

PROCESSO - A. I. Nº 279116.1202/10-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BRASIL TELECOM S/A. (OI)
RECORRIDOS - BRASIL TELECOM S/A. (OI) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0058-02/11
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 12/04/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0105-11/12

EMENTA: ICMS. 1. ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** SEM APRESENTAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO. Infração parcialmente elidida com prova de estorno do crédito antes da lavratura do Auto de Infração. **b)** ENTRADA DE BEM PARA O ATIVO IMOBILIZADO. APROPRIAÇÃO DE VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. Infração elidida com prova de estorno antes da lavratura do Auto de Infração. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO ELETRÔNICO DE DADOS. MULTA. **a)** NÃO FORNECIDO MEDIANTE INTIMAÇÃO FISCAL. Infração subsistente. **b)** FALTA DE ENTREGA NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. Infração não comprovada. Modificada a Decisão recorrida. 3. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Infração declarada nula, de ofício, por ausência de documentação que comprove a sua ocorrência. Modificada a Decisão recorrida. Rejeitadas as preliminares de nulidade do Auto de Infração. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso de Ofício e Voluntário interpostos em face do acórdão em referência que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 16/06/10 para exigir ICMS no valor de R\$38.591,01, nele constando às infrações abaixo discriminadas, sendo a primeira e segunda objetos daquele, e a terceira e quarta deste:

INFRAÇÃO 1: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$34.738,67, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Período: outubro a dezembro 2005, março a dezembro 2006. Multa 60%;

INFRAÇÃO 2: Utilizou crédito fiscal de ICMS no valor de R\$1.700,76, relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação. Período: dezembro 2005. Multa 60%;

INFRAÇÃO 3: Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Multa de R\$631,58. Período: outubro 2006;

INFRAÇÃO 4: 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). Omissão de entrega do arquivo. Multa de R\$1.380,00. Período: outubro 2006;

INFRAÇÃO 5: Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Multa de R\$140,00. Período: dezembro 2006.

O autuado, na defesa de fls. 104 a 107, impugnou tão-somente as infrações 1 e 2, entretanto, a súplica recursal dirige-se à terceira e quarta sobre as quais, consequentemente, a JJF não proferiu Decisão, restringindo-se aos seguintes fundamentos :

“Analisando os autos, vejo que a lide processual se restringe às infrações 01 e 02, pois a Impugnação apenas a elas se limita. Aplica-se, portanto, às demais infrações o quanto disposto nos artigos 140 e 142 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, que abaixo transcrevo, razão pela qual as infrações 03, 04 e 05, são procedentes.

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

As infrações 01 e 02 referem-se a questões fáticas, tendo o Impugnante carreado aos autos as provas documentais de fls. 193 a 205, em subsídio às suas razões defensivas. Essas provas se refere a estorno parcial do crédito exigido como indevidamente usado na infração 01 e de total estorno do valor exigido na infração 02. Esses estornos foram efetuados antes da lavratura do Auto de Infração e o autuante, por ocasião da informação fiscal, acatou todas as razões defensivas reduzindo deduzindo R\$28.641,51 do valor inicialmente exigido, ajustando o valor da infração 01 para R\$6.097,16, e eliminou a infração 02 do lançamento fiscal.

Da informação fiscal foi dada a regulamentar ciência ao autuado, que, podendo, sobre ela não se pronunciou.

Considerando que as provas documentais trazidas aos autos pelo Impugnante são consistentes e foram reconhecidas pelo autuante, acolho como correto o valor de R\$6.097,16, que resta devido na infração 01.

Diante do exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, no valor de R\$8.248,74, conforme demonstrativo de débito abaixo.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	Data venco	Base Cálculo	Alíq. %	Multa %	ICMS devido
Infração 01					
31/10/2005	09/11/2005	3.324,29	17	60	565,13
30/11/2005	09/12/2005	380,88	17	60	64,75
31/12/2005	09/01/2006	69,65	17	60	11,84
31/03/2005	09/04/2006	1.516,76	17	60	257,85
31/05/2006	09/08/2006	3.268,94	17	60	555,72
31/07/2006	09/10/2006	205,41	17	60	34,92
30/09/2006	09/11/2006	2.171,35	17	60	369,13
31/10/2006	09/11/2006	18.829,35	17	60	3.200,99
30/11/2006	09/12/2006	4.232,76	17	60	719,57
31/12/2006	09/01/2007	1.866,24	17	60	317,26
Total da Infração					6.097,16
Infração 03					
31/10/2006	09/11/2006	63.158,00	0	1	631,58
Total da Infração					631,58
Infração 04					
31/10/2006	09/11/2006	0,00	0	1.380,00	1.380,00
Total da Infração					1.380,00
Infração 05					
31/12/2006	31/12/2006	0,00	0	140,00	140,00
Total da Infração					140,00
Total Geral					8.248,74

Ao final da Decisão, a JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF por força do que impõe o art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99.

Às fls. 228/234, consta Recurso Voluntário no qual o contribuinte inicia por requerer o cancelamento da acusação fiscal lastreando seu pedido no art. 38 do Decreto Estadual nº 7.629/99, para afirmar que somente poderia ter sido lavrada em valor igual ou superior a R\$ 10.000,00, ali transcrevendo-o, asseverando que deve ser este o valor mínimo para constituição do crédito tributário por meio de autuação fiscal, independentemente de se tratar de infração de obrigação principal ou acessória, acrescentando que o valor supostamente apurado como devido pela JJF foi de apenas R\$ 8.248,74.

Adiante, faz uma breve sinopse dos fatos, transcrevendo as cinco infrações constantes da autuação, remetendo-se ao julgamento de Primeira Instância que reduziu a infração 1 de R\$ 34.738,67 e que a segunda foi totalmente cancelada, passando a transcrever a ementa respectiva,

mas que entende que o referido acórdão “*deve ser ampliado para que seja reconhecida a improcedência da autuação fiscal guerreada, no que tange às demais infrações conforme se demonstrará por meio das razões expostas nas linhas seguintes*”.

Adentrando no mérito, se manifesta acerca da necessidade de cancelamento das infrações 3 e 4 que diz consistirem em multas que lhe foram impostas, sendo a primeira em face do não fornecimento de arquivo magnético relativo ao período de outubro de 2006, e a segunda em razão do fato de não ter sido entregue o arquivo magnético no prazo decenal em lei fixado.

Alega que a multa tem caráter meramente punitivo para coibir omissões do contribuinte, que nesse caso foi a falta de entrega dos arquivos magnéticos, e que nesse contexto se tratam de duas multas impostas sobre o mesmo fato gerador, a ensejar a cobrança em duplicidade, passando a transcrever ementa de julgado do STJ como em socorro de suas afirmações, no sentido de que há “*bis in idem*” quando sobre a mesma base de cálculo há dupla incidência, por não se tratarem de duas situações distintas, mas a mesma – não entrega dos arquivos magnéticos -.

Seguidamente, elucida que a infração 5 é relativa à declaração incorreta dos dados das informações econômico-fiscais constantes no DMA no período de dezembro de 2005, mas que como visto, os valores concernentes às infrações 1 e 2 do lançamento de ofício em análise foram afastados pela Decisão recorrida, restando evidente a perda do objeto de incidência da penalidade correspondente à infração 5, ante a comprovação de que os valores base da apuração da DMA estão corretos, cumprindo ser totalmente cancelada esta infração por decorrência lógica das improcedências das infrações 1 e 2, e com isto ausência de conduta passível de imposição de multa.

Pugna, por fim, pelo Provimento da súplica recursal para ser cancelado o Auto de Infração à vista do teor do art. 38 do referido decreto estadual e, se este não for o entendimento, que seja cancelada a infração 4 por flagrante *bis in idem* e a infração 5 em virtude de flagrante perda do objeto de incidência da multa.

Instada a se pronunciar, a PGE/PROFIS exarou o Parecer de fls. 248/250, inicialmente abordando a arguição recursal preliminar em derredor do art. 38 supracitado, passando a transcrever o art. 48 do RPAF, que prevê a notificação fiscal como instrumento hábil para o lançamento de ofício de créditos inferiores a R\$ 10.000,00 por descumprimento de obrigação principal e/ou acessória, mas, que, entretanto, não houve violação alguma na medida em que a revisão fiscal levada a efeito no curso do PAF, e assim julgada pela JJF, não tem o condão de invalidar o Auto de Infração que, quando da lavratura, apresentou valores superiores a R\$ 10.000,00.

No tocante às razões meritórias, constatou se dirigirem às infrações 4 e 5, para afirmar que, embora não tenham sido objeto de impugnação e que por isso não foram apreciadas e nem julgadas pela primeira instância deste CONSEF, entendeu que “*a priori*” esta 1ª CJF estaria impedida de adentrar na matéria, pois seu julgamento se configuraria supressão de instância, mas que, como se trata de esfera administrativa e não judicial, na qual o princípio da verdade material deve sempre nortear o julgador, legitima-se “relativizar” esse conceito para enfrentar os fundamentos de mérito declinados em sede recursal.

Dito isto, asseverou que não merece prosperar a irresignação quanto às infrações 3 e 4 de que seriam idênticas, eis que o art. 42, XIII-A, da Lei nº 7.014/96, prevê penalidade diversa para essas infrações – alínea “i” – para a terceira e alínea g para a quarta, como exigido no Auto de Infração.

Afirma que é descabido o pleito de cancelamento da infração 5 por ter sido julgada a improcedência das infrações 1 e 2, isto porque a infração 1 foi parcialmente elidida, seja porque as infrações se referem à utilização indevida de crédito fiscal do ICMS.

Opina, em conclusão, pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Analizados os autos, inicialmente, quanto ao Recurso Voluntário, em face da preliminar de nulidade, acompanho a posição da JJF, pois, efetivamente, como aclarado no Parecer supra aludido, quando da lavratura da autuação os valores ali exigidos autorizaram a cobrança mediante Auto de Infração e não por notificação fiscal. Logo, não há qualquer vício de forma a inquinar de nulidade o presente PAF. Rejeito a preliminar.

No que tange aos fundamentos de mérito, concordo com o entendimento esposado pela Procuradoria por se tratar este colegiado de um órgão julgador administrativo cujo norte deve ser sempre a busca pela verdade material, esta que deve prevalecer.

E assim, embora não tenha havido pronunciamento acerca das infrações 3, 4 e 5 pelo JJF, por não terem sido objeto de impugnação pelo contribuinte, passo a conhecer a matéria considerando que lhe assiste razão, pois as multas que lhe foram impostas – infrações 3 e 4 -, sendo aquela por falta de fornecimento dos arquivos magnéticos, do período de outubro/2006, e esta por entrega extemporânea desse mesmo arquivo magnético, se tratando das mesmas informações fiscais de operações e prestações realizadas no mesmo período (outubro de 2006), sendo pertinente o argumento do recorrente de que as penalidades não decorrem de situações distintas, mas sim de uma única, motivo pelo qual deve remanescer apenas a infração 3.

Por fim, em relação à infração 5, constato ausente nos autos qualquer documentação que comprove a sua ocorrência, pelo que declaro de ofício a sua nulidade nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF.

Passando a enfrentar a matéria trazida pelo Recurso de Ofício em face da desoneração parcial da infração 1 e total da infração 2, infiro que não merece reparo algum a Decisão “*a quo*”, haja vista, como explicitado no voto acima reproduzido, que a redução parcial da dívida tributária derivou da comprovação documental coligida aos autos às fls. 193 a 205, pelo autuado, quando da impugnação, e que são relativas ao estorno anteriores à autuação, sendo parcial do crédito exigido - infração 1 – e total na infração 2.

Uma vez evidenciada a verdade material com base em elementos de prova, outra não poderia ter sido a posição do autuante que em sua informação fiscal os acatou para efetuar novo cômputo do débito, reduzindo-o, sendo que, na infração 1, para R\$ 6.097,16 e infração 2 para considerá-la como totalmente insubsistente. Não há como prosperar o Recurso de Ofício.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, e de ofício declaro a nulidade da infração 5.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279116.1202/10-0, lavrado contra **BRASIL TELECOM S/A. (OD)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.097,16**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$631,58**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alíneas “g” da citada lei, com os acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de março de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RIDRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS