

PROCESSO - A. I. N° 233080.0404/10-8
RECORRENTE - DJR COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA. (CENTER MÓVEIS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 017-02/11
ORIGEM - INFRAZ JACOBINA
INTERNET - 05/09/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0248-11/12

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITOS FISCAIS SEM COMPROVAÇÃO DE SUA ORIGEM. Infração não elidida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO E RECOLHIMENTO A MENOS. Não cabível a conversão da exigência fiscal em multa por descumprimento de obrigação acessória visto que não ficou comprovado que ocorreu tributação no momento das saídas das mesmas mercadorias objeto da autuação. De acordo com o art.12-A, cc o art. 23, III da Lei nº 7.014/96, o IPI compõe a base de cálculo da apuração da antecipação parcial. Infração caracterizada. Correção, de ofício, do enquadramento da multa proposta pelo autuante para o previsto no inciso II, alínea “f”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 para os fatos geradores ocorridos antes do mês de novembro/07. Modificada a Decisão recorrida. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. De acordo com o art. 708-B do RICMS/97 o contribuinte usuário de processamento de dados está obrigado a apresentar o arquivo magnético do SINTEGRA contendo informações das operações e prestações realizadas. Infração caracterizada, uma vez que não foi comprovado a entrega dos arquivos magnéticos exigidos mediante intimação. Não acolhido o pedido para a redução da multa, por não atender os requisitos estabelecidos no §7º do art. 42 da Lei 7.014/96. Rejeitadas as nulidades suscitadas e indeferido o pedido de realização de diligência fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/10 exige ICMS no valor de R\$355.784,50, além de aplicar multa no valor de R\$39.468,01 em decorrência das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios (junho/06 a dezembro/08) - R\$306.172,64.

2. 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 (janeiro/06 a outubro/08) - R\$ 49.611,86.
3. Deixou de fornecer arquivos em meio magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas (2006/2008), sendo aplicada a multa equivalente a 1% sobre o montante das saídas mensais - R\$39.468,01.

O Recurso Voluntário foi interposto contra a Decisão da 2^a Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração da seguinte forma:

Indeferiu o pedido para realização de diligência por entender sua desnecessidade (art. 147, I, “b” do RPAF/99).

Rejeitou as preliminares de nulidades suscitadas, por não identificar razões quanto à alegação de cerceamento ao direito de defesa e o Auto de Infração conter todos os elementos necessários, inclusive fundamentos legais que implicaram na aplicação da multa da infração 3.

No mérito, apreciou que todas as infrações imputadas estão devidamente demonstradas, conforme relatou:

Infração 01. Trata da falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, em decorrência de erro na apuração dos valores devidos mensalmente.

Conforme comentado acima, restou evidenciado que a descrição do fato permite se verificar que os valores lançados foram apurados mediante o refazimento do Registro de Apuração do ICMS no que concerne à apuração dos valores devidos nos meses objeto da autuação.

Os papéis de trabalho que fundamentam este item encontram-se às fls.09 a 12; 20 a 23; e 31 a 34, nos quais, se verifica que os valores das entradas e os créditos fiscais, os valores das saídas e dos débito fiscais, saldo credor inicial, e outros créditos, correspondem exatamente com o que consta no RAICMS escriturado pelo autuado e constante às fls.44 a 121.

Portanto, considero descabida a argüição defensiva de que a conta corrente fiscal foi refeita com valores sem respaldo documental no processo e os quais não sabe a origem, visto que, o autuado recebeu cópias de todos os papéis de trabalho acima citados, haja vista que foram acostadas à peça defensiva cópias de todos eles.

Não tendo o sujeito passivo impugnado objetivamente o trabalho fiscal, concluo que não foi elidida a infração.

Infração 02. Neste item, a exigência é relativa ao ICMS – antecipação parcial, não recolhido ou recolhido a menor, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para comercialização.

Analizando o levantamento fiscal da antecipação parcial que fundamenta este item, acostado ao processo às fls. 13 a 19; 24 a 30; 35 a 41, verifico que se encontram discriminados os números dos documentos fiscais, a unidade federativa de origem, o valor da operação, o valor do débito fiscal, o valor do crédito fiscal, o total da antecipação parcial devida, e deduzido os valores comprovadamente recolhidos, resultando nos valores que foram lançados no demonstrativo de débito.

A autuação está fundamentada no artigo 352-A, que foi inserido no RICMS/Ba por intermédio da Lei Estadual nº 8.967/03, vigente a partir de 01/03/2004, acrescentando o art. 12-A à Lei nº 7.014/96, que têm as seguintes redações:

...

A base de cálculo está prevista no inciso IX do artigo 61, do RICMS/97, que rezam in verbis:

Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:

(...)

IX - em relação à antecipação parcial do imposto, estabelecida no art. 352-A, o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição, observado o disposto no § 8º.

Portanto, com fundamento nos citados dispositivos legais, não assiste razão ao autuado no sentido de que não deve ser incluído o IPI para fins de cálculo da antecipação parcial, estando correta os valores da base de cálculo consignadas no levantamento fiscal, e o autuado não apresentou qualquer prova em sentido contrário, nem que a operação realizada nas notas fiscais configurou fato gerador de dois tributos.

Na defesa fiscal o patrono do autuado arguiu a nulidade da autuação, com base no argumento de que em nenhum mês a empresa deixou de pagar o ICMS por antecipação parcial, e por isso, considerou descabida a acusação fiscal de ter deixado de recolher o ICMS, pelo fato de que o levantamento que consubstancia a infração consigna um suposto recolhimento a menor e nunca falta de recolhimento. Não apresentou qualquer elemento de prova no sentido que os valores foram efetivamente recolhidos na forma regulamentar.

Além disso, alegou que não reconhece as notas fiscais consignadas no levantamento referente à antecipação parcial. Apesar de não existir no processo cópias delas, mesmo assim, tendo em vista que as mesmas foram obtidas diretamente do autuado, para elidir de modo válido o trabalho fiscal, deveria o autuado ter indicado e comprovado quais os documentos fiscais indevidos, pois nos DAE's juntados na defesa constam os números das mesmas notas fiscais. Sobre tais DAE's, cumpre observar que todos eles foram considerados no levantamento fiscal.

Restando caracterizada a infração, resta agora examinar a questão argüida na defesa de que houve erro no percentual da multa pelo descumprimento da obrigação principal que foi aplicada.

No tocante a multa aplicada, tem razão o autuado em sua ponderação, pois, conforme dito acima, a obrigatoriedade no recolhimento do ICMS, a título de antecipação parcial, sobre as aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, entrou em vigor a partir de 01/03/2004, através do artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, acrescentado pela Lei nº 8.967/03.

A redação original, com efeitos até 27/11/2007, do § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, era: "§ 1º No caso de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas que, comprovadamente, houver recolhido o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea "d" do inciso II."

Portanto, à época dos fatos geradores relativos aos meses de janeiro de 2006 a setembro de 2007, não obstante a obrigação de antecipar o imposto sobre as aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, a falta de pagamento da antecipação parcial do ICMS não era tipificada como infração à legislação tributária, o que somente veio a ocorrer a partir da vigência da Lei nº 10.847, de 27/11/2007, ou seja, efeitos a partir de 28/11/2007, não sendo devido sua aplicação de forma retroativa, a teor do artigo 106, inciso I, do Código Tributário Nacional – CTN.

Contudo, verifico pelo que foi comentado acima, que a multa lançada neste item da autuação, para punir o descumprimento da obrigação acessória de não recolher tempestivamente a antecipação parcial, constante do art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96, não era prevista nos meses citados. A redação atual da alínea "d", do inciso II do caput do art. 42 foi dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, efeitos a partir de 28/11/07. A redação anterior era "d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, nas hipóteses regulamentares; ", e portanto, não contemplava a hipótese de "antecipação parcial".

Quanto a jurisprudência citada defesa, verifico que não se aplica ao caso em comento.

Desta forma, fica mantido o percentual da multa de 60%, mediante o enquadramento no artigo 42, inciso II, "d.", da Lei nº 7.014/96.

Infração 03. Com relação este item, a acusação fiscal é de que o contribuinte "deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos na legislação, com informações das operações ou prestações realizadas, no formato e padrão estabelecido na legislação (Convênio ICMS 57/95), gerado através do Programa SINTEGRA, referente aos exercícios de 2006 e 2008, sendo aplicada a multa no valor de R\$39.468,01, equivalente a 1% sobre o montante das saídas mensais, conforme intimações às fls.42 a 43.

Portanto, o motivo determinante para a aplicação da multa foi o descumprimento de obrigação acessória relativa ao fato de que o contribuinte deixou atender às intimações constantes às fls.42 e 43, para fornecer arquivo em meio magnético, completos, com informações das operações ou prestações realizadas.

De acordo com a legislação do ICMS, a qual recepcionou o disposto no Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, é obrigado a apresentar, quando solicitado, a documentação minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição, gabarito de registro ("layout) dos arquivos, listagem dos programas e as alterações ocorridas no exercício de apuração, relativamente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias ou das prestações realizadas, inclusive o inventário das mercadorias, produtos, matérias primas e embalagens (art. 685, combinado com os arts. 708-A e 708-B, do RICMS/97).

O art. 708-B estabelece 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 arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria.

Assim, todos os contribuintes autorizados ao uso de SEPD, exceto os autorizados somente para escrituração do livro Registro de Inventário, estão obrigados a entregar o arquivo magnético contendo os dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário nos meses em que este for realizado. O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético chancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.

Saliente que conforme disposto no art. 708-A, § 6º do RICMS/BA, a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, ou seja, a apresentação dos arquivos magnéticos sem conter todos os registros caracteriza a falta de sua apresentação, tendo em vista a natureza condicional do seu recebimento, sujeitando o contribuinte à correção posterior das inconsistências acaso verificadas.

No presente caso, compulsando as peças processuais que instruem este item, verifico que o autuado foi intimado por duas vezes a apresentar o arquivo magnético, conforme intimações às fls.42 e 43, sendo concedido o prazo de 05 (cinco) dias estabelecido no art. 708-B do RICMS/97, e não atendeu ao pedido da fiscalização no prazo estipulado.

Na peça defensiva o autuado alegou que a intimação para apresentação de arquivos magnéticos, não atendeu ao disposto no § 3º do art. 708-B do RICMS, devendo ser única e específica. Não acolho esta alegação, pois no caso presente foi aplicada a multa pela falta de apresentação do arquivo magnético e não a sua apresentação com inconsistências.

Logo, conforme consta na descrição dos fatos no corpo do Auto de Infração, a autuação obedeceu ao devido processo legal, pois, está precedida de intimação expedida ao contribuinte para apresentação de informação em meio magnético no prazo estipulado no art.708-B acima transcrito.

Nestas circunstâncias, observo que a ação fiscal atendeu ao disposto no artigo 708-B do RICMS/97, pois restou caracterizada a não entrega do arquivo magnético, fato inclusive não negado pelo sujeito passivo, e por isso, ao contrário do entendimento do autuado de que a multa deve ser de R\$ 1.380,00, entendo que foi correta a aplicação e o cálculo da penalidade indicada no presente Auto de Infração, por está prevista no art. 42, XIII-A, “g” e “j”, da Lei nº 7.014/96, para os anos de 2006 a 2008, respectivamente.

Com relação ao argumento defensivo de que a multa é confiscatória, a mesma está prevista no dispositivo acima transcrito, portanto é legal. Também não pode ser acatado o pedido de sua exclusão, visto que a penalidade imposta está vinculada à infração cometida, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Quanto a data do fato gerador, seguindo a jurisprudência do CONSEF, deve ser o primeiro dia útil subsequente ao término do prazo consignado para apresentação do arquivo magnético, no caso, para a data em que venceu o prazo concedido na última intimação (fl.43), 04/05/2010, ou seja, cinco dias após a data da ciência da mesma que ocorreu em 28/04/2010.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls.585/601) o recorrente reitera as preliminares de nulidades das três infrações, em especial as infrações 1 e 3, apresentando os seguintes argumentos.

A infração 1 descreve “deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios” e registrado na descrição dos fatos que “foi detectado lançamento indevido de crédito de ICMS, na coluna outros créditos dos livros de apuração (...).”

Argumenta que a acusação indica ter omitido de pagar imposto apurado na sua própria escrita fiscal e não está claro o que tem a ver com a descrição dos fatos, que se reporta a “lançamento indevido de crédito fiscal” que seria outra acusação e excludentes da primeira e não sabe de que acusação deve se defender, ficando prejudicada sua defesa, nos termos do art. 2º do RPAF/BA.

Alega, ainda, que além de não guardar pertinência com omissão de pagamento ou créditos indevidos, o refazimento da conta corrente fiscal da empresa foi feito “com valores dos quais não se sabe a origem, muito provavelmente capturados pelos sistemas de computação SAFA e SINTEGRA, mas sem nenhum respaldo documental no processo”.

Transcreve a ementa do Acórdão CJF Nº 0083-11/09 para reforçar o pedido de nulidade “*por insegurança na determinação da infração e cerceio ao direito de defesa do contribuinte, na medida em que a descrição da infração é diversa do que realmente se exige do contribuinte*”.

Relativamente à infração 2, destaca que acusa “*deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial...*”, porém o demonstrativo “*Levantamento Fiscal de Antecipação Parcial*”, contém três colunas: ICMS A RECOLHER, ICMS RECOLHIDO e DIFERENÇA A RECOLHER.

Ressalta que a empresa não deixou de pagar o ICMS por antecipação parcial em nenhum mês e não pode ser acusada de ter “*DEIXADO*” de recolher o imposto, visto que o levantamento fiscal consigna um suposto RECOLHIMENTO A MENOR e não FALTA DE RECOLHIMENTO.

Também que “*não reconhece as notas fiscais designadas nos levantamentos referentes à antecipação parcial*” visto que, conforme DAEs ora anexados, TODAS as operações de aquisição interestadual de mercadorias para revenda tiveram o imposto por antecipação parcial pago, “*efetuados nos postos fiscais de fronteira, pelos próprios agentes de plantão*” visto que não estava credenciada a realizar posteriormente o pagamento do ICMS antecipação parcial.

Pondera que a infração 2 é nula, “*seja porque a acusação é de falta de recolhimento, enquanto o demonstrativo designa recolhimento a menor; seja porque baseada em notas fiscais fictícias, de cujos supostos negócios a empresa defendante não fez parte*”.

Transcreve texto de doutrinadores, art. 333 do CPC e Decisão contida no Acórdão JJF 0395/02-09, art. 5º, LIV da CF 88, para reforçar seu posicionamento de que o ônus da prova cabe a quem acusa.

Relativamente à infração 3, que acusa “*deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação*”, argumenta que, nos termos do art. 708-B, § 3º do RICMS/97:

- a) a intimação deveria ser específica e acompanhada de uma listagem de inconsistências para serem corrigidas, o que inquia de nulidade por não ter obedecido ao devido processo legal;
- b) as datas de ocorrências entre 31/12/07 e 31/12/08 foram capituladas no art. 42, XIII-A, “j” da Lei 7.014/96 que estabelece valor de R\$1.380,00, mas foi exigido valor correspondente a 1% do valor das saídas, o que ficou sem saber do que se defender, visto que o porcentual de 1% é previsto na alínea “i”.

No mérito, com relação à infração 2, alega que as aquisições de mercadoria para revenda tiveram o pagamento do ICMS antecipação parcial e, se porventura alguma entrada ocorreu sem o seu pagamento, a mesma foi devidamente tributada no momento da saída, o que pode ser verificado nos seus livros fiscais.

Argumenta que a exigência do imposto implica em “*excesso de exação e / ou bitributação*” e que neste caso cabe apenas a aplicação da multa prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96, porém como não se aplica a fatos anteriores à vigência da Lei nº 10.847, de 27/11/2007, deve ser aplicada apenas aos fatos geradores posteriores contidos no período fiscalizado.

Aduz que, de acordo com o disposto no art. 155, §2º, XI da CF 88, não se inclui na base de cálculo do ICMS o valor do IPI que incidir sobre a operação quando esta for fato gerador dos dois impostos, seja realizada entre contribuintes e envolva produtos destinados à industrialização ou à comercialização, o que é reproduzido no art. 13, §2º da LC 87/96.

Cita no Recurso Voluntário Decisões administrativas e judiciais (Ap. Civ. 239.598-2/2, 18a TJ/SP, 28/11/9; RE 170412/SP, bem como a doutrina “em afirmar que é inconstitucional a previsão de inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS quando o preceito constitucional proíbe”.

No tocante à infração 3, apesar do erro de aplicar multa limitada a um por cento do valor das operações de saídas, em virtude de “*divergências apuradas nos arquivos magnéticos enviados à fiscalização*”, resultou em quantia excessiva e desproporcional que compromete a continuidade da empresa. Ressalta que a autuação restringe-se à penalidade por suposto descumprimento de obrigação acessória, “*não havendo qualquer cobrança de débito decorrente de obrigação principal*” e irregularidade supostamente encontrada não resultou de ato intencional.

Atenta que o Estado não pode utilizar-se de aplicação de multa decorrente de obrigações acessórias com fins arrecadatórios e requer o seu abrandamento, em conformidade com o disposto no § 7º do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, tendo em vista que a infração não implica em prática de forma dolosa, nem falta de recolhimento do tributo, bem como na presente autuação não há acusações de infrações praticadas com dolo, fraude ou simulação.

Transcreve decisões de julgados pelo CONSEF/BA em casos semelhantes (Acórdãos CJF 0542-12/06; CJF 0206-12/05 e JJF 0186-01/02), para que possam servir de parâmetro para a situação em exame e, ao teor do art. 158 do RPAF, cancelando ou reduzindo a multa para o patamar de R\$50,00.

Por fim, requer que as intimações sejam encaminhadas para o patrono do autuado, realização de diligência pela ASTEC/CONSEF para provar suas alegações, protesta pela produção de todos os meios de prova admitidos em direito, a nulidade ou improcedência do Auto de Infração e, se assim não atendido, pede a redução da multa da infração 3 para R\$50,00.

A PGE/PROFIS exarou parecer às fls. 611/612, afirmando que em relação às infrações 1, 2 e 3 não foi apresentado no recurso interposto qualquer elemento novo que merecesse reparo a decisão da primeira instância e opinou pelo improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

No Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 2ª JJF a empresa reiterou as preliminares de nulidades das três infrações que foram suscitadas quando da apresentação da defesa.

Com relação à infração 1 argumentou que a acusação é de que “*deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios*” e na descrição dos fatos que “*foi detectado lançamento indevido de crédito de ICMS, na coluna outros créditos dos livros de apuração (...)*”, e que tal fato dificultou, prejudicou e cerceou o seu direito de defesa.

Verifico que, conforme apreciado pelo julgador da primeira instância, a fiscalização refez o conta corrente fiscal, conforme planilhas às fls. 09/12; 20/23 e 31/34, nas quais foram compilados os dados constatantes dos lançamentos do livro RAICMS, excluindo valores registrados a exemplo de título de “parcelamento” (fl. 52), “crédito de ICMS filial 05” (fl. 56). Portanto, ao contrário do que foi alegado a acusação está correta (falta de recolhimento do imposto relativo a operações escrituradas) diante da complementação da descrição dos fatos de que foram excluídos os valores de “outros créditos” escriturados e não comprovados.

Como os valores que foram exclusos nas planilhas elaboradas pela fiscalização e fornecidas à empresa contêm dados registrados nos seus livros fiscais pela própria empresa, é compreensível a acusação, e não ocorreu qualquer prejuízo ou dificuldade que implicasse em cerceamento do direito de defesa como alegou. Também, não pode ser acolhido o argumento de que teria ocorrido lançamento de crédito indevido ou de valores capturados pelos sistemas de computação SAFA e SINTEGRA. Ou seja, os lançamentos que foram exclusos do conta corrente (outros créditos) estavam registrados no livro RAICMS e para formular a sua defesa bastava que a empresa apresentasse os documentos comprobatórios que são de sua posse e que deram suporte aos lançamentos realizados pela empresa. Assim sendo, fica rejeitada a nulidade suscitada da infração 1.

Suscitou a nulidade da infração 2, alegando que acusa “*deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial...*” e o demonstrativo indica colunas: ICMS A RECOLHER, ICMS RECOLHIDO e DIFERENÇA A RECOLHER, implicando em suposto RECOLHIMENTO A MENOR e não FALTA DE RECOLHIMENTO. Também, como apreciado na Decisão recorrida, “*o fato do levantamento fiscal da infração 02 ter apurado recolhimentos a menos do imposto, e a acusação fiscal se referir a falta de recolhimento do imposto, não é motivo para nulidade do lançamento, pois ter recolhido a menos se configura como falta de recolhimento, e este fato não causou*

qualquer prejuízo à defesa, inclusive o defendente tanto entendeu a infração como juntou DAE's em sua peça defensiva" para tentar comprovar o recolhimento em alguns meses.

Observo que os demonstrativos elaborados pela fiscalização e entregues ao autuado, relacionam as notas fiscais, fornecedores, base de cálculo, apuração do imposto devido e deduzidos os valores quando recolhidos pela empresa (fls.13/19; 24/30 e 35/41). O fato de ter sido indicado na descrição da infração de falta de recolhimento do imposto, o que de fato ocorreu em alguns meses (vide fl. 14) não impediu que a empresa formulasse sua defesa, visto que os demonstrativos foram elaborados com base nos documentos fiscais apresentados por ela mesma.

No que tange ao questionamento da apuração da base de cálculo e o percentual da multa, será apreciado quando do exame do mérito.

Relativamente à infração 3, que acusa "*deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação*", o recorrente argumentou que nos termos do art. 708-B, § 3º do RICMS/97:

- a) a intimação deveria ser específica e acompanhada de uma listagem de inconsistências para serem corrigidas o que inquia de nulidade por não ter obedecido ao devido processo legal;
- b) as datas de ocorrências entre 31/12/07 e 31/12/08 foram capituladas no art. 42, XIII-A, "j" da Lei 7.014/96 que estabelece valor de R\$1.380,00, mas foi exigido valor correspondente a 1% do valor das saídas, o que ficou sem saber do que se defender, visto que o porcentual de 1% é previsto na alínea "i".

Inicialmente, ressalto que, embora a nulidade suscitada esteja mais voltada para o exame do mérito, será apreciada quanto ao caráter da obediência do devido processo legal.

Quanto ao primeiro argumento, verifico que, conforme documentos juntados às fls. 42 a 43, a empresa foi intimada em 18/11/09 e 28/04/10 para apresentar o "*Arquivo SINTEGRA contendo os registros 54, 60R e 61R*" no prazo de cinco dias, relativo aos exercícios de 2006, 2007 e 2008 e por não ter apresentado foi aplicada a multa de 1% sobre o valor das saídas.

De acordo com o disposto nos artigos 686 e 708-A do RICMS/BA, o contribuinte do ICMS usuário de SEPD deve ao fim de cada mês produzir os arquivos magnéticos e fazer a entrega à SEFAZ nos prazos estabelecidos nos incisos I a IV do mesmo dispositivo legal e manter os arquivos guardados para a qualquer momento poder fornecer ao fisco quando intimado.

Por sua vez, o art. 708-B estabelece que:

Art. 708-B. 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.

Portanto, não há previsão de "*intimação específica e acompanhada de uma listagem de inconsistências para serem corrigidas*" quando a mesma se referir a entrega dos arquivos magnéticos. A intimação específica só deve ser feita quando o contribuinte fizer a entrega do arquivo magnético e o mesmo não atenda às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte à correção posterior das inconsistências verificadas, conforme disposto no parágrafo 6º do art. 708-B.

Concluo que a intimação que não foi atendida e culminou na aplicação da multa foi feita de acordo com o que determina a legislação do ICMS, obedecido ao devido processo legal.

No tocante ao segundo argumento de que ficou sem saber do que se defender diante da capitulação na alínea "j" do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 que no seu entendimento prevê valor fixo de R\$1.380,00 e não de 1% sobre as entradas ou saídas do período, verifico que este inciso da Lei sofreu diversas alterações no período fiscalizado, tanto que na capitulação foi indicada para o exercício de 2006 a alínea "g" e para os exercícios de 2007 e 2008 a alínea "j".

Para facilitar sua interpretação, transcrevo abaixo estes dispositivos com os períodos de vigência.

A redação dada pela Lei nº 9.430/05, com efeitos de 11/02/05 a 27/11/07 estabelecia multa de:

g) 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;"

Já a redação atual dada pela Lei nº 10.847/07, com efeitos a partir de 28/11/07, determina que:

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;

Pelo acima exposto, a redação dada pela Lei nº 9.430/05 da alínea “g” do citado inciso, estabelecia que para o exercício de 2006 deveria ser aplicada a multa de 1% do valor das saídas das mercadorias, em caso de não fornecimento do arquivo magnético. Já a redação dada pela Lei nº 10.847/07 prevê a aplicação de uma penalidade fixa de R\$1.380,00 pela falta de entrega dos arquivos no prazo regulamentar (art. 708-A do RICMS/97) e, cumulativamente, multa de 1% sobre o valor das saídas das mercadorias, em caso de falta de entrega dos arquivos mediante intimação (art. 708-B do RICMS/97).

Dessa forma, não tendo sido aplicada a multa fixa (R\$1.380,00) e sim a variável de 1%, tal procedimento está amparado no que determina a legislação tributária, não sendo cabível a nulidade suscitada de que não soube do que deveria se defender.

Também, indefiro o pedido de realização de diligência com finalidade de provar suas alegações, nos termos do art. 147, I, “b” tendo em vista que o pedido formulado objetiva verificar fatos e documentos vinculados à sua escrita fiscal e contábil que são de posse do estabelecimento autuado e que poderiam ser carreadas ao processo.

No mérito, relativamente à infração 2, o recorrente alegou que caso tenha deixado de recolher o ICMS antecipação parcial relativo à entrada de alguma mercadoria, a mesma foi tributada no momento da saída, cabendo apenas a aplicação da multa prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, porém, como não se aplica a fatos anteriores à vigência da Lei nº 10.847, de 27/11/2007, deve ser aplicada apenas aos fatos geradores posteriores contidos no período fiscalizado.

Com relação ao argumento de que o ICMS antecipação parcial não recolhido no momento da entrada foi recolhido no momento da saída das mercadorias, não pode ser acatado, visto que nenhuma prova neste sentido foi juntada com o Recurso interposto, e a juntada com a defesa dos livros de Registro de Saída e RAICMS não constituem provas suficientes de que as mercadorias objeto da autuação tenham sido tributadas nas operações de saída. Ressalto que neste caso, o valor histórico da diferença de alíquota ora exigido pode ser lançado a crédito pelo pagamento do Auto de Infração, o que resulta em ônus da multa de 60% como requer o autuado.

Quanto à alegação de que não poderia ser incluído o valor do IPI na base de cálculo do imposto exigido, verifico que, conforme disposto no art. 12-A da Lei 7.014/96, a base de cálculo na apuração do ICMS antecipação parcial é a prevista no art. 23, III da citada Lei que estabelece: “*em relação à antecipação parcial do imposto, estabelecida no art. 12-A, o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição*”. Portanto, o imposto foi apurado no lançamento como determina a legislação tributária e está correto. Quanto ao questionamento da constitucionalidade da legislação estadual, observo que, conforme disposto no art. 167, I do RPAF/BA, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Por fim, quanto ao argumento de que não havia previsão legal para aplicar a multa prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96 antes da edição da Lei nº 10.847/07, não assiste razão ao recorrente.

Neste caso, em se tratando de exigência de ICMS antecipação parcial, a multa proposta pelo autuante relativa aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro/06 a novembro/07 deve ser reenquadrada para o inciso II, “f”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 (*quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal*). Este posicionamento vem sendo adotado em decisões prevalentes deste Conselho de Fazenda, a exemplo do Acórdão CJF 239-11/10.

Para os fatos geradores ocorridos a partir de dezembro/07 deve ser mantida a prevista na alínea “d” do mesmo dispositivo e diploma legal, como originariamente proposta pelo autuante, posto que após a edição da Lei nº 10.847/07, que alterou a Lei nº 7.014/96, foi incluída na alínea “d” a expressão: “... *inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares*”.

No tocante à infração 3, conforme apreciado nas preliminares de nulidades, não foi trazido ao processo tanto na defesa quanto no Recurso Voluntário interposto qualquer prova de que os arquivos magnéticos foram entregues, mesmo quando intimado e, neste caso, cabível a aplicação da multa de 1% sobre o valor das saídas, previsto no art. 42, XIII-A, alíneas “g” e “j” da Lei nº 7.014/96 a depender do período de ocorrência dos fatos geradores.

Quanto ao pedido de redução da multa para o valor de R\$50,00, sob a alegação de que o descumprimento de obrigação acessória não resultou em “*qualquer cobrança de débito decorrente de obrigação principal*” não pode ser acatado, tendo em vista que, ao contrário do que foi afirmado, no presente lançamento que foram apuradas na infração 1, falta de recolhimento do ICMS apurado no conta corrente fiscal e na infração 2, falta de recolhimento ou recolhimento a menos da antecipação parcial, irregularidades que poderiam ter sido constatadas, caso fossem entregues regularmente os arquivos magnéticos nos prazos estabelecidos pela legislação do imposto.

Assim sendo, o pedido da redução da multa não atende às restrições impostas no § 7º do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, motivo pelo qual não acolho o pedido do recorrente. Infração procedente.

Pelo exposto, está correta a Decisão da primeira instância e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº233080.0404/10-8, lavrado contra **DJR COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA. (CENTER MÓVEIS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$355.784,50**, acrescido das multas de 50% sobre R\$306.172,64 e 60% sobre R\$49.611,86, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$39.468,01**, prevista no inciso XIII-A, alínea “j”, do citado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios, conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS