

PROCESSO - A. I. N° 272041.0012/15-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - JC HANNA EIRELLI - EPP
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0128-04/16
ORIGEM - INFAS EUNÁPOLIS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06/06/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0099-11/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Sendo antecipação parcial, o contribuinte tem direito de se creditar do imposto pago. Se não recolhido, como indica o levantamento da Fiscalização, o correto seria a elaboração de lançamento por falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, e não tributária, decorrente de aquisições de mercadorias para revenda em outras unidades da Federação. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. 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 para apresentação dos respectivos arquivos. O valor para o qual foi corrigida a penalidade por descumprimento de obrigação acessória pela Junta de Julgamento Fiscal, de R\$ 9.219,53, corresponde a 0,5%, e não a 1% das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício contra Decisão da 4ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal; Acórdão nº 0128-04/16), que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 29/12/2015 para exigir crédito tributário no valor de R\$211.057,14, sob a acusação do cometimento de 03 (três) irregularidades.

A remessa necessária decorre de terem sido julgadas Improcedente a infração 3 e Procedente em Parte a infração 4. As infrações 1 e 2 foram reconhecidas pelo recorrido.

Infração 01. Pagamento a menor, em decorrência de desencontros entre as quantias recolhidas e as escrituradas no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS). R\$ 9.644,24 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a" da Lei nº 7.014/1996.

Infração 02. Falta de recolhimento do imposto, nos prazos regulamentares, relativo às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. R\$ 104.494,63 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f" da Lei nº 7.014/1996.

Infração 03. Utilização indevida de crédito, referente às operações sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação. R\$ 4.720,74 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "a" da Lei nº 7.014/1996.

Infração 04. Fornecimento de informações em meio magnético, exigidas mediante intimação, com omissão de

operações ou prestações, limitando-se a multa a 1% do montante das saídas ou prestações do período, calculada a penalidade por descumprimento da obrigação acessória com base nos valores das operações ou prestações omitidas. Multa de R\$ 92.197,53, prevista no art. 42, XIII-A, "i" da Lei nº 7.014/1996.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 26/07/2016 e decidiu pela Procedência Parcial por unanimidade (fls. 270 a 276), nos termos a seguir transcritos.

“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 defendant com base nas determinações do art. 147, I, do RPAF/BA.

Passo à 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 pressupõe base da autuação já que é a 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 escriturou 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 escriturou o valor de R\$261,20 (fl. 97) na coluna “Outros Créditos - ICMS Antecipação Tributária Parcial do seu RAICMS.

Dianete 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.
5. 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 autuado. 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, vê-se que 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 assinadas 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 descharacterizar 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”.

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite previsto no art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 4ª JJF recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão nº 0128-04/16.

VOTO

Relativamente à infração 03, por meio da qual foi imputada a utilização indevida de crédito fiscal do ICMS referente às aquisições de mercadorias enquadradas no regime da substituição por antecipação tributária (demonstrativo de fl. 17), além de não terem sido discriminadas pela Fiscalização as mercadorias supostamente sujeitas ao citado regime, restou comprovado que, na verdade, o crédito glosado resulta da diferença entre a antecipação parcial declarada e a recolhida (colunas “A.P. Declarada”, “A.P. Recolhida” e “Cred. Indevido”).

No mérito, alinho-me com o posicionamento da JJF de que, sendo antecipação parcial, o contribuinte tem direito de se creditar do imposto pago. Se não recolhido, como indica o levantamento de fl. 17, o correto seria a elaboração de lançamento por falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, e não tributária, decorrente de aquisições de mercadorias para revenda em outras unidades da Federação.

Quanto à infração 4 (fornecimento de informações em meio magnético, exigidas mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, limitando-se a multa a 1% do montante das saídas ou prestações do período; faltantes os registros 50, 54, 60R, 61, 61R, 74 e 75), o autuante levantou todos os valores, mensalmente, das operações de saída do recorrido e sobre tais montantes calculou a multa de 5% (demonstrativo de fl. 15), sem a limitação de 1% prevista na legislação.

Tendo percebido o equívoco, o órgão de primeira instância, de ofício, trabalhou no sentido de retificar os cálculos observando o limite de 1%, corrigiu a data da ocorrência para o primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na última intimação para apresentação dos arquivos e recapitulou a penalidade por descumprimento de obrigação acessória no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/1996, nos termos previstos no art. 262, § 6º do RICMS-BA/2012.

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.

A entrega dos arquivos magnéticos sem o nível de detalhamento exigido ou 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 para apresentação dos respectivos arquivos.

Entretanto, o valor para o qual foi corrigida a penalidade por descumprimento de obrigação acessória pela Junta de Julgamento Fiscal, de R\$9.219,53, corresponde a 0,5%, e não a 1% das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período, devendo ser novamente corrigida, desta feita para R\$18.439,50, correspondente ao percentual de 1%.

Alterada a Decisão recorrida.

Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício interposto para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 272041.0012/15-7, lavrado contra **J.C. HANNA EIRELI - EPP**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$114.138,87**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$18.439,50**, prevista no inciso XIII-A, “j”, do referido diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/2005.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILo REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS