

A. I. Nº - 300766.0005/15-1
AUTUADO - ATACADÃO DM LTDA.
AUTUANTE - LUCIMAR RODRIGUES MOTA
ORIGEM - INFAS PAULO AFONSO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09.08.2016

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0056-06/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIA, BEM OU SERVIÇO DESTINADO PARA: **a)** ATIVO IMOBILIZADO.

O crédito apropriado integralmente e sem a observação da norma não lhe dá o status de crédito devido, sem que haja a apuração proporcional e no livro fiscal próprio, cuja responsabilidade pela escrituração é exclusiva do contribuinte; **b)** USO/CONSUMO DO ESTABELECIMENTO.

De acordo com o art. 33, I, da LC 87/96, materiais de uso e consumo somente darão direito de crédito a partir de 1º de janeiro de 2020; **c)** BENEFICIADA COM ISENÇÃO DO IMPOSTO;

Item não impugnado; **d)** SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA;

Item não impugnado; **e)** ENERGIA ELÉTRICA.

Não comprovado o direito ao crédito para a atividade comercial exercida pelo contribuinte, cujo direito só ocorrerá a partir de 1º de janeiro de 2020, de acordo com o art. 33, II, “d”, da LC 87/96; **f)** SERVIÇO COMUNICAÇÃO.

Não há direito ao crédito fiscal para a atividade comercial exercida pelo contribuinte, cujo direito ocorrerá a partir de 1º de janeiro de 2020, conforme art. 33, IV, “c”, da LC 87/96; **g)** SEM DESTAQUE DO IMPOSTO NO DOCUMENTO FISCAL.

Item não impugnado;

2. ALÍQUOTAS. ERRO NA APLICAÇÃO.

EXIGÊNCIA DO ICMS.

Item não impugnado;

3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO.

EXIGÊNCIA DO ICMS.

Item não impugnado;

4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.

a) ATIVO IMOBILIZADO;

b) USO E CONSUMO.

Itens não impugnados.

5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO.

a) DENTRO DO PRAZO LEGAL;

Exação caracterizada, com adequação da data de vencimento;

b) QUANDO REGULARMENTE INTIMADO.

A exigência decorre da não apresentação dos arquivos magnéticos, no prazo de cinco dias da intimação, respaldada no art. 708-B do RICMS/97 e no art. 42, inciso XIII-A, alínea "j" da Lei nº 7.014/96.

Itens subsistentes.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Indeferido o pedido de diligência.

Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 30/09/2015, para exigir o montante de R\$1.394.645,60, referente a quatorze infrações, conforme documentos às fls. 18 a 228 dos autos, nos termos a seguir:

Infração 1 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$69.074,93, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no período de outubro de 2011 a dezembro de 2013.

Infração 2 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$1.939,77, referente a

aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos exercícios de 2012 e 2013.

Infração 3 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$41.076,83, referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos exercícios de 2012 e 2013.

Infração 4 – Utilizou indevidamente o crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$403.300,17, referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária, nos exercícios de 2011 a 2013.

Infração 5 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$1.399,88, relativo a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias, no mês de fevereiro de 2013.

Infração 6 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$400,44, relativo a aquisição de Serviço de Comunicação utilizado na comercialização de mercadorias, nos meses de janeiro a março e dezembro de 2012.

Infração 7 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$12.744,67, referente a imposto não destacado em documento fiscal, nas aquisições de combustíveis nos meses de outubro a dezembro de 2011.

Infração 8 – Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$574.779,68, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, ocorridas através de ECF, nos exercícios de 2012 e 2013.

Infração 9 – Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$59.808,19, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos exercícios de 2012 e 2013.

Infração 10 – Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$1.267,14, em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da Federação utilizando alíquota interestadual, no período de janeiro de 2012 a abril de 2013.

Infração 11 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$55.954,41, decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no período de maio/12 a setembro/13.

Infração 12 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$1.560,13, decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, no período de fevereiro/12 a setembro/13.

Infração 13 – Forneceu arquivo magnético fora dos prazos previstos na legislação, nos meses de fevereiro a agosto/2011, enviado via internet através do programa Validador/Sintegra, submetendo-se a multa no total de R\$9.660,00.

Infração 14 – Forneceu arquivo magnético, nos meses de fevereiro a agosto/2011, enviado via internet através do programa Validador/Sintegra, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizados no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas.

Em sua defesa, às fls. 230 a 241 dos autos, o sujeito passivo destaca se tratar de uma empresa com objeto social, dentre outros, de comercialização de produtos varejistas de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – supermercados – e, preliminarmente, alega violação do direito de defesa no âmbito da presente autuação fiscal, em razão da imputação de 14 infrações contra a autuada, pois, não obstante a complexidade e a magnitude das acusações, o prazo para apresentação de defesa é de apenas 60 dias, a partir da data da ciência, sendo injusta a disparidade do período utilizado pela fiscalização e o período dado ao contribuinte para exercer sua defesa sobre os mesmos fatos, o que lhe tolhe indevidamente o direito à ampla defesa, do que concluiu que, do modo como se exige a defesa, trata-se apenas de um ato formal de manifestação por parte do contribuinte, sem que lhe sejam dadas condições reais de responder as acusações e desconstituir-las devidamente, amesquinhando por completo a efetividade do direito à ampla defesa.

Assim, aduziu que resta comprometida a capacidade de exercer plenamente a defesa no que tange a todas infrações, especialmente aquelas que baseiam suas imputações em equívocos de natureza factual que, por exigirem uma investigação de maior proporção por parte do contribuinte para demonstrar os erros nos quais incorreu o “inspetor fazendário”, não poderão ser combatidas nesta oportunidade, pois não houve tempo hábil para elaborar uma avaliação dos fatos suficientemente apta a afastar as acusações. Diz ser o caso das infrações de nº 3; 4; 7; 8; 9; 10;11; e 12, que se opõe frontalmente e que deverão ser objeto de diligência fiscal.

No mérito, em relação à infração 1, alega que os valores exigidos decorrem do montante utilizado pelo contribuinte como crédito fiscal de ICMS na aquisição de veículos para integrar o ativo fixo. Aduz que o equívoco do fisco está em não considerar o fato de que a autuada tem como atividade econômica secundária, o “*Transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças, intermunicipal, interestadual e internacional*”, de CNAE 4930202. Assim, em virtude da referida atividade é que se torna possível a utilização do crédito de ICMS da aquisição dos veículos integrados ao Ativo Imobilizado, já que se tratam de mercadorias utilizadas em uma das atividades econômicas da ATACADÃO DM LTDA, sendo necessária diligência para se expurgar tais valores, do que ressalva que não teve condições de analisar com todos os detalhes o demonstrativo fiscal diante do grande volume de documentos.

Em seguida, alega que demonstrará adiante que as infrações 2, 5 e 6 foram lhe imputadas partindo da mesma percepção equivocada que orientou a imputação da infração 1, qual seja, a não observância das atividades secundárias realizadas pela ATACADÃO DM LTDA, pois todas as utilizações de crédito de ICMS exigidas, referentes às aquisições de material para uso e consumo, energia elétrica e serviço de comunicação, em verdade, foram devidas e as infrações poderiam ser evitadas caso a auditoria realizada pelo fisco estadual constatasse que a ATACADÃO DM LTDA tem como atividade econômica secundária a “Fabricação de produtos de padaria e confeitoria com predominância de produção própria”, de CNAE 1091102, de modo que as mercadorias adquiridas serviram de insumo a esta atividade industrial da autuada. Deste modo, o defendant sustenta que não seria cabível lhe imputar infrações pela utilização do crédito de ICMS pelas ditas aquisições.

No tocante à exação 13, o autuado diz que a infração toma como parâmetro o não fornecimento dos arquivos magnéticos em datas absolutamente impróprias, quando estipula como datas de vencimento até o dia 9 do mês subsequente às ocorrências, pois, conforme depreende-se da análise do art. 708-A do RICMS, vigente à época, “*Os contribuintes do ICMS autorizados ao uso de SEPD deverão entregar o arquivo magnético (...) referente ao movimento econômico de cada mês (...) contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações efetuadas*”: até o dia 15 do mês subsequente, tratando-se de contribuintes com inscrição estadual de algarismo final 1, 2 ou 3; até o dia 20 do mês subsequente, tratando-se de contribuintes com inscrição estadual de algarismo final 4, 5 ou 6; até o dia 25 do mês subsequente, tratando-se de contribuintes com inscrição estadual de algarismo final 7 ou 8; até o dia 30 do mês subsequente, tratando-se de contribuintes com inscrição estadual de algarismo final 9 ou 0. Logo, considerando que o número de inscrição estadual do contribuinte é 051.753.603, teria ele até o dia 15 do mês subsequente ao mês em que ocorreria movimentação econômica para realizar a declaração, sendo incabível estipular o dia 9 como data de vencimento do cometimento da infração.

Inerente à infração 14, o sujeito passivo aduz que, da leitura do art. 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96, dispositivo que embasou à autuação, percebe-se que o autuante incorreu em equívoco na aplicação da supracitada multa, uma vez que, da leitura da norma, percebe-se que a multa de 5% a ser estipulada em virtude da não correção dos dados omitidos ou fornecidos em desacordo com o devido – após a intimação -, se daria limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período. Contudo, salienta que a infração supostamente cometida é diversa da imputada no enquadramento legal, uma vez que não foi intimado para corrigir arquivos com o prazo legal de 30 dias que enseja a referida penalidade, mas sim para apresentação de arquivos no prazo de 5 dias.

Destaca que, a própria descrição dos fatos esclarece que o que ocorreu, de fato, foi a falta de apresentação de arquivos, que enseja aplicação de penalidade diversa, e não a falta de correção,

razão pela qual a infração imputada pela fiscal é diversa da descrição dos fatos, o que enseja a nulidade da referida infração.

Por fim, o autuado requer que seja o lançamento declarado inteiramente nulo ou, subsidiariamente, determinada diligência fiscal para se apurar o efetivo cometimento das infrações e, ao final, julgado inteiramente improcedente o presente lançamento.

A autuante, ao prestar a informação fiscal às fls. 253 a 256 dos autos, inicialmente, ressalta que para cada uma das infrações há detalhados demonstrativos anexados às fls. 18 a 92, cujas cópias foram entregues ao contribuinte no CD à fl. 96 do PAF, com apontamento de todas as irregularidades, conforme enquadramento na legislação da Bahia.

Em seguida, quanto à arguição de nulidade do Auto de Infração, a autuante diz que o mesmo obedeceu ao que preceitua o art. 18 do RPAF, ou seja, foi lavrado por servidor competente; foram entregues ao contribuinte todos os demonstrativos que compõem o PAF, a fim de que o seu direito de defesa fosse exercido; todas as infrações foram fundamentadas com base na legislação do ICMS ; o lançamento possui elementos suficientes para determinar, com segurança, a natureza das infrações, o infrator e o montante do débito tributário e, por fim, o sujeito passivo é legítimo.

Ressalta que o prazo de sessenta dias para apresentação de defesa está regulamentado no art. 123 do RPAF, sendo, portanto, totalmente legal.

No mérito, inerente à infração 1, diz ser totalmente procedente, pois o autuado exerce atividade preponderante no ramo de comércio varejista de produtos de supermercados e não poderia utilizar créditos fiscais referente a mercadorias adquiridas para integrar seu ativo imobilizado; poderia creditar-se no livro CIAP, na proporcionalidade de 1/48 avos mensais, conforme preceitua o art. 30, III, da Lei nº 7.014/96, combinado com o que preceitua o art. 310, IX, do RICMS/12 (e para as ocorrências até 31/03/12 - art. 97, XII, RICMS/97), os quais dispõem que deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento vier a ser utilizada em fim alheio à atividade do estabelecimento.

Aduz ser também procedente a infração 2, pois a empresa comercial que exerce atividade do ramo varejista não tem direito a crédito de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

Reitera ser a atividade principal do autuado a comercialização de produtos varejistas em geral – supermercados e, por isso, é indevido utilizar créditos de energia elétrica e de serviço de comunicação e, portanto, as infrações 5 e 6 também são devidas e totalmente procedentes.

As infrações 13 e 14, decorrem da falta de entrega de arquivos magnéticos, os quais deveriam ter sido enviados via internet através do Programa Validador SINTEGRA. Na infração 13 foi cobrada uma penalidade fixa, mensal, no valor de R\$1.380,00, correspondentes a sete meses sem envio, totalizado R\$9.660,00. Já a infração 14 é pela falta de envio, que embora intimado, não cumpriu o atendimento da fiscalização, como previsto no art. 708-B do RICMS/97 que dispõe que 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.

Destaca que o contribuinte foi intimado para apresentar os arquivos magnéticos no prazo de cinco dias, por duas vezes, às fls. 13 e 14 do PAF, e na própria intimação informa que a multa de R\$1.380,00 será cumulativa com o limite de 1% sobre as operações de saídas. Aduz que o autuado enganou-se ao afirmar que foi estipulada multa de 5%, pois, ao analisar o papel de trabalho, às fls. 92, que demonstra a infração 14, fica comprovado que o valor reclamado para a multa foi de apenas 1% do total das saídas mensais, a exemplo do mês fev/11, no total das saídas de R\$1.579.620,84, o cálculo de 1% das saídas é R\$15.796,21, cujo valor consta no demonstrativo de débito do Auto de Infração.

A autuante salienta que o autuado alude que houve equívoco no enquadramento das infrações imputadas, dizendo que "*a própria descrição dos fatos esclarece que o que ocorreu, de fato, foi a falta de apresentação de arquivos ...*" (fls. 241, do PAF).

Aduz que o autuado implicitamente concorda que há multas pela falta de envio de informações de Arquivos Magnéticos do SINTEGRA nos meses de fevereiro a agosto de 2011; e que fora intimado. Assim, concluiu que as infrações 13 e 14 são totalmente procedentes, já que o art. 19 do RPAF aceita que a indicação de erro no dispositivo de lei não implica nulidade, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento.

Por fim, diz inexistirem erros de cálculos nos demonstrativos e nem falhas a ser supridas que comprometam a verdade das informações, sendo o pedido de diligência totalmente desnecessário, do que pede a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O lançamento de ofício, em análise, imputa ao sujeito passivo o cometimento de quatorze infrações, com o débito exigido no montante de R\$1.394.645,60, das quais, no mérito, foram objeto de impugnação as infrações: 1, 2, 5, 6, 13 e 14, tendo sido alegado cerceamento de defesa em razão da exiguidade do prazo para apresentação da defesa, em relação às demais exações.

Inicialmente, há de se registrar que todas as exações do lançamento de ofício foram devidamente documentadas e se fundamentam em levantamentos fiscais e demonstrativos, constantes nos autos e em mídia eletrônica (CD-R), cujas cópias foram fornecidas ao contribuinte, consoante recibos nos próprios demonstrativos e às fls. 93 a 95 dos autos, em relação à mídia eletrônica. Em consequência, verifico que o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte.

Quanto à alegação de cerceamento de defesa decorrente do excessivo número de infrações, deixo de acolhê-la visto que, das quatorzes irregularidades consignadas no Auto de Infração, as sete primeiras tratam de única matéria, ou seja, do roteiro de auditoria fiscal *crédito indevido de ICMS*. Duas outras irregularidades (8 e 10) são decorrentes de erro na aplicação da alíquota; duas exações (11 e 12) em razão da diferença entre alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de materiais de uso/consumo ou do ativo imobilizado e duas relativas à multa por descumprimento de obrigação tributária inerente ao arquivo magnético. Portanto, das quatorzes infrações, treze são relativas apenas a quatro espécies de assuntos, todos corriqueiros e de fácil entendimento pelo autuado, o que comprova inexistir qualquer complexidade para o discernimento das acusações fiscais e, em consequência, do pleno exercício do direito de defesa.

Há de se convir, ainda, que os documentos fiscais relacionados e que fundamentam as acusações fiscais não são de número relevantes, conforme se pode constatar que nos próprios demonstrativos, possibilitou plenamente ao autuado apontar a existência de qualquer equívoco, porventura, existente nas peças acusatórias, no prazo legal estipulado de 60 dias, cuja defesa deverá ser aduzida por escrito, *de uma só vez*, toda a matéria que o impugnante entenda útil, indicando ou requerendo as provas e juntando, desde logo, documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, como determinam os artigos 132, II, e 133 da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

Sendo assim, no que diz respeito às infrações 3, 4 e 7 a 12, as quais o defendente diz que não houve tempo para afasta-las e que deverão ser objeto de diligência fiscal, há de se registrar que, nos termos dos artigos 140 e 143 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99: “*O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.*”, assim como: “*A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*”

Em consequência, indefiro a diligência fiscal solicitada pelo autuado no sentido de suprir a defesa do sujeito passivo, de ônus e de responsabilidade única do mesmo, não sendo admissível utilizar o aparato público para satisfazer uma suposta obrigação do contribuinte, caso assim entendesse por bem apresentar suas razões de defesa quanto àquelas exações. Registre-se que, nos termos do art. 147, I, “a” e “b”, do RPAF, o julgador deverá indeferir o pedido de diligência, quando: considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos ou for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse

do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos. Diante destas considerações, concluo pela subsistência das exações 3, 4 e 7 a 12 do Auto de Infração, por não ter havido impugnação.

No mérito, restrito às infrações 1, 2, 5, 6, 13 e 14, melhor sorte não teve o sujeito passivo, pois, especificamente em relação à infração 1, cuja acusação é de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, o autuado alega em seu favor se tratar de aquisição de veículos para integrar o ativo imobilizado e que o fisco não considerou o fato de que tem como atividade econômica secundária o Transporte rodoviário de carga, intermunicipal, interestadual e internacional, de CNAE 4930202, o que torna possível a utilização do crédito de ICMS da aquisição dos veículos, utilizados em uma de suas atividades econômicas, razão pela qual se faz necessária diligência para se expurgar tais valores.

À fl. 243 dos autos o contribuinte comprova se encontrar inscrito na atividade econômica principal de “Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios - supermercados”, além de dez atividades secundárias, dentre as quais: aluguel de máquinas e equipamentos para construção; comércio atacadista de bebidas; comércio atacadista de defensivos agrícolas; fabricação de produto de padaria; lanchonetes e transporte rodoviário de carga.

Contudo, da análise dos demonstrativos às fls. 18 a 26 e 223 dos autos, verifica-se que, do total exigido de R\$69.074,93, apenas trata de aquisição de veículo, como alega o defendant, o valor do crédito fiscal de R\$11.689,70, ocorrida através da nota fiscal nº 10723 (fl. 223) de outubro de 2011. O valor remanescente da exação de R\$57.385,23 refere-se a diversas aquisições, a exemplo de freezer, impressora, TV, câmara fria, cimento, caixa de pino, tomada, mangueira, vergalhão de ferro, etc., conforme 14 notas fiscais relacionadas às fls. 23 a 26 dos autos, cuja quantidade documental depõe contra a alegação defensiva de *grande volume de documentos*, o que impossibilitou de analisa-los.

O art. 29, I, c/c § 6º, da Lei nº 7.014/96 assegura ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto nas aquisições destinadas ao ativo permanente do estabelecimento, devendo a apuração ser em livro próprio (CIAP) e observadas, dentre outras disposições, a apropriação à razão de um quarenta e oito avos por mês e proporcional às operações de saídas tributadas no mesmo período. Já o art. 30 da citada Lei determina que o sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, dentre outras hipóteses, sempre que a mercadoria entrada no estabelecimento vier a ser utilizada em fim alheio à atividade do estabelecimento.

Em síntese, deverá haver uma apropriação dos créditos do ativo imobilizado quando se tratar de bem intrínseco à atividade econômica, apurado em livro apartado, à razão de um quarenta e oito avos por mês e proporcional às operações de saídas tributadas.

No caso em tela, verifica-se que o contribuinte descumpriu todas as premissas autorizadoras do crédito fiscal em questão, pois se apropriou integralmente do crédito fiscal no livro Registro de Apuração do ICMS, sem considerar a parcela mensal de um quarenta e oito avos, muito menos a proporção desta parcela às saídas tributadas e ainda o vínculo do bem à sua atividade econômica.

É notório que disco de embreagem, bomba mancal, cimento, vergalhões, tomada, etc., não se tratam de bem do ativo imobilizado e muito menos afeitos à atividade fim da empresa, mas, sim, alheios. Por outro lado, caminhão, impressoras fiscais, monitores, balanças, freezer, etc., provavelmente relaciona-se à atividade fim da empresa. Contudo, o crédito apropriado integralmente e sem a observação das regras estipuladas não lhe dá o status de crédito devido, sem que haja a apuração proporcional e no livro fiscal próprio, cuja responsabilidade pela escrituração, baseado nos documentos, é exclusiva do contribuinte, nos termos do art. 215 do RICMS/2012.

Assim, diante de tais considerações, concluo pela subsistência da infração 1.

No tocante às exações 2, 5 e 6, nas quais se exigem créditos indevidos de ICMS referentes, respectivamente, à aquisição de: material para uso e consumo do estabelecimento; energia elétrica e serviço de comunicação, o defendant também alega que o autuante não observou a atividade secundária realizada de “*Fabricação de produtos de padaria e confeitaria com predominância de produção própria*”, de modo que as mercadorias adquiridas serviram de insumo a esta

atividade industrial da autuada.

Da análise dos demonstrativos às fls. 27 a 34 dos autos, verifica-se que estão relacionados como materiais de uso e consumo: disjuntores, brocas, eletrodo, tomadas, interruptores, conector, bobinas e tubos galvanizados, pincel, formulário contínuo, etc., os quais, efetivamente não se tratam de insumos para a atividade de panificação, como alega o autuado, mas, sim, de materiais de uso e consumo, e, de acordo com o art. 33, I, da LC 87/96, somente darão direito de crédito a partir de 1º de janeiro de 2020.

Já às fls. 57 e 58 dos autos, constam os demonstrativos que dão sustentação às infrações 5 e 6, relativas às exigências de créditos fiscais de energia elétrica e serviço de comunicação, não tendo o contribuinte provado que a energia elétrica foi consumida exclusivamente na fabricação de produtos da padaria ou a existência de medidor exclusivo para esta atividade, como também que tais produtos tiveram saídas tributadas, tendo em vista que o art. 29, § 1º, III, item “2”, da Lei nº 7.014/96, estabelece, para o caso concreto, que ocorrerá o crédito fiscal da entrada de energia elétrica no estabelecimento quando consumida no processo de industrialização em que resultou produtos tributados, vedando a utilização do crédito fiscal de energia elétrica, à época dos fatos, para a atividade comercial exercida pelo contribuinte, cujo direito só ocorrerá a partir de 1º de janeiro de 2020, de acordo com o art. 33, II, “d”, da LC 87/96.

Da mesma forma o art. 29, § 1º, IV, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, veda a utilização do crédito fiscal sobre o serviço de comunicação, à época dos fatos, para as atividades comerciais exercidas pelo contribuinte, cujo direito só ocorrerá a partir de 1º de janeiro de 2020 (art. 33, IV, “c”, da LC 87/96).

Assim, diante de tais considerações, concluo pela subsistência das infrações 2, 5 e 6.

Por fim, no que diz respeito às infrações 13 e 14, nas quais se aplicam multas acumuladas pelo fato de o contribuinte ter fornecido arquivos magnéticos fora dos prazos previstos na legislação e, concomitantemente, os enviados com omissão de operações ou prestações nos meses de fevereiro a agosto de 2011.

O defensor alega, em relação à infração 13, que o lançamento de ofício toma como parâmetro o não fornecimento dos arquivos magnéticos em datas absolutamente impróprias, ao estipular como vencimento data de 9 do mês subsequente às ocorrências, pois, o art. 708-A do RICMS/97, vigente à época, determinava o prazo de até o dia 15 do mês subsequente, tratando-se de contribuinte com inscrição estadual de algarismo final 3, como é o caso do autuado.

Efetivamente, a data de vencimento para aplicação das penalidades constantes da infração 13 seria o primeiro dia útil após o prazo previsto no art. 708-A do RICMS/97 para o autuado enviar o arquivo magnético, no caso a data de 15 do mês subsequente. Em consequência, no mês de fevereiro, a data de vencimento em vez de 09/03/2011 passa a ser 16/03/2011 e assim sucessivamente para os demais meses de março a agosto de 2011 que passam a ser: 16/04/2011; 16/05/2011; 16/06/2011; 16/07/2011; 16/08/2011 e 16/09/2011, respectivamente. Infração procedente com *retificação da data de vencimento*.

Inerente à infração 14, o defensor alega que o enquadramento legal da penalidade na alínea “i” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 é equivocado, uma vez que a infração supostamente cometida é diversa à hipótese legal, pois não foi intimado para corrigir arquivos, mas sim para apresentação de arquivos no prazo de 5 dias, conforme se pode comprovar da própria descrição dos fatos que foi de falta de apresentação de arquivos, razão pela qual a infração imputada pela fiscal é diversa da descrição dos fatos, o que enseja a nulidade da referida infração ou, subsidiariamente, determina a diligência fiscal para se apurar o efetivo cometimento da infração.

Conforme foi consignado na informação fiscal, as infrações 13 e 14, decorrem da falta de entrega de arquivos magnéticos (infração 13), cuja penalidade fixa mensal, no valor de R\$1.380,00, por sete meses sem envio totalizou R\$9.660,00, conforme previsto no art. 708-A do RICMS/97. Já a infração 14 é pela falta de atendimento à intimação (fls. 13/14) para o contribuinte fornecer ao fisco os citados arquivos magnéticos, como previsto no art. 708-B do RICMS/97.

O contribuinte foi intimado para apresentar os arquivos magnéticos no prazo de cinco dias, por duas vezes, às fls. 13 e 14 do PAF. O demonstrativo, às fls. 92 dos autos, que fundamenta a infração

14, consigna que o valor exigido na penalidade é o resultado de 1% do total das saídas mensais. Por sua vez, o art. 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, prevê a penalidade de R\$1.380,00 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% 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.

De fato, o enquadramento correto da infração 14 seria o mesmo da infração 13, ou seja, art. 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96. Porém, mesmo assim, a alegação do autuado de que houve equívoco no enquadramento da infração, não implicou em qualquer prejuízo ao contribuinte no seu direito de defesa, haja vista que o mesmo aduz, à fl. 241 dos autos, que “*A própria descrição dos fatos esclarece que o que ocorreu, de fato, foi a falta de apresentação de arquivos, que enseja aplicação de penalidade diversa ...*”. Portanto, nos termos do art. 18, § 2º, do RPAF, não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade.

Há de se ressaltar, ainda, que o art. 19 do RPAF aceita que a indicação de erro no dispositivo de lei não implica nulidade, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. Por derradeiro, conforme previsto no art. 142 do CTN, compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, *propor a aplicação da penalidade cabível*. Portanto, cabe ao autuante apenas propor a aplicação da penalidade cabível.

Diante de tais considerações, concluo pela subsistência da infração 14.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, ressalvando a *retificação da data de vencimento* da 13ª infração, sendo: 16/03/2011; 16/04/2011; 16/05/2011; 16/06/2011; 16/07/2011; 16/08/2011 e 16/09/2011, respectivamente aos meses de fevereiro a agosto de 2011.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **300766.0005/15-1**, lavrado contra **ATACADÃO DM LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.223.306,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação tributária acessória no valor total de **R\$171.339,36**, prevista nos incisos XIII-A, alíneas “j” e “i”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2016.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR