legislação.

Não houve qualquer atendimento à intimação, fato não contestado pelo defendente. O autuado perguntou nas razões de defesa, se deve defender-se da multa de R\$1.380,00, citada no dispositivo legal indicado campo relativo à multa aplicada na infração, ou do percentual de 1% aplicado pelo autuante sem previsão legal.

Apesar de o autuado não ter atendido ao pedido de entrega do arquivo magnético contendo os registros 54, 60R e 61R, verifico que foi efetuada uma intimação para que o autuado apresentasse, no prazo de cinco dias, livros e documentos fiscais, inclusive os mencionados arquivos magnéticos, ou seja, na intimação ao contribuinte, não foi respeitado o prazo de cinco dias úteis, previsto na legislação.

É nula a exigência fiscal decorrente da intimação efetuada sem requisito estabelecido na legislação, tendo sido efetuado o lançamento em desacordo com as normas que regem a matéria. Tal falha é insanável haja vista que não se trata de incorreção eventual, devido ao equívoco no procedimento fiscal, o que comprometeu a sua eficácia, implicando nulidade da autuação.

Assim, acato a preliminar suscitada pelo autuado, e concluo pela nulidade da segunda infração, por inobservância do devido processo legal, e represento à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas.

Por fim, o autuado requer que toda intimação alusiva ao feito seja encaminhada ao seu representante, subscritor da peça defensiva. Observo que nada impede que seja acolhido o pedido apresentado pelo defendente. Entretanto, de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts 108/109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer irregularidade processual se a intimação for endereçada ao estabelecimento autuado.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233080.0405/10-4**, lavrado contra **DJR COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$10.841,38**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA