

A. I. Nº	- 277829.0020/10-9
AUTUADO	- TEMES COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE	- MAGDALA ROSA WOLNEY DE CARVALHO
ORIGEM	- INFAZ ATACADO
INTERNET	08.07.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0178-05/11

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Infração reconhecida. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO.** Utilização somente a partir do prazo previsto na LC 87/96. Infração caracterizada. **3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. a) AQUISIÇÃO DE BENS DO ATIVO FIXO EM OUTRO ESTADO.** Comprovado que se trata de bens de ativo permanente. Infração reconhecida. **b) AQUISIÇÃO DE BENS DO ATIVO FIXO EM OUTRO ESTADO.** Comprovado que se trata de bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento. Infração reconhecida. **4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Infração reconhecida. **5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA.** Autuação em face dos documentos fiscais listados em demonstrativo fiscal. Não procede a alegação de não conhecimento do número de documentos extraviados. Infração procedente. **5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. a) QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.** O autuado não atendeu à intimação no prazo de 30 dias para corrigir inconsistência no arquivo magnético (falta do Registro 74), nos termos do art. 708-B, § 5º, RICMS BA, sujeitando-se a multa no percentual de 1%, sobre o total das operações de saídas ocorridas no período, sujeitando-se à multa prevista no art. 42, inciso XXX-A, alínea “g”, da Lei nº 7014/96. **b) NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.** O autuado entregou arquivos magnéticos e, ausente o Registro 74, conforme art. 708-A, RICMS BA, sujeitando-se à multa de R\$ 1.380,00, cumulativamente com a penalidade anterior, nos termos do art. 42, inciso XXX-A, alínea “j”, da Lei nº 7014/96. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares suscitadas pelo autuado. Auto de Infração **PROCEDENTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/12/10, exige ICMS no valor de R\$ 65.663,26, acrescidos das multas de 60% e 70%, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias, em decorrência das seguintes infrações:

1. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desconcontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no Livro de Apuração de ICMS, conforme demonstrativo, no mês de jun 06, valor R\$ 65,07.

2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, relativo aos meses de janeiro/abril; jun e ago/dez 06, conforme demonstrativo no valor de R\$. 11.633,01.
3. 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, conforme demonstrativo, dez 06, valor de R\$ 268,60.
4. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, relativo aos meses de jan/fev; out/dez 06, conforme demonstrativo no valor de R\$ 602,96.
5. Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, efetuou devoluções e vendas de mercadorias sujeitas a tributação sem, contudo, efetuar o destaque e conseqüentemente sem recolhimento do ICMS, conforme demonstrativo no valor de R\$ 1.535,14.
6. Extraviou documentos fiscais. Conta ainda que foram extraviadas as notas fiscais de entradas de mercadorias relativas aos meses de maio, Julho e agosto 06, conforme demonstrativo, multa no valor de R\$ 4.600,00.
7. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas nos meses de jan / dez 06, conforme demonstrativos e multa no valor de R\$ 45.275,00.
8. Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), no período de jan a dez 06, conforme demonstrativo e multa no valor de R\$1.380,00.
9. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou exterior relacionadas nos anexos 88 e 89, nos meses de jan a abr; junho; set a dez 06, conforme demonstrativo no valor de R\$ 303,48.

O sujeito passivo protocola suas razões de defesa, fls. 773/779, através de seu advogado com Procuração à fl. 780, apresentando impugnação para a improcedência das infrações 2, 6, 7 e 8; informa que as demais infrações 1, 3, 4, 5 e 3 serão pagas.

Com relação à infração 2, *“utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento”*, diz que não pode revisar, no curto espaço de tempo, de quais mercadorias foram utilizados créditos indevidos e pede revisão fiscal para esclarecer este ponto específico.

Na infração 6, foi aplicada uma multa de R\$ 4.600,00 em razão da acusação de extravio de documentos fiscais, não tendo sido apontado no Auto de Infração, porém, quantas ocorrências foram identificadas pela fiscalização, de forma a legitimar a cobrança da multa pelo “teto” previsto na alínea “a”, XIX, art. 42 da Lei nº 7.014/96, considerando que a multa por extravio de cada documento é de R\$ 5,00.

Diz que a multa deve ser anulada pela forma como imposta.

Argui o autuado que na infração 7, que se refere à aplicação de multa de 1% prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96, segundo o autuante, intimou-o para apresentação de arquivos magnéticos contendo referente aos meses de janeiro a dezembro de 2006 e não o fez.

Admite que não enviou tais arquivos magnéticos porque estava desobrigado de fazê-lo, conforme Decretos nºs 9.426/05 e 9.740/05. Os referidos Decretos dispensaram os contribuintes inscritos no cadastro de ICMS do Estado da Bahia como Empresas de Pequeno Porte do envio e manutenção dos arquivos SINTEGRA para movimentos datados até o mês de dezembro de 2006.

Aduz, ainda que existisse tal obrigatoriedade, a exigência não poderia ser feita da forma como ocorreu porque a conduta registrada ao final da infração ora impugnada refere-se a descumprimento de intimação para apresentação dos arquivos magnéticos de determinado período, a multa que deveria ser aplicada com base no inc. XX, “b”, da Lei nº 7.014/96, o que resultaria em R\$ 180,00, ao invés dos atuais R\$ 45.275,00. Transcreve decisões do CONSEF para sustentar sua tese.

A infração 8, reclama que se reporta à mesma ocorrência da infração 7. Pede que se evite a superposição de infrações.

Finaliza com o pedido de revisão fiscal para a infração 2 e que sejam julgados improcedentes ou anulados os lançamentos impugnados.

A Auditora Fiscal, presta Informação Fiscal, fls. 784/788, diz que as cópias das notas fiscais que instruíram a exigência estão anexadas às fls. 517/668, bastando ao contribuinte confrontá-las com o demonstrativo elaborado. Na infração 6, o anexo 30 desse processo, detalha mês a mês o total de 1299 notas fiscais que o contribuinte informou terem sido extraviadas em sua petição anexa às fls. 18. Conclui que aplicou a penalidade prevista no Art. 42, XIX, “a” da Lei nº 7.014/96.

Com relação à infração 7, aduz que se infere do art. 3º do Decreto nº 9.426/2005, bem como o art. 3º do Decreto nº 9.740/2005, citados pelo Contribuinte, que o contribuinte não está dispensado da entrega dos arquivos magnéticos, uma vez que além de não está enquadrado na condição de empresa de pequeno porte, tendo em vista que o seu faturamento, conforme a DMA, no exercício de 2005, totalizou R\$ 3.976.648,72; diz ainda que a cumulatividade das multas na entrega dos arquivos está disposta no artigo 42, XIII-A, “j”.

O autuado volta a manifestar-se às fls. 796/802, exclusivamente, em face das infrações 7 e 8. Reitera que os Decretos nº 9.426 de 17/05/2005 e 9.740 de 27/12/2005 dispensaram, objetivamente, contribuintes inscritos no cadastro de ICMS do Estado da Bahia como Empresas de Pequeno Porte do envio e manutenção dos arquivos SINTEGRA para movimentos datados até o mês de dezembro de 2006. Ressalva, ainda que existisse tal obrigatoriedade de envio, discorda que a conduta descrita na infração resulte na aplicação da multa descrita no art. 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei 7.014/96, que é calculada sobre 1% do valor contábil de todas as saídas do período, mas, sim, multa prevista no inc. XX, “b”, da Lei nº 7.014/96, o que resultaria em R\$ 180,00.

Transcreve decisões desse CONSEF em favor de sua tese. Argui ainda que a manutenção da multa imposta é de duvidosa constitucionalidade, pois desproporcional, termina por atentar contra o patrimônio do contribuinte. E, nesse caso, a substituição da multa é medida que se impõe, caso se entenda pela obrigatoriedade de envio dos arquivos magnéticos.

Defende-se que a infração 8 está superposta com a infração 7. Diz, ainda que demonstrada a dispensa do envio dos arquivos magnéticos, no exercício de 2006, as duas infrações devem ser anuladas, uma vez que se referem à mesma intimação para apresentação dos arquivos magnéticos do ano de 2006, gerando, dessa forma, um inevitável *bis in idem*. Transcreve novamente decisões dos tribunais em favor de sua tese.

Conclui pela improcedência ou nulidades das infrações 7 e 8.

A autuante diz, fl. 804, que a última manifestação defensiva nada acrescenta na discussão da lide.

VOTO

Cuida o presente Auto de Infração da exigência das infrações à obrigação principal e acessória conforme relatadas na inicial dos autos.

Nas suas alegações defensivas, o autuado não apresentou qualquer impugnação quanto às infrações 1, 3, 4, 5 e 9, mas, reconhece-as, afirmando que fará os respectivos pagamentos; considero que tais infrações estão devidamente confirmadas, não existindo lide e fora da apreciação do relator.

Insurge-se, no entanto, o sujeito passivo, com relação às infrações 2, 6, 7 e 8, as quais serão objeto das análises que seguem:

Na infração 2, utilização indevida de crédito fiscal relativo à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento, diz que não pode revisar quais mercadorias supostamente foram utilizadas para tais fins, solicita revisão fiscal para que isso seja esclarecido.

A auditora Fiscal informa que cópias das notas fiscais que lastrearam o lançamento estão anexas às fls.517/668 e estão listadas no demonstrativo de fls. 22/23.

Com efeito, não logra êxito o pedido do autuado para a realização de revisão ou diligência para tal mister porque tal providência não objetiva trazer aos autos as provas que são necessárias à sua impugnação. Diligência não é remédio para suprir falta de prova processual, mas o cumprimento de exigência processual ou material por ordem da autoridade competente consistente na elucidação da matéria suscitada (art. 150, I, RPAF BA), do que não carece a lide em questão.

Outorga a Constituição Federal no seu art. 155, § 2º, II que, salvo determinação em contrário, a isenção ou não incidência, “a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes” e “b) acarretará a anulação do crédito relativo a operações anteriores”. Segue-se, a contrário sensu, que em todas as demais hipóteses haverá obrigatoriamente o direito ao crédito.

Mesmo assim, o direito ao creditamento do ICMS advindo da aquisição de material destinado ao uso e consumo do estabelecimento, foi reconhecido apenas com a vigência da Lei Complementar nº 87/96, fixando, inicialmente, como termo inicial da eficácia em 01 de janeiro de 1998. Após sucessivas modificações, a LC 122/06 fixou o termo inicial para 01.01.2011.

O art. 93, inciso V, alínea “b”, RICMS BA, ao tratar desse termo inicial, na redação vigente (Decreto nº 12.534, de 23.12.10), estabelece: “a partir do prazo previsto na LC 87/96.”

Logo, os créditos fiscais referentes à aquisição no exercício 2006 de material para uso ou consumo do estabelecimento, não poderiam ser utilizados por falta de permissivo da lei geral que rege o ICMS.

A autuante diligenciou no sentido de permitir a total discussão do autuado dos créditos que lhe estavam sendo glosados com a elaboração de demonstrativo discriminando cada operação, o período, o competente documento fiscal e os valores do ICMS cobrados (fls. 22/23), além de juntada de cópias dos respectivos documentos fiscais que instruíram a exigência.

Infração caracterizada no valor R\$ 11.633,01.

Na infração 6 foi aplicada multa do art. 42, inciso XIX, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, tendo em vista o extravio de documentos fiscais, exigido R\$ 5,00 por documento e cujo limite total é de R\$ 4.600,00 em se tratando de nota fiscal.

O autuado alega que não foi apontado no Auto de Infração, o número de ocorrências identificadas pela fiscalização, de forma a legitimar a cobrança da multa pelo “teto”. No entanto, constato pelo demonstrativo anexado às fls. 30, a quantidade de 1.299 notas fiscais extraviadas, cuja cópia o autuado recebeu e, em discordando dos números de documentos não apresentados deveria discuti-los de forma mais específica, o que não o fez. Em sua segunda manifestação, fls. 797/802, o autuado apresenta razões unicamente para as infrações 7 e 8, de onde extrai sua concordância tácita com a multa aplicada. Multa caracterizada no valor de R\$ 4.600,00.

A infração 7 trata de multa por descumprimento de obrigação acessória, tendo em vista que o sujeito passivo deixou de fornecer os arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com as informações das operações ou prestações realizadas. A acusação é que não foram apresentados os arquivos magnéticos do exercício 2006, nos termos do art. 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96, alterado pela Lei nº 9.159/04, com multa no valor de R\$ 45.275,00.

Na infração 8, exige-se multa de R\$ 1.380,00 prevista no art.42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96, pela falta de entrega de arquivo magnético do exercício 2006, nos prazos previstos na

legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), Validador / SINTEGRA, que disponibilizaria o recibo de entrega do arquivo cancela eletronicamente após a transmissão, nos termos do art. 708-A, § 4º RICMS.

Alega o autuado que a penalidade imposta é de duvidosa constitucionalidade, pois afronta o princípio da proporcionalidade e atenta contra o patrimônio do contribuinte. Pede que essa multa seja substituída por outra multa prevista no inc. XX, “b”, da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$ 180,00. No mérito, argúi que os Decretos nºs 9.426 de 17/05/2005 e 9.740 de 27/12/2005 dispensaram os contribuintes do envio dos arquivos SINTEGRA para movimentos datados até o mês de dezembro de 2006, para os inscritos como Empresas de Pequeno Porte. Na infração 8, diz que há uma superposição com a infração 7, gerando um *bis in idem*.

Da análise das peças processuais e legislação pertinente à matéria, verifico que art. 686, RICMS BA prevê a obrigação dos contribuintes usuários de sistema eletrônico de processamento de dados manterem os arquivos magnéticos, pelo prazo de cinco anos. O art. 708-A aplica-se à obrigação de fazer a entrega mensal dos arquivos magnéticos, nos prazos regulamentares e o art. 708-B se refere à falta de entrega de arquivos magnéticos, quando regularmente intimados.

No caso concreto, versa a infração de ter deixado o contribuinte de fornecer arquivos eletrônicos de dados exigidos mediante intimação, com informações das operações referentes aos meses de janeiro a dezembro de 2006. Para isso emitiu o Auditor Fiscal o primeiro termo de intimação de fls. 16, no dia 22.10.10, com um prazo de 05 dias; verificada a existência de arquivos magnéticos com inconsistência, ao contribuinte foi oferecido o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir os arquivos apresentado com inconsistências (art.708-B, § 5º, RICMS BA), nesse caso, a falta dos registros tipo 54, 70 e 74.

Não tem razão o sujeito passivo na arguição que estava desobrigado na entrega dos arquivos, na forma dos Decretos nºs 9.426/05 e 9.740/2005, visto que os mesmos dispensaram a entrega das informações em meio eletrônico, até junho 2006, para os inscritos na condição de normal (que utilize SEPD para emissão de Cupom Fiscal) com faturamento no ano de 2005, inferior a R\$ 2,4 milhões e até dezembro 2006 para os inscritos na condição de Empresa de Pequeno Porte. O autuado não se enquadrava, no momento das exigências em nenhuma das exceções. No exercício de 2005, sua condição era de estabelecimento inscrito no cadastro normal e faturamento de R\$ 3.976.648,72, conforme provam os documentos de dados cadastrais, apensos às fls. 789/792.

Na realidade, o contribuinte conhecia sua obrigação como usuário de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados – SEPD, de tal forma que efetuou a entrega de arquivos magnéticos por diversos períodos, em conformidade com o anexo de fl. 35.

Dessa forma, o sujeito passivo incidiu no descumprimento de obrigação concernente na entrega dos arquivos com falta dos registros 54, 70 e 74, mediante regular intimação, conforme se verifica a partir do documento anexado à fl. 17, nos termos do art. 708-B, RICMS BA e cuja multa pelo seu descumprimento está prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei (BA) nº 7.014/96 (redação dada pela Lei nº 9.430/05, efeitos de 11/02/05 a 27/11/07).

O Auditor Fiscal juntou demonstrativo sintético às folhas 31, indicando os valores das saídas utilizadas na apuração do valor, nos períodos em que tais arquivos magnéticos foram entregues com as inconsistências supra referenciadas; faz juntada de parcela dos documentos que provam a ausência de entrega dos aludidos registros (fl. 35); intimação específica com descrição das inconsistências existentes (fl. 17), relativamente aos períodos relativos à exigência. Está, portanto, plenamente caracterizado o descumprimento da obrigação acessória com a imposição da multa prevista na hipótese de incidência, no total de R\$ 45.275,00.

Na infração 08, a exigência da multa de R\$ 1.380,00 é feita cumulativamente com a exigência anterior, pela falta de entrega dos arquivos magnéticos da forma e nos prazos previstos na legislação, que deveriam ser enviados via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), no período 01 / 12- 2006.

No caso em tela, o sujeito passivo deixa de entregar os arquivos magnéticos dentro do prazo previsto na legislação, cuja obrigação da entrega já se encontra formalizada no dispositivo legal e desnecessário qualquer outra ação específica para tanto, no caso, a intimação concretizadora da obrigação tributária acessória. É o presente caso regulamentado pelo artigo 708-A, RICMS BA e tal penalidade tipificada no artigo 42, XIII-A, “i”, da Lei nº 7.014/96 (redação vigente na época da autuação), multa no valor de R\$ 1.380,00, que deve ser aplicada cumulativamente com a multa de 1% (um por cento) do valor das saídas, exigida na infração 7, em conformidade com a legislação. Infração também caracterizada.

Na impugnação apresentada, o autuado nega a acusação, questiona o montante, mas não apresenta elementos que torne improcedente a exigência. Não constam dos autos provas das suas alegações. Diz o art. 143, RPAF/BA que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

No que tange às multas aplicadas, questiona o autuado que a penalidade imposta é de duvidosa constitucionalidade, pois afronta o princípio da proporcionalidade e atenta contra o patrimônio do contribuinte. Entendo não prosperar tal alegação, uma vez que o percentual de 1% previsto na norma incide sobre o montante das receitas do próprio contribuinte e o mesmo encontra-se consignado na Lei de ICMS (art.42) do Estado da Bahia.

Outrossim, entendo pertinente a possibilidade de revisão da multa aplicada na infração, em sede recursal, uma vez que, na esteira do disposto no art. 142, do CTN, no lançamento tributário, o auditor fiscal apenas propõe a penalidade, pois o crédito tributário ainda não está definitivamente constituído, cabendo à Corte Julgadora Administrativa, na hipótese de litígio, fazer a imperiosa correção da sanção proposta, constituindo definitivamente o crédito tributário, em homenagem aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, também arguidos pelo sujeito passivo.

Voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **277829.0020/10-9**, lavrado contra **TEMES COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo o autuado ser intimado a efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$14.408,26**, acrescido das multas de 70% sobre o valor de R\$1.535,14 e 60% sobre R\$12.873,12, previstas no art. 42, incisos III e II, alíneas “a”, “b”, “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$51.255,00**, previstas no art. 42, incisos XIII-A, “g” e XIII-A, “i” e XIX, da supracitada lei, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de junho de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR