

A. I. Nº - 298620.0001/18-9
AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE ÁGUA CAMAÇARI S/A.
AUTUANTE - LUIZ CLÁUDIO CONCEIÇÃO REGO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 11/10/2018

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0136-03/18

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a)** UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES. Infração 01 reconhecida. **b)** ATIVO FIXO E/OU CONSUMO. Infração 02 reconhecida. 2. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. **a)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. O Autuado não logra elidir a autuação. Infrações 03 e 04 subsistentes. 2. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA E OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DADOS DIVERGENTES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS E SERVIÇOS. Falta de intimação específica para correção das divergências apuradas e concedendo o prazo de 30 dias, conforme previsão expressa no §4º, do art. 261 do RICMS-BA/12. Infração 05 NULA. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/03/2018, para exigir o crédito tributário no valor de R\$55.490,00, através das seguintes infrações:

Infração 01 - **06.03.01**. Falta de recolhimento de ICMS referente a diferença de alíquota na utilização de Serviço de Transporte cuja prestação teve início em outra unidade da Federação, não sendo vinculada a operação ou prestação subsequente alcançada pela incidência do imposto, nos meses de janeiro a novembro de 2014. Exigido o valor de R\$3.876,22, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - **06.05.01**. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de outubro de 2013, janeiro, abril, agosto e outubro de 2014. Exigido o valor de R\$2.056,47, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - **16.01.01**. Entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de junho, julho, setembro a dezembro 2013, janeiro a dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$10.933,41;

Infração 04 - **16.01.02**. Entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março a maio, agosto a dezembro 2013, janeiro a maio, julho a novembro de 2014. Exigido o valor de R\$15.009,05;

Infração 05 - **16.12.25**. Fornecimento de arquivos magnéticos, enviados via Internet através do programa Validador/Sintegra com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, 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 divergentes, nos meses de janeiro, março a outubro 2014. Exigido a multa no valor de R\$23.614,85.

O Autuado apresenta peça defensiva, fls. 47 a 64, articulando os argumentos a seguir enunciados.

Inicialmente observa a tempestividade da impugnação, descreve as infrações imputadas, informa que reconhece as Infrações 01 e 02, para qual afirma que foi efetuado o pagamento do débito exigido e passa a argüir os fatos em relação às Infrações 03 e 04.

Em relação à Infração 03 - ausência de escrituração de entradas de mercadorias sujeitas à tributação e à Infração 04 - mercadorias não-tributáveis, assevera que, em vista do aventureiro descumprimento da obrigação acessória em voga, a fiscalização constituiu débitos a título de multa, calculada sobre o valor das operações versadas, nos termos previstos no art. 42, incisos IX (Infração 03) e IX (Infração 04) da Lei nº 7.014/96, a primeira já aplicada à luz das diretrizes veiculadas pela Lei nº 13.461, de 10 de dezembro de 2015 c/c art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN.

Revela que referidos lançamentos devem ser prontamente desconstituídos por esse órgão julgador, em atenção ao §7º do mesmo dispositivo legal acima referido, tal como será adiante demonstrado. Com efeito, a sanção tributária deve punir o infrator na exata medida da sua culpabilidade, de forma que o *quantum* cominado sob esta égide haverá de ser proporcional ao tributo exigido, guardando coerência, ainda, com o grau de culpabilidade do agente.

Salienta que a penalidade pecuniária se presta, unicamente, a desestimular o ilícito e punir o infrator, sendo certo que não poderá ser utilizada pelo Estado como meio de lançar mão do patrimônio do contribuinte, sob pena de violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, os quais vedam, dentre outros excessos, a imposição de sanções que extrapolam a sua finalidade.

Destaca que cuidou o legislador estadual estabelecer, no bojo do art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96 (reproduz), a possibilidade de as autoridades administrativas dosarem a penalidade aplicável ao infrator, levando em conta seu grau de culpabilidade.

Aduz que a partir da leitura do dispositivo, verifica-se que o cancelamento ou redução da penalidade pecuniária tributária, pelo órgão julgador, está condicionado ao atendimento de determinados requisitos: “- a sanção deve decorrer do descumprimento de obrigação acessória; - a conduta à qual se atribui o caráter de infração não pode ter sido adotada de forma dolosa, fraudulenta, ou eivada de artifícios simulatórios; e - a infração não pode implicar a falta de recolhimento do imposto”.

Assinala que aplicando tais disposições, advém clara a necessidade de cancelamento, ou, minimamente, de redução das multas cominadas por meio dos itens 03 e 04 do Auto de Infração ora combatido, com vistas ao alcance da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação de sanções a práticas desprovidas de lesividade.

Registra que a atribuição dada ao Autuado de prática consubstanciada na ausência de escrituração, no livro Registro de Entradas, de operações que haveriam de estar registradas, o que revela tratar-se, indubitavelmente, de autêntico descumprimento de obrigação acessória. Acrescenta que os procedimentos versados encontram-se livres de quaisquer dos vícios de dolo, fraude ou simulação a que alude a norma em apreço, cuja eventual concretização, inclusive, haveria de ser regularmente comprovada, de forma incontestável, pela autoridade fiscal. Cita a Decisão do CONSEF (Acórdão 2ª CJF nº 0172-12/04).

Registra que estas infrações não se configuram prejuízo aos cofres públicos, já que a cogitada ausência de registro das entradas objeto do item 3 pode ter implicado, isto sim, em prejuízo, que, na condição de empresa dedicada à atividade industrial, deixou de se apropriar dos créditos cabíveis correspondentes, sendo certo, que o item 4 da guerreada autuação abarca operações não sujeitas à incidência do ICMS, descabendo, pois, cogitar da existência de qualquer prejuízo ao Erário, nessa seara. Reproduz as decisões do CONSEF (A-0351-12/14; 0077-05/17).

Reitera que as Infrações 03 e 04 devem ser cancelas, ou, minimamente, reduzidas no teor do festejado art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96.

No que concerne à Infração 05 - discrepâncias entre as informações contempladas no SINTEGRA e aquelas veiculadas nas notas fiscais correlatas - solicita o afastamento do lançamento objeto do

item ora vergastado, conforme o art. 259 do RICMS-BA12 em vigor, que *o usuário de SEPD está obrigado a enviar arquivo eletrônico à SEFAZ, atendendo as especificações técnicas estabelecidas no Conv. ICMS 57/95, e mantê-lo pelo prazo decadencial, contendo as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos fiscais recebidos ou emitidos por qualquer meio, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no período de apuração.*

Afirma tratar-se de obrigação acessória instituída no interesse da fiscalização e, em última análise, da própria atividade arrecadatória desempenhada pelas autoridades fiscais. Pontua que fica ao contribuinte adstrito, ao armazenamento dos arquivos eletrônicos em tela pelo prazo decadencial para lançamento de eventuais diferenças do ICMS, incumbindo-lhe correlata apresentação ao ente fazendário sempre que instado a tanto, em linha com o quanto disposto no art. 261, caput do acima citado diploma regulamentar.

Salienta que, caso o agente fazendário, ao longo das averiguações pertinentes, venha a detectar eventuais inconsistências no que concerne às informações ali contempladas, certo é que deverá oportunizar ao contribuinte correlato saneamento, conferindo-lhe para tanto, prazo não inferior a 30 (trinta) dias. Reitera que os §§ 4º e 5º do comentado art. 261, a teor dos quais *o contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência (...), podendo tal prazo ser prorrogado por igual período pelo inspetor fazendário, mediante despacho fundamentado* (grifamos).

Assinala ainda, que o legislador, sensível à possibilidade de o contribuinte vir a incorrer em erros materiais quando da prestação de informações fiscais por meio eletrônico, cuidou de prever a possibilidade de retificação destes equívocos, em homenagem à presunção de boa-fé e também como forma de prestigiar a ampla defesa e o contraditório ainda nessa fase procedural, estabelecendo prazo mínimo a ser nesse sentido franqueado.

Assevera que na hipótese de extrapolar o interstício conferido para dita regularização, sem a adoção de providências aptas a tanto, é que poderá ter palco a aplicação de penalidade pecuniária como aquela de que aqui se trata, consoante orientações fornecidas por esse d. órgão fazendários aos seus prepostos por meio da ORIENTAÇÃO TÉCNICA DA SUPERINTENDÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA OTE-DPF-3005.

Acrescenta frisando que na hipótese de inobservância destas diretrizes, restará configurada verdadeira preterição do direito de defesa, com a consequente nulidade da cominação, a teor do inciso II, do art. 18, do RPAF-BA/99.

Registra que o entendimento perfilhado conta com o aval desse órgão julgador administrativo, como evidencia o julgado adiante reproduzido, calcado, inclusive, na festejada ORIENTAÇÃO TÉCNICA DA SUPERINTENDÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA OTE-DPF-3005. Cita o voto dos Autos de Infração n°s 206891.0402/11-2 e 232941.0000/14-9.

Diz que tais considerações não pode ser a conclusão, senão a de que é nula a cominação perpetrada por meio do item 05 do Auto de Infração, uma vez constatado que:

- em 19 de março do ano em curso, foi expedida pela autoridade fiscal a INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS N° 5/2018, requisitando, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, *esclarecimentos referentes a divergências no campo CHAVE NF e MODELO das notas* que cuidou de indicar, fls. 26/27;
- nesta perspectiva, foram disponibilizados ao agente fazendário, no dia 21 daquele mesmo mês, março do ano em curso, via mensagem, as elucidações pertinentes às inconsistências identificadas pelo agente fiscal, fl. 28; e
- logo em seguida, mais precisamente em 27 de março do ano em curso, restou formalizada a exigência em combate, sem que tivesse sido intimado para promover a correção das divergências identificadas, tal como imposto pela legislação de regência, tampouco respeitado

o prazo mínimo de 30 (dias) para que assim procedesse, caso se admitisse a equiparação da intimação para prestar esclarecimentos à intimação para sua regularização, o que se cogita tão somente em homenagem ao debate!

Pugna pelo cancelamento da infração.

Conclui e requerendo que:

- que sejam homologados os pagamentos dos valores objeto dos itens 01 e 02 do Auto de Infração, comprovados mediante anexo doc. 04;
- seja julgado Parcialmente Procedente o lançamento, com a consequente desconstituição do débitos objetos das Infrações 03, 04 e 05;
- a juntada posterior de documentos, bem como a realização de diligências fiscais para a constatação dos fatos aqui alegados e análise dos documentos colacionados, caso assim entenda necessário essa Junta de Julgamento.

O Autuante presta informação fiscal fls. 98 a 100, na forma a seguir resumida.

Reproduz as infrações, resume a peça defensiva e informa que o contribuinte escriturou na EFD do período fiscalizado, as NFEs como sendo modelo 01, quando o correto seria modelo 55. Em função desse erro, foi omitido o número da chave de todas as NFEs, que é imprescindível a execução dos trabalhos realizados no âmbito dos fiscos estaduais, fato tipificado na presente infração.

Quanto à alegação defensiva referente ao item 03 da autuação, de que teve prejuízo, uma vez que na condição de empresa industrial deixou de se apropriar dos créditos fiscais cabíveis correspondentes, explica que o Autuado já faz uso do crédito presumido, o que impede o uso de créditos fiscais para quem adota este procedimento.

Em relação aos argumentos alegados atinente ao item 05, reproduz o art. 251, §2º, no qual expressamente a não validade de retificação da EFD nos períodos em que o estabelecimento esteja sob ação fiscal.

Conclui que diante das alegações do Impugnante referente às Infrações 03, 04 e 05, devem ser mantidas as exigências constantes da autuação.

Quanto aos valores referente às Infrações 01 e 02, verifica o reconhecimento e pagamento.

Pugna pela Procedência o Auto de Infração.

VOTO

Ao compulsar os autos, verifico, no que diz respeito aos aspectos formais do lançamento, que o presente Auto de Infração foi lavrado de acordo com o que dispõem o art. 39 do RPAF-BA/99 e o art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN. Por isso, e inexistindo qualquer violação aos princípios constitucionais que regem o procedimento e processo administrativo fiscal, em especial, os da legalidade, da ampla defesa, e do contraditório, se configura plenamente apto a produzir seus efeitos jurídicos e legais.

Assim, entendo não restar configurado nos autos, qualquer dos pressupostos de nulidades previstos na legislação de regência, precípuamente os elencados no art. 18 do RPAF-BA/99.

No que diz respeito ao pedido de diligência, por entender que já constam dos autos todos os elementos necessários para formação de juízo acerca da lide pelos julgadores, indefiro o pedido com base na alínea “a”, do inciso I, do art. 147 do RPAF-BA/99.

No mérito, o Auto de Infração cuida de cinco infrações à legislação do ICMS, cometidas pelo impugnante, na forma circunstanciada e enunciada no preâmbulo do Relatório, com o enquadramento legal das irregularidades infringidas e a tipificação das multas cabíveis.

Em relação às Infrações 01 e 02, ante o reconhecimento pelo Autuado do cometimento desses itens da autuação, portanto, inexistindo lide, ficam mantidas.

As infrações 03 e 04, cuidam da entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços, respectivamente, sujeitos à tributação e não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, conforme demonstrativo acostado às fls. 10 a 17.

Em sede de defesa, o Autuado não negou o cometimento da acusação fiscal, afirmou que se referem a descumprimento de obrigações acessórias e asseverou que esses itens da autuação encontram-se livres de quaisquer dos vícios de dolo, fraude ou simulação a que alude a norma em apreço, cuja eventual concretização. Sustentou também, que tais infrações não se configuraram prejuízo aos cofres públicos, já que a cogitada ausência de registro das entradas, objeto do item 03, pode ter implicado, isto sim, prejuízo que na condição de empresa dedicada à atividade industrial, deixou de se apropriar dos créditos cabíveis correspondentes, e que o item 04 da autuação, abarca operações não sujeitas à incidência do ICMS, descabendo, pois, cogitar da existência de qualquer prejuízo ao Erário.

Convém salientar a importância do cumprimento das obrigações acessórias pelo contribuinte, uma vez que foram legalmente estatuídas com o propósito imprescindível de dar suporte às atividades de controle exercidas pela fiscalização, portanto, independe de motivação com repercussão financeira direta ao Erário.

Concordo com o posicionamento do Autuante de que não procede a alegação da defesa de que o estabelecimento autuado teve prejuízo em relação à Infração 03, por ter deixado de utilizar os correspondentes créditos fiscais, haja vista que o Impugnante já faz uso do crédito presumido, o que impede o uso de créditos fiscais.

No tocante ao pleito do Autuado para relevação das multas aplicadas por ausência de prejuízo ao erário, além de restar evidenciado nos autos a caracterização dessas infrações, deixo de acatar a pretensão do Autuado, primeiro porque as multas aplicadas estão expressamente tipificadas na Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, e segundo, por falta de previsão legal para vinculação da exigência com prejuízo causado ao erário.

Quanto ao pedido de cancelamento das multas, por não terem sido praticadas com dolo fraude ou simulação, entendo que as multas devem ser mantidas, tendo em vista que, mesmo inexistindo nos autos indícios do cometimento dessas irregularidades, o contribuinte não trouxe aos autos os elementos necessários a comprovar de forma inequívoca, que a irregularidade constatada não causou falta de recolhimento do ICMS devido.

No tocante ao fato das irregularidades decorrerem da constatação da não escrituração de notas fiscais de entradas de mercadorias no estabelecimento, deve também ser ressalvado que esse aspecto é insuficiente para asseverar, inequivocamente, a não ocorrência de falta de recolhimento do ICMS devido. Nestes termos, não acolho, portanto, a pretensão do autuado.

Assim, ante à ausência de qualquer comprovação pelo defendant de que as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal foram registradas em seu livro Registro de Entradas, também se afiguram caracterizadas esses itens da autuação.

Nestes termos, concluo pela subsistência das Infrações 03 e 04.

A Infração 05, imputa ao sujeito passivo o fornecimento de arquivos magnéticos enviados via Internet através do programa Validador/Sintegra, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes.

De acordo com o art. 42, inciso XIII-A, alínea “i” da Lei 7.014/96, a falta de fornecimento de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, ou sua entrega com omissão de dados, ou sendo informados dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, sujeita o contribuinte ao pagamento da multa de 5% do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas, não podendo ser superior a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período.

Portanto, a multa é calculada sobre o valor das operações ou prestações omitidas, ou sobre o valor das divergências.

Quanto à necessidade de intimação específica ao contribuinte para a necessária correção dos arquivos, no prazo de 30 dias, ou seja, após a constatação de inconsistências, o contribuinte deve ser intimado para que produza novos arquivos a salvo das incorreções, verifico que de acordo com o teor do §4º, do art. 261 do RICMS-BA/12, essa é uma exigência expressamente preconizada.

Ao compulsar os autos, no tocante aos elementos que compõem a acusação, relativa a esse item da autuação, observo que não consta dos autos a intimação específica para correção das divergências apontadas pela fiscalização, no prazo de trinta dias conforme determinado no RICMS-BA/12.

Assim, entendo restar efetivamente caracterizado o cerceamento de defesa do Autuado, bem como evidenciado o descumprimento do devido processo legal, o que inquia de nulidade esse item da autuação.

Com fundamento no art. 156 do RPAF-BA/99, represento a Autoridade Fazendária a examinar a necessidade de promover outra ação fiscal, para apurar a irregularidade, a salvo da falha apontada.

Assim, concluo pela nulidade da Infração 05.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo serem homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298620.0001/18-9, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE ÁGUA CAMAÇARI S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.932,69**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$25.942,46**, prevista no inciso IX, XI e XIII-A, “i”, do mesmo artigo e diploma legal já citados, alterada pelas Leis nºs 13.461/2015 e 10.847/07, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de agosto de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - JULGADOR