

A. I. Nº - 272041.0012/15-7
AUTUADO - J C HANNA EIRELI - EPP
AUTUANTE - PAULO NOGUEIRA DA GAMA
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 03.08.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0128-04/16

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Falta de recolhimento do imposto referente a operações escrituradas no livro próprio. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Infrações não contestadas. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração não caracterizada 4. ARQUIVO MAGNÉTICO. FALTA DE ENTREGA DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS COM OS REGISTROS TIPOS 50, 54, 60R, 61, 61R, 74 e 75. MULTA. A entrega dos arquivos magnéticos com omissão de dados, sujeita o contribuinte ao pagamento da 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. Retificado, de ofício, o cálculo da multa exigida. Corrigida a determinação legal da multa imposto do art. 42, XIII-A, “i”, da Lei nº 7.014/96 para o art. 42, XIII-A, “j” da referida Lei. De igual forma, corrigida a data de ocorrência para o primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo não apresentado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/12/2015, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$211.057,14 em razão das seguintes infrações cometidas contra a legislação tributária deste Estado:

INFRAÇÃO 01 - Recolhimento a menos do imposto em decorrência de desencontro entre os valores recolhidos e os escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS. Período: janeiro e fevereiro de 2012. Valor: R\$9.644,24.

INFRAÇÃO 02 - Falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Período: exercício de 2011 e março a outubro de 2012. Valor: R\$104.494,63.

INFRAÇÃO 03 - Utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária. Período: fevereiro, março, maio, junho e julho de 2011 e julho de 2012. Valor: R\$4.720,74.

INFRAÇÃO 04 - Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos 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, nos exercícios de 2010 e 2011. Valor da multa: R\$92.197,53.

O autuado impugna o lançamento fiscal (fls. 255/256) com cópia desta mesma impugnação às fls. 257/258.

Após informar que a acusação diz respeito a “*não apresentação de documentos fiscais referente ao Sintegra e valores de recolhimento de ICMS indevidos*”, apresenta os seguintes argumentos objetivando a desconstituição do crédito tributário, conforme transcrito a seguir.

DAS RAZÕES DO RECURSO.

1. PRELIMINAR DE NULIDADE PARCIAL.

A autuação fiscal é nula de forma parcial de pleno direito, conforme os fatos que passa a expor:

- 1) o fiscal não solicitou os documentos do Sintegra a empresa e sim a contabilidade que o apresentou, mas o mesmo não aceitou, conforme e-mail em anexo, apenas solicitou que assinasse os papéis por ele enviado.*
- 2) Solicitou que assinasse todos papéis, pois não haveria problemas algum, questionei que estava assinando papéis no qual eu admitia estar em dívidas com o Fisco Estadual.*
- 3) Referente a infração 03- 01.02.05 – O fisco alega a utilização indevida de créditos fiscal referente a ICMS antecipação tributaria no valor no valor de R\$ 4.720,74 (Quatro mil setecentos e vinte reais e setenta e quatro centavos). Expomos que este valor já está incluso nos montantes dos créditos autuados na infração 02-02.01.18 conforme levantamento do próprio fisco em anexo.*

2. DO MÉRITO.

Eventualmente não havendo acolhida às preliminares, adentramos ao mérito para demonstrar que o direito reclamado pelo fisco estadual existe de forma parcial, consoante ficará demonstrado:

3. DO PEDIDO

Ante o exposto requer:

- 1). Revisão do auto de infração, pois a apresentação do Sintegra foi feita sim pela contabilidade e o fiscal quem a recusou.*

*Registre-se que atendido o pedido supra enumerado esta casa de julgamento administrativo fiscal estará praticando a mais lúdima **JUSTIÇA**.*

O autuante presta sua informação fiscal (fl.267) nos seguintes termos:

O contribuinte alega questões de direito, e outras estranhas ao feito, sem conduto abordar questões objetivas e materiais da autuação. De outra forma, envia esforços no sentido de obstruir a ação fiscal em tela. Não raro, determinados contribuintes perguntam “se não dá para amenizar o Auto de Infração”. É preciso ter em mente a seriedade da ação fiscal baseada em trabalho vinculado à legalidade. A Auto de Infração é um ato vinculado. Nada pode sequer ser tentado, ou sugerido, pelo contribuinte sob pena de incorrer na prática de crime, cujos tipos estão elencados no Código Penal.

Os dados foram obtidos no Sistema SEFAZ. O software SAFIS da SEFAZ recepciona todos os dados do Sintegra, as Notas Fiscais Eletrônicas e faz os confrontos e apurações as mais diversas.

Assim, não vejo razões nas alegações da autuada. Auto de Infração Procedente Total.

Esta é a minha informação.

VOTO

Transcrevi a defesa apresentada em sua integralidade, pois, conforme se extrai da mesma, a impugnação do contribuinte se restringiu às infrações 03 e 04.

Em assim sendo, as infrações 01 e 02 são mantidas em sua totalidade já que não existe lide a ser decidida em relação a elas.

Pede o impugnante a “nulidade em parte” do lançamento fiscal, apontando argumentos que não são motivadores de nulidade de um Auto de Infração, conforme dispõe o art. 18, do RPAF/BA.

Em assim sendo, para melhor compreensão da matéria ora posta, pontuarei tais nulidades no momento em que abordar cada infração de *per si*.

Rejeito o pedido de revisão do lançamento fiscal solicitado pelo defendente com base nas determinações do art. 147, I, do RPAF/BA.

Passo a decisão das infrações 03 e 04.

A infração 03 trata da utilização indevida de crédito fiscal do ICMS referente às aquisições de mercadorias enquadradas no regime da antecipação tributária.

O autuante apontou como dispositivos legais infringidos o art. 97, IV, “a”, do RICMS/97, o art. 290, do RICMS/12 e art. 9º e 29, § 4º, II, da Lei nº 7.014/96. Todos eles tratam da vedação de crédito fiscal de mercadorias enquadradas no regime da substituição/antecipação tributária.

Os levantamentos fiscais, para as ocorrências dos dois exercícios (2011 e 2012) - fl. 17 possuem as seguintes colunas, para a exigência fiscal: “A.P. Declarada”; “A.P. Recolhida” e “Cred. Indevido”.

Não se tem notícia, por não constar dos autos, quais são as mercadorias cujas aquisições foram os créditos glosados.

O único argumento do impugnante é que esta infração encontra-se contida na infração 02 (falta de recolhimento do ICMS, no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios). Diz ainda o impugnante que tal fato consta dos levantamentos realizados pelo próprio fiscal autuante.

A respeito da nulidade na forma arguida, esta não merece acolhimento, uma vez que a infração 02 tem natureza diversa da infração 03, não se confundindo uma com a outra.

No mais, o autuante, quando prestou sua informação fiscal, omitiu-se de tecer qualquer comentário e análise a respeito do argumento apresentado. Apenas diz, genericamente, de que “*Os dados foram obtidos no Sistema SEFAZ. O software SAFIS da SEFAZ recepciona todos os dados do Sintegra, as Notas Fiscais Eletrônicas e faz os confrontos e apurações as mais diversas*”. Este procedimento poderia levar esta 4ª JJF a requerer que o processo fosse, novamente, a ele encaminhado para seu pronunciamento, com base nas determinações do art. 127, § 6º, do RPAF/BA.

No entanto, por economia processual, analisei o levantamento realizado (fl. 17) o comparando com as cópias dos livros Registro de Apuração do ICMS (RAICMS) e Registro de Entradas (RE) apensados aos autos pelo autuante, que, se presuppõe, base da autuação já que única documentação apresentada. Precisamente: para realizar a auditoria fiscal, o fiscal se baseou tão somente nos livros fiscais do impugnante e, provavelmente, nos recolhimentos do imposto efetuado pela empresa. Porém este fato consta indicado, mas sem comprovação.

Desta análise resta provado:

. Ocorrências de 28/02/2011, 31/03/2011, 31/11/2011 - foram glosados os valores escriturados pelo contribuinte no seu RAICMS nos respectivos meses de fevereiro, março e novembro da coluna “Outros Créditos - ICMS Antecipação Tributária Parcial (RAICMS - fls. 109, 111 e 129). Valores: R\$2.484, 85; R\$1.372,30 e R\$205,10, respectivamente.

. Ocorrência de 31/05/2011 - o contribuinte não utilizou o valor exigido (R\$60,36) como “Outros Créditos” neste mês e na forma acima indica (fls. 114/116). No entanto, o escriturou no seu RE como crédito a ser apropriado normalmente (fl. 226), porém indicando que se tratava de crédito referente à antecipação tributária parcial.

. Ocorrência de 30/06/2011 - na realidade esta ocorrência não é do ano de 2011 e sim de 2012, conforme inclusive resta demonstrado no levantamento fiscal (fl. 17). Afora que ela não é do mês de junho e sim do mês de julho, conforme RAICMS. Neste mês de julho de 2012, o contribuinte escreveu o valor de R\$336,93 (fl. 95) na coluna “Outros Créditos - ICMS Antecipação Tributária Parcial do seu RAICMS.

. Ocorrência de 31/07/2012 - a data correta da ocorrência da constituição do crédito tributário não é julho e sim agosto. Da mesma forma, o contribuinte escreveu o valor de R\$261,20 (fl. 97) na coluna “Outros Créditos - ICMS Antecipação Tributária Parcial do seu RAICMS.

Diante deste quadro, o provado nos autos:

1. A infração não trata de mercadorias enquadradas no regime da antecipação tributária e sim de antecipação tributária parcial.
2. Sendo antecipação tributária parcial, tem direito o contribuinte de se creditar do imposto pago, conforme determina o art.
3. Se não recolhido, como indica o levantamento fiscal (fl. 17), o crédito não se encontrava constituído, não havendo nascido o direito do contribuinte em utilizá-lo. Neste caso, o autuante não deveria glosá-lo e sim, exigir o imposto tomado como crédito fiscal. Ou seja, a infração, sendo constatada a falta de pagamento, possui outra natureza, que é a falta de recolhimento do imposto decorrente de aquisições de mercadorias adquiridas em outra unidade da Federação, cujo pagamento do imposto por antecipação parcial é devido como dispõe o art. 12-A da Lei nº 7.014/96.
4. E se as mercadorias encontravam-se enquadradas no regime da antecipação tributária e não na antecipação parcial, este fato deveria restar provado, o que, em momento algum, foi feito. Ao contrário e como acima visto, utilizando-se a mesma documentação do fisco, os créditos são da antecipação tributária parcial e não total.

Desta forma, existe dissonância entre a acusação e os fatos ocorridos, o que poderia levar à nulidade da autuação. Entretanto, o art. 155 e seu Parágrafo único do RPAF/BA assim determinam:

Art. 155. A decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento.

Parágrafo único. Quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Portanto, não restando caracterizado o cometimento da infração imputada ao sujeito passivo tributário e com base no quanto disposto no art. 155, Parágrafo único do RPAF/BA, a infração não pode ser ela mantida.

A infração 04 assim resta descrita: *Forneceu informações através de arquivo (s) magnético (s) exigidos na legislação tributária, requerido (s) mediante intimação, 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 realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas.

A auditoria foi realizada da seguinte forma: o fiscal autuante levantou todos os valores, mensalmente, das operações de saídas da empresa autuada. Sobre tais saídas, calculou a multa de 5% sobre os valores mensais (fl. 15 dos autos).

A empresa alega que o fiscal não lhe solicitou “*os documentos do Sintegra*”, mas sim à sua contabilidade, que o havia apresentado, mas que o fiscal não a aceitou, apenas “*que assinasse os papéis por ele enviado*”. Traz aos autos um e-mail do preposto fiscal (fl. 259). Em seguida afirma: *Solicitou que assinasse todos papéis, pois não haveria problemas algum, questionei que estava assinando papéis no qual eu admitia estar em dívidas com o Fisco Estadual.*

Com esta alegação, a empresa requer a nulidade do lançamento da infração 04.

Ao analisar as peças processuais, a empresa recebeu três Intimações. A primeira no dia 09/11/2015 (fl. 10), a segunda em 01/12/2015 (fl. 11) e a terceira em 09/12/2015 (fl. 12), todas elas assinada pelo Sr. Gutemberg Carvalho, tendo o cargo de Gerente Administrativo. O Sr. Gutemberg Carvalho, de igual forma, assinou a ciência e recebimento do Auto de Infração (fl. 04), bem como, apresentou impugnação ao lançamento fiscal (fl. 256), sendo o Procurador do autuado conforme procuração, lavrado em 16/09/2015, acostada aos autos pela própria defesa à fl. 260.

Em assim sendo, as intimações obedeceram às determinações contidas no art. 28, II, do RPAF/BA.

Em relação à cópia do e-mail, datado de 21 e 23/12/2015 (fls. 259 e 262), eles não possuem o condão de descaracterizar as provas que constam nos autos, conforme acima explicitado.

Portanto, não existe motivação à se alegar nulidade do lançamento fiscal.

No entanto, embora não trazido como argumento de defesa, ao analisar as peças processuais, denota-se equívoco do fiscal autuante em relação aos valores e datas de ocorrências da infração ora em questão.

Ao examinar as intimações feitas, foi dada a empresa o prazo de cinco dias para que ele enviasse seus arquivos magnéticos dos exercícios de 2011 e 2012 já que faltantes os Registros 50, 54, 60R, 61, 61R, 74 e 75.

Não consta dos autos que tais arquivos foram enviados. Em 29/12/2015, o fiscal autuante exigiu a multa ora contestada, calculando o percentual de 5% sobre o valor das saídas totais de cada mês.

Para deslinde da matéria ora em questão, necessário se ater à legislação vigente à época dos fatos, ou seja, ao RICMS/12 (Decreto nº 13.780/12) já que estamos a falar de descumprimento de obrigação acessória.

Art. 261. *Sempre que for intimado, o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata esta seção, 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.*

§ 1º *Por acesso imediato entende-se, inclusive, o fornecimento dos recursos e informações necessários para verificação e/ou extração de quaisquer dados, tais como senhas, manuais de aplicativos e sistemas operacionais e formas de desbloqueio de áreas de disco.*

§ 2º *Tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas.*

§ 3º *O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet, devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria, quando for o caso.*

§ 4º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente a retificação total de arquivo.

§ 5º O prazo previsto no § 4º deste artigo poderá ser prorrogado por igual período pelo inspetor fazendário, mediante despacho fundamentado.

§ 6º A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no Conv. ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014, de 04/12/96.

Diante da legislação acima transcrita, temos duas situações distintas. A primeira relativa à falta de informações nos arquivos magnéticos transmitidos e a segunda, inconsistências detectadas nos dados apresentados nos arquivos magnéticos e a escrituração fiscal do contribuinte.

Em assim sendo, na primeira situação, o prazo a ser concedido ao contribuinte é de cinco dias, já que não se podem detectar inconsistências onde não há registros. Na situação segunda, o prazo é de trinta dias, com a apresentação de Listagem Diagnóstico destas inconsistências.

No presente e conforme exposto, aqui se impõe aplicar as determinações do caput e do § 6º do art. 262, do RICMS/12 acima transcritas. Ou seja, a multa a ser aplicada não é aquela determinada na alínea “i” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.01/96, como realizado e sim na alínea “j” do inciso XIII-A do referido artigo e lei, que dispõe:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) 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% (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 pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo.

Em segundo, existe equívoco na data de ocorrência dos fatos geradores já que o autuante as consignou mensalmente e para os dois exercícios. A infração teve por fundo a falta de dados nos arquivos magnéticos, como requereu a fiscalização quando da fiscalização. A intimação pela falta dos registros já nominados se deu entre 09/11/2015 a 09/12/2015, conforme ciências apostas pela empresa. Teve ela prazo de 05 dias para retransmitir os arquivos magnéticos com os dados faltantes, não o fazendo. Portanto, a data de ocorrência do fato gerador da multa aplicada deve ser aquela correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na última intimação para apresentação do arquivo, ou seja, 14/12/2015. Ressalto, inclusive, que esta é a orientação técnica dada por esta SEFAZ aos auditores fiscais, conforme se depreende da OTE – DPF 3005, que no item 6.1 estabelece que “na lavratura de auto de infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos data 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”.

Pelo exposto e de ofício, retifico a data de ocorrência dos fatos geradores das multas aplicadas para o dia 14/12/2015, bem como, aplico a multa de 1% sobre o valor das saídas das mercadorias nos dois exercícios (2011 e 2012) correspondendo a R\$9.219,53.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, mantendo em sua totalidade as infrações 01 e 02, decidindo pela improcedência da infração 03 e reduzindo a multa aplica na infração 04 de R\$92.197,53 para R\$9.219,75, esta última com data de ocorrência de 14/12/2015.

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 **272041.0012/15-7**, lavrado contra **J.C. HANNA EIRELI - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$114.138,87**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$9.219,53**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j”, denominada Lei, e dos acréscimos moratórios, na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento recorre de ofício desta decisão, para uma das Câmaras deste Conselho, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - JULGADORA