

PROCESSO	- A. I. Nº 232962.0002/03-2
RECORRENTE	- LOJAS DADALTO S.A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JF nº 0151/02-03
ORIGEM	- INFAZ ILHÉUS
INTERNET	- 06/11/03

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0130-12/03

EMENTA: ICMS. 1. SUSPENSÃO DA INCIDÊNCIA. REMESSA PARA CONCERTO EM ESTABELECIMENTO DE TERCEIRO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não atendida a condição de retorno, no prazo regulamentar, de parte das mercadorias remetidas para concerto. Infração parcialmente subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO E ENERGIA ELÉTRICA. Exigência subsistente. 3. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE INVENTÁRIO. ESCRITURAÇÃO IRREGULAR. Infração caracterizada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTOS. OPERAÇÕES NÃO DECLARADAS. FATO APURADO ATRAVÉS DOS SISTEMAS GERENCIAIS DA EMPRESA (AUTORIZAÇÕES DE VENDAS E LISTAGEM DO RESUMO DIÁRIO DE VENDAS) CONFRONTADOS COM OS REGISTROS FISCAIS. Infração caracterizada. Mantida a exigência fiscal. **b)** USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS DAS OPERAÇÕES COMERCIAIS REALIZADAS NOS PERÍODOS DE AGOSTO/2000 A FEVEREIRO/2002. MULTA. Modificada a decisão. Aplicada a multa da alínea “b”, do Inciso 20, da Lei nº 7.014. Infração subsistente em parte. Não acatadas as preliminares suscitadas pela defesa. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O recorrente respaldado no art. 169, I, “b” do RPAF/99, inconformado com a Decisão proferida no Acórdão 1ª JF nº 0151/02-03, relativo ao julgamento do Auto de Infração nº 232962.0002/03-2, ao receber a intimação dando ciência da Procedência Parcial do mesmo, apresentou no prazo decencial o presente Recurso Voluntário.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o valor de R\$248.447,88, inerentes aos exercícios de 1999 a 2002, em razão de diversas infrações, apreciadas item por item no julgamento de 1ª Instância, resultando, em síntese, na seguinte Decisão prolatada:

O recorrente suscitou três preliminares na peça de defesa e, reiteradas todas elas para serem apreciadas em grau de Recurso.

Da análise dos autos e dos documentos que compõem o presente PAF, D. Julgador da 2ª Junta de

Julgamento Fiscal, chegou à seguinte conclusão:

Inicialmente, rejeitou o pedido de nulidade argüido pelo recorrente, considerando que: “o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte.” No mérito, baseou sua decisão, nos seguintes argumentos:

Infração 01 – relativa a falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$13.722,21, nos exercícios de 1999 a 2001, decorrente de operações de remessa para conserto sem comprovação de retorno, conforme relação às fls. 107 a 111 dos autos.

“ Do cotejo das notas fiscais, apenas às fls. 690 a 765 dos autos, observa-se que todas as remessas foram feitas em nome do autuado e sem qualquer observação de que tais aparelhos eram de propriedade de terceiros, conforme alegado às razões de defesa. Assim, diante de tais provas documentais, torna-se desnecessária a diligência requerida no sentido de “averiguar o ciclo operacional” ou de “oficiar às empresas fornecedoras para certificarem a operação”.

Considerando que , o recorrente, às fls. 672 a 689, comprova o retorno de parte das remessas arroladas pelos autuantes, refaz os cálculos excluindo as notas apresentadas, apurando o valor real do imposto devido, conforme demonstrativo denominado de: ERRATA DEMONSTRATIVO DE DÉBITO – INFRAÇÃO 1, inserto no seu voto.

Esclarece que o fundamento da exigência fiscal deste item baseia-se na seguinte disposição legal:

O § 4º do art. 627 do RICMS/97, determina que decorrido o prazo de 180 dias, contados da data da saída, salvo prorrogação autorizada pelo fisco, sem que ocorra a transmissão da propriedade ou o retorno da mercadoria ao estabelecimento de origem, real ou simbólico, será exigido o imposto devido por ocasião da saída originária. Assim, subsiste parte da exigência no valor de R\$12.365,25.

Infração 04 – inerente a multa, no valor de R\$120,00, pela escrituração do Livro Registro de Inventário, no exercício de 2001, em desacordo com o disposto no art. 330 do RICMS/97.

Infração caracterizada, consoante provam os documentos às fls. 623 a 631 do PAF, contrariando determinação prevista no § 3º, inciso II, do citado art. 330 do RICMS, o qual determina o arrolamento das mercadorias inventariadas de acordo com sua situação tributária, tais como tributadas, não tributadas, isentas.

Infração 05 – referente a falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$188.385,82, em razão das operações realizadas com “correntistas” e não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos exercícios de 1999 a 2002, conforme apuradas através de sistema gerencial da empresa, consoante documentos às fls. 255 a 442 dos autos.

Comprovada a infração diante das provas documentais, as quais não deixam dúvidas sobre a omissão de receitas tributáveis decorrentes de “vendas para correntista”, detectada através da diferença entre o valor do documento interno (Autorização de Vendas), a “Listagem do Resumo Diário de Vendas” e os valores lançados no Registro de Saída, conforme pode-se observar às fls. 418 a 442 dos autos, conforme demonstrativo de débito também inserto no seu voto.

(...)

Assim, restou provado que os lançamentos a título de “CORRENTISTA” tratam-se de vendas

de mercadorias, não lançadas na escrita fiscal, conforme documentos às fls. 255 a 442 dos autos, cujos valores no Resumo Diário de Vendas estão sempre vinculados a sigla “BL”, possivelmente relativa a boleto, e nunca a qualquer documento fiscal, numa prova inequívoca de que se trata de vendas omissas, sendo impertinentes as alegações de defesa de que se tratam de pura presunção, diante de tais irrefutáveis comprovações de que se referem a efetivas diferenças entre os valores comercializados e oferecidos à tributação. Deve-se ressaltar que a alegação da possibilidade de “descontos concedidos” é totalmente descabida, em razão das provas documentais e da existência de coluna específica nos aludidos “Resumo Diário de Vendas”, a qual encontra-se sempre zerada.

Infração 06 e 07 – relativas a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, nos valor de R\$520,25 e R\$28,60, decorrentes das aquisições de energia elétrica e do serviço de comunicação, utilizados na comercialização de mercadorias no mês de março/2002.

O art. 93, inciso II e II-A, do RICMS/97, determina como constituição de crédito fiscal de cada estabelecimento comercial, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo ao recebimento de serviços de comunicação utilizados pelo estabelecimento e às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento (Lei nº 7.710/00), a partir de 1º de novembro de 1996 a 31 de dezembro de 2000, ou a partir de 1º de janeiro de 2007.

Portanto, tais créditos fiscais do mês de março/02 não tem previsão legal, sendo sua utilização indevida.

Infração 08 – relativa a multa, no valor de R\$40.075,70, por não ter apresentado os arquivos magnéticos com registros das operações realizadas no período de agosto de 2000 a fevereiro de 2002, apesar de regularmente intimado para cumprimento da obrigação, conforme documentos às fls. 443 a 466 dos autos.

A emissão de documentos fiscais e a escrituração de livros fiscais por sistema eletrônico de processamento de dados estar prevista no Convênio ICMS nº 57/95, como também no RICMS, aprovado pelo Decreto n.º 6.284/97, conforme art. 683 e seguintes, sendo estipulada condições específicas para utilização do sistema eletrônico de processamento de dados, dentre as quais a de que os contribuintes que utilizam sistema eletrônico de processamento de dados para emissão de documentos fiscais estão obrigados a apresentar sua movimentação em meio magnético por item de mercadoria (registro 54), conforme dispositivo a seguir reproduzido:

Entendeu o D. Julgador que:, “à época, a legislação já previa a informação por totais de documento fiscal e por item de mercadoria, cuja obrigação acessória não foi satisfeita pelo contribuinte, sujeitando-se a multa 1% do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias ocorridas em cada período, pelo não fornecimento, nos prazos previstos na legislação, de arquivo magnético com as devidas informações das operações realizadas. Assim, subsiste a exigência.”

Pelas razões expostas votou pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$241.545,62, conforme o seguinte demonstrativo apresentado na decisão recorrida, a seguir transcrito:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO			
INFRAÇÃO	ICMS	MULTA	VALOR DEVIDO
1	12.365,25		12.365,25
3	-	50,00	50,00
4		120,00	120,00
5	188.385,82		188.385,82
6	520,25		520,25
7	28,60		28,60
8		40.075,70	40.075,70
TOTAIS	201.299,92	40.245,70	241.545,62

Insurgindo-se contra a Decisão supracitada, a empresa autuada interpôs o presente Recurso Voluntário, reiterando, inicialmente, três preliminares argüidas na defesa:

1. Nulidade do auto de infração fundamentado na busca e apreensão de documentos fiscais pertencentes à recorrente;
2. Falta de fundamentação legal dos dispositivos legais infringidos;
3. Inconstitucionalidade da multa confiscatória;

Necessidade da realização de diligência fiscal, com vistas a comprovação da inexistência do fato gerador do ICMS no item 1 do lançamento tributário (as notas fiscais foram emitidas para acobertar a remessa para conserto das mercadorias); improcedência da infração 4 em virtude da escrituração regular do livro de registro de inventário; improcedência da infração 5 face a inexistência de vendas sem a emissão de documentos fiscais – autuação baseada em mera presunção; improcedência da infração 6 e 7 em virtude da utilização legal do crédito fiscal, lastreada no princípio da não cumulatividade do ICMS.

Sobre o item 8, invoca o art. 686 para comprovar a obrigação do sujeito passivo de manter o arquivo magnético pelo prazo decadencial e fornecê-lo ao fisco, nos casos estabelecidos no Capítulo I do Título IV do RICMS/97, vigorando a partir de 01/08/00, conforme Alteração n.º 19 (Dec. n.º 7.842 de 11/09/00). Registram que o art. 708-A, mencionado pelo contribuinte, refere-se ao fornecimento de informações através do Sintegra, não aplicando-se à auditoria.

Submetido o PAF à análise da PGE/PROFIS, esta em Parecer de fl. 839/840, manifesta-se no sentido de vislumbrar a ausência de razões jurídicas capazes de modificar o julgamento.

Diz que: “Em verdade, o recorrente praticamente repete as mesmas razões aduzidas na inicial sem, contudo, apresentar qualquer prova documental capaz de legitimar suas operações ou demonstrativo de débito capaz de alterar os valores detectados no presente lançamento tributário. O julgamento de 1ª instância analisou pormenorizadamente os argumentos expendidos pela defesa, inclusive as preliminares levantadas, sendo de bom alvitre salientar a incompetência do Egrégio Consef para apreciação de inconstitucionalidades.

Em conclusão, assevera que: *“Vale salientar que, não merece reparo a decisão denegatória de diligência fiscal, uma vez que existe no PAF prova robusta quanto a existência da várias notas fiscais, sem qualquer incidência do ICMS devida aos cofres públicos.”*

Ao final, opina pelo Conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Analizando as razões aduzidas na peça recursal, e do cotejamento com os elementos constantes dos autos que consubstanciaram a infração, objeto deste Recurso, verifico o seguinte:

Afasto as três preliminares suscitadas: - Nulidade do Auto de Infração fundamentado na busca e apreensão de documentos fiscais pertencentes à recorrente; Falta de fundamentação legal dos dispositivos legais infringidos e Inconstitucionalidade da multa confiscatória; pois o procedimento fiscal foi iniciado com o cumprimento do mandato de busca e apreensão legalmente exarado pelo judiciário. Quanto à indicação apenas de dispositivos regulamentares para fundamentar a infrações, verifico que os mesmos têm respaldo na lei e o próprio RPAF/99 e que a indicação de dispositivo regulamentar equivale aos dispositivos legais correspondentes.

Portanto, descabe a nulidade argüida, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte.

Cabe ressaltar, ainda, que o D. Julgador da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, rejeitou o pedido de revisão do lançamento solicitado pelo autuante, tendo em vista que a falta de demonstração do retorno da mercadoria enviada para demonstração implica na presunção de comercialização da mercadoria. Daí efetivamente não ser necessária a diligência requerida, pois caberia ao contribuinte demonstrar que tal presunção não ocorreu, uma vez que estando ele de posse de todos os documentos, capazes de comprovar que a presunção não ocorreu, ele mesmo poderia ter produzido a prova cujo ônus lhe cabe.

No que diz respeito ao mérito, nos itens de que foram objeto do Recurso Voluntário, o recorrente limitou-se a repetir os mesmos argumentos já articulados na sua defesa, enquanto que a 2ª Junta de Julgamento Fiscal analisou cada item da autuação, considerou as provas da defesa, refazendo os cálculos, e apurou o valor devido em cada imputação.

Infração 01 – relativa a falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$13.722,21, nos exercícios de 1999 a 2001, a exigência fiscal deste item baseia-se na seguinte disposição legal: O § 4º do art. 627 do RICMS/97. Subsiste parte da exigência no valor de R\$12.365,25.

Infração 04 – inerente a multa, no valor de R\$120,00, pela escrituração do Livro Registro de Inventário, no exercício de 2001, em desacordo com o disposto no art. 330 do RICMS/97. O § 3º, inciso II, do citado art. 330 do RICMS, determina o arrolamento das mercadorias inventariadas de acordo com sua situação tributária, tais como tributadas, não tributadas, isentas. Infração caracterizada, consoante provam os documentos às fls. 623 a 631 do PAF,

Infração 05 – referente a falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$188.385,82, em razão das operações realizadas com “correntistas” e não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos exercícios de 1999 a 2002. Restou provado que os Comprovado de que se referem a efetivas diferenças entre os valores comercializados e oferecidos à tributação.

Infração 06 e 07 – Tais créditos fiscais do mês de março/02 não tem previsão legal, sendo sua utilização indevida.

Assim sendo, data vênia, em discordância da ilustre Procuradoria Fiscal, apenas quanto ao item 8 do Auto de Infração, mantenho a Decisão da Egrégia 2ª Junta de Julgamento Fiscal, exceto

quanto à este item, uma vez que restou comprovado que o recorrente fez a entrega dos arquivos magnéticos com base na legislação à época dos fatos ocorridos. Numa fase posterior, a fiscalização solicitou o fornecimento em novo formato, o que levou a empresa a contratar profissional para mudar o sistema eletrônico de processamento de dados, a fim de atender ao solicitado. Daí a dificuldade, justificada pelo recorrente para atender o fornecimento das informações no novo formato solicitadas pelo autuante, o que gerou as duas intimações não atendidas.

Pelas razões apontadas, deve ser afastada a aplicação da multa de 1% pela falta de entrega dos arquivos, por ser inadequada. A situação descrita enquadra-se na aplicação da alínea “b”, do Inciso XX, da Lei nº 7.014, no valor de R\$180,00.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para aplicar a multa prevista na alínea “b”, do Inciso XX, da Lei nº 7.014.

Sobre este, item o Conselheiro César Augusto da Silva Fonseca, proferiu voto em separado.

VOTO EM SEPARADO

A infração descrita no item 8 do auto de infração está tipificada de dois modos diferentes:

“Deixou de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura.”

e

“Falta de apresentação dos arquivos magnéticos com registro das operações realizadas no período de agosto de 2000 a fevereiro de 2002, apesar de regularmente intimado e re-intimado para cumprimento da obrigação. Demonstrativo no anexo 5.”

Se prevalecer a primeira descrição, o contribuinte terá cometido a infração ao tempo em que deveria fazer a entrega dos arquivos. Se prevalecer a segunda descrição, a infração terá sido cometida durante a ação fiscal. Na primeira hipótese a multa aplicável será aquela prevista no art. 42, XIII-A, "g", da lei nº 7.014/96. No segundo caso, a multa será a prevista no art. 42, inc. XX, letra "b" da mesma Lei. Se estava caracterizada a primeira infração caberia a aplicação da respectiva multa, independente da apresentação dos arquivos após o início da auditoria fiscal. Se, como consta dos autos, o contribuinte fizera a entrega dos arquivos fora do padrão previsto em regulamento, a fiscalização poderia ter proposto a multa do art. 42, inc. XIII, "a".

Ao descrever a infração no segundo parágrafo do texto descritivo da infração do item 8 do Auto de Infração, ficou patente de que o autuante, podendo simplesmente propor a aplicação de multa pela entrega dos arquivos fora do padrão, buscou obter os dados para a realização da auditoria, intimando e re-intimando o contribuinte para fazer a produção do arquivo magnético a partir dos dados existentes na escrita fiscal da empresa, o que a empresa não logrou atender, ficando caracterizada a infração de não atendimento de informações quando solicitadas, tipificada a letra b do inciso XX do art. 42. Aliás, à fl. 466 consta relatório de justificativa datada de 03 de setembro de 2002, após a segunda intimação, onde a empresa revela grande dificuldade no cumprimento da obrigação, referenciando a necessidade de retorno dos disquetes enviados, para a produção do arquivo magnético solicitado.

Por isso, como se lê ao final da informação fiscal de fls. 785-787, que a infração foi caracterizada como falta de entrega dos arquivos quando solicitado, face às duas intimações não atendidas, caracterizando-se ter o contribuinte ter incorrido em infração continuada; considerando que na descrição da conduta infracional no item 8 da autuação consta a mesma indicação de conduta e considerando, também, o princípio *in dubio pro reo*, entendo que a multa a ser aplicada deva ser aquela prevista no inciso XX, letra "b", do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232962.0002/03-2**, lavrado contra **LOJAS DADALTO S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$201.299,92**, sendo R\$145.825,67, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$12.192,76 e 70% sobre R\$133.632,91, previstas no art. 42, II, "a", e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e mais R\$55.474,25, acrescido das multas de 60% sobre R\$721,34 e 70% sobre R\$54.752,91, previstas no art. 42, II, "a", VII, "a" e III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, além das multas nos valores de **R\$50,00**, **R\$120,00** e **R\$180,00**, previstas, respectivamente, no art. 42, XXII, XVIII, "b", da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02.

Sala das sessões do CONSEF, 20 de Outubro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS – RELATOR

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA - VOTO EM SEPARADO

MARIA OLIVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS