

PROCESSO - A. I. Nº 120018.0104/10-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PLÁSTICOS BEIJA FLOR LTDA.
RECORRIDOS - PLÁSTICOS BEIJA FLOR LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JJF nº 0156-05/12
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 12/04/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Infração caracterizada 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM DADOS DIVERGENTES DOS DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. A constatação de informações com omissão de operações nos arquivos magnéticos, em relação às registradas no livro de entradas, caracteriza a infração prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “f”, posteriormente, alínea “i” (Lei nº 10.847, efeito a partir de 28/11/07). A intimação feita ao sujeito passivo com equívoco compromete de vício insanável a exigência fiscal. Infração Nula. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Multas de 1% e 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Autuado elide parcialmente as infrações. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário e de Ofício interpostos em face do acórdão em referência que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 30/12/10 para exigir ICMS no valor de R\$ 270.306,47 por imputar 04 infrações, sendo objeto do Recurso do contribuinte apenas a infração 01 e a de ofício, a infração 04, adiante transcritas, a saber:

INFRAÇÃO 1. Recolheu a menor o ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, referente aos meses de novembro e dezembro 2007. Valor R\$ 9.525,93.

INFRAÇÃO 4. Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitada a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas. Exercícios 2007/2008. R\$ 255.794,07.

A 5ª JJF dirimiu o contencioso proferindo Decisão sob estes fundamentos:

“Na primeira infração, o autuado é acusado de recolheu a menor o ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no valor de R\$9.525,93, relativamente aos meses de novembro e dezembro 2007.

Alega o autuado que não houve recolhimento a menos, mas que, na condição de beneficiário do Programa DESENVOLVE, recolhe o imposto na forma estabelecida pelo Decreto nº 8.205/02.

A Auditora Fiscal, a seu tempo, argui que a diferença encontrada não se refere aos valores do programa DESENVOLVE, mas de registro diverso no livro de Apuração de ICMS em confronto com os valores declarados na DMA.

Examinando as peças acostados aos autos, verifiko registrado no RAICMS, fl. 20, relativo ao mês novembro 7, a apuração do saldo R\$ 36.278,23 e mais o valor R\$ 1.815,03 do ICMS diferencial de alíquotas e implicando total de R\$ 38.093,26, conforme consta no demonstrativo fiscal de fl. 09. No mês de dezembro, saldo ICMS normal R\$ 29.010,99 e mais o valor R\$ 398,07 do ICMS diferencial de alíquotas e implicando total de R\$ 29.409,06.

Os argumentos de que tais valores estejam vinculados aos benefícios da Resolução nº 157/2006, não restam provados, até porque nenhum elemento, nesse sentido, foi acostado aos autos.”

(...)

Na infração 4, a exigência é que o autuado forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, limitando-se o valor da multa a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período (exercícios 2007 e 2008), sendo a multa calculada sobre o valor das operações ou prestações omitidas. Penalidade que totalizou R\$ 256.794,07.

A infração cometida foi enquadrada pela fiscalização nos artigos 686 e 708-B, RICMS BA; a multa aplicada foi respaldada no art.42, inciso XIII-A, alínea “f”, da Lei 7.014/96 e, a partir de novembro 07, na alínea “i” do mesmo dispositivo legal.

Alega o autuado que a agente fiscal não especificou as supostas irregularidades encontradas, impossibilitando o seu saneamento; desrespeitou o que determina o art. 708-B, RICMS BA e não pôde o contribuinte identificar com segurança a infração supostamente cometida. A Auditora Fiscal argui que “na intimação para a correção de dados não se pode especificar omissões de lançamentos, pois os mesmos só são detectados no decorrer da fiscalização”.

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

No caso concreto, versa a infração ter o estabelecimento autuado fornecido informações, através de arquivos magnéticos, com omissão de operações ou prestações, exigidos mediante intimação, nos termos do art. 42, inciso XIII-A, alínea “f”e, posteriormente, alínea “i” (Lei nº 10.847, efeito a partir de 28/11/07), conforme a seguir transcrito:

i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso;

Verifiko que o Auditor Fiscal elaborou demonstrativo contendo os dados omitidos, notas fiscais de entrada de mercadorias, não identificados nos arquivos magnéticos, a partir do confronto com o livro Registro de Entradas de Mercadorias do Contribuinte, fls. 11/12.

O descumprimento da obrigação tributária em tela, relacionada com a entrega de informações em arquivos magnéticos, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “f”e, posteriormente, alínea “i”, da Lei 7.014/96, se caracteriza na falta de informação de documentos fiscais no arquivo magnético ou na prestação da informação nos arquivos magnéticos com dados omitidos, em relação àqueles constantes nos documentos fiscais correspondentes, o que ocorreu no caso concreto e que, a rigor, sequer precisaria da intimação, elaborada pelo Auditor Fiscal, fl. 08.

Justamente por não carecer de intimação, posto já se encontrar perfeitamente delineada na informação omissiva ou com dados divergentes nos arquivos, é que o percentual da multa, 5% ou 1%, conforme o caso, incide (apenas) sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências (art. 42, XIII-A, “i”) e não sobre o valor (total) das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, como ocorre nas infrações com arquivos do SINTEGRA, cuja intimação é típica (art. 42, XIII-A, “j”).

Isto porque, as duas condutas omissivas tipificam o não cumprimento de obrigação acessória; uma, porém, implica falta de entrega do arquivo magnético nos prazos e na forma previstos na legislação; a outra tipifica o descumprimento de intimação fiscal para a entrega do arquivo magnético. Observa-se que, quanto à dimensão do prejuízo causado à Fazenda Pública, a não entrega do arquivo descumprindo uma intimação fiscal, traduz prejuízo e desatenção à Fazenda Pública de maior monta, merecendo, assim, reprimenda mais gravosa. O ato

volitivo da Fazenda Pública, requerendo que o contribuinte apresente o arquivo, evidencia interesse imediato naquelas informações e a omissão das mesmas configura maior prejuízo ao interesse fiscal.

Na outra situação, a infração cometida já se encontra caracterizada, não sendo necessária qualquer nova medida estatal, requerendo, assim, penalidade menos severa, como, aliás, poderia ser anotada no presente Auto de Infração, a partir do demonstrativo de fls. 14/18, que retrata as omissões existentes com relação às notas fiscais de entrada não informadas nos arquivos magnéticos.

No caso concreto, a autuante, além de tipificar a infração de fornecimento de informações através de arquivos magnéticos com omissão de operações ou prestações dos constantes em documentos fiscais, requeridos mediante intimação, expediu uma intimação, via e-mail, sem a correspondente prova de recebimento pelo autuado, e com anexos que não resta esclarecido o seu objetivo, além da indicação como dispositivo legal infringido, equivocadamente, o art. 42, inciso XIII-A, alínea “f” e “i”, da Lei nº 7.014/96 (como já vimos, não trata de intimações).

Fosse a intimação de fl. 08 para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deveria ser fornecida ao contribuinte a Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas (art. 708-B, § 3º, RICMS/BA) com um prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para correção dos arquivos (art. 708-B, § 5º, RICMS/BA) e a multa capitulada em outro dispositivo da Lei nº 7.014/96.

A obrigação tributária acessória, tendo por objetivo as prestações positivas (fazer) ou negativas (não fazer), no interesse da arrecadação ou fiscalização dos tributos, origina-se da legislação tributária (art. 113, § 2º, CTN). Dessa forma, a descrição incorreta do fato gerador (por assim dizer) da obrigação tributária acessória pode acarretar a desconstituição do lançamento tributário.

Além do equívoco narrado na descrição da infração, na fundamentação da penalidade a ser aplicada ao fato típico, na base de cálculo sobre qual incidiu a penalidade, além do procedimento fiscal incompatível com a pretensão, inquinam a presente exigência de nulidade por inadequação, cerceamento do direito de defesa e agressão ao devido processo legal.

Posto isso, é nulo o ato de imposição de multa cuja motivação não represente, adequadamente, a infração a que corresponde a penalidade aplicada, além de procedimento fiscal incompatível.

Remanescente a infração 1, no valor de R\$ 9.523,93; infração 2, excluído; infração 3, excluída e a infração 4, nula.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração.”

Ao final do voto, a JJF recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF for força da cogente regra do art. 169, do RPAF/99.

E, vencido parcialmente o sujeito passivo, este, mediante o Recurso Voluntário de fls. 73/76, reafirma que recolheu o ICMS corretamente como beneficiário do Programa DESENVOLVE nos termos do Decreto nº 8205/02, que transcreveu.

Acentua que, a despeito de gozar desse benefício, a JJF considerou ausente a prova sobre os benefícios concedidos pela Resolução nº 157/2006.

Destaca que migrou do Programa Bahiaplast para o Desenvolve em 22/12/06 à luz da referida - Resolução nº 157/2006 - que a habilitou aos benefícios respectivos e que, portanto, deve ser aplicada a legislação regedora, transcrevendo o art. 10, como também os arts. 1º e 2º.

Assevera restar claro que a parcela mensal do ICMS a partir de dezembro/06 é de R\$ 21.187,75, com os benefícios do Desenvolve, quantia que excede este valor.

Acrescenta que o ICMS que lhe cabe recolher não excede o valor fixado no art. 2º da referida Resolução 157/06 e que, conforme comprovam os documentos residentes nos autos, nos meses autuados de Nov e dez/2007, que recolheu o ICMS de novembro e dezembro de 2006 nos moldes do Decreto Estadual nº 8205/02.

Requer, por fim, o acolhimento de sua tese recursal para que seja reformada a Decisão de base.

VOTO

Como supra relatado, por força de Recurso Voluntário e de Ofício, o contencioso passa a ser examinado por esta CJF. De um lado, busca o sujeito passivo o reexame da infração 1 que consiste em pagamento a menor do ICMS por haver incompatibilidade entre o que consta no livro

de Apuração do ICMS nos meses de novembro e dezembro 2007. De outro, o Recurso de Ofício deriva da desoneração total da infração 04, julgada nula pela instância de origem.

Sendo assim, do cotejo dos autos, de início quanto ao apelo do contribuinte, verifico que razão assiste ao autuante, como pontuou na informação fiscal de fls. 39/40, onde esclarece que a autuação decorreu do fato do sujeito passivo ter declarado na DMA relativa ao mês de novembro de 2007, o débito do imposto sobre saídas tributadas no valor de R\$ 94.672,42 e no livro de Registro de Apuração o valor de R\$104.151,31, a resultar numa diferença de R\$ 9.474,89.

Logo, como se confirma da análise levada a efeito por este Colegiado em busca de prover justiça fiscal, constata-se que a autuação se originou dessa discrepância de valores, ou seja, em virtude de erro na transcrição de valores e não por conta do benefício do Programa Desenvolve.

Assim sendo, quanto ao mês de dezembro/07, houve o lançamento correto no DMA e no Livro de Apuração de ICMS, todavia, o recolhimento do ICMS foi a menor, no valor de R\$ 51,04.

Examinada a informação fiscal, verifico que o contribuinte voltou a insistir na mesma tese sem, entretanto, coligar aos autos prova elisiva, restringindo-se ao campo das alegações. E como bem enfatizou o Relator do voto acima transcrito:

“Examinando as peças acostados aos autos, verifico registrado no RAICMS, fl. 20, relativo ao mês novembro 7, a apuração do saldo R\$ 36.278,23 e mais o valor R\$ 1.815,03 do ICMS diferencial de alíquotas e implicando total de R\$ 38.093,26, conforme consta no demonstrativo fiscal de fl. 09. No mês de dezembro, saldo ICMS normal R\$ 29.010,99 e mais o valor R\$ 398,07 do ICMS diferencial de alíquotas e implicando total de R\$ 29.409,06.”

Pelo que, por não constar da peça recursal documentos outros, tendo o recorrente limitado-se a reiterar os fundamentos já analisados, debatidos e julgados com percuriência pela Primeira Instância, considero que nada há a reformar na Decisão recorrida, que fica mantida, pela Procedência da infração 1, por não ser possível acolher a pretensão do contribuinte diante da prova presente no PAF que ampara a acusação fiscal neste ponto.

No outro, que consiste na infração 04, veio a esta Câmara por intermédio de Recurso de Ofício, para reexame de significativa desoneração em valor histórico de R\$ 256.794,07. Examinados os autos com vagar, com efeito, o julgado proferido pela 5ª JJF contém fundamentação clara e completa a qual, confrontada com as peças processuais, conduz-me ao convencimento do acerto da decretação de nulidade da infração 4.

Fundamento mais, em acréscimo. É que, como relatado supra, com muita propriedade aduziu o Relator do voto condutor, que além do Fisco ter tipificado a infração como sendo fornecimento de informações através de arquivos magnéticos com omissão de operações ou prestações nos documentos fiscais requeridos do sujeito passivo mediante intimação, via e-mail, não instruiu o Auto de Infração com a prova correlata desse recebimento, não constando, também, dos anexos do Auto de Infração, o efetivo esclarecimento, além do equívoco quanto ao enquadramento legal como sendo o art. 42, XIII-A, “f” e “i” da Lei nº 7.014/96, que não trata de intimações, como bem destacou a JJF.

Nesse contexto, não se pode perder de vista que o § 3º do art. 708-B, RICMS/BA preceitua com clareza solar no sentido de que a intimação destinada ao contribuinte para fins de retificação de inconsistências constatadas nos arquivos magnéticos correlatos, deve ser instruída pelo Fisco com a listagem diagnosticada capaz o bastante de identificar as irregularidades apontadas que carecem de correção pelo contribuinte.

No caso em foco, contudo, ao reverso disto, o teor da intimação fiscal é genérico e não específico qualquer irregularidade. Consta apenas que o sujeito passivo cabia proceder, dentro do trintídio ali concedido, as correções dos arquivos magnéticos relativos aos exercícios de 2007 e 2008, conforme se infere do teor da fl. 08.

Exercitando um raciocínio lógico-jurídico chega-se a uma conclusão: ter sido prejudicado o escopo da intimação diante dessa evasividade e imprecisão, tendo suprimido o direito do contribuinte de ficar cientificado das falhas para retificá-las se o quisesse a contento e a tempo.

Há, ainda, a considerar a fragilidade dos argumentos expostos pelo Fisco na informação fiscal, na qual afirma que na intimação para a correção de dados não há como especificar as omissões de lançamento, o que disse que somente no curso da fiscalização seria possível solicitar por não constar do arquivo magnético, o que, sabidamente, não é legítimo na medida em que o Auto de Infração deve ser seguro, preciso e completo, sob pena de não poder servir de pilar de sustentação para a acusação fiscal.

Pelo que, é dizer, o vício que está por macular a infração em tela é incontornável, que tem a seguinte descrição: *“Fornecer informações através de arquivo (s) magnético(s) exigido(s) mediante intimação com omissão de operações (...)”*.

Observe que o autuado, ante essa imputação, defendeu-se pontualmente, com invocação do § 3º do art. 708-B, o qual de modo indubitado, estabelece ao Fisco o dever de fornecer, ao autuar, a listagem diagnosticada das irregularidades que imputa ao contribuinte, com imposição de penalidade, o que foi descumprido e repercutiu em prejuízo à defesa, já que não se viabilizou se examinar a correlação entre os termos desta- defensivos- com a acusação, ou seja, na medida que não houve clareza, precisão e completude, não foram providos e, pois, aclarados, todos os elementos acusatórios a serem conhecidos e confrontados pela defesa que a meu ver foi restringida.

A par disto, ali consta que foi considerado o total das saídas, nos exercícios 2007 e 2008, consoante os valores originados das DMA, quando caberia incidir apenas sobre o valor das operações omitidas, ou ainda, sobre o montante equivalente às diferenças, mas não sobre o total, como se sucedeu no caso presente .

Neste diapasão, sem reboço de dúvida, confirmo a Decisão recorrida que decretou a nulidade da infração 4, o que é medida inafastável em respeito aos ditames constitucionais que dão conformação ao devido processo legal.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os recursos, mantendo o julgado recorrido inalterado por refletir a justiça fiscal perseguida por este CONSEF, podendo ser refeita a ação fiscal a salvo de falhas observado o lapso decadencial.

VOTO DISCORDANTE QUANTO AO RECURSO DE OFÍCIO (INFRAÇÃO 04).

Peço respeitosa vênia para registrar voto discordante daquele prolatado pela ilustre relatora, especificamente no que se refere ao julgamento do Recurso de Ofício, que teve como objeto a infração 4 do Auto de Infração.

De início, anoto que a autuante destacou como fundamento legal da multa, à fl. 02, corretamente, o art. 42, XIII-A, “f” da Lei nº 7.014/1996, cujo texto, dado pela Lei nº 9.430/2005 e vigente entre 11/02/2005 e 27/11/2007 (os fatos ocorreram entre janeiro e outubro de 2007), estabeleceu a penalidade de 5% (cinco por cento) do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do total das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, metodologia pertinentemente adotada nos demonstrativos de fls. 14 a 18.

Quanto à descrição do ilícito (fl. 02), a mesma faz referência ao fornecimento de informações em arquivos magnéticos, exigidos na legislação, requeridos por intermédio de intimação, ficando a penalidade limitada a 1% do valor das saídas omitidas e efetuadas em cada período, texto que em nada conflita com o do art. 42, XIII-A, “f” da Lei nº 7.014/1996, com exceção da referência à intimação, desnecessária, conforme veremos a seguir, mas que não trouxe qualquer prejuízo ao direito à ampla defesa do sujeito passivo.

É que a referida intimação somente se aplica na hipótese de inconsistências nos arquivos (art. 42, XIII-A, “g”, Lei nº 7.014/1996), e não de omissões ou divergências, como no caso vertente, tendo a

autoridade fiscal, desavisadamente, mas sem causar qualquer óbice ao contraditório, tampouco à ampla defesa ou ao devido processo legal, feito referência a este termo (intimação) na descrição dos fatos.

Digo referência porque não houve, em verdade, uma intimação, mas uma simples correspondência via e-mail, à fl. 08, destituída de valor legal e sem efeitos jurídicos, na qual são solicitadas correções atinentes aos arquivos magnéticos de 2007 e 2008.

Portanto, ao enviar tal correspondência, ineficaz, a fiscalização, informalmente, tão-somente solicitou providências ao contribuinte no momento em que já deveria ter, de imediato, lavrado o lançamento de ofício relativo a este item (infração 4), conferindo-lhe uma oportunidade que a legislação não lhe outorgava.

Assinale-se que o Processo Administrativo Fiscal é norteado pelo princípio da informalidade, nos termos do art. 2º, RPAF/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia). Por isso, concluo, com a devida licença, ser uma mácula ao princípio da razoabilidade qualquer excesso de rigor na situação em enfoque, sublinhando, mais uma vez, que a citada correspondência, de fl. 08, favoreceu o contribuinte, por ceder prazo de 30 dias para correções, quando o art. 42, XIII-A, “f” da Lei nº 7.014/1996 determinava a cobrança imediata.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para modificar a Decisão recorrida no que concerne à infração 4 e declará-la Procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **120018.0104/10-0**, lavrado contra **PLÁSTICOS BEIJA FLOR LTDA.**, devendo o recorrente ser intimado a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.525,93**, com multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Infração 4 – Recurso de Ofício) – Conselheiros(as): Alessandra Brandão Barbosa, Eduardo Ramos de Santana, Valnei Sousa Freire e Fábio de Andrade Moura.

VOTO DIVERGENTE (Infração 4 – Recurso de Ofício) – Conselheiros(as): Paulo Danilo Reis Lopes e Rubens Bezerra Soares.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de março de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

PAULO DANILO REIS LOPES – VOTO DIVERGENTE
(Infração 4 – Recurso de Ofício)

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS