

A. I. Nº. - 277829.0034/12-6
AUTUADO - WOODSON FRANKLIN MACHADO
AUTUANTES - MAGDALA ROSA WOLNEY DE CARVALHO
ORIGEM - INFAC ATACADO

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0173-04/13

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MULTA PERCENTUAL DE 60% SOBRE O IMPOSTO. NÃO RECONHECIDO. Uma vez comprovado a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa equivalente a 60% do ICMS não antecipado. Infração procedente em parte. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a) FALTA DE PAGAMENTO.** **b) RECOLHIMENTO A MENOS.** Infrações comprovadas. 3. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração não elidida. 4. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. Infração reconhecida 5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor das operações realizadas, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “g” da Lei nº 7.014/96, vigente no período da autuação. Infração mantida. Não acolhidas as alegações de decadência e de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 28/12/20012 para exigir ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico de R\$407.144,24, em decorrência das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. ICMS no valor de R\$121.462,20 e 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/97. ICMS no valor de R\$ 99.892,11 e multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 – Efetuou a menor 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/97. ICMS no valor de R\$90.547,80 e multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 – Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. ICMS no valor de R\$29.190,69 e multa de 50%.

INFRAÇÃO 5 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração de ICMS. ICMS no valor de R\$26.457,96 e multa de 60%.

INFRAÇÃO 6 – Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Multa no valor de R\$39.593,48.

O autuado, por meio de advogado legalmente constituído, ingressa com defesa, fls. 2.105 a 2122, e em preliminar alega a ocorrência de decadência parcial em todas as infrações do Auto de Infração. Afirma que o impugnante tomou ciência do Auto de Infração em 28/12/2012, e naquela data foi constituído o crédito tributário do Estado da Bahia, que envolve lançamentos anteriores a 30/11/2007, mas o direito de o Estado da Bahia constituir o crédito tributário não pode alcançar lançamentos anteriores a 01/12/2007, motivo porque devem ser excluídos os fatos geradores supostamente ocorridos anteriores a esta data. Cita precedente do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda. Aduz que o Poder Judiciário também não se afasta desta linha e reproduz a ementa do Acordão do Relator, Ministro Ari Pagendler, no STJ, Embargos de Divergência nº 101.407-SP (98.88733-4),

Pede a aplicação do art. 150 § 4º do CTN.

No mérito, na infração 1 aponta que no que tange ao período de 30/04/2007 a 30/09/2007, a referida multa não era aplicada aos casos de não recolhimento de imposto por antecipação parcial, mas sim somente nos casos de antecipação total, conforme se pode visualizar no § 1º do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Tanto assim que foi editada a Lei nº 10.847 de 27/11/2007, para alterar a redação original, passando a prever a aplicação da multa também para os casos de antecipação parcial. Neste diapasão transcreve a ementa do Acordão nº 0206-12/08 deste CONSEF, que inaugurou a matéria acerca do assunto. Mesmo entendimento já foi manifestado no Acordão nº 0111-12/10.

Pelo princípio da eventualidade requer a redução da multa aplicada nesta infração, posto que não foi cometida com dolo, fraude ou simulação, consoante o previsto no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96. Traz como parâmetro o Acordão CJF nº 0206-12/05 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Quanto às infrações 2 e 3, assevera que o impugnante também realizou o recolhimento do ICMS na saída das mercadorias do seu estabelecimento, como pode ser visualizado nas notas fiscais que anexa, a título de exemplo. Logo, as infrações em comento deveriam ter tido o mesmo enquadramento da infração anterior, ou seja ter sido aplicado apenas multa e não imposto.

Desta forma estes pontos da autuação envolvem questões fáticas complexas, sendo necessário comparações entre os livros de entrada, saída e os recolhimentos efetuados. Requer a realização de perícia contábil-fiscal, para demonstrar que efetuou o pagamento posterior do ICMS, assim como caracterizado na infração 1, a fim de se evitar a ocorrência de bis in idem.

Na infração 06, informa que apresentou os arquivos magnéticos e considera desproporcional e desarrazoada a aplicação da estratosférica multa. Tanto assim que a fiscalização conseguiu ser realizada de forma regular. O caráter confiscatório da penalidade pode ser notado pelo percentual da multa , (1%), calculado sobre todas as saídas (aí incluidas as transferências; devoluções, bonificações, saídas de mercadorias isentas e com fase de tributação encerrada em razão da substituição, etc). A penalidade à evidência, deve ser adequada ao que estabelece o dispositivo legal, excluindo as saídas que não correspondem à saída de mercadorias tributáveis. Pede a aplicação do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96. Colaciona a ementa do Acordão CJF nº 206-12/05 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal. Caso sejam ultrapassados todos os demais argumentos defensivos, o impugnante discorda do valor da multa cobrado no lançamento fiscal, haja vista que a fiscalização considerou como base de cálculo da imputação toda a movimentação do estabelecimento e não apenas as saídas tributáveis, conforme determina este Conseg. Pede a realização de diligencia por fiscal estranho ao feito, para se encontrar o valor correto da multa. A final, seja julgado improcedente o Auto de Infração.

A autuante presta a informação fiscal, fls. 2137 a 2139, e salienta que não procedem as alegações protelatórias do contribuinte como segue:

INFRAÇÃO 1 – ao longo do período fiscalizado ficou constatado a falta de recolhimento do ICMS antecipação tributária parcial. Essa fiscalização, para aplicação das penalidades utilizou as disposições contidas no artigo 42, II, "f" da Lei 7.014/96, para o período de abril a setembro/2007 e contidas no artigo 42, II, "d" da mesma Lei em relação ao período de janeiro a outubro e dezembro/2008, essa última com, inclusive, respaldo no CTN em seus artigos 106, II, "c" e art. 112, IV. Constatada a irregularidade essa fiscalização identificou a falta de recolhimento do ICMS nos meses apontados no auto de infração, finalizando pela aplicação da penalidade que totalizou R\$. 121.462,20;

INFRAÇÃO 2 – a falta de recolhimento de ICMS nos meses apontados no auto de infração que totalizaram R\$99.892,11 decorreram de procedimento irregular adotado pelo contribuinte no cumprimento da legislação estadual quanto ao recolhimento do imposto por substituição tributária;

INFRAÇÃO 3 – ficou constatado que o contribuinte recolheu a menor o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nos meses apontados no auto de infração no total de R\$90.547,80, cujos valores estão devidamente discriminados nos demonstrativos anexos ao referido auto;

INFRAÇÃO 4 – Essa infração decorreu de constatação da falta de recolhimento do ICMS nos meses apontados no auto de infração decorrente da movimentação de mercadorias devidamente registradas em livros fiscais do contribuinte, no valor total de R\$29.190,69;

INFRAÇÃO 5 – Os valores apurados para essa infração, que totalizaram R\$26.457,96 correspondem à insuficiência no recolhimento do ICMS nos meses de abril, julho a setembro/2007, no total de R\$26.457,96;

INFRAÇÃO 6 – A apresentação e envio do arquivo magnético não está condicionada ao livre arbítrio do contribuinte, a sua boa fé ou algo semelhante haja vista as exigências da legislação estadual quanto a esse procedimento, contidas nos artigos 686 e 708-B do RICMS, aprovado pelo Decreto 6284/97, com consequente aplicação de penalidades pelo seu não cumprimento (art. 42, XIII-A,"g" e "j" da Lei 7.014/96 alterada pela Lei 9.159/04. Em sendo assim nada tem, essa fiscalização para declarar quanto as alegações do contribuinte em sua defesa.

Ante o acima exposto mantém todos os termos do auto de infração lavrado sob nº277829.0034/12-6, e pede a essa egrégia corte seja julgado procedente.

VOTO

Inicialmente constato que o presente Auto de Infração preenche os requisitos para a sua validade, posto que lavrado com obediência aos ditames do art. 39 do RPAF/99.

Nego o pedido de diligencia ou de perícia fiscal posto que os elementos constantes do PAF são suficientes para a formação de meu juízo de valor, nos termos do art.147, I, "a", do RPAF/99.

Quanto ao pedido de decadência dos fatos geradores ocorridos anteriormente a 01/12/2007, não se pode falar na aplicação da regra do § 4º do artigo 150 do CTN, pois, mediante ação fiscal, restou comprovada a omissão de pagamentos do tributo estadual, não havendo pagamento antecipado não se pode falar em homologação, pois não se pode homologar um pagamento que não foi realizado pelo sujeito passivo.

Também não pode ser argüida a aplicação do § 4º do artigo 150 do CTN, pois o Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981, aplicado aos contribuintes baianos, em seu artigo 107-B, fixou prazo para homologação, exercendo a faculdade prevista no próprio § 4º do artigo 150 do CTN.

O prazo para homologação tácita do lançamento e extinção do crédito tributário, fixado no Código Tributário do Estado da Bahia, no § 5º do artigo 107-B, é de 5 (cinco) anos, contados a

partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, desde que não seja comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, pois, comprovada essa situação, o tributo poderá ser reclamado pelo sujeito ativo, ente tributante, a qualquer época.

Assim, no caso em tela, o prazo para contagem da decadência deve ser observado o previsto no § 5º do artigo 107-B do Código Tributário do Estado da Bahia, combinado com o artigo 173, inciso I, do CTN, o qual estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Portanto, por se tratar de fatos geradores ocorridos no exercício de 2007, o fisco teria até o dia 31/12/2012 para constituir o lançamento tributário. Como o Auto de Infração foi lavrado em 28/12/2012 não se configurou a decadência.

Também descabe a alegação de que as multas são confiscatórias, pois são as legalmente previstas para as infrações apuradas.

No mérito, na infração 1, está sendo exigida a multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, no período de 30/04/2007 a 30/09/2007 e de janeiro e março de 2008, e de maio a outubro e dezembro de 2008.

A antecipação parcial ocorre na entrada das mercadorias destinadas à comercialização, no Estado da Bahia, consoante o previsto na Lei 7.014/96, art. 12- A, sendo que não encerra a fase de tributação.

No caso em que o contribuinte se omita ao pagamento da antecipação parcial, a mesma norma aponta no art. 42, inciso II, alínea “d” a aplicação da multa percentual sobre o ICMS que não foi pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

Ocorre que a redação atual da alínea d, do inciso II do caput do art. 42, foi dada pela Lei nº 10.847, de 21/11/07, DOE de 28/11/07, efeitos a partir de 28/11/07, e antes não estava prevista a multa por antecipação parcial.

Como os fatos geradores desta infração também reportam-se a períodos anteriores a 28/11/07, ficam excluídas da infração os valores pertinentes a 30/04/2007 até 30/09/2007.

Nos demais meses, prevalece a autuação haja vista que o sujeito passivo não trouxe elementos de prova no sentido de que o pagamento da antecipação parcial teria sido efetuado, portanto cabe a aplicação da multa apontada no Auto de Infração, relativas aos meses apontados no exercício de 2008.

Desse modo, a multa exigida fica parcialmente procedente, no valor de R\$45.495,77.

Na infração 2, a exigência fiscal reporta-se à falta de 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, nos meses de janeiro a agosto de 2007 e de setembro e de novembro de 2008.

Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. O contribuinte não trouxe a comprovação de que teria efetuado o recolhimento do imposto na forma estipulada na legislação, apenas alega que o teria feito. Aplico o art. 143 do RAPF/99: A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Fica mantida a infração.

A infração 3 decorreu do recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, nos meses de novembro, dezembro de 2007 e de janeiro a outubro de 2008, consoante demonstrativo de fls. 173 a 177 do PAF.

O contribuinte não trouxe em sua peça defensiva a comprovação de que não haveria diferença de imposto a ser recolhido. Desta forma fica mantida a infração.

A infração 4 não foi contestada, assim como a infração 5, portanto ficam mantidas.

A infração 6 decorreu da falta de fornecimento de arquivos magnéticos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, conforme o demonstrativo da penalidade aplicada, de fl. 28.

Foi detectado pela fiscalização, a ocorrência de divergência de dados constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento no período fiscalizado. Consta nos autos que o contribuinte foi regularmente intimado, em 16/04/2012, para correção das inconsistências apresentadas nos arquivos magnéticos relativos aos exercícios de 2007 e de 2008.

O art. 683 do RICMS/97 estabelece a possibilidade de o contribuinte utilizar sistema eletrônico de processamento de dados, sendo que, as condições específicas quanto à manutenção e ao fornecimento do arquivo magnético estão disciplinadas no art. 686:

“Art. 686. O contribuinte de que trata o art. 683 está obrigado a manter, pelo prazo decadencial, as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos recebidos ou emitidos por qualquer meio, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração”.

Outrossim, o RICMS/97 estabelece no art. 708-B que o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético, 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.

Destaco que o arquivo magnético é recebido e submetido a teste de consistência, e por isso, a legislação prevê que a sua recepção pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, conforme § 6º do art. 708-A do RICMS/BA.

Art. 708-A. O contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar o arquivo de que trata este capítulo, referente ao movimento econômico de cada mês:

...
§ 6º A recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas.

Na presente lide, após a constatação das inconsistências, o sujeito passivo foi intimado a apresentar os arquivos com a necessária correção, no prazo de trinta dias, tendo sido indicadas as irregularidades encontradas, na intimação à fl. 11 do PAF.

Na impugnação o defendant alegou que teriam sido consideradas outras saídas, tais como as transferências; devoluções, bonificações, saídas de mercadorias isentas e com fase de tributação encerrada em razão da substituição. Contudo, conforme o demonstrativo de fl. 28, não foram considerados as devoluções e os retornos, mas apenas as vendas líquidas e sobre estas aplicado o percentual de 1%, correspondente à penalidade aplicada., e que perfaz o valor da multa em R\$39.593,47.

De sorte que não resta dúvida de que o autuado entregou os arquivos magnéticos com inconsistências, e quando intimado a regularizar os mencionados arquivos, as inconsistências não foram corrigidas.

O art. 42, inciso XIII-A, alínea “g” e “j”, da Lei 7.014/96, alterada pela Lei nº 9.159/04 e pela Lei nº 10.847/07 prevê a aplicação de multa 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 a 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. Por isso, foi elaborado o demonstrativo à fl. 28, exigindo-se a multa sobre o valor das saídas.

Os requisitos estabelecidos na legislação, inclusive, quanto à necessidade de intimação específica ao contribuinte para a necessária correção dos arquivos, foram observados, o contribuinte foi intimado para que fossem providenciados os novos arquivos a salvo das incorreções, mas não atendeu à fiscalização, pelo que concluo que está correta a exigência fiscal, estando a multa aplicada de acordo com a previsão legal. Infração subsistente.

Quanto ao pedido de redução da multa aplicada, com base no § 7º do art. 142 da Lei nº 7.014/96, este nos fala que “As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.”

Não restou comprovado que o fato de o contribuinte não ter fornecido os arquivos magnéticos de forma correta não tenha implicado em falta de recolhimento do imposto. Portanto, não procedo à redução do valor da multa imposta na infração 6. Fica mantida a penalidade .

Quanto às infrações 1, 2 e 3, as multas foram aplicadas em razão de descumprimento de obrigações principais, e neste caso, não compete à esta instância de julgamento fiscal a sua redução, mas sim à Câmara Superior do CONSEF , conforme o art. 159 do RAPF/99, ao apelo de equidade.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 277829.0034/12-6, lavrado contra **WOODSON FRANKLIN MACHADO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$246.088,56**, acrescido das multas de 60% sobre R\$216.897,87 e 50% sobre R\$29.190,69 previstas no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “b” e I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$45.495,77**, prevista no art. 42, II, alíneas “f” e “d” e, da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$39.593,48**, prevista no inciso XIII-A, alíneas “g” e “j”, do mesmo diploma legal, alterada, respectivamente, pelas Leis nºs 9.159/04 e 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de agosto de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR