

PROCESSO	- A. I. Nº 272041.0010/08-6
RECORRENTE	- SF DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA. (SF FRIOS)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0077-01/09
ORIGEM	- INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET	- 04/07/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0174-11/12

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. O contribuinte comprovou o recolhimento de parte do débito exigido. Refeitos os cálculos, reduziu-se o imposto devido. Infração elidida parcialmente. Decisão modificada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** PAGAMENTO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo, entre as unidades da Federação envolvidas na operação, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação. Infração do item “a” elidida parcialmente. Decisão modificada. Infração do item “b”, mantida. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAL PARA USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre as entradas efetuadas em decorrência de operações interestaduais, quando os bens são destinados ao uso e consumo do estabelecimento. Infração comprovada. 4. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Infração comprovada. Adequada a multa, o que importou em sua redução para o valor de R\$1.380,00. Decisão modificada. 5. DECLARAÇÃO E APURAÇÃO MENSAL DO ICMS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. DIFERENÇA ENTRE O VALOR ESCRITURADO NOS LIVROS FISCAIS E O INFORMADO NA DMA. Restou comprovado que não declarou o faturamento relativo ao período de julho/05 a dezembro/07. Infração não elidida. 6. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor das operações realizadas. O procedimento do autuante não encontra lastro no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07. Infração Nula. Decisão modificada. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 1ª JJF - através do Acórdão JJF nº 0077-01/09 - após julgamento pela Procedência em Parte do Auto de Infração acima epigrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento de 9 infrações, sendo objeto do presente Recurso as descritas nos itens 1, 2, 3, 4, 7, 8 e 9, abaixo descritas:

INFRAÇÃO 1 - deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos meses de julho a dezembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$35.779,87, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 2 – deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA/97, nos meses de outubro a dezembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$7.812,77, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 3– efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA/97, nos meses de agosto a novembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$3.914,13, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 4 – deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, sendo exigido ICMS no valor de R\$105,06, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 7 – deixou de apresentar os livros fiscais quando regularmente intimado, em três oportunidades, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$2.760,00;

INFRAÇÃO 8 - declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$140,00;

INFRAÇÃO 9 - deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, sendo exigido o valor de R\$8.077,11 em decorrência da aplicação da multa de 1% sobre o valor das operações não informadas.

Em Primeira Instância, o julgamento proferido pela JJF inicialmente rechaçou a alegação de nulidade da autuação, consignando que “... *No que concerne ao aspecto formal, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, cujo contribuinte tomou conhecimento da autuação, em cujo Auto de Infração constam a descrição clara das infrações que lhe foram imputadas e pode exercer a ampla defesa e o contraditório.*”.

No mérito, assim se pronunciou a JJF, *in verbis*:

Infrações 1, 2, 3, e 4 – “...*Tratarei conjuntamente as quatro primeiras infrações tendo em vista que, tanto a defesa, quanto a informação fiscal abordarem juntamente todas elas com argumentação comum contidas. A infração 01- cuida da falta de recolhimento de ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, a infração 02 – da falta de recolhimento e a infração 03 do recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação relacionadas no anexo 88 do RICMS-BA/07, e a infração 04 da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença de*

alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquirida de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

O autuado se defendeu alegando que estas infrações decorreram de equívocos cometidos pelo autuante, como se pode verificar nas cópias de DAEs e planilhas por ele anexadas aos autos, fls. 46 a 76 e 89 a 91. Aduziu ainda que comprovação maior desses recolhimentos decorre do fato da mudança de endereço de seu estabelecimento de Juazeiro para Eunápolis.

O autuante informou que depois de examinar as cópias dos DAEs apresentado alterou alguns valores comprovados, elaborando novas planilhas de apuração, acostadas às fls. 97 e 98, onde constam as exclusões das notas fiscais, cujos pagamentos foram comprovados, restando evidenciado que os débitos da infração 01 relativos aos meses de setembro e dezembro foram reduzidos para R\$7.564,45 e R\$2.496,39, respectivamente, mantendo inalteradas as infrações 02, 03 e 04.

Em manifestação a acerca da informação fiscal o sujeito passivo reiterou suas alegações alinhadas na defesa e não apontou qualquer inconsistência ou omissão nas exclusões procedidas pelo autuante, optou por reiterar seu pedido de improcedência das quatro infrações, fl. 105.

Depois de examinar os elementos que integram os autos atinentes à estas três infrações, contato de plano que não tem suporte fático a alegação do sujeito passivo quanto aduziu em relação à perda de seu credenciamento em decorrência da mudança de endereço de Juazeiro para Eunápolis, tendo em vista que os fatos geradores destas infrações ocorreram no período de julho a dezembro de 2007, e a aludida mudança de endereço ocorrera em abril de 2007, consoante consta em sua 4ª Alteração Contratual, portanto, em nada impediu que efetuasse os recolhimentos e, caso tivesse efetuado o pagamento da antecipação nos Postos Fiscais, por encontrar-se descredenciado, como também alegou, deveria carrear aos autos a comprovação, o que não fizera.

Ao examinar as planilhas apresentadas pelo autuado, fls. 89 a 91, com o intuito de elidir as infrações 01, 02, 03 e 04, constato que vários recolhimentos nelas indicados não se encontram lastreados com as respectivas cópias dos DAEs, a exemplo das notas fiscais números 4582 e 14652, portanto, afiguram-se nitidamente inconsistentes.

Assim, verifico, com base nas exclusões devidamente realizadas, que assiste razão ao autuante que realizou corretamente os ajustes, com base na comprovação carreada aos autos dos recolhimentos efetuados pelo sujeito passivo e desconsiderando os recolhimentos já incluídos no levantamento inicial. Restou comprovado através do refazimento das planilhas “Relatório de Cálculo Substituição Tributária / Antecipação Parcial”, fls. 97 e 98, que o débito da infração 01, apurados nos meses de setembro e dezembro de 2007, e lançados inicialmente nos valores de R\$10.736,16 e R\$6.723,56 foram, reduzidos, respectivamente, para R\$7.564,45 e R\$2.496,39, o que resultou, em relação a R\$35.799,87, valor total exigido na infração 01, na diminuição para R\$28.380,55, e remanesceram inalterados os lançamentos atinentes às infrações 02, 03 e 04. Por isso, considero integralmente subsistentes as infrações 02, 03 e 04, e parcialmente caracterizada a infração 01.”

Infração 7 – “...A infração 07 que trata da falta de apresentação de livros fiscais quando regularmente intimado, verifico, consoante cópias das notificações acostadas aos autos, fls. 08 a 10, que o autuado, mesmo formalmente intimado para apresentar seus livros e documentos fiscais, em três oportunidades distintas, não atendeu a nenhuma das intimações. Portanto, está correta a aplicação da multa prevista no inciso XX do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Por isto, considero devidamente caracterizada a infração 07.”.

Infração 8 – “...A infração 08 cuida da declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais, apresentadas através da DMA. O autuado aduziu, ao impugnar esta infração, que a acusação fiscal qual a declaração estaria incorreta no período indicado de 07/2005 a

12/2007, e que por isso, fora induzido a cerceamento de defesa, observou ainda que seria possível ter o autuante considerado período em que a empresa encontrava-se sem movimento, tendo em vista que somente começou a operar a partir de 02/2006.

Verifico que a indicação do período de 07/2005 a 12/2007, constante da descrição da infração 08 não se constituiu em óbice algum para que o sujeito passivo exercesse seu direito de ampla defesa, eis que a descrição da infração está clara e objetiva não propiciando interpretação distinta do seu objetivo, ou seja, declaração incorreta de dados nas informações econômico-financeiras na DMA, acrescida da informação complementar “Omisso de informações nas DMAs de julho de 2005 a dezembro de 2007”. Ademais, saliento que a alegação de somente ter começado a operar em 02/06, além não ter carreado aos autos prova dessa alegação, o contribuinte não está desobrigado de apresentar a DMA consoante previsão contida no art. 333, § 1º inciso I do RICMS-BA/97. Ademais, infere-se nitidamente nos autos a declaração incorreta de dado pelo autuado, tendo em vista que no período de julho a dezembro de 2007 operou normalmente, no entanto apresentou as DMAs, com valores zerados, fls. 19 a 24. Assim, considero que restou caracterizado o cometimento da infração 08. ”.

Infração 9 – “...A infração 09 trata do não fornecimento dos arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações e prestações realizadas. Constam dos autos que a apuração do valor das operações fora efetuada através da Leitura “X” COO: 003981 de 02/01/2008 no valor de R\$875.780,55 e Leitura “X” COO: 001605 de 18/07/07 no valor de R\$68.069,05= R\$807.711,50(subtração).

O autuado ao impugnar esta infração aduziu a improcedência por não entender como o autuante lavrou esta infração a partir da Leitura “X” e como apurou os valores descritos no Auto de Infração. Disse que a infração não se justifica vez que informou todos os valores de suas operações no Sintegra. Requereu a dispensa da apresentação dos arquivos magnéticos, com base no Decreto nº 9.426 de 17 de maio de 2005 que dispensou os usuários de SPED no período de 1º de janeiro de 2000 até 31 de dezembro de 2005, sob a alegação da aplicação da retroatividade benigna estatuída pelo art. 106 do CTN.

O autuante informou que apurou os valores da operação com base nas Leituras “X” que foram fornecidas pelo próprio autuado, ressaltou que o Auto de Infração foi lavrado em 29/06/08 e não em 01/06/05, como equivocadamente sugere o autuado. Asseverou que a infração está de acordo com a previsão expressa no art. 915 do RICMS-BA/97.

Depois de analisar os elementos que constam dos autos atinentes à infração 09, precipuamente as ponderações que emergiram do contraditório, constato que a apuração do valor de R\$807.711,50, sobre o qual foi aplicado a multa de 1% prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 9.014/96, decorreu da subtração da Leitura “X” do dia 02/01/2008 e a da Leitura “X” do dia 18/07/07, consoante descrição da infração constante do Auto de Infração. Portanto, entendo que assiste razão ao autuante em apurar o valor das operações do sujeito passivo com nas Leituras “X” fornecidas pelo próprio autuado, fls. 17 e 18, ante a não apresentação dos arquivos magnéticos, por se configurar como única fonte disponibilizada à fiscalização com estas informações.

Quanto ao pleito do autuado para que lhe fosse alcançada a dispensa da apresentação dos arquivos magnéticos estatuída pelo Decreto nº 9.426 de 17 de maio de 2005, tendo em vista que a vigência do aludido dispositivo regulamentar restringiu-se ao período de 1º de janeiro de 2000 até 31 de dezembro de 2005, e, como a infração somente alcançou efetivamente as operações do período de 18/07/07 a 02/01/2008, entendo ser inteiramente descabida a pretensão aduzida pela defesa. Do mesmo modo, também é inaplicável a retroatividade benigna prevista no art. 106 do CTN, invocado na impugnação. Assim, por tudo quanto exposto mantenho a infração 09.”.

Inconformado com o Julgado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 131 a 138 – apresentando as seguintes alegações, em síntese:

Infrações 1, 2, 3 e 4:

- I. que as referidas infrações inexistem, pois efetuou a prova dos recolhimentos efetuados, conforme planilha que anexou aos autos, fato atestado pelo próprio autuante ao ter feito sua planilha para reduzir o valor do débito;
- II. que o autuante não refutou sua alegação de que as infrações eram inexistentes e nem ofereceu impugnação razoável para sua alegação de que perdeu o credenciamento para pagamento da antecipação parcial, em virtude de mudança de endereço da empresa de Juazeiro para Eunápolis, tendo que aguardar o prazo de 6 (seis) meses para novo credenciamento, não podendo, neste período adquirir mercadorias, já que não poderia circular sem o devido pagamento do imposto;

Infração 7:

- I. que a infração imputada inexistente, e o fato da JJF ter julgado pela insubsistência das infrações 5 e 6, já é o suficiente para desmorrar essa acusação fiscal, pois seria incompatível manter uma acusação que está diretamente relacionada com as infrações julgadas indevidas;
- II. que, se a infração ocorreu, a responsabilidade deve ser atribuída, ao menos parcialmente, ao próprio autuante, já que evidente a culpa recíproca, quando solicitou que dita documentação fosse encaminhada pelos correios, para a sua residência, em domicílio diverso do domicílio fiscal da empresa fiscalizada;
- III. que, assim, nesse ponto a autuação é injusta, cabendo a invocação do §4º do art. 401 do RICMS, cabendo ao órgão julgador cancelar as multas por obrigações acessórias, em atendimento aos princípios da equidade e justiça;

Infração 8:

- I. que a exigência fiscal improcede, já que se refere à suposta declaração incorreta de DMA, no período de 07/2005 a 12/2007, mas como o autuante não indicou qual declaração estaria incorreta, o que induz a cerceamento de defesa;
- II. que, ainda, é possível que tenha o autuante considerado período em que a empresa estava sem movimento como sendo a citada “informação incorreta”, vez que a empresa somente começou a operar em 02/2006;

Infração 9:

- I. que é visível a improcedência da autuação, porque não se consegue entender como foi lavrada com base em uma leitura X, e como o autuante chegou aos valores descritos na autuação, já que o movimento da empresa é bem superior aos apontados no Auto de Infração;
- II. que também não se justifica a imputação, uma vez que foram informados pela empresa todos os valores de vendas, notas fiscais, formulários e cupons fiscais no SINTEGRA;
- III. que é juridicamente impossível a aplicação das multas em face da falta de apresentação dos registros magnéticos, pois antes da lavratura do presente Auto de Infração, foi editado o Decreto nº 9.426/2005, que dispensou os usuários de sistema eletrônico de processamento de dados – SPED, no período de 1º de janeiro de 2000 até 31 de dezembro de 2005, da entrega dos citados arquivos magnéticos, nos termos do seu art. 3º, I, “a” (contribuintes que utilizem SEPD exclusivamente para emissão de cupom fiscal);

- IV. que, assim, deve ser aplicada a regra do art. 106, II, “a”, do Código Tributário Nacional – CTN – já que em se tratando de fato ainda não definitivamente julgado, deve ser aplicada a retroatividade benigna para abolir a penalidade aplicada, devendo o órgão julgador, em se tratando de fato extintivo a influir no julgamento da lide, anular a referida infração.

Finaliza sua peça recursal, asseverando que o argumento da JJF de que não carrear os autos prova contrária aos fundamentos da autuação é inconcebível, já que inverte o ônus da prova e pretende impor tributação com base em mera presunção. Anexa novos documentos para comprovar suas afirmações, às fls. 142 a 179.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fls. 185 e 186, da lavra da procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, manifesta-se, quanto às infrações relativas à antecipação parcial e total, que os DAEs e as notas fiscais trazidas pelo recorrente merecem ser analisados, uma vez que diferem dos apresentados na defesa.

Quanto à infração 7, consignou que sua manutenção decorreu da prova nos autos das três intimações à empresa para apresentação de livros e documentos, sem que houvessem sido cumpridas, e que o julgamento pela improcedência das infrações 5 e 6 decorreram da falta de comprovação do extravio, não havendo, assim, a incoerência alegada.

Quanto à infração 8, consignou que não vislumbrou cerceamento ao direito de defesa, pois a descrição da infração esclarece que o contribuinte ficou omissos de entrega de DMA no período de julho de 2005 a dezembro de 2007, além de não haver previsão de dispensa de sua entrega no RICMS.

Por fim, em relação à infração 9, consigna que a intimação para apresentação dos arquivos magnéticos ocorreu em 2008, relativamente às operações de 2007, fora do período indicado pelo autuado como em que esteve desobrigado de fornecer os referidos arquivos.

Submetido o processo à pauta suplementar, a 1ª CJF deliberou, por unanimidade – fls. 188 e 189 - no encaminhamento do processo ao autuante para que analisasse a documentação anexada pelo recorrente às fls. 142 a 179, elaborando novo demonstrativo de débito, se necessário, considerando que os referidos documentos diferem dos anexados na defesa.

O autuante, à fl. 192, acata algumas alegações do recorrente e outras as refuta, elaborando os demonstrativos de fls. 193 a 196.

O recorrente se manifesta sobre o resultado da diligência, após intimado, reiterando as alegações apresentadas em sua peça recursal, e afirmando que o autuante olvidou de abater as Notas Fiscais nºs 0557, 0584 e 009573, cujas cópias anexa aos autos, quanto à infração 1, e, quanto à infração 2, também não abateu as Notas Fiscais nºs 0788, 0780, 004193, 004065 e 021952, também anexadas aos autos (vide fls. 202 a 209).

A PGE/PROFIS, em Parecer de fl. 212, opinou pelo encaminhamento do processo ao autuante para que se manifestasse quanto às alegações apresentadas pelo recorrente depois de cientificado da diligência por ele realizada.

Submetido o processo à nova pauta suplementar, a 1ª CJF deliberou pela conversão do processo à ASTEC – fls. 215 e 216 - nos seguintes termos:

“Considerando que da análise das notas fiscais acostadas pelo recorrente em seu Recurso Voluntário - fls. 142 a 152, 157, 160, 165, 166 e 167 - e na sua manifestação – fls. 202 a 209 - após a diligência solicitada por esta 1ª CJF – constata-se que a grande maioria dos produtos nela discriminados são materiais de uso e consumo do estabelecimento autuado, que exerce a atividade de comércio atacadista de alimentos - o que é reconhecido pelo próprio autuante – vide fls. 192 – e não podem embasar exigência de ICMS a título de antecipação parcial ou substituição tributária;

Considerando que os demonstrativos elaborados pelo autuante, tanto os acostados aos autos originariamente, como os elaborados após a diligência requerida por esta CJF, condensam de forma equivocada e confusa as infrações imputadas de falta de recolhimento da antecipação parcial – item 01 – falta de recolhimento de ICMS

devido por substituição tributária – item 02 – e recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária – item 03 – em um único demonstrativo;

Considerando que a manifestação do autuante em cumprimento à diligência por nós solicitada não elucida as questões apontadas, e, considerando, ainda, a manifestação do autuado após intimado do resultado da diligência e a solicitação da PGE/PROFIS, foi deliberado por esta 1ª CJF que os autos sejam encaminhados a ASTEC para que sejam excluídas da exigências fiscais dos itens 01, 02 e 03, as notas fiscais que discriminam materiais de uso e consumo adquiridos pelo recorrente, bem como seja elaborado demonstrativos de débito para cada infração imputada, caso remanesça débito para os itens citados. ”.

Através do Parecer ASTEC nº 41/2011, o diligente informa que “..considerou os demonstrativos elaborados pelo autuante às fls. 192 / 196, a manifestação do autuado às fls. 201 / 208, sendo efetuadas as exclusões devidas com base nos documentos de fls. 46 / 76, os quais se referem aos recolhimentos efetuados pelo autuado, confrontando-os com os recolhimentos informados pelo Sistema da SEFAZ – INC, fls. 226 / 230, efetuando-se os devidos ajustes, conforme demonstrativos às fls. 221 / 225, onde constam os recolhimentos efetuados, diferenças a recolher, bem como as folhas em que se encontram a comprovação dos mesmos”.

Concluiu informando que efetuou os ajustes com as exclusões devidas, sendo elaborados demonstrativos de débito, para cada infração, conforme fls. 221 a 225.

Intimado do resultado revisional, o recorrente se pronuncia às fls. 238 e 239, afirmando que concorda com o Parecer da ASTEC quanto às infrações 1, 2 e 3, e reitera suas alegações quanto às demais infrações.

A PGE/PROFIS, em Parecer de fl. 243, opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário quanto às infrações 1, 2 e 3, nos termos do Parecer da ASTEC, reiterando os termos do Parecer anteriormente proferido quanto às demais infrações recorridas.

Em Despacho de fl. 244, a procuradora assistente acompanha integralmente os termos do Parecer de fl. 243.

VOTO

Inicialmente, quanto às infrações descritas nos itens 1, 2 e 3 da autuação – onde se imputa ao recorrente, respectivamente, a falta de recolhimento do ICMS devido a título de antecipação parcial, a falta de recolhimento do ICMS e o seu recolhimento a menor, devido a título de substituição tributária – devemos de logo consignar que logrou o recorrente comprovar que grande parte dos produtos foram adquiridos para seu uso e consumo e para seu ativo imobilizado, descabendo, assim, a incidência do ICMS devido a título de antecipação parcial e substituição tributária, como constatamos da análise das notas fiscais que embasaram as referidas exigências fiscais, devidamente excluídas pela ASTEC, em cumprimento à diligência que requeremos neste sentido.

Também restou comprovado que o autuante não considerou alguns recolhimentos efetuados pela empresa antes da ação fiscal, o que foi também devidamente expurgado pelo diligente, restando devido para os itens 1 e 2, conforme demonstrativo de fl. 220, elaborado pela ASTEC, e reconhecidos expressamente pelo sujeito passivo na manifestação sobre a referida diligência, os valores de R\$19.397,80 e R\$1.261,12, respectivamente. Para a infração 3, manteve-se o mesmo valor lançado: R\$3.914,13, valor este também reconhecido pelo recorrente.

No pertinente à infração 4, onde se imputa ao recorrente a falta de recolhimento do ICMS devido a título de diferença de alíquotas, no valor de R\$105,06, verificamos que o autuante não acostou aos autos qualquer demonstrativo explicitando o valor lançado e sequer acostou a nota fiscal que embasaria exigência fiscal. Na peça defensiva, é que o contribuinte elabora planilha – fl. 89 - onde é possível verificar que o valor lançado seria referente à Nota Fiscal nº 584, de agosto de 2007, que junta aos autos na peça recursal fl. 165, e onde pode se verificar que se trata

efetivamente de materiais de uso e consumo (conjunto de vedação, solda, fluxo para solda rosca, etc.), ressaltando que a empresa exerce a atividade de comércio de alimentos.

Assim, como não logrou comprovar o recorrente o pagamento do valor exigido, este deve ser mantido.

Em relação à infração 7 – multa por falta de apresentação de livros fiscais – restou comprovado que o contribuinte foi intimado por três vezes para apresentar os referidos livros, não o fazendo – o que, aliás, confessa – conforme se verifica das intimações de fls. 08 a 10. A alegação de que enviara os livros para o endereço do autuante e que estes se extraviaram, além de não restar comprovada, não elide a infração cometida.

Também o julgamento proferido pela JJF afastando as exigências dos itens 5 e 6 em nada interfere na manutenção deste item, porquanto aquelas foram afastadas por não ter restado comprovado o extravio, e neste item ora em apreciação, a infração é outra, falta de apresentação de livros, e não extravio.

Por sua vez, a solicitação de dispensa ou redução da multa não pode ser acatada, porquanto um dos requisitos ensejadores para esta dispensa ou redução por parte do julgador não se faz presente, qual seja, a prova de que a infração não implicou em falta de recolhimento do tributo, nos termos do art. 158 do RPAF, abaixo transcrito. Ao contrário, restou demonstrado no processo que o contribuinte não efetuou o recolhimento do imposto em diversos meses, conforme imputações dos itens 1 a 4 deste lançamento de ofício. Do exposto, deve ser mantida a referida infração.

“Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.”

No entanto, cabe a este órgão julgador efetuar a adequação da multa cominada, visto que não há cumulatividade na infração prevista no inciso XX, alíneas “a” e “b” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrito – dispositivo utilizado pelo autuante para embasar a exigência fiscal, cabendo apenas a aplicação da multa de forma cumulativa a partir do não atendimento da terceira intimação, na forma da alínea “c” do dispositivo citado.

XX - àquele que, dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exibir livro ou documento, arquivo eletrônico ou similar (exceto os arquivos previstos no inciso XIII-A), ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado:

- a) R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais), pelo não atendimento do primeiro pedido;*
- b) R\$ 920,00 (novecentos e vinte reais), pelo não atendimento da intimação que lhe for feita posteriormente;*
- c) R\$ 1.380,00 (mil e trezentos e oitenta reais), pelo não atendimento de cada uma das intimações subseqüentes; Grifos nossos.*

Assim, deve ser aplicada para a infração imputada no item 7 o valor de R\$1.380,00, e não R\$2.760,00 (este último representando a soma dos valores previstos nas alíneas “a”, “b” e “c” do dispositivo acima transcrito).

Em relação à infração 8 – declaração incorreta de dados a DMA – a peça inicial da autuação é clara quando complementa a infração com a expressão “*omisso de informações nas DMAs do período de julho de 2005 a dezembro de 2007*”, ou seja, o contribuinte apresentou as referidas DMAs zeradas, embora estivesse em atividade, conforme se verifica da informação extraída dos sistemas da SEFAZ, às fls. 19 a 24, da qual teve ciência e cópia o recorrente, não havendo, assim, qualquer cerceio ao seu direito de defesa.

Por fim, quanto à infração 9 – onde se imputa ao recorrente multa de 1% das operações por não ter fornecido arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações e prestações realizadas – entendemos que esta não merece prosperar. A infração em tela está

fundamentada no inciso XIII-A, alínea “j”, art. 42 da Lei nº 7.014/96, que assim estabelece, *in verbis*:

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:

j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo;

Da leitura do referido dispositivo, de logo se verifica que o autuante não seguiu as determinações legais, visto que a intimação de fl. 8 dos autos não legitima a presente exigência fiscal. E, de fato, foi feita apenas uma intimação para apresentação dos referidos arquivos, e ainda no bojo de uma intimação genérica para apresentação de livros e documentos fiscais concedendo ao contribuinte apenas o prazo de 48 horas, quando a legislação (art. 708-B) estabelece peremptoriamente que a fiscalização deve conceder o prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação.

Por outro lado, a forma utilizada pelo autuante para apurar os valores das operações realizadas pelo estabelecimento para base de cálculo da multa percentual de 1% - valores extraídos da leitura X do estabelecimento (vide fls. 17 e 18) – no período utilizado 18/02/07 a 02/01/08, não coincide com o prazo indicado na ação fiscal (01/07/05 a 31/12/07). Desse modo, deve ser declarada nula a exigência fiscal em tela, por insegurança na determinação da base de cálculo da penalidade e por não ter sido seguido o devido processo legal.

Do exposto, somos pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, modificando a Decisão recorrida para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração epigrafo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **272041.1001/08-8**, lavrado contra **SF DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA. (SF FRIOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.778,11**, acrescido da multa de 60%, prevista nas alíneas “d” e “f”, inciso II do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$1.520,00**, previstas nos incisos XX, XVIII, “c”, do artigo e lei citados, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

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

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS