

A. I. N° - 206878.0003/12-8
AUTUADO - CREAÇÕES OPCÃO LTDA.
AUTUANTE - ANALCIR EUGÉNIO PARANHOS DA SILVA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 08.10.2013

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0222-04/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS COM IMPOSTO ANTECIPADO. **b)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. MULTA. Item reconhecido. 4. antecipação parcial. 5. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTAVEIS **b)** NÃO TRIBUTAVEIS, NÃO REGISTRADAS NA ESCRITA FISCAL. MULTA. Exigência reconhecida; **c)** EXTRAVIO DE DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. Não há segurança jurídica quanto à multa aplicada. Infração nula. 6. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA AO FISCO QUANDO INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Multa de 1% sobre o total das operações de saídas. Autuado não atendeu às intimações para apresentação de arquivo magnético no prazo regulamentar, sujeitando-se à exigência da multa no prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei n° 7.014/96, com a redação vigente à data do cometimento da infração. Imputação não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/09/2012, exige o débito, no valor de R\$ 186.383,14, inerente aos exercícios de 2010, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 119,70, referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária. Multa de 60%;
- 2 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 94.622,18, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Multa de 60%.
- 3 Deixou de recolher no prazo regulamentar ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. ICMS no valor de R\$ 119,61. Multa de 100%.
- 4 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 e/ou do exterior relacionadas no Anexo 88 do RICMS. ICMS no valor de R\$ 272,72 e multa de 60%.
- 5 Multa, no valor de R\$ 52.286,25, correspondente ao percentual de 60% sobre a parcela do 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;
- 6 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 2.130,75.
- 7 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 7,59.

- 8 Extraviou documentos fiscais. Multa no valor de R\$ 4.600,00.
- 9 Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Multa no valor de 30.844,34.
- 10 Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via Internet através do Programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED). Omissão de entrega de arquivo. Multa no valor de R\$ 1.380,00.

O autuado ingressa com defesa, fls. 474 a 478, e inicialmente confessa a dívida, com relação às infrações 1, 2, 3, 5, 6, 7 e 10, objetivando o parcelamento do montante devido apontado no referido Auto.

Quanto à infração 4, aduz que examinadas as possíveis razões para o lançamento, verificou que no mesmo procedimento fiscal foram arrolados na Infração 1, os meses já relacionados nesta Infração 4, sob o seguinte histórico: “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação*”, o que já denota, no mínimo, falta de subsistência na lavratura do referido Auto de Infração, eis que há apontamento de infrações conflitantes entre si.

Sendo assim, inequívoco o entendimento de que resta expressamente reconhecido pelo Auditor Fiscal, responsável pela autuação ora discutida e contestada, ter havido o pagamento do imposto, nos termos dos apontamentos trazidos e constantes na descrição da Infração 1. Portanto, ainda que superados os argumentos e provas a seguir demonstrados e anexados, pretende assim, o afastamento integral do objeto desta Infração, posto que a parcela paga teria de ser descontada no lançamento relativo à **Infração 4**. Vale dizer, restaria a pagar a diferença entre o tributo exigível nos termos da **Infração 4** e o tributo pago nos termos da **Infração 1**, observada a proporcionalidade entre estes.

Neste sentido, destaca que a alíquota aplicada pelo Estado da Bahia, de 17% (dezessete por cento) foi integralmente suportada pela empresa autuada, eis que 7% (sete por cento) quando da emissão da nota fiscal e o restante, no importe de 10% (dez por cento), comprovado através de pagamento de guia avulsa, ora anexada.

Pede a sua improcedência.

Quanto à infração 8, ao examinar os fundamentos da autuação, verificou que o RICMS no art. 146, enumerou hipóteses em que o contribuinte ficaria obrigado a comunicar à inspetoria fazendária ocorrências vinculadas à guarda e conservação de livros e documentos, na seguinte ordem: sinistro, furto, roubo, extravio, perda ou desaparecimento. No entanto, ao instituir a penalidade para a falta de comunicação a norma penal constante no inciso XIX do art. 42 da Lei nº 7.014/96 elencou: “*documento inutilizado, extraviado ou guardado fora do estabelecimento, vale dizer, não enquadrou sinistro, furto, roubo ou desaparecimento*”.

Logo, o legislador fixou penalidade apenas para as hipóteses de comportamentos negligentes, em face da necessária conservação de livros e documentos, uma vez que sinistros, furtos, roubos ou desaparecimentos não podem ser imputados, *a priori*, a ações ou omissões do contribuinte.

Ademais, juridicamente, a previsão de ilícitos de qualquer natureza e respectivas penalidades têm de observar a chamada tipicidade, criação doutrinária consagrada nos tribunais, de modo que somente irregularidades expressamente listadas na lei penal podem ser objeto de multa.

Justifica que a impossibilidade de apresentação de alguns documentos, que gerou a penalidade ora discutida, decorreu de intempéries, nunca vistas na Região Serrana do Estado do Rio de Janeiro, sede da Impugnante, com milhares de mortos e centenas de desaparecidos até a presente data, motivo porque deve ser julgada a improcedência da autuação.

No que concerne à infração 9, aduz que os arquivos magnéticos foram entregues, inclusive em momento anterior à lavratura do presente Auto de Infração, com retificações relativas às entregas anteriores, nos moldes do que lhe foi exigido pela SEFAZ. Para comprovar junta os Protocolos e pede o afastamento da infração.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 531 a 535, e após descrever as infrações e as razões da defesa, contesta-as e ratifica na totalidade a autuação.

Quanto à infração 4, argumenta que não há qualquer fundamento a tese apresentada de que há uma proporcionalidade entre o tributo exigível na infração 04 e o tributo pago na infração 1. O recolhimento do imposto deverá ser efetuado quando da entrada de calçados no estabelecimento, consoante o art. 353, item 32, do RICMS/BA.

A empresa, em nenhum momento, conseguiu comprovar o pagamento da antecipação tributária, código de receita 1145, referente às aquisições das mercadorias listadas no Demonstrativo 5, (fls. 121 a 124 do PAF); as cópias dos DAES acostadas pela defesa referem-se exclusivamente ao pagamento da antecipação parcial (código de receita 2175) que, no caso em apreço, a legislação não autoriza o recolhimento na hipótese das operações internas se encontrarem sob a égide da antecipação tributária do imposto, conforme prescrição do art. 352-A, § 1º, inciso III do RICMS.

Na infração 8, lembra que o art. 146 do RICMS não dispensa o contribuinte de uma eventual penalização decorrente de eventos imprevistos, tais como roubo, sinistro, furto, de livros e de documentos fiscais. De igual modo na Lei nº 7.014/94, não há ressalva, no sentido de eximir o contribuinte da sanção cominada.

Na infração 9, conforme observação no item 4, fl. 02 do PAF, foram constatadas divergências entre os arquivos magnéticos e os livros e documentos fiscais e também a ausência do Registro 74, referente ao estoque final de 2010. O contribuinte foi intimado para proceder às correções e findo o prazo, as inconsistências persistiram e a entrega do Registro 74, referente ao estoque final de 2010 não foi cumprida, apesar de três intimações para regularização (cópias de fls. 14 a 16 do PAF). As cópias de recibos do SINTEGRA (fls. 172 a 173) e relatórios contendo a Relação dos Arquivos relacionados mais a análise dos arquivos magnéticos SINTEGRA, fls. 302 e 301, (fls. 172 a 227) comprovam essas irregularidades. Ademais, a entrega de arquivos magnéticos fora das especificações, e requisitos previstos no Convenio ICMS 57/95, configura não fornecimento. Pede a procedência total do Auto de Infração.

Nas fls. 538/540, consta extrato de parcelamento do débito parcial no valor de R\$150.666,08.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o débito no total de R\$186.383,14, relativo a dez irregularidades, das quais o sujeito passivo reconhece o cometimento das infrações 1, 2, 3, 5, 6, 7 e 10, logo, não fazendo parte da lide, ficam mantidas.

Inicialmente, registro que o lançamento do crédito tributário preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte.

Quanto às razões de mérito, estas se restringem apenas aos itens 4, 8 e 9, do lançamento de ofício.

Na análise da infração 4, esta é relativa 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/97, cujo demonstrativo encontra-se nas fls. 98 a 99, referente a calçados.

Em relação às mercadorias objeto da autuação, não há convênio que preveja a retenção do imposto pelo remetente. Consoante o art. 371 do RICMS/97, *“nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125”*.

O defensor argumenta que pagou os valores discutidos nesta infração, em guias próprias que anexa, o que denotaria a perda do objeto da presente infração. Contudo, conforme salientou o autuante, na informação fiscal, verifico que os DAES anexados pela defesa referem-se exclusivamente ao pagamento do ICMS antecipação parcial, código de receita 2175. (fls. 501, 503, 505, 507, 509, 513), por exemplo, que não é o objeto desta infração.

Portanto, não restou comprovado o pagamento do ICMS antecipação ora exigido. Fica mantida a infração.

No que concerne à infração 8, a multa exigida refere-se ao extravio de documentos fiscais, tipificada no art. 42, inciso XIX da Lei nº 7.014/96 alterada pela Lei nº 8.534/02.

A defendente alega que os livros extraviados decorreram de intempéries nunca antes vista na Região Serrana do Rio de Janeiro, e por isto não deveria sofrer qualquer penalidade.

Nesta infração não foram apontados os documentos fiscais que teriam sido extraviados, posto que não há demonstrativo da infração, que deveria compor o Auto de Infração como parte integrante, consoante o § 4º do art. 28 do RPAF/99. Desta forma não há segurança no valor da multa exigida, sendo que o autuante aplicou o limite máximo descrito no art. 42, XIX, “a” da Lei nº 7.014/96, quando o valor a ser aplicado corresponde a R\$ 5,00 (cinco reais), por documento inutilizado, extraviado, perdido ou guardado fora do estabelecimento, em local não autorizado.

Portanto, como a infração não se faz acompanhar do demonstrativo indicando o montante dos documentos fiscais extraviados, entendo que tal vício inquia de nulidade, por falta de segurança no valor da multa exigida, e aplico o disposto no art. 18, I, IV, “a” do RPAF/99. Represento à autoridade fazendária, para que novo lançamento seja efetuado a salvo de falhas e incorreções, nos termos do art. 21 da norma legal já citada.

Infração nula.

Na infração 9, a multa está acoplada ao fato de que não foram fornecidos arquivos magnéticos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, prevista no art. 42, inciso XIII-A alínea “j” da Lei nº 7.014/96 alterada pela Lei nº 10.847/07.

O demonstrativo da fl. 171, explicita a multa no percentual de 1%, aplicado sobre o valor das saídas ou das entradas de mercadorias, o que for maior, em cada período de apuração, e que totaliza R\$ 30.844,32.

O contribuinte foi intimado em 03.07.2012, para no prazo de 05 dias úteis apresentar os arquivos magnéticos que teriam sido apresentados com falta dos registros: Registro 54, Registro 60 R, Registro 75 e Registro 74 (doc. fl. 14).

Posteriormente em 11/07/2012, a intimação foi reiterada, consoante doc.15.

Por último, o doc de fl. 16, aponta a 3ª intimação para apresentação de informações em meio magnético, do Registro 74, Estoque Final de dezembro/2010, quando foi concedido o prazo de trinta dias para a sua apresentação, arquivo previsto no Convênio ICMS 57/95.

A obrigatoriedade de envio mensal dos mencionados arquivos magnéticos SINTEGRA às Secretarias de Fazenda Estadual está prevista nacionalmente pelo Convênio ICMS 57/95, no caput de sua cláusula oitava, pela importância de que se reveste tal instrumento no controle as atividades dos contribuintes de ICMS no país, Convênio esse ratificado na Bahia pelo Decreto nº 4.361/95:

Convênio ICMS nº 57/95:

Cláusula oitava. O contribuinte, de que trata a cláusula primeira, remeterá às Secretarias de Fazenda, Finanças ou Tributação das unidades da Federação, até o dia quinze (15), arquivo magnético, com registro fiscal, das operações e prestações interestaduais efetuadas no mês anterior.

O RICMS/BA repete tais termos em seu artigo 687-A:

Art. 687-A. O contribuinte remeterá às Secretarias de Fazenda das unidades da Federação destinatárias das mercadorias, até o dia quinze (15), arquivo magnético, com registro fiscal, das operações e prestações interestaduais efetuadas no mês anterior (Conv. ICMS 57/95).

E a obrigatoriedade de entrega do arquivo magnético ao Fisco, quando o contribuinte for intimado, está prevista no caput de sua cláusula vigésima sétima do mencionado Convênio ICMS nº 57/95:

Cláusula vigésima sétima. O contribuinte fornecerá ao Fisco, quando exigido, os documentos e arquivo magnético de que trata este Convênio, no prazo de cinco (5) dias úteis contados da data da exigência, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

Determinação esta repetida no artigo 708-B do RICMS/BA:

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.

O sujeito passivo na defesa aduz que promoveu as retificações relativas às entregas anteriores dos arquivos magnéticos, fato que afastaria a subsistência da infração, mas as cópias de recibos do SINTEGRA (fls. 172 a 173) e relatórios contendo a Relação dos Arquivos relacionados, mais a análise dos arquivos magnéticos SINTEGRA, fls. 302 e 301, (fls. 172 a 227) comprovam essas irregularidades. Ademais, a entrega de arquivos magnéticos fora das especificações, e requisitos previstos no Convenio ICMS 57/95, configura não fornecimento.

Em conformidade com a Orientação Técnica OTE-DPF-3005, originada do SAT/DPF/GAEFI, item 6.1, na lavratura de Auto de Infração por falta de apresentação ou irregularidade de arquivo magnético, os campos de ocorrência e data de vencimento do Auto de Infração deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados.

Portanto, como a data da 3^a Intimação foi de 23/07/2012, quando concedeu 30 dias para a apresentação do arquivo magnético, de ofício, corrijo a data da infração para 23/08/2012. Infração procedente.

INF	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA
01	PROCEDENTE	119,70	119,70	60%
02	PROCEDENTE	94.622,18	94.622,18	60%
03	PROCEDENTE	119,61	119,61	100%
04	PROCEDENTE	272,72	272,72	60%
05	PROCEDENTE	52.286,25	52.286,25	60%*
06	PROCEDENTE	2.130,75	2.130,75	-----
07	PROCEDENTE	7,59	7,59	-----
08	NULA	4.600,00	0,00	-----
09	PROCEDENTE	30.844,34	30.844,34	-----
10	PROCEDENTE	1.380,00	1.380,00	-----
TOTAL		186.383,14	181.783,14	

*Multas percentuais por descumprimento de obrigação acessória (60%)

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206878.0003/12-8 lavrado contra **CREAÇÕES OPÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$95.134,21**, acrescido das multas de 60% sobre R\$95.014,60 e 100% sobre R\$119,61, previstas no art. 42, incisos II, “d”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas pecuniária no valor de **R\$52.286,25** e por descumprimento de obrigação acessória no montante de **R\$34.362,68**, prevista nos incisos II, “d”, IX, XI, XIX e XIII-A, “j”, do mesmo dispositivo legal, alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios conforme previsto na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos com o parcelamento. Representa à autoridade fazendária, para que novo lançamento seja efetuado a salvo de falhas e incorreções, nos termos do art. 21 da norma legal já citada, referente à infração 8.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR – JULGADOR