

PROCESSO - A. I. Nº 300766.0005/15-1
RECORRENTE - ATACADÃO DM LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6º JJF nº 0056-06/16
ORIGEM - INFAZ PAULO AFONSO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/02/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0026-11/16

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; **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; 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 6ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$1.394.645,60, acrescido de multas, em decorrência do suposto cometimento de 14 infrações, a seguir descritas:

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 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 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.

Foram apresentadas Defesa tempestiva às fls. 230 a 241 e Informação Fiscal às fls. 253 a 256.

Após concluída a instrução, a 6ª JF, julgou Procedente o Auto de Infração, conforme o seguinte voto, *in verbis*:

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 afastá-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 defendente, 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 o 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 defendente 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 do autuado.

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 defendente 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 defendente alega que o enquadramento legal da penalidade na alínea “i” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 é equivocados, 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, ressaltando 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.

Inconformado com a Decisão, o autuado interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. ____ a ____, fazendo um breve relato dos fatos e do enquadramento das infrações imputadas.

Seguidamente, alega em sede de preliminares a nulidade do Auto de Infração, devido ao excessivo número de infrações e o exíguo tempo para apresentação da defesa, consubstanciando, no seu entendimento, de claro cerceamento do direito de defesa.

Também assevera que fora invocado pela JJF, equivocadamente, os artigos 140 e 143 do RPAF,

para manter algumas exações, sob o argumento de que elas não foram efetivamente impugnadas. Aduz, também, que a negativa ao pedido de diligência tolheu ainda mais o direito de defesa do Recorrente.

Em socorro as suas teses, colaciona ementa do Acórdão CJF Nº 0356-12/14 e do Agrg. no Resp nº 1048353/SP, bem como invoca o artigo 18, inciso II e IV, alínea 'a' do RPAF, para asseverar que *“o Auto de Infração em tela é confuso e, ao mesmo tempo, simplista em seus fundamentos, o que ... resulta no reconhecimento de sua nulidade formal e no cerceamento ao direito de defesa do recorrente”*.

Aduz que *“Não há dúvidas, por sua vez, que o ato praticado cominando ao Recorrente 14 infrações para serem defendidas no mesmo prazo processual, lhe acarreta, fatalmente, em cerceamento do direito de defesa”*.

Assim, alega que não conseguiu se defender em razão da complexidade e do número de infrações imputadas.

Em seguida, sustenta a nulidade da Decisão recorrida, decorrente do não deferimento da diligência e declaração de não impugnação de infrações efetivamente impugnadas. Assevera que o contribuinte se defendeu e se opôs contra a totalidade do Auto de Infração, não podendo o relator de piso votar no sentido de que as referidas infrações não foram impugnadas.

Diz que a Decisão recorrida é patentemente nula, isto porque houve contestação e impugnação sim, tanto assim que foi formulado pedido de diligência.

Em outro tópico, protesta que no julgamento do presente Recurso Voluntário, caso haja empate na apreciação das preliminares ou do mérito, que a Decisão de desempate seja dada de forma favorável ao contribuinte, em atenção ao que dispõe o artigo 112 do CTN.

Em seguida, passa a discorrer especificamente sobre o mérito das infrações 1, 2, 5, 6, 13 e 14.

No que tange a infração 1, aduz que os valores lançados referem-se à aquisição de veículos para integrar o ativo imobilizado e que o Fisco se equivoca em *“não considerar o fato de que o autuado tem como atividade econômica secundária, o ‘Transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças, intermunicipal, interestadual e internacional’, de CNAE 4930202’.”*.

Pontua que em virtude da referida atividade é que se torna possível a utilização do crédito de ICMS da aquisição dos veículos integrados ao Ativo Imobilizado, uma vez que se tratam de mercadorias utilizadas em uma de suas atividades econômicas. Com esse norte, alega ser necessária a realização de diligência para se expurgar tais valores.

No que tange as infrações 2, 5 e 6, argumenta que foram imputadas ao contribuinte partindo da mesma percepção equivocada que orientou a infração 1, qual seja, *“a não observância das atividades secundárias realizadas pela ATACADÃO DM LTDA”*.

Diz que a infração 2, referente a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS na aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, que a infração 5, por sua vez, fora consubstanciada pela utilização indevida de crédito de energia elétrica e, por fim, que a infração 6, acusa o contribuinte de utilizar indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de Serviço de Comunicação.

Comenta que *“Todas as utilizações de crédito de ICMS acima tratadas, em verdade, foram devidas e as infrações poderiam ser evitadas caso a auditoria realizada pelo fisco estadual constataste que a ATACADÃO DM LTDA. tem como atividade econômica secundária a ‘Fabricação de produtos de padaria e confeitaria com predominância de produção própria’, de CNAE 1091102, de modo que as mercadorias adquiridas serviram de insumo a esta atividade industrial do autuado”* e sendo assim, não seria cabível imputar infrações a ela pela utilização do crédito de ICMS pelas aquisições.

Assevera que seria necessária a realização de diligência para que se verificasse quais os produtos autuados são insumo para a atividade industrial e que tais infrações carecem de segurança, razão

pela qual devem ser consideradas nulas.

No que concerne a infração 13, fala que a fiscalização toma como parâmetro o não fornecimento dos arquivos magnéticos em datas absolutamente impróprias, quando estipula como datas de vencimento até o dia 09 do mês subsequente às ocorrências.

Lembra que o artigo 708-A do RICMS então vigente assegurava que os contribuintes do ICMS, autorizados ao uso de SEPD, com inscrição estadual de algarismo final 1, 2 ou 3, teriam até o dia 15 do mês subsequente para entregar os arquivos magnéticos.

Entende que, no caso da Decisão recorrida, apesar de confirmar a existência do vício de nulidade, o Relator deixou de declará-la, o que se espera seja feito nesse momento por essa Câmara.

Quanto à infração 14, o Recorrente alega que Auditor Fiscal incorreu em equívoco na aplicação da legislação referente à multa prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96, que transcreve.

“Art. 40. Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 42 desta Lei.

(...)

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:

(...)

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”.

Entende que da leitura da citada norma, “*percebe-se que a multa de 5% (cinco por cento) 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% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período*”. Argumenta, no entanto, que a infração supostamente cometida é diversa da imputada no enquadramento legal, uma vez que a Impugnante não foi intimada para corrigir arquivos com o prazo legal de 30 dias que enseja a referida penalidade, mas sim para apresentação de arquivos no prazo de 05 dias.

Pontua 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*”.

Lembra que tal fato foi reconhecido pelo julgador de piso que afirmou que o enquadramento da infração 14 seria o mesmo da infração 1, contudo, ao invés de declarar e reconhecer a nulidade da infração, diz que o Relator somente afirmou que o mero erro na indicação da lei não implica nulidade.

Defende, entretanto, que não se trata de mero erro na indicação de dispositivo legal, mas da própria capitulação da infração, aduzindo que “*a capitulação e descrição da Infração reporta a infração não cometida, e a segunda parte da capitulação contradiz completamente a primeira*”, afirmando que o autuante além de capitular errado, indicou dispositivo legal equivocado e propôs a aplicação de penalidade equivocada.

Nesta senda, diz que não há como se afastar a nulidade da referida infração, nos termos do que dispõe o art. 18 do RPAF.

No que concerne às infrações 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, e 12, diz que as mesmas “*encontram-se confusas, mal instruídas e sem a segurança jurídica necessária para se apurar o seu cometimento*”. Pontua que em razão disso, foi requerida a diligência, a qual foi indeferida e, sendo assim,

entende que “*outro caminho não senão o de anular as referidas infrações nos termos do art. 18 do RPAF*”.

Ao final de seu arrazoado, pede que seja o lançamento declarado inteiramente nulo, ou, subsidiariamente, que seja julgado inteiramente improcedente o presente lançamento.

VOTO

Cuidam os presentes autos da apreciação de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 6ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lançado pelo suposto cometimento de 14 exações.

Preliminarmente o Contribuinte alega nulidade do lançamento devido a excessivo número de infrações, derivando em falta de tempo para apresentação de defesa e consequente cerceamento de defesa. Aduz também que o Auto de Infração é confuso e simplista, infringindo o quanto disposto no artigo 18 do RPAF/BA.

Ainda assevera que o indeferimento da diligência gera a nulidade da Decisão de piso e que não deixou de contestar todas as infrações, uma vez que, requereu a diligência para comprovação da improcedência de todas as exações.

No mérito, discorre especificamente sobre as infrações 1, 2, 5, 6, 13 e 14.

Ab initio, analiso as questões prejudiciais de mérito.

Quanto ao número excessivo de infrações, em que pese às inquietações do Contribuinte, entendo que, *in casu*, não houve o alegado prejuízo ao seu direito de defesa.

Como já asseverado pelos Julgadores de piso, as infrações de 1 a 7 tratam de utilização indevida de crédito, sendo que, para facilitar a compreensão e análise dos fatos, a fiscalização realizou a separação da motivação de cada exação, bem como, elaborou demonstrativos específicos. Já as infrações de 8 a 10, foram lançadas por recolhimento a menor do tributo por erro no cálculo do imposto, seja por erro na aplicação da alíquota, seja por erro na determinação da base de cálculo. Em relação às infrações 11 e 12, explícita a acusação de falta do diferencial de alíquotas na aquisição de mercadorias destinadas ao ativo fixo ou ao uso e consumo do estabelecimento, ou seja, a natureza das infrações é similar e de fácil compreensão. Por fim, as infrações 13 e 14 foram cobradas para aplicação de multas formais em relação ao envio e preenchimento do arquivo Sintegra.

Sendo assim, observo que as exações lançadas foram agrupadas em grupos de espécies análogas e de fácil entendimento. Ademais, devemos ressaltar que, dentro deste processo administrativo fiscal, até o presente julgamento, poderia o contribuinte juntar aos cadernos processuais, documentos fiscais, demonstrativos e arguir qualquer fato que pudesse elidir as acusações fiscais, consoante o princípio do informalismo previsto no artigo 2º do RPAF.

Assim, no presente processo, não acolho a preliminar de cerceamento de direito de defesa com base no excesso de exações.

Quanto ao suposto vício de nulidade por falta de clareza e precisão do lançamento tributário, creio que, igualmente, não merece guarida a tese recursal.

Compulsando os autos, percebo que as imputações e as bases de cálculo foram expostas de forma clara, os demonstrativos de débito referentes às autuações em discussão foram entregues à empresa e jungidos aos autos em papel e mídia magnética, bem como restaram respeitados todos os direitos e garantias do Contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo.

Logo, não depreendo qualquer ofensa ao quanto disposto no artigo 18 do RPAF, bem como qualquer dificuldade no entendimento das exações lançadas.

Por fim, quanto à nulidade da Decisão de piso em face da denegação ao pedido de diligência, lembro que a realização da mesma é uma prerrogativa do julgador que, ao analisar o processo,

pode entender que todos os elementos contidos nos autos são suficientes para o deslinde da demanda.

Cabe trazer à colação, neste sentido, o quanto disposto no artigo 147, I, 'a' do RPAF:

Art. 147. *Deverá ser indeferido o pedido:*

I - de diligência, quando:

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*
- b) 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;*

Portanto, será indeferida a diligência quando “o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos”. Dessa forma, também indefiro a diligência solicitada, pois, entendo que estão presentes todas as informações necessárias para meu julgamento.

Quanto a não contestação das infrações 3, 4 e 7 a 12, igualmente aplico o quanto disposto nos artigos 140, 142 e 143 do RPAF/BA, abaixo transcritos, *in litteris*:

Art. 140. *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.*

(...)

Art. 142. *A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.*

Art. 143. *A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

Da leitura das contestações defensivas e recursais, depreendo que realmente não houve uma efetiva impugnação as infrações mencionadas. Primeiramente, deve ser dito que o mero pedido de realização de diligência, sem apontar objetivamente qualquer inconsistência, é o mesmo que não contestar nada, por ser genérico. Logo, conforme preceituado no RPAF, a recusa de comprovar fato controverso com elemento de sua própria escrita fiscal, impõe a presunção de veracidade da subsistência das infrações. Ademais, a mera negativa de cometimento do ilícito tributário, também não elide a presunção de correção da autuação.

Nesta senda, afasto as preliminares suscitadas em sede de Recurso Voluntário e, conseqüentemente, mantenho a Decisão de procedência quanto as exações 3, 4 e 7 a 12.

Passo ao exame do mérito das infrações 1, 2, 5, 6, 13 e 14.

A infração 01 fora lançada pela suposta utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no período de outubro de 2011 a dezembro de 2013.

Segundo consta, os erros do contribuinte foram: a) dar o tratamento de ativo permanente para algumas mercadorias que não são, e; b) creditar-se, de uma só vez, do imposto referente às aquisições destinadas ao ativo permanente, a despeito do quanto previsto no art. 29, I, c/c § 6º, da Lei nº 7.014/96, bem como na LC 87/96.

Da análise dos demonstrativos fiscais de fls. 18 a 26 entendo que está correta a autuação apropriou o crédito referente ao Ativo Imobilizado de uma só vez, bem como sobre produtos que não são ativo, como bem explanado no voto de piso, abaixo colacionado:

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.

Contudo, ressalto que o Contribuinte poderá escriturar corretamente seus livros fiscais para que

tenha direito aos créditos das mercadorias que realmente participam do ativo da empresa, conforme previsto na legislação aplicável e mediante autorização da inspetoria fiscal para a correção dos livros.

Logo, a infração 1 é subsistente.

No que tange a infrações 2, 5 e 6, lançadas pela suposta utilização indevida de crédito fiscal na aquisição de material de uso e consumo, energia elétrica e serviços de comunicação, coadunado com o entendimento exarado no julgamento de base, de que os elementos glosados não se tratam de insumos para a atividade de panificação, e por tanto, não dão direito ao crédito.

Na infração 02, os elementos trazidos aos autos pela fiscalização apontam uma série de mercadorias, como disjuntores, tubos galvanizados, pincel, etc., que não são insumos para a atividade de panificação. Do mesmo modo, quanto às infrações 05 e 06, não resta demonstrado pelo contribuinte que a energia elétrica e os valores lançados a título de serviços de comunicação, foram efetivamente utilizados nesta atividade como elementos essenciais para sua produção.

Dessa forma, mantenho a subsistência das exações 2, 5 e 6, ora vergastadas.

Quanto às exações de número 13 e 14, referentes às multas pela falta de envio dos arquivos Sintegra, compreendo que contribuinte não traz elementos que possam elidir tais exações fiscais.

No que tange a infração 13, referente à falta de entrega, a empresa alega que a fiscalização toma como parâmetro o não fornecimento dos arquivos magnéticos em datas absolutamente impróprias.

Como já explicitado no julgamento de base, não se trata de datas impróprias, mas mero erro formal do lançamento fiscal, que não afasta a constatação do descumprimento da obrigação acessória de envio dos arquivos, ou seja, não se afastou a falta de entrega, mas tão somente se corrigiu a data de ocorrência.

Cura ressaltar que tal erro não macula de nulidade o presente lançamento fiscal, eis que, trata-se de mero erro formal, que não traz qualquer repercussão quanto à ocorrência de decadência, por exemplo.

Portanto, em que pese estar correta a observação do Contribuinte, esta não afasta a acusação fiscal, devendo ser, então, mantida a infração 13, conforme julgamento de primo grau.

Por fim, a infração 14, que foi lançada da seguinte forma:

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.

O enquadramento da multa se deu no artigo 42, XIII-A, alínea 'i' da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrita *in verbis*:

“Art. 42. (...)

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:

(...)

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 sua defesa, o contribuinte alega que da leitura da citada norma, “*percebe-se que a multa de 5% (cinco por cento) 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% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no*

estabelecimento em cada período”.

Argumenta, no entanto, que a infração supostamente cometida é diversa da imputada no enquadramento legal, uma vez que a Impugnante não foi intimada para corrigir arquivos com o prazo legal de 30 dias que enseja a referida penalidade, mas sim para apresentação de arquivos no prazo de 05 dias.

Como dito no julgamento de primeiro grau, as infrações 13 e 14 decorrem da falta de entrega dos arquivos magnéticos, quando regularmente intimados para apresentá-los, e derivam do quanto disposto no artigo 42, inciso XIII-A, alínea ‘j’ da Lei nº 7.014/96, que agora reproduzimos:

Art. 42. (...)

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;

Não há dúvida que houve um equívoco no lançamento fiscal ao enquadrar a infração 14 no art. 42, inciso III-A, alínea ‘i’, ao invés da alínea ‘j’. Entretanto, o próprio contribuinte entende que a multa lançada foi pela não apresentação dos arquivos magnéticos, conforme se depreende das argumentações trazidas às fls. 241 e 313.

Deve-se ressaltar que as alíquotas ou limites das multas previstas nas alíneas ‘i’ e ‘j’ são as mesmas, ou seja, de 1% do valor das saídas ou entradas, o que for maior. Ademais, nos termos do art. 18, § 2º, do RPAF, não se declarará a nulidade se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade, como no caso dos autos, já que se aferiu o descumprimento da obrigação acessória, por parte do contribuinte.

Por tudo quanto acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter inalterada a Decisão de piso que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida para julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **300766.0005/15-1**, lavrado contra **ATACADÃO DM LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente 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, 31 de janeiro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA – REPR. PGE/PROFIS