

**A. I. N°** - 293575.0901/01-3  
**AUTUADO** - LOJAS DADALTO S/A  
**AUTUANTE** - TELESSON NEVES TELES  
**ORIGEM** - INF AZ EUNÁPOLIS  
**INTERNET** - 02. 12. 2002

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0411-04/02

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Efetuada a correção no cálculo do imposto. Infração parcialmente caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração não caracterizada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Infração comprovada. Efetuada a correção da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/2001, exige ICMS no valor de R\$18.726,78, além da multa de R\$18.138,99, em razão das seguintes irregularidades:

1. Utilização indevida de crédito fiscal, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária;
2. Deixou de efetuar o recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88.
3. Deixou de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura, pelo que foi aplicada a multa de R\$18.138,99.

O autuado impugnou o lançamento fiscal descrevendo, inicialmente, os termos da acusação fiscal, bem como dos dispositivos ditos infringidos do RICMS/97, além da multa correspondente, com base na Lei n° 7014/96.

Em seguida, alegou a falta de fundamentação legal do dispositivo legal infringido, oportunidade em que transcreveu o art. 5º, seu inciso II, da Constituição Federal. Segundo o autuado, o inciso acima traz para a sociedade o princípio da legalidade, ao prevê que às pessoas quer físicas ou jurídicas, somente estão obrigadas a fazer ou deixar de fazer algo, se uma lei assim determinar. Aduz que a imputação feita pelo autuante, foi por ter infringido dispositivo do RICMS/97 e da Portaria n° 460/2000, cujas obrigações tributárias não foram instituídas por lei. Frisa que se tal obrigatoriedade tivesse sido instituído por lei, deveria o Auto de Infração trazer os dispositivos desta.

Quanto ao mérito, apresentou os seguintes argumentos para elidir a autuação:

Infração 1 - Alega que o valor do crédito apurado pelo autuante foi de R\$16.770,42, no entanto, no relatório existem vários valores consignados incorretamente. Às fls. 4 a 6, o autuado aponta os equívocos incorridos pelo autuante e diz que o seu procedimento não causou prejuízo ao Erário Estadual. Como justificativa, esclareceu que, quando das transferências das mercadorias de suas filiais neste Estado, o estabelecimento emitente das notas fiscais destacou e se debitou do imposto, possibilitando ao estabelecimento autuado o seu creditamento, em obediência ao princípio da não cumulatividade. Além deste fato, aduz que quando das saídas das referidas mercadorias destacou e se debitou do imposto sobre as operações. Frisa ter ocorrido um erro formal, uma vez que o produto foi enquadrado no regime de substituição tributária e não observado pela empresa, em razão do estabelecimento matriz estar localizado no Estado do Espírito Santo, cuja legislação é diferente. Salienta que as suas alegações podem ser comprovadas através das notas fiscais que faz a juntada, por amostragem, emitidas pelos estabelecimentos remetentes e o autuado.

Continuando, aduz que outro aspecto a relevar, é que por se tratar de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, a jurisprudência é pacífica no sentido de que o ICMS não incide nessas operações, oportunidade em que transcreveu decisões do Superior Tribunal de Justiça em apoio ao alegado.

Infração 2 – Aduz haver erro formal na autuação, quando da elaboração do mapa pelo autuante, pois no quadro “alíquota”, percebe-se que houve um crescimento uniforme dos percentuais, ou seja, em cada linha do quadro, há um acréscimo de 1% na alíquota, o que levou a apurar um imposto que não é o real. Além disso, as notas fiscais relacionadas referentes ao mês de dezembro, o ICMS foi recolhido conforme comprova as notas e a GNRE. Frisa que o valor correto do ICMS devido por antecipação é de R\$828,47, conforme demonstrativo em anexo, cujo valor ao ser verificado o equívoco, foi efetuado a sua correção no Livro Registro de Apuração do ICMS no mês 11/2000 (ver cópia do referido livro em anexo), antes de qualquer procedimento fiscal, o que caracteriza como denúncia espontânea.

Infração 3 - Diz que o autuante cita como infringido o art. 686, IV, § 5º, do RICMS, todavia o referido parágrafo foi inserido a partir do ano de 2000, através do Convênio ICMS 39/00, portanto não se aplica às operações ocorridas no ano de 1998, as quais foram objetos da autuação. Alega que em momento algum omitiu informações ao Estado e mesmo não estando obrigada a entregá-las nos moldes exigidos pelo autuante, procurou atendê-lo dentro das possibilidades, enviando-as através de e-mail, conforme se comprova com o documento em anexo.

Ao finalizar, requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante ao prestar a sua informação fiscal de fls. 712 e 713 assim se manifestou:

Infração 1 – Aduz que o autuado alegou em sua defesa que não houve prejuízo aos cofres públicos, cujo argumento não procede, pois dois motivos:

a) Em diversas operações, o autuado realizou vendas de ladrilhos e assemelhados sem o destaque do imposto no documento fiscal de venda, conseqüentemente sem se debitar do imposto correspondente, conforme poderá ser verificado em algumas cópias de notas fiscais anexadas ao PAF, o que torna sem efeito o seu argumento;

b) Que o regime de substituição tributária foi instituído pelo Estado para garantir o recolhimento antecipado do imposto sobre mercadorias de grande circulação no varejo, face o difícil controle das vendas finais realizadas pelos contribuintes por parte do fisco.

Assevera o autuante que, ocorrida à substituição, fica encerrada a fase de tributação, não devendo o contribuinte efetuar o lançamento do imposto na forma não regulamentar, cujo imposto debitado de forma regular deverá ser requerido à repartição fazendária o estorno de débito.

Infração 2 -Acata os argumentos defensivos e diz que a infração deve ser considerada improcedente.

Infração 3 -Frisa que o autuado apenas alega que o dispositivo invocado na caracterização/enquadramento da infração não obriga a ação (Princípio da Legalidade Restrita), bem como de que o mesmo é posterior ao exercício fiscalizado, cujos argumentos não sobrevivem a uma análise mais rigorosa. É que os artigos invocados constam no RICMS/97 e na Lei nº 7014/96, os quais são anteriores ao exercício de 1988 e objeto da fiscalização, sendo que o primeiro é apenas o detalhamento do segundo (lei) para fins operacionais.

Ao concluir, diz que mantém na íntegra as infrações 1 e 3.

Ao analisar o presente PAF, face à controvérsia entre a defesa e a autuação, foi proposta por este Relator e aceita pela 4ª JJF a sua conversão em diligência a ASTEC, para que auditor fiscal a ser designado efetuasse as verificações fiscais elencadas à fl. 721.

Cumprida a diligência de fls. 722 a 725 dos autos, o auditor diligente através do Parecer nº 0210/2002, descreveu, inicialmente, o que foi pedido pelo Relator, bem como fez um resumo das alegações defensivas.

Em seguida, discorreu às fls. 723 a 725, como foi desenvolvido o trabalho diligencial e as suas constatações, oportunidade em que elaborou os demonstrativos de fls. 726 a 736.

Ao concluir, fez o seguinte resumo:

a) que procedem as alegações defensivas descritas à fl. 4 do volume 2, no que diz respeito aos erros apontados no item 3.1, tendo sido efetuado as devidas alterações;

b) quanto aos valores lançados a débito no RAICMS à fl. 18, observou que:

1. No caso da antecipação tributária, restou como devida a importância de R\$13,44, em razão do autuado não ter considerado a operação relativa à Nota Fiscal nº 59514 (fl. 346), com base de cálculo de R\$133,04;

2. Em relação ao crédito fiscal estornado, foi constatado que o crédito fiscal relativo à Nota Fiscal 59514 foi utilizado e não estornado, cujo valor deverá permanecer na presente autuação;

3. Quanto às operações que não fizeram parte da autuação, cujo imposto devido por antecipação tributária e por utilização indevida de crédito fiscal foi lançado espontaneamente, os mesmos não foram incluídos nos demonstrativos solicitados para fins da correção monetária e dos acréscimos tributários, pelo fato de não fazerem parte da lide;

4. No tocante ao demonstrativo dos créditos fiscais relativos às operações internas de transferências, esclarece que foram elaborados com as retificações anteriormente citadas.

Face à diligência da ASTEC, o CONSEF encaminhou o PAF a INFAZ-Eunápolis para dar ciência ao autuado e ao autuante, o que foi cumprido, conforme suas assinaturas à fl. 744, no entanto, não se manifestaram a respeito.

## VOTO

Ressalto, inicialmente, que a alegação defensiva de falta de fundamentação legal do dispositivo infringido, não procede. É que o ICMS foi objeto de sanção por parte do Governo do Estado da Bahia, através da Lei nº 7014/96, o qual foi regulamentado pelo Decreto nº 6284/97, o que possibilita a Secretaria da Fazenda exigir dos contribuintes o fiel cumprimento das obrigações tributárias nela previstas. Ademais, consoante o disposto no art. 19, do RPAF/99, a indicação de disposição regulamentar, equivale à menção do dispositivo da lei que lhe seja correspondente, não implicando em nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. Sobre o assunto, observei que o autuante ao consignar no Auto as infrações apuradas, o fez de forma detalhada, bem como indicou corretamente os dispositivos do RICMS infringidos e da multa correspondente, com base na Lei nº 7014/96, tanto que o autuado ao adentrar no mérito, exercitou em sua plenitude o amplo direito de defesa.

Quanto ao mérito da autuação e após analisar as peças que compõem o PAF, o meu posicionamento a respeito das infrações é o seguinte:

**Infração 1** – Reporta-se à utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária.

Sobre a defesa formulada, razão assiste parcialmente ao autuado, uma vez que apontou alguns equívocos do autuante na apuração dos créditos indevidos, além de ter incluído valores apropriados em operações interestaduais, os quais foram objetos de estorno pela empresa em seu Livro RAICMS no mês de novembro/2000 (ver fl. 18), ou seja, antes da ação fiscal, cujos valores devem ser excluídos da autuação, pois indevida a sua exigência.

Quanto ao valor remanescente no importe de R\$14.063,46, as alegações defensivas, segundo a qual o seu procedimento não ocasionou em prejuízo à Fazenda Estadual, pelo fato dos estabelecimentos remetentes das mercadorias haverem destacado e se debitado do imposto e de que o estabelecimento autuado tributou a sua saída, não merecem o meu acolhimento. É que de acordo com o disposto no art. 356, do RICMS/97, ocorrido o pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.

Com referência ao argumento do autuado, de que quando promoveu as saídas das mercadorias considerou-as como tributáveis, o mesmo não tem fundamento, uma vez que o autuante em sua informação fiscal, disse que a empresa em algumas operações não destacou o imposto no documento fiscal e, como tal, não se debitou para fins de apuração do imposto, fato que pode ser comprovado através das notas fiscais anexadas ao PAF.

Acerca do questionamento do autuado, de que se for compelido a pagar pelo crédito indevido, como ficará o débito lançado nas filiais que remeteram as mercadorias, esclareço que cabe a empresa adotar o procedimento previsto nos arts. 112 e 113 do RICMS/97.

No tocante a alegação do autuado de que não incide o ICMS nas operações de transferências entre estabelecimento da mesma empresa, com base em decisões de tribunais, não posso acatá-la, porque o RICMS/97, em seu art. 2º, I, estabelece que nessas operações ocorre o fato gerador do ICMS.

Com base na explanação acima, acato as diferenças a serem excluídas da autuação apontadas pela diligência da ASTEC, tendo em vista que não foi objeto de questionamento pelo autuado ao ser intimado pela INFAZ-Eunápolis, para sobre ela se manifestar e considero parcialmente correta a exigência fiscal no importe de R\$14.063,46, conforme demonstrativo a seguir:

| Ocorrência | Vencimento | B. de Cálculo | Aliq. | Valor do ICMS | % de multa |
|------------|------------|---------------|-------|---------------|------------|
| 31/01/98   | 09/02/98   | 1.815,52      | 17%   | 308,64        | 60%        |
| 28/02/98   | 09/03/98   | 3.668,35      | 17%   | 623,62        | 60%        |
| 31/03/98   | 09/04/98   | 7.819,29      | 17%   | 1.329,28      | 60%        |
| 30/04/98   | 09/05/98   | 6.473,05      | 17%   | 1.100,42      | 60%        |
| 31/05/98   | 09/06/98   | 8.700,06      | 17%   | 1.479,01      | 60%        |
| 30/06/98   | 09/07/98   | 7.290,06      | 17%   | 1.239,31      | 60%        |
| 31/07/98   | 09/08/98   | 7.587,96      | 17%   | 1.289,95      | 60%        |
| 31/08/98   | 09/09/98   | 7.475,29      | 17%   | 1.270,80      | 60%        |
| 30/09/98   | 09/10/98   | 14.682,94     | 17%   | 2.496,10      | 60%        |
| 31/10/98   | 09/11/98   | 6.776,71      | 17%   | 1.152,04      | 60%        |
| 30/11/98   | 09/12/98   | 9.254,00      | 17%   | 1.573,18      | 60%        |
| 31/12/98   | 09/01/99   | 1.183,00      | 17%   | 201,11        | 60%        |
| Totais     |            | 82.726,21     |       | 14.063,46     |            |

Infração 2 – Deve ser excluída da autuação, uma vez que o autuante ao prestar a sua informação fiscal acatou os argumentos defensivos, com o qual concordo.

Infração 3 – Decorreu da falta de fornecimento de arquivos magnéticos com informações das operações realizadas, pelo que foi aplicada a multa de R\$18.138,99, equivalente a 1% do valor das saídas de mercadorias no exercício de 1998. Sobre a exigência fiscal, entendo que a mesma não prospera, pois só com o advento da Lei nº 7667/2000, é que foi introduzido o inciso XIII-A, ao art. 42, da Lei nº 7014/96, que poderia dar respaldo a autuação. Como a infração se refere ao exercício de 1998, a nova disposição não pode ser aplicada a fatos geradores pretéritos, no entanto, aplico a multa de R\$240,00, prevista no art. 42, XX, “a” e “b”, da Lei nº 7014/96, pelo não atendimento das duas intimações expedidas para tal apresentação.

Ante o exposto, entendo parcialmente correta a exigência fiscal e voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração na importância de R\$14.063,46, além da multa de R\$240,00.

## 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 293575.0901/01-3, lavrado contra **LOJAS DADALTO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.063,46**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios, além da multa de **R\$240,00**, prevista no inciso XX, “a” e “b” dos mesmos artigo e lei acima citados.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2002.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

ANSELMO LEITE BRUM - JULGADOR