

A. I. Nº - 298950.0004/11-0
AUTUADO - MARVEL MANUTENÇÃO E REVENDA DE VEÍCULOS LTDA.
AUTUANTE - DENNIS ALVIM ALVES SANTOS
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 10. 10.2013

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0226-01/13

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. MERCADORIA ISENTA E NÃO TRIBUTÁVEL. OPERAÇÕES COM MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Infrações reconhecidas. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO DE ENTRADA. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. O autuado comprova o registro de parte das operações exigidas. Infração em parte caracterizada. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES COM OMISSÃO, DADOS DIVERGENTES DAQUELES CONSTANTES EM DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. Constatadas informações em arquivos magnéticos com dados divergentes ou omitidos em relação àqueles constantes dos documentos fiscais correspondentes, a penalidade pode ser aplicada sem qualquer intimação, posto que a multa incide sobre o valor das entradas e saídas omitidas ou informadas com dados divergentes, limitado o valor da multa a 1% do valor das operações de saídas em cada período (art. 42, XIII-A, "i", Lei 7.014/96). Procedimento fiscal incompatível inquina a exigência de nulidade por inadequação, cerceamento do direito de defesa e agressão ao devido processo legal. Documentos acostados aos autos provam a inexistência de divergências. Infração insubstancial. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Auto de Infração lavrado em 12/12/11, constitui crédito tributário, no valor de R\$ 70.533,33, em razão das infrações a seguir narradas:

1. Omissão de saída de mercadorias isentas e não tributáveis efetuada sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado de 2007. Multa R\$50,00
2. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, no exercício de 2007. Valor R\$72,49 e multa 60%

3. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, nos fevereiro/agosto e dezembro de 2007; fevereiro, abril, junho/setembro de 2008. Multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, no valor de R\$ 5.910,64 (1% do valor comercial das mercadorias).
4. Forneceu informações através de Arquivos Magnéticos, exigidos na legislação tributária, requeridas mediante intimação com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado 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. Períodos janeiro, março/agosto de 2008. Valor da multa R\$ 64.500,40.

O autuado apresentou defesa, fls. 88 a 95, por advogado legalmente constituído, fl. 104. Descreve as infrações; diz que concentrará impugnação em face às infrações 03 e 04 porque são mais relevantes. Alega que existe nulidade dos autos com ofensa ao art. 18, RPAF/BA por obscuridade ou falta de elementos e demonstrativos, o que impossibilita da defesa.

Com relação a infração 03, alega que o demonstrativo fiscal não aponta quais as mercadorias não tributáveis, com a indicação das notas fiscais, entraram no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, fato que viola o devido processo legal, cerceamento do direito de defesa, previsto no art. 18, II, RPAF/BA.

Na infração 04, alega que a autuação não demonstra quais as operações omitidas, de forma que não consegue identificar a origem das supostas operações e não pode verificar o acerto da base de cálculo da multa aplicada. Outro evidente cerceamento do direito de defesa.

Argui a possibilidade da exclusão da multa por descumprimento da obrigação acessória, prevista no art. 158, RPAF/BA pela ausência de dolo e a infração não implicou falta de recolhimento do imposto, observado na própria autuação, visto que nenhuma das infrações culminou em lançamento de ofício suplementar de obrigação principal.

Destaca que os Tribunais Judiciais Superiores têm se manifestado no sentido de afastar a aplicação de multa, em tais casos, quando o autuado age de boa fé. Soma a alegação, o fato de o impugnante não possuir débitos tributários em aberto. Conclui pelo pedido de nulidade do auto de infração.

Substabelecimento para fins de representação, acostado aos autos, fls. 106.

Informação Fiscal prestada pelo Auditor Fiscal, fls. 147/149. Aduz que o autuado não contesta as infrações 01 e 02 e apresenta impugnação para os demais itens.

Para a infração 03 informa que as notas fiscais não registradas foram identificadas no sistema CFAMT e estão anexadas no PAF, fls. 80/84 (exercício 2007) e às fls. 145/148 (exercício 2008) e que excluiu os valores cujas notas não foram localizadas no CFAMT, restando R\$ 955,55.

Com relação à infração 04, diz que o autuado foi intimado para apresentar o arquivo de novembro de 2008 e corrigir aqueles dos demais meses, conforme intimação de fl. 62 e cópias dos demonstrativos que apontam os erros apurados. Aduz que o autuado apresentou o arquivo ausente, em 22.11.2001, sem as inconsistências, mas não corrigiu as divergências apontadas nos demais meses, acarretando a aplicação da multa, no valor de R\$ 65.578,44.

O autuado volta a manifestar-se, tendo em vista a Informação Fiscal, às fls. 163/166, argüindo que concorda em parte com o Auditor Fiscal, mas apresenta discordância nos termos a seguir:

Alega na infração 03 que não recebeu as notas fiscais relativas aos valores remanescentes, apontados pelo Fiscal possibilitando fazer provas de sua escrituração.

Sobre a Informação Fiscal de que apresentou o arquivo de novembro de 2008, mas não corrigiu as demais divergências, na infração 04, reitera que não recebeu os demonstrativos com as divergências apontadas, Por isso somente corrigiu o mês de novembro.

Reitera as razões para o cancelamento ou redução das multas apontadas. Transcreve decisões emanadas do CONSEF. Pede a declaração de nulidade do auto de infração.

Em nova Informação Fiscal, fl. 170, o Auditor explica que, conforme intimação de fl. 161, foram encaminhadas as cópias das notas fiscais de 157/159, juntamente com os novos demonstrativos (infração 03). Sobre a infração 04, diz que a intimação de fl. 62 consta a solicitação para a correção do arquivo de novembro 2008, além da solicitação para a correção dos demais arquivos com a observação de “*demonstrativo anexo*”, devidamente assinada, o que confirma o seu recebimento.

Ratifica o pedido de procedência em parte do Auto de Infração, no valor de R\$ 65.578,44. Renuncia dos poderes outorgados do advogado Rafael Barbosa - OAB 26.086, fl. 173.

O Processo Administrativo Fiscal – PAF é convertido em diligência, fl. 176, para que seja intimado formalmente o sujeito passivo, fazendo a entrega das cópias de todas as notas fiscais que compõem a exigência fiscal (infração 03), após as exclusões procedidas pelo Auditor Fiscal. Pede ainda que sejam excluídos os valores que não sejam sustentados com as cópias das respectivas notas fiscais.

A diligência é cumprida com a entrega de demonstrativos e documentos (fls. 193/194); cópias foram acostadas aos autos, fls. 179/191.

O sujeito passivo volta a manifestar-se, fls. 196/200, quanto à infração 04. Argumenta que as informações constantes dos demonstrativos fiscais não se coadunam aos arquivos acostados no DOC 02, fls. 107/142. Exemplifica com o movimento econômico de 01/08, cujas saídas apontadas pela fiscalização (DMA) - R\$ 2.428.003,73; o mesmo documento registra no SINTEGRA - R\$ 2.314.642,59. Compara que o valor das saídas registradas no SINTEGRA, informado pelo impugnante consta R\$ 2.427.960,07 (Registros 50 + 60-A), de forma que a suposta diferença seja de apenas R\$ 43,66. Diz que a mesma situação se repete nos demais meses. Reitera o pedido de cancelamento ou redução das multas aplicadas. Pede que o Auto de Infração seja julgado nulo.

O Auditor Fiscal, igualmente, faz novo pronunciamento, fl. 204, afirmando que toda a verificação foi realizada através dos valores informados nas DMA e nos arquivos magnéticos entregues a SEFAZ, conforme demonstrativo da análise de arquivos, fl. 190. Reitera a procedência parcial do Auto de Infração, no valor de R\$ 65.578,44.

VOTO

Cuida o presente Auto de Infração da exigência de créditos tributários, no valor de R\$ 70.533,53, tendo em vista as infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, que serão objeto da apreciação a seguir, exceto para os itens 01 (R\$ 50,00) e 02 (R\$ 72,49) que, não impugnados pelo sujeito passivo, restam, pois, caracterizados. A lide se apresenta em função das infrações 03 e 04.

Preliminarmente, alega o autuado que existe nulidade dos autos com ofensa ao art. 18, RPAF/BA por obscuridade ou falta de elementos e demonstrativos, impossibilitando a defesa. Mais precisamente, argui que o demonstrativo fiscal, na infração 03, não aponta quais as mercadorias e respectivas notas fiscais entraram no estabelecimento, sem o devido registro na escrita fiscal. Na infração 04, alega que a autuação não demonstra, igualmente, as operações omitidas, Não podendo verificar as supostas operações e a base de cálculo da multa aplicada. Em ambas as situações houve violação ao devido processo legal com cerceamento do direito de defesa, previsto no art. 18, II, RPAF/BA.

Argui a possibilidade da exclusão da multa por descumprimento da obrigação acessória, prevista no art. 158, RPAF/BA pela ausência de dolo e sob a alegação de que a infração não implicou falta de recolhimento do imposto, observado na própria autuação, visto que nenhuma das infrações culminou em lançamento de ofício suplementar de obrigação principal.

As questões formais serão apreciadas no exame do mérito, por conta do estreito entrelaçamento entre elas; a exclusão de multa, ao final da apreciação das infrações 03 e 04.

A infração 03 acusa o autuado da falta de registro na escrita fiscal das mercadorias não tributáveis que deu entrada no estabelecimento, no valor global de R\$ 5.910,64, em períodos dos exercícios de 2007 e 2008 (art. 42, inciso XI, Lei 7.014/96). O Auditor Fiscal elaborou demonstrativo, fl. 59, descrevendo as operações que deixaram de ser registradas pelo autuado, em relação ao exercício de 2007, mas não fez o mesmo para o exercício de 2008. Tal anomalia foi corrigida pela diligência designada pelo órgão julgador, fl. 176, determinando a entrega dos demonstrativos e a exclusão das operações que não estivessem suportadas pelos respectivos documentos fiscais.

Constato que no novo demonstrativo elaborado pelo autuante, fls. 152/153, cujas cópias foram entregues ao autuado. As notas fiscais não registradas foram identificadas no sistema CFAMT, estão anexadas no PAF, fls. 80/84 (exercício 2007) e às fls. 145/148 (exercício 2008). A empresa não faz nova arguição acerca desse item, restando caracterizada em parte a exigência, no total de R\$ 955,55.

Na infração 04, a acusação é de descumprimento por obrigação acessória, em vista o fornecimento de informações através de Arquivos Magnéticos, exigidos na legislação tributária, requeridas mediante intimação com omissão de operações ou prestações, limitando a multa 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, no valor de R\$ 64.500,40.

A irregularidade detectada pelo autuado concernente aos arquivos magnéticos, no presente PAF foi embasada na alínea “i”, inciso XIII-A, art. 42, da Lei 7.014/96, com a seguinte prescrição:

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;

Em realidade, o usuário de SEPD (sistema eletrônico de processamento de dados) está obrigado a enviar arquivo eletrônico à SEFAZ, conforme Convênio ICMS 57/95, nos prazos estabelecidos na legislação, mantendo-o pelo prazo decadencial, contendo as informações atinentes ao registro dos documentos fiscais recebidos ou emitidos por qualquer meio, referente à totalidade das operações de entrada, de saída, realizadas no período de apuração.

Dessa forma, entregues os arquivos magnéticos, o descumprimento da obrigação acessória, nessa infração 04, se perfaz no momento da informação com dados divergentes ou omitidos dos arquivos em relação àqueles constantes dos documentos fiscais correspondentes. Constatadas tais omissões ou divergências, a penalidade pode ser aplicada sem qualquer intimação, posto que a multa incide sobre o valor das entradas e saídas omitidas ou informadas com dados divergentes, limitado o valor da multa a 1% do valor das operações de saídas em cada período.

Ocorre que o próprio Auditor Fiscal afirma que intimou o autuado para apresentar, além de um arquivo faltante (novembro de 2008), a correção dos arquivos magnéticos em relação aos demais meses, conforme intimação de fl. 62 e cópias dos demonstrativos que apontam os erros apurados. Argui ainda que o arquivo ausente foi apresentado em 22.11.2001, mas não corrigiu as divergências apontadas nos demais meses, o que determinou a aplicação da multa.

O autuado alegou que não foram demonstradas as operações omitidas ou com divergências; que não conseguiu identificar a origem das irregularidades, da base de cálculo da multa aplicada, com cerceamento do direito de defesa. Corrigiu somente o mês de novembro, cuja obrigação conhecia.

Ante, tais pressupostos, constato que a aplicação da multa por descumprimento da obrigação acessória em comento não pode subsistir, em face de agressão ao devido processo legal, posto que

não laborou acertadamente o Auditor Fiscal na exigência da respectiva infração.

Uma vez que emitiu a intimação, desnecessária, no caso concreto, para correção de inconsistências verificadas nos arquivos magnéticos, competiria ao agente fiscal fornecer ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas e o contribuinte teria o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência (art. 708-B, §§ 3º e 5º, RICMS/BA), o que não resta provado nos autos.

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 não ocorrência dos fatos conforme previsto na hipótese tributária da obrigação tributária acessória acarreta a desconstituição do lançamento tributário. O procedimento fiscal incompatível com a pretensão inquia a exigência de nulidade por inadequação, cerceamento do direito de defesa e agressão ao devido processo legal.

Deixo, no entanto, de declarar a nulidade da presente exação, visto que a exigência é também improcedente, considerando que o sujeito passivo trouxe aos autos, provas de que as informações constantes dos demonstrativos fiscais não se coadunam com os seus arquivos apresentados e cujos extratos foram acostados no DOC 02, fls. 107/142. À guisa de exemplo, destaco o movimento econômico do autuado de Janeiro 2008, cujas saídas apontadas pela fiscalização no SINTEGRA constam R\$ 2.314.642,59 e que confrontado com o valor das saídas constantes na DMA - R\$ 2.428.003,73, implica diferença de R\$ 113.361,14. Verifico, no entanto, que o valor das saídas registradas no SINTEGRA, informado pelo impugnante consta R\$ 2.427.960,07 (Registros 50 + 60-A) e a diferença de apenas R\$ 43,66 (fl. 108) relativa ao valor do IPI, também informado no arquivo magnético. Situação que se repete para os demais períodos da autuação. Cópias do livro Registro de Apuração de ICMS comprovam as assertivas do contribuinte autuado e descaracteriza a infração.

Não há falar no fornecimento de arquivos magnéticos, requeridos mediante intimação, com omissão de operações porque tal fato, efetivamente, não se verificou; as possíveis inconsistências, não se fizeram acompanhar da listagem de diagnósticos e os demonstrativos que serviriam de suporte para a exigência da multa por descumprimento de obrigação acessório não foram validamente emitidos. Os documentos acostados pelo autuado comprovam a improcedência da exigência.

A redução ou cancelamento das multas solicitadas pelo autuado deixam de ser atendidas, no caso concreto, vez que o descumprimento da obrigação acessória restou efetivamente evidenciado, a responsabilidade tributária não se move pela via subjetiva do dolo ou da boa fé (art. 136, CTN) e a exigência consta da Lei de ICMS do Estado da Bahia.

Diante do exposto, considero parcialmente procedente o Auto de Infração, caracterizados os itens 01 (R\$ 50,00), 02 (R\$ 72,49) e em parte o 03 (R\$ 955.55).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298950.0004/11-0, lavrado contra **MARVEL MANUTENÇÃO E REVENDA DE VEÍCULOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 72,49**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da penalidade pecuniária, no valor de **R\$ 1.005,55**, multas previstas nos incisos XXII e XI, todos do art. 42, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR