

A. I. Nº - 232957.0002/12-3
AUTUADO - MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO ZENEL LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ANTONIO ALVES NUNES
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
INTERNET 29.08.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0237-05/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Utilizou crédito fiscal de ICMS referente mercadoria com pagamento de imposto por substituição tributária. Infração caracterizada. **b) FALTA DE DESTAQUE DO IMPOSTO NO DOCUMENTO FISCAL.** Utilizou crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado no documento fiscal. Comprovado tratar-se de transferência interna, cujo estabelecimento emitente se debitou do imposto. Cabível penalidade por descumprimento de obrigação acessória. Item subsistente em parte. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA CONSUMO DO ESTABELECIMENTO.** É devido o pagamento da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo fixo e para materiais para consumo próprio pelo estabelecimento. Infração subsistente. **3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA.** Forneceu arquivo(s) magnético(s) fora do prazo previsto pela legislação (art. 708-A, RICMS BA). Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/03/2012, constitui crédito tributário no valor de R\$ 18.810,92, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquiridas(s) com pagamento de imposto por substituição tributária, no mês de dezembro de 2010, implicando em um recolhimento a menor de ICMS de R\$512,84.

INFRAÇÃO 2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento(s) fiscal(is), no mês de outubro de 2011, implicando em um recolhimento a menor de ICMS de R\$351,90.

INFRAÇÃO 3. 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 em agosto de 2010. Lançado ICMS no valor de R\$6,18.

INFRAÇÃO 4. Forneceu arquivo(s) magnético(s) fora dos prazos previstos pela legislação, enviado(s) via Internet através do programa Validador/Sintegra, correspondente aos meses de setembro de 2009 a setembro de 2010. Multa lançada no valor de R\$17.940,00.

O autuado apresenta suas razões de defesa às fls. 29 a 30, alegando, inicialmente, a sua tempestividade e diz que se trata de uma empresa que tem como atividade o comércio varejista de materiais de construção, nos termos que passo a expor:

Na infração 1, o valor lançado é de R\$ 512,84, quando o correto seria de R\$ 367,91. Diz que na Nota Fiscal nº 26724, os oito primeiros produtos são totalmente tributados e transfere o crédito de R\$144,93 que não foi observado pelo autuante.

Na infração 2, consta exigência no o valor de R\$ 351,90, por não constar na Nota Fiscal o valor do crédito destacado. Alega que a operação foi de “Transferência” de uma filial pra outra e destaca que, apesar de na hora de emitir a Nota Fiscal o funcionário ter se equivocado no destaque do ICMS, o seu registro foi feito de forma correta, corrigindo o erro da emissão, registrando a transferência de forma correta, debitando o ICMS correspondente, conforme prova o livro Registro de Saídas da Filial 02 anexado à fl. 33. Complementa, chamando a atenção dos julgadores, dizendo que, se a empresa que transferiu se debitou do ICMS é lícito que a empresa que recebeu a transferência também se credite, é o que estabelece a lei.

Na infração 4, alega que é improcedente a multa aplicada. Primeiro porque a empresa não foi intimada para apresentação dos arquivos como determinam os artigos de enquadramento da multa descrito pelo autuante. Diz que deixou de fazê-lo não por dolo ou fraude, mas, por não ter iniciado suas atividades comerciais de compra e venda e não julgar necessário seu envio em branco. Segundo, porque a multa aplicada pelo autuante diverge de sua própria autuação na Matriz Auto de Infração nº 292957.0001/12-7, infração 08-15.12.19, que é aplicada a multa de R\$ 1.380,00 por cada ação fiscal e não pelo número de arquivos omitidos.

Conclui requerendo a improcedência parcial do referido auto de infração, precisamente das Infrações 1, 2 e 4, por ser de inteira justiça.

O autuante presta Informação Fiscal, às fls.41/43, dizendo discordar totalmente da impugnação apresentada pela autuada em relação às infrações 1, 2 e 4. Quanto à infração 3 diz que foi acatada pelo autuado.

Em relação à infração 1, relativo à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS proveniente de mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição, diz que os oito primeiros produtos da Nota Fiscal nº 26724 são totalmente tributados e transfere o crédito de R\$144,93. Neste caso concorda totalmente com os argumentos da defesa. Entretanto, em relação aos itens seguintes da referida nota fiscal, que se relaciona a mercadorias (lâmpadas) no valor total de R\$3.016,65, com ICMS retido na modalidade de substituição tributária e destacado no documento fiscal, diz que não dá, ao Contribuinte Autuado, o direito a utilização do seu crédito. Alega que, como pode facilmente comprovado através da Nota Fiscal nº 26724 (fls. 11/12), o ICMS da operação própria destacado corresponde a R\$657,75, foi equivocadamente aproveitado como crédito fiscal pelo autuado no livro fiscal próprio (fl. 15), quando o correto seria apenas R\$144,91, referente ao ICMS dos primeiros oito itens de mercadorias tributadas. Conclui, dizendo que foi exigido na infração 1 o valor do crédito fiscal indevido originário de mercadorias da substituição tributária no valor de R\$3.016,65, alíquota aplicada de 17%, resultando num crédito a maior de R\$512,84.

Quanto à infração 2, utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a imposto não destacado em documento fiscal, o Fiscal Autuante de diz que o autuado afirma que a utilização do crédito no valor de R\$351,90, não é indevida porque se refere a uma operação de transferência de mercadoria de uma filial para outra. Alega que o autuado confessa que na hora de emitir a nota fiscal o funcionário se equivocou no destaque de ICMS. Diz ainda, que o autuado alega que, se a empresa que transferiu a mercadoria se debitou do ICMS é lícito que a empresa que recebeu a mercadoria transferida se credite. Destaca, então, o autuante que a manifestação do autuado não encontra guarida na Lei nº 7.014/96, tampouco no Decreto nº 6.284/97. Diz que é inadmissível o aproveitamento do crédito de ICMS quando não estiver destacado no documento fiscal de origem. Na Nota Fiscal nº 710 (fl. 14) é evidente a inexistência de crédito de ICMS, salvo um valor

destacado a lápis pela empresa destinatária das mercadorias, alega o autuante. Conclui, então, destacando que não importa se as mercadorias foram transferidas de outro estabelecimento matriz para uma filial. Para que haja o direito ao crédito fiscal, diz o autuante, é obrigatório que o valor do ICMS esteja inserido pelo remetente das mercadorias no documento fiscal sem emendas ou rasuras.

No tocante à infração 4, relativa ao fornecimento de arquivos magnéticos fora dos prazos previstos pela legislação, enviados via Internet através de programa Validador/SINTEGRA, quanto à argumentação da autuada de que improcede a exigência da multa aplicada porque não foi intimada para apresentação dos arquivos, bem como a afirmação da autuada de que deixou de cumprir com a obrigação acessória não por dolo ou fraude, mas por não ter iniciado suas atividades comerciais de compra e venda e não julgar necessário seu envio em branco; diz o Fiscal Autuante que, nenhuma pessoa física ou jurídica, está acima da Lei. Complementa afirmando o que se observa nas frágeis argumentações do autuado é que se acha a exceção à regra geral, ou seja, somente a ele foi outorgada a prerrogativa de não enviar ou deixar de enviar os arquivos e de julgar, quando lhe for conveniente, definir a data de envio dos arquivos magnéticos.

Aduz o autuante que a legislação não deixa nenhuma dúvida quando determina que seja exigida a multa de R\$1.380,00 pela falta de entrega de arquivos magnéticos nos prazos previstos em cada período de apuração. Cita o art. 708-A, inciso I, do RICMS/BA. Diz que a empresa foi efetivamente intimada a apresentar no prazo de 05(cinco) dias úteis os arquivos magnéticos previsto no Convênio ICMS 57/95, conforme cópia da intimação à fl.08. Conclui destacando que pode facilmente constatar que o descumprimento da obrigação acessória ocorreu nos meses de setembro de 2009 a setembro de 2010, conforme documentos fls.19/25, correspondendo a 13 meses, que multiplicados pela multa fixa de R\$1.380,00 por mês perfaz o montante de R\$17.940,00.

Pelas razões e argumentos expostos, pede pela manutenção do auto de infração no valor histórico de R\$18.810,92, por consistir de inteira Justiça.

VOTO

Verifico que foi imputado ao contribuinte autuado o cometimento de 4 (quatro) infrações, sendo as infrações 1, 2 e 4 combatidas. A infração 3 é acatada pelo autuado e diz respeito à falta de recolhimento de 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, em agosto de 2010, relativo à Nota Fiscal nº 659929 (fl.17). Em consequência, subsiste a infração 3 pelo reconhecimento tácito do sujeito passivo.

A Infração 1 versa sobre a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, no mês de dezembro de 2010, através da Nota Fiscal nº 26724 (fls. 11/12), implicando em um recolhimento a menor de ICMS de R\$512,84. O autuado não objeta sobre o mérito da autuação e, sim, sobre o valor da acusação da utilização do crédito fiscal indevido, destacando que o valor cobrado pelo autuante é de R\$512,84, quando o correto é de R\$367,91, já que os primeiros 08(oito) produtos que compõem a nota fiscal são produtos tributados e transfere o crédito de R\$144,93 que não foi observado pelo autuante.

O autuado diz que os 08 (oito) primeiro produtos que compõem a Nota Fiscal nº 26724 são tributados e transfere crédito de R\$144,93. Ocorre que o ICMS de operações próprias, destacado na nota fiscal é de R\$657,75 e foi equivocadamente aproveitado no livro fiscal próprio (fl. 15) em sua totalidade, quando o correto seria apenas R\$144,91. O que se está exigindo na infração 1 é o valor do crédito fiscal indevido originário de mercadorias da substituição tributária no valor de R\$3.016,65, constante da referida nota, onde aplicando a alíquota de 17%, resulta num crédito a maior de R\$512,84.

A análise dos itens de mercadorias constante da Nota Fiscal nº 26724 indica que são lâmpadas e estão sob o instituto da Substituição Tributária, com tal o contribuinte é vedado ao contribuinte creditar-se do imposto relativo a aquisição de mercadorias, quando essa operação de aquisição tiver sido efetuada com pagamento do imposto por substituição tributária na forma do art. 97, inciso IV, alínea “b” do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Infração caracterizada.

A infração 2 versa sobre a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado na Nota Fiscal nº 000710, de emissão de sua unidade estabelecida na Cidade de Conceição do Coité (BA), inscrição estadual 26.409.289, com natureza de operação de transferência (CFOP-5152), para sua unidade estabelecida na Cidade de Serrinha (BA), inscrição estadual 78.284.672, instituição autuada. Alega o Contribuinte Autuado que, na hora de emitir a nota fiscal (fl. 14), o funcionário da unidade estabelecida na Cidade de Conceição do Coité (BA) deixou de registrar o destaque do ICMS no campo próprio, porém foi efetuado o seu registro no livro fiscal competente de forma correta, debitando o ICMS devido no LRS (fl.33). Complementa, então, dizendo que, se a unidade que transferiu se debitou do ICMS é lícito que a empresa que recebeu a transferência das mercadorias, unidade autuada, se credite.

O Fiscal Autuante alega que o autuado confessa que na hora de emitir a nota fiscal o funcionário equivocou no destaque do ICMS. Assim, destaca que a manifestação de defesa do autuado não encontra guarida na legislação do ICMS, mais especificamente na Lei nº 7.014/96 do ICMS, tampouco no Decreto nº 6.284/97 que aprova o RICMS. Diz que a lei não permite o aproveitamento do crédito de ICMS quando não estiver destacado no documento fiscal de origem.

A análise das peças processuais indica o enquadramento da autuação no § 4º do art. 93 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Diz o § 4º, quando o imposto não estiver destacado no documento fiscal, que é o caso em questão, a utilização do crédito fiscal não destacado ficará condicionada à regularização mediante emissão de documento fiscal complementar pelo remetente. É fato que não houve nenhuma emissão de documento fiscal complementar de regularização do erro pela unidade estabelecida na Cidade de Conceição do Coité (BA), inscrição estadual 26.409.289, que efetivamente efetuou a transferência das mercadorias objeto da autuação. Poderia, por exemplo, ter emitido uma nota fiscal destacando apenas o ICMS, no que preceitua a legislação, o que não o fez.

Não obstante a falta de emissão de documento fiscal complementar de regularização da operação, o Contribuinte Autuado demonstra com efetividade de que, em que pese tenha cometido o erro material de não ter grafado na Nota Fiscal o destaque do ICMS, foi lançado no livro Registro de Saída (fl.33) o valor do imposto devido de R\$351,90, demonstrando que debitou o valor correspondente em favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia.

Manter a infração 2, como requer o fiscal autuante, já que o autuado demonstrou documentalmente que houve apenas um erro material de falta de destaque do ICMS na Nota Fiscal nº 000710 de transferência de mercadoria de sua unidade na Cidade Coité para a unidade na Cidade de Serrinha, todas situadas no Estado da Bahia, estaria contribuindo para o descumprimento ao princípio da não-cumulatividade intrínseco do ICMS, que diz que o ICMS será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços, com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado. No caso específico da Nota Fiscal nº 000710 está provado que houve lançamento do ICMS, no livro fiscal próprio, quando da sua emissão pela unidade estabelecida na Cidade Coité. Então é direito da unidade estabelecida na cidade de Serrinha usufruir o crédito do ICMS objeto da operação, mesmo que não tenha havido seu destaque no documento fiscal, quando do recebimento das mercadorias por transferência.

Contudo, nos termos do art. 157 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/1999, verificada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração à obrigação acessória vinculada, o julgador deverá aplicar a multa cabível, julgando a infração parcialmente procedente. No caso específico da infração 2, não

observe subsistência quanto à obrigação principal, porém há o cometimento de infração quanto à obrigação acessória vinculada à imputação. Assim, é cabida a multa de R\$50,00 por descumprimento de obrigação acessória, conforme tipificada no art. 42, inciso XXII da Lei nº 7.014/96. Infração subsistente em parte.

Quanto à infração 4, diz respeito à falta de apresentação de arquivo magnético fora dos prazos previstos pela legislação, enviado via Internet através do programa Validador/SINTEGRA, correspondente aos meses de setembro de 2009 a setembro de 2010. Consta dos autos às fls. 21/24 que o contribuinte enviou a Secretaria da Fazenda no dia 08/11/2011.

Diz o autuado que, além de não ter sido intimado para apresentação dos arquivos como determina a norma, deixou de fazê-lo não por dolo ou fraude, mas, por não ter iniciado suas atividades comerciais de compra e venda e não julgar necessário seu envio em branco. Diz ainda que a multa aplicada pelo autuante diverge de outra autuação, efetuada pelo próprio autuante, na sua Matriz (Auto de Infração nº 292957.0001/12-7), que foi aplicada a multa de R\$ 1.380,00 por cada ação fiscal e não pelo número de arquivos omitidos, como o ocorrido com esta autuação.

Rebate o Fiscal Autuante, dizendo que a autuada foi efetivamente intimada a apresentar no prazo de 05(cinco) dias úteis os arquivos magnéticos previstos no Convênio ICMS 57/95, conforme cópia da intimação à fl. 08. Aduz o autuante que a legislação não deixa nenhuma dúvida quando determina que seja exigida a multa de R\$1.380,00 pela falta de entrega de arquivos magnéticos nos prazos previstos em cada período de apuração. Cita o art. 708-A, inciso I, do RICMS/BA. Conclui destacando que pode facilmente constatar que o descumprimento da obrigação acessória ocorreu nos meses de setembro de 2009 a setembro de 2010, conforme documentos fls. 19/25, o que corresponde a 13 meses de falta de entrega de arquivo magnético, que multiplicados pela multa fixa de R\$1.380,00 por mês perfaz o montante de R\$17.940,00.

Da análise das peças processuais e legislação pertinente à matéria, verifico que o 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, já o art. 708-A do mesmo diploma legal aplica-se à obrigação de fazer a entrega mensal dos arquivos magnéticos, nos prazos regulamentares.

A multa aplicada à infração relacionada com a falta de entrega de informações em arquivo eletrônico está capitulada no inciso XIII-A, art. 42, da Lei nº 7.014/96. No caso em exame, a infração versa sobre o fornecimento dos arquivos magnéticos fora dos prazos previstos pela legislação, enviados via Internet através do programa Validador/SINTEGRA.

Consta nos autos que os arquivos magnéticos, objeto da aplicação da multa na infração 04, relativos aos meses de setembro de 2009 a setembro de 2010, foram todos enviados via Internet através do programa Validador/SINTEGRA em 08/11/2011. O correto era o autuado ter enviado até o dia 15 do mês subsequente, referente ao movimento econômico de cada mês, ou seja, o movimento econômico de setembro de 2009, ter sido enviado, através do programa Validador/SINTEGRA à SEFAZ/BA, mesmo sem movimento, até o dia 15 do mês de outubro de 2009; o movimento de outubro de 2009 até 15 de novembro de 2009, e assim sucessivamente.

A exigência da multa está corretamente capitulada no dispositivo do art. 42, XIII-A, alínea “J”, Lei nº 7.014/96, diz que:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

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

No caso concreto, consoante se observa dos documentos que instruem o presente processo administrativo fiscal, verifico que são atrasos na entrega do movimento econômico de 13(treze) meses, que multiplicados pela multa de R\$1.380,00 correspondente a cada período de apuração, totaliza o montante de R\$17.940,00.

Quanto à necessidade de intimação específica aventada pelo contribuinte para apresentação dos arquivos magnéticos, não logra êxito, pois tal exigência é quando se trata de ocorrência de inconsistência verificada nas informações trazidas pelos próprios arquivos magnéticos ou pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo. Ao apresentar o arquivo magnético com inconsistência, o contribuinte deve ser intimado para corrigi-lo, que não é o caso objeto da infração 4, e sim por falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações do autuado em cada período de apuração do ICMS, conforme previsto na primeira parte do texto normativo.

Considero que o procedimento fiscal da infração 4 foi efetuado com observância dos requisitos estabelecidos na legislação tributária. Entendo, portanto, caracterizada a penalidade imposta pelo descumprimento da obrigação tributária acessória da infração 4.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em tela por restarem integralmente procedentes as infrações 1 3 e 4, e procedente em parte a infração 2. Em consequência, observo que o demonstrativo de débito original deve ser alterado para o seguinte:

| INFRAÇÃO Nº | DECISÃO | IMPOSTO LANÇADO – R\$ | MULTA LANÇADA – R\$ |
|--------------|---------------------|-----------------------|---------------------|
| 1 | Procedente | 512,84 | - |
| 2 | Procedente em Parte | - | 50,00 |
| 3 | Procedente | 6,18 | - |
| 4 | Procedente | - | 17.940,00 |
| Total | | 519,02 | 17.990,00 |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232957.0002/12-3** lavrado contra **MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO ZENEL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$519,02**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$17.990,00**, previstas nos incisos XIII-A, “j” e XXII, do citado diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO –JULGADOR