

PROCESSO - A.I. Nº 206890.0006/03-0
RECORRENTE - LOJAS DADALTO S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0176-02/03
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 07.08.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0421-11/03

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Pelas provas documentais acostadas aos autos, constata-se que para o cálculo e recolhimento do imposto, o autuado deixou de considerar valores correspondentes a mercadorias tributáveis. 2. SUSPENSÃO DA INCIDÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE RETORNO DE MERCADORIA. Infração comprovada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Ficou comprovado que houve recolhimento efetuado a menos da antecipação tributária. Item não impugnado. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** BENS PARA O ATIVO IMOBILIZADO. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DO CIAP. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ficou caracterizada a utilização do crédito fiscal em desacordo com as normas regulamentares, devendo ser exigido o imposto. **b)** ENERGIA ELÉTRICA. O crédito fiscal se refere ao mês de março de 2002, quando não era permitido o seu uso, ficando caracterizado o cometimento da infração. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias tributáveis não escrituradas, e 1% sobre o valor comercial daquelas que não estão sujeitas à tributação. Infração elidida parcialmente pelo autuado. 6. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor das operações realizadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Correto e fundamentado o julgamento recorrido. Inexistência de fato ou fundamento capaz de alterar o julgado. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/01/2003, refere-se a exigência de R\$289.805,12 de imposto, mais multa, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas no livro fiscais próprios.
2. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Saídas de mercadorias a título de demonstração sem o conseqüente retorno.
3. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas no anexo 88 do RICMS-BA. Não incluiu na base de cálculo da antecipação o valor referente ao frete pago pelo destinatário.
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento.
5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias.
6. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, conforme notas fiscais apuradas pelo sistema CFAMT.
7. Deu entrada de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, conforme notas fiscais apuradas pelo sistema CFAMT.
8. Deixou de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas referentes ao mês de novembro de 2001 e de janeiro a dezembro de 2000, sendo aplicada a multa correspondente.

O autuado apresentou tempestivamente impugnação, na qual se insurge contra o Auto de Infração, solicitando preliminarmente nulidade da ação fiscal, alegando que a autuação fiscal não está embasada em ordenamento jurídico, é decorrente de ação de busca e apreensão de documentos, que foi objeto de Agravo de Instrumento junto ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Disse que falta fundamentação legal do dispositivo infringido, argumentando que a autuação está baseada em dispositivos de decreto e não de lei. Citou o art. 150 da Constituição Federal, jurisprudência e ensinamentos doutrinários. Contestou a multa aplicada, por entender que a mesma é confiscatória, citando dispositivo da Constituição Federal e ensinamentos de Sacha Calmon. Quanto ao mérito, o autuado alegou em relação à primeira infração, que é pura presunção a diferença entre o valor do documento interno do sistema gerencial e os valores constantes no Registro de Saída correspondentes a vendas efetivas, e a autuação não pode prosperar, por vários motivos, e tal diferença poderia ser decorrente de várias situações, como descontos concedidos, e na realidade, não caberia à empresa provar, e sim, aos agentes fiscais comprovarem de maneira contundente se a diferença encontrada é realmente uma venda, e se esses valores ingressaram no ativo da empresa. Disse que a empresa mantém seus controles internos para efeito de estatísticas e mensuração do seu resultado, e os valores registrados como correntistas no sistema eram valores que não integravam a venda, mas eram mantidos nos registros para verificação do quantum que a empresa perdeu com as vendas em determinado mês. Citou exemplo para o caso de desconto em que se registrava esse valor como correntista para saber quanto um cliente era beneficiado.

Infração 2 – alegou que em alguns casos houve equívoco operacional e algumas mercadorias não retornaram simbolicamente ao estabelecimento, mas, o fato de ter remetido mercadoria em demonstração e após ter efetuado a venda da mesma gerando o pagamento do ICMS não trouxe prejuízo ao Estado. O defendente apresentou o entendimento de que não é devido o ICMS pela remessa em demonstração, e também pagar quando da venda do produto. Disse que uma maneira de o fisco provar que o produto saiu da empresa é através do levantamento de estoque.

Argumentou ainda, que se as mercadorias foram remetidas para demonstração e posteriormente foram vendidas com a respectiva nota fiscal, as remessas não constituem operação tributável.

Infração 3 – O defendente informou que está correta a autuação e o autuado irá efetuar o recolhimento do imposto apurado.

Infração 4 – Foi alegado o princípio da não cumulatividade estabelecido na Constituição Federal. O defendente citou ensinamentos de Geraldo Ataliba, argumentando que os créditos aproveitados dizem respeito às aquisições de imobilizados, bens que estão relacionados às entradas de mercadorias, e que foram utilizados ou se consumiram parcial ou integralmente na consecução das atividades do estabelecimento.

Infração 5 – Disse que os argumentos para a utilização dos créditos fiscais são os mesmos do item anterior, entendendo que é legítimo o uso do crédito fiscal, ante o princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS.

Infração 6 – Foi alegado que os documentos relacionados pelo autuante são correspondentes a fretes de mercadorias adquiridas pelo autuado. Disse que não foram registrados porque os fretes foram pagos pelos remetentes, não constituindo para o autuado uma operação, inexistindo aquisição, e por isso, não há necessidade de escrituração fiscal.

Infração 7 – Os argumentos defensivos são os mesmos do item anterior, haja vista que foi alegado que são fretes pagos, e por isso, o autuado entende que não é obrigatório o registro dos respectivos documentos.

Infração 8 – O defendente transcreveu os artigos do RICMS-BA, consignados pelos autuantes, e alegou que os arts. 708-A e B foram acrescentados pela Alteração 21 do RICMS/97, com efeitos a partir de 30/12/00. Por isso, entende que deve ser excluída a exigência fiscal desde agosto de 2000. O defendente alegou que se trata de empresa cumpridora de suas obrigações e não deixou de apresentar os arquivos magnéticos, foi entregue o movimento econômico de cada mês com a totalização das operações de entradas e saídas. Disse que não apresentou com itens, mês a mês, porque entendeu que a empresa não estava sujeita a tal exigência, de acordo com a legislação da época, e quando intimado, mandou os mesmos arquivos para os autuantes. Entretanto, eles queriam conforme intimação, ou seja, itens mês a mês, o que no entender do defendente não tinha previsão regulamentar.

Os autuantes apresentaram informação fiscal, dizendo que em relação à preliminar de nulidade, não procede a alegação do autuado, tendo em vista que a ação de busca e apreensão foi autorizada por autoridade competente, conforme Mandado à fl. 22 do PAF. Quanto à preliminar de que a autuação está baseada em dispositivo de decreto e não de lei, disseram que o RICMS-BA tem como base a Lei do ICMS, Lei nº 7.014/96, e a multa imputada tem por fundamento dispositivos da mencionada Lei do ICMS.

Quanto ao mérito, foi informado que em relação ao primeiro item do Auto de Infração, toda a matéria está de acordo com as planilhas de fls. 28 e 160 e se referem aos exercícios de 2001 e 2002, não se trata de presunção e sim de omissão de saídas apurada nos lançamentos efetuados no sistema gerencial do contribuinte comprovada através dos documentos emitidos. Como prova documental, foram juntadas aos autos cópias dos documentos internos emitidos como os de fls. 47 e 48 do presente processo. Disseram que pelas alegações do autuado se pode concluir que não há controvérsia de que a diferença existente entre os valores dos registros fiscais e os lançamentos no sistema de gerenciamento interno, se refere a “correntistas”.

Infração 2 – Foi elaborado trabalho criterioso demonstrando que o procedimento do contribuinte não atende à previsão regulamentar pertinente para a operação.

Infração 3 – Informaram que o contribuinte declarou que irá efetuar o pagamento do imposto, mas não ainda juntou a necessária comprovação.

Infração 4 – Disseram que a utilização do crédito fiscal está condicionada ao procedimento previsto no art. 93, § 11, item 2.4 c/c § 12 do RICMS/97.

Infração 5 – Argumentaram que não procede a alegação defensiva e a operação realizada pelo contribuinte não tem amparo legal.

Infrações 6 e 7 – Informaram que a alegação do autuado tem procedência referente ao frete pago, ou seja, despesa do remetente, meses de fevereiro e dezembro de 2000, março e agosto de 2001 e maio de 2002. Entretanto, discordaram quanto aos meses de novembro de 2000 e janeiro de 2001, uma vez que não se referem a frete pago, e não foi apresentado qualquer questionamento. Por isso, ficou mantida parte da autuação, de acordo com as planilhas anexadas aos autos, fls. 773 e 782, relativamente aos valores dos meses de novembro de 2000 e janeiro de 2001.

Infração 8 – Disseram que o autuado confunde a obrigação de fornecer à fiscalização os arquivos magnéticos com a obrigação de envio do mencionado arquivo, via SINTEGRA, que a partir de 2003 deverá conter itens de mercadorias. Em relação ao mês 11/2001, informaram que o contribuinte não apresentou os arquivos magnéticos, nem via SINTEGRA, o que se pode observar pelos protocolos de fls. 942 e 964.

A 2ª JJF do CONSEF após analisar as peças processuais, fundamenta e prolata o seguinte voto:

“Analisando, inicialmente, as preliminares de nulidade, em relação à alegação defensiva de que a autuação fiscal não está embasada em ordenamento jurídico e que falta fundamentação legal, constatei que o Auto de Infração foi lavrado de acordo com o RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14/03/1997, considerando as disposições contidas na Lei nº 7.014/96. Assim, não se encontram no presente processo os motivos elencados no art. 18 do RPAF/99 para se determinar nulidade do Auto de Infração, ressaltando-se que, não implica nulidade da autuação, eventual erro de indicação de dispositivo regulamentar, haja vista que pela descrição dos fatos, ficou evidente o enquadramento legal.

Em relação à multa aplicada, considerada pelo contribuinte que é confiscatória, a mesma está de acordo com as normas regulamentares, e não se inclui na competência desta JJF a declaração de inconstitucionalidade de dispositivo regulamentar, conforme art. 167 do RPAF/99. Assim, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas nas razões de defesa.

Quanto ao mérito, constata-se que a primeira infração trata da falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, de ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, apurado pelos lançamentos efetuados no sistema gerencial do contribuinte, sendo anexadas aos autos cópias dos documentos internos emitidos a exemplo das fls. 47 e 48 e dos documentos de fls. 220 a 293 dos autos em confronto com os demonstrativos constantes do presente processo, comprovando a irregularidade apurada.

De acordo com as razões defensivas, isso ocorreu por vários motivos, e tal diferença poderia ser decorrente de diversas situações, como descontos concedidos, e na realidade, não caberia à empresa provar, e sim, aos agentes fiscais comprovarem de maneira contundente se a diferença encontrada é realmente uma venda. Entretanto, de acordo com o art. 123 do RPAF/99, a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada das provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99). Assim, considero procedente a exigência fiscal desse primeiro item do Auto de Infração, haja vista que pelas provas documentais acostadas aos autos pelos autuantes, por amostragem, constata-se que efetivamente existe

divergência entre os valores utilizados pelo autuado para o cálculo e recolhimento do imposto, deixando sem considerar valores correspondentes a mercadorias tributáveis, e por isso, ficou evidente que se trata de falta de lançamento na escrita fiscal, não se acatando a alegação defensiva de que houve presunção.

A infração 2, se refere à falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. São saídas de mercadorias a título de demonstração sem comprovação quanto ao seu retorno.

Foi alegado pelo defensor do autuado que algumas mercadorias não retornaram simbolicamente ao estabelecimento, mas, o fato de ter remetido mercadoria em demonstração e após ter efetuado a venda da mesma gerando o pagamento do ICMS não trouxe prejuízo ao Estado. Entretanto, a legislação estabelece a possibilidade de o contribuinte emitir nota fiscal para entrada simbólica quando ocorrer transmissão da propriedade de mercadorias remetidas para demonstração, o que não foi cumprido pelo autuado e no caso de falta de atendimento da condição de retorno da mercadoria ao estabelecimento, a legislação estabelece que se considera encerrada a fase de suspensão da incidência do imposto, e por isso, é devido o tributo exigido, conforme apurado pelos autuantes.

Infração 3 – De acordo com as razões defensivas o autuado não contestou o imposto exigido, haja vista que apresentou a intenção de efetuar o recolhimento do valor apurado. Por isso, considero procedente a exigência fiscal, tendo em vista que não existe controvérsia.

Infração 4 – A exigência fiscal foi efetuada, tendo em vista que foi considerado irregular o uso de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, existindo também, falta de escrituração do CIAP, conforme previsto no art. 93, § 11/12 c/c art. 339 do RICMS/97.

Nas razões de defesa, o autuado alegou ter direito aos créditos fiscais com base no princípio da não cumulatividade do ICMS, e por isso, entende que o crédito fiscal constitui direito da empresa.

Entretanto, a apropriação do crédito fiscal correspondente às entradas de bens destinados ao ativo permanente ocorrida a partir de 01/01/2001 deve ser feita de acordo com o sistema de apuração estabelecido no § 17, do art. 93, do RICMS/97.

Observa-se que o direito ao uso do crédito fiscal é exercido através do documento fiscal comprobatório da aquisição do bem, e a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, ressaltando-se que a sistemática de apropriação desses créditos, tem vigência a partir de 01/01/2001 (ALTERAÇÃO 21 do RICMS, Decreto nº 7.886 de 28/12/2000).

Considerado que houve falta de cumprimento de obrigação, haja vista que o autuado não comprovou a apropriação dos créditos na forma prevista pela legislação, entendo que deve ser exigido o imposto apurado nesse item do Auto de Infração.

Infração 5 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias, sendo apresentadas pelo autuado as mesmas alegações do item anterior.

No art. 93, inciso II, alínea “b”, do RICMS/97, está prevista a possibilidade de utilização de crédito fiscal de ICMS correspondente ao valor do imposto cobrado, relativo à aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento, no período de 01/11/1996 a 31/12/1996, ou a partir de 01/01/2007.

Entendo que é subsistente a exigência do imposto apurado no período fiscalizado, haja vista que está comprovado nos autos que a utilização do crédito fiscal se refere ao mês de março de 2002,

ficando caracterizado o cometimento da infração apontada, conforme xerocópia do livro Registro de Entradas anexada pelos autuantes, e a exigência fiscal, que está embasada na legislação em vigor.

Infrações 6 e 7 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação e não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, conforme notas fiscais apuradas pelo sistema CFAMT.

A legislação prevê a aplicação de multa, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, sendo 10% para mercadorias sujeitas a tributação (art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96), e 1% para as mercadorias não tributáveis (art. 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96).

De acordo com a informação fiscal de fls. 969 a 976, os autuantes acataram parcialmente as alegações defensivas, haja vista que ficou comprovado pelo defendente que não procede a exigência fiscal referente ao frete pago, ou seja, despesa de transporte sob a responsabilidade do remetente, nos meses de fevereiro e dezembro de 2000, março e agosto de 2001 e maio de 2002. Entretanto, considerando a existência de notas fiscais relativas a aquisições de mercadorias, fica mantida parte da autuação, referente aos valores calculados nas planilhas anexadas aos autos, fls. 773 e 782, dos meses de julho de 2000 (infração 6); novembro de 2000 e janeiro de 2001 (infração 7).

Por isso, entendo que ficou caracterizada a acusação fiscal, devendo ser reduzido o total exigido, tendo em vista que foi comprovado que houve frete pago pelo remetente relativamente a uma parte dos documentos fiscais, sendo devido o valor remanescente, conforme indicado pelos autuantes na informação fiscal e quadro abaixo:

INFRAÇÃO Nº	MÊS/ANO	B. CÁLCULO	MULTA	VALOR
06	julho-00	82,00	10%	8,20
TOTAL DA INFRAÇÃO 06				8,20
07	novembro-00	350,00	1%	3,50
07	janeiro-01	671,84	1%	6,72
TOTAL DA INFRAÇÃO 07			-	10,22

A infração 08 trata da falta de apresentação dos arquivos magnéticos, e por isso, foi aplicada a multa de 1% sobre o valor das operações realizadas no exercício de 2000, sendo alegado pelo contribuinte que a multa constitui um caráter confiscatório, porque os arquivos magnéticos solicitados pelos autuantes foram entregues, não sabendo o motivo de recusa de alguns disquetes, que não foram examinados, e que se trata de uma cultura nova, e nem todos os contribuintes estão familiarizados e aptos a lidar com essa sistemática.

O art. 683 do RICMS/97 estabelece a possibilidade de o contribuinte utilizar sistema eletrônico de processamento de dados, sendo que, as condições específicas quanto à manutenção e ao fornecimento do arquivo magnético estão disciplinadas no art. 686 (redação vigente à época):

“Art. 686. O contribuinte de que trata o art. 683 está obrigado a manter, pelo prazo decadencial, o arquivo magnético com registro fiscal dos documentos emitidos por qualquer meio, referente à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração...

I – por totais de documento fiscal e por item de mercadoria (classificação fiscal), quando se tratar de nota fiscal, modelos 1 e 1-A

II -

III -

IV – por total diário, por equipamento, e por resumo mensal por item de mercadoria (classificação fiscal) por estabelecimento, quando se tratar de saídas documentadas por:

- a) Cupom Fiscal ECF;*
- b) Cupom fiscal PDV;*
- c) Cupom Fiscal de máquina registradora quando acoplada a computador ”.*

De acordo com o art. 42, inciso XIII-A, alínea “g”, a falta de fornecimento de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, ou sua entrega em padrão diferente do previsto na legislação, e ainda, em condições que impossibilitem a sua leitura, sujeita o contribuinte ao pagamento da multa de 1% do valor das operações ou prestações realizadas.

Considerando que o contribuinte não comprovou nos autos que efetivamente forneceu os arquivos magnéticos nos prazos regulamentares e no padrão adequado, conforme solicitado através das intimações de fls. 793 e 795 do PAF, tendo o defendente alegado que é confiscatória a multa aplicada, considero procedente a exigência fiscal, haja vista que a mencionada multa aplicada está amparada na legislação.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, haja vista que somente as infrações 06 e 07 foram parcialmente elididas pelo autuado, ficando alterado o imposto exigido, conforme demonstrativo a seguir:”

INFRAÇÃO Nº	DECISÃO DA JJF	IMPOSTO	MULTA	TOTAL
01	PROCEDENTE	146.091,14	-	
02	PROCEDENTE	29.937,74		
03	PROCEDENTE	424,13		
04	PROCEDENTE	578,51		
05	PROCEDENTE	226,06		
06	PROCEDENTE EM PARTE	-	8,20	
07	PROCEDENTE EM PARTE	-	10,22	
08	PROCEDENTE	-	112.401,69	
-	-	177.257,58	112.420,11	289.677,69

O autuado inconformado com o resultado do julgamento realizado, interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF nº0176-02/03.

Após fundamentar a interposição do Recurso Voluntário, transcreve as oito infrações fiscais que lhe foram imputadas, e repete as três preliminares de nulidade apresentadas anteriormente e não acatadas pela 2ª JJF.

Em relação à 1ª preliminar de Nulidade do Auto de Infração, a Junta de Julgamento Fiscal considerou que não houve qualquer afronta aos dispositivos previstos pelo art. 18 do RPAF/99, dizendo que eventual erro de indicação de dispositivo regulamentar, não caracteriza nulidade quando os fatos evidenciam o enquadramento legal.

Todavia, reitera que a ação fiscal que originou o presente Auto de Infração, teve como base uma ação de busca e apreensão de documentos, onde estes foram obtidos de forma irregular, inclusive gerando uma ação de Agravo de Instrumento junto ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, solicitando a nulidade da ação fiscal, o qual aguarda julgamento.

Transcreve ensinamentos do Mestre SEABRA FAGUNDES sobre o ato administrativo e os limites legais que regulam o processo administrativo fiscal. Acrescenta também lições do Mestre HELY LOPES MEIRELLES sobre a validade do ato administrativo.

Conclui que por ser o Auto de Infração um ato administrativo vinculado ao princípio de reserva legal, a forma como o mesmo foi gerado, com uma busca e apreensão dos documentos da requerente originada de um requerimento de um delegado de polícia, autoriza e embasa a decretação de sua nulidade, não podendo tal equívoco ser posteriormente suprido por qualquer outra autoridade, porque fora de sua competência legal.

A 2ª Preliminar de Nulidade por falta de fundamentação legal do dispositivo legal infringido.

Transcreve o art. 150, I, da Constituição Federal para afirmar que o poder de tributar é limitado. E um dos limites do poder de tributar é o princípio da legalidade. O recorrente foi autuado por ter infringido dispositivos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

A seguir transcreve o art. 97, I, do Código Tributário Nacional, bem como Decisão do STF entendendo que Decreto não basta para legitimar cobrança de imposto, o Auto de Infração deveria dispor qual o dispositivo de lei que está sendo infringido, e não de decreto.

Entende que a falta de fundamentação legal do dispositivo infringido, torna improcedente o Auto de Infração neste particular, pois Decreto não tem o poder de obrigar ninguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

3ª Preliminar de Nulidade da Inconstitucionalidade da Multa Confiscatória.

Afirma que não pode uma legislação frontalmente inconstitucional determinar que as multas aplicadas são legais, e que não cabe a JF declaração de inconstitucionalidade de dispositivo regulamentar.

Os valores das multas ferem frontalmente os princípios constitucionais do não confisco e da capacidade contributiva. Cabe a autoridade administrativa corrigir esta anomalia, salvo sob a ótica do Poder Judiciário.

Cita e transcreve o art. 150, I, da Constituição Federal para embasar sua afirmativa, e argúi que a vedação do confisco no Direito Tributário é matéria pacífica na doutrina e na jurisprudência.

Apresenta entendimentos de diversos mestres sobre a matéria, inclusive Decisão do TRF da 1ª Região, para reforçar o embasamento da sua arguição de nulidade do Auto de Infração.

DO MÉRITO:

Infração 1 – Repete fundamentação anteriormente apresentada, e afirma que os autuantes alegam como fato gerador “vendas” para correntistas não escrituradas nos livros próprios, todavia tal alegação é por pura presunção.

Esta afirmativa tem como base outros Autos de Infração lavrados contra o recorrente, em razão da invasão sofrida em todos os seus estabelecimentos, pois muito embora não tenha sido mencionado neste Auto de Infração, nos demais, os agentes citaram como infringido e basearam a autuação no art. 2,§3º, do RICMS/BA. (Transcreve o dispositivo citado.)

Este dispositivo menciona taxativamente os casos onde o agente fiscal poderá presumir operações tributáveis, salvo prova em contrário por parte do contribuinte.

Segundo os autuantes, a diferença de “vendas” teve como base a verificação dos documentos internos da empresa, e o sistema de informática, comparado com os valores lançados nos livros fiscais. Os agentes dizem que, através de amostragem feita no confronto dos formulários internos e o sistema gerencial, existiam operações de “vendas” onde os valores eram maiores do que o do documento fiscal, sendo a diferença lançada como operação com correntista.

Fundamenta que a conclusão dos autuantes é pura “presunção”, e caberia aos mesmos provarem que efetivamente ocorreram as “vendas”, pois a simples autorização de venda não prova que

houve realmente a operação, a mesma poderá ou não se concretizar. Os fiscais devem demonstrar o ingresso de Recurso no ativo do autuado, ou provar através de levantamento de estoque que houve a “saída” do produto.

Demonstra como realizava controles internos para efeito de estatística, e registros para poder medir quanto o cliente “custava” para a empresa, usando tal estratégia como ferramenta de marketing para fidelizar o cliente. Não admite a autuação, pois não se tratam de vendas sem emissão de documentos fiscais, como presumiu o fisco estadual.

Contesta o entendimento da JF embasado no art. 12 do RPAF/99, e repete que o Estado só pode presumir omissão de receitas em casos específicos limitados pelo art. 2º, §3º, do RICMS.

Infração 2 - Os agentes fiscais alegaram que o recorrente deixou de efetuar o recolhimento do ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, porém, as operações de demonstração não são tributadas pelo ICMS.

Segundo os autuantes foi infringido o art. 124, I, do RICMS, e este dispositivo não se aplica ao caso concreto, pois não há de se falar em “fato gerador do ICMS” quando se trata de notas fiscais remetidas para demonstração.

Discerne como procedia ao remeter mercadorias para demonstração, reconhecendo que em alguns casos houve equívoco operacional, porém não trouxe prejuízo para o Estado.

Não pode pagar o imposto pela remessa para demonstração, e pagar também quando da venda do produto. A cobrança do ICMS sobre estas operações irá ocasionar bitributação.

Requer a comprovação do alegado pelo fisco, através de levantamento do seu estoque físico, quando muito nesta infração poderia ser aplicada multa formal e não de omissão de pagamento do ICMS.

Infração 3 - Nesta oportunidade junta cópia do DAE comprovando o pagamento desta infração.

Infração 4 - Utilização indevida de créditos fiscais referentes a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento.

Argúi o princípio da não cumulatividade e Decisão do STF para consubstanciar o entendimento de que, a entrada no estabelecimento de insumos necessários e indispensáveis à continuidade do processo produtivo e comercial, com oneração tributária anterior, torna incontestável o aproveitamento dos créditos resultantes na conta fiscal, o que legitima o procedimento da defendente. Cita ensinamentos do Mestre Geraldo Ataliba sobre a matéria em discussão.

Infração 5 - Os argumentos para o creditamento glosado nesta infração são os mesmos utilizados no item anterior, pois o ICMS da conta de energia elétrica é legítimo e pode ser creditado pelo recorrente, ante o princípio da Não Cumulatividade do ICMS.

Infração 6 - A Junta de Julgamento Fiscal considerou parte da defesa, restando somente o valor de R\$8,20, referente a Nota Fiscal nº 15.706, de Freire e Godoy, no valor de R\$82,00.

Embora a Junta de Julgamento Fiscal tenha considerado a nota fiscal em referência como “aquisições de mercadorias”, não procede tal afirmativa, posto que a nota fiscal é de simples remessa de bem de uso da empresa “Toca Fitap/Auto”.

Em sendo nota fiscal de despesa, não estava obrigada ao registro no Livro de Registro de Entradas de Mercadorias, assim improcede a manutenção desta multa.

Infração 7 - Da mesma forma anterior, as notas fiscais glosadas nesta infração são de retorno de simples remessa, não estando obrigadas ao registro no Livro de Registro de Entradas de Mercadorias, improcedendo também esta multa.

Infração 8 - Esta infração foi considerada totalmente procedente, pois, segundo a Junta de Julgamento Fiscal, o recorrente não comprovou nos autos a efetiva entrega dos arquivos.

O recorrente juntou cópias dos recibos dos arquivos entregues tempestivamente à SEFAZ, cumprindo com a sua obrigação.

Os autuantes estavam exigindo do recorrente a entrega de arquivos magnéticos em moldes os quais a mesma não estava obrigada.

Segundo os autuantes, o recorrente foi regularmente intimada para cumprimento da obrigação, conforme disposto no art. 686, IV, § 5º; art. 708(A ou B), 712-B, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. (Transcreve os dispositivos citados).

Informa as modificações que sofreram estes dispositivos, o que gerou muitas dúvidas aos contribuintes.

Os artigos 708-A e B, foram acrescentados pelo Decreto nº 7.886, de 29/12/00, com efeitos a partir de 30/12/00 (alteração nº 21), assim, somente a partir de 30/12/00 poderia ser exigida a entrega nos moldes estabelecidos. Desta forma, deve ser excluída a exigência desde agosto de 2000, constante da autuação.

Afirma que cumpriu rigorosamente o que determina o art. 708-A, do RICMS, entregando o movimento econômico de cada mês com a totalização das operações de entrada e saídas, conforme comprova com a juntada dos recibos de entregas do SINTEGRA em anexo.

Os arquivos eram transmitidos via internet, e não havia qualquer resposta por parte do Estado de que os mesmos estavam fora de padrão, ou sem condições de leitura. Não existe nenhuma notificação do Estado neste sentido. O recorrente quando intimada para apresentar os arquivos magnéticos, o fez em disquete, da mesma forma que transmitiu as informações via internet (SINTEGRA), entendendo que os referidos arquivos estavam dentro do normal.

Todavia, os autuantes estão exigindo o arquivo com resumo item por item do mês, conforme consta da intimação nos autos. (Transcreve a intimação).

Argúi que não apresentou os arquivos com os itens mês a mês, porque entende não estar sujeita a tal exigência, pois o art. 708-A falava em movimento econômico mês a mês, e o § 2º previa que não havia necessidade de conter os itens.(Transcreve).

A partir do Decreto nº 8.375, de 22/11/2002, é que foi alterada a redação, passando a exigir os dados referentes aos itens.

A informação que tem por parte do Estado, é que a exigência do SINTEGRA com itens das mercadorias, seria a partir de janeiro de 2003.

A questão do SINTEGRA é nacional e sofreu alterações em todos os Estados. No Estado do Espírito Santo, sede administrativa do autuado, não se estava exigindo a entrega, somente a partir de dezembro/2002 é que passou a exigir.

Afirma que cumpriu e irá continuar a cumprir com todas as exigências legais com o Estado, inclusive com relação ao SINTEGRA, tendo consciência de ter entregado os arquivos magnéticos nos moldes que a legislação à época exigia, comprovando tal assertiva através da juntada dos recibos de entregas, e quando intimado, mandou os mesmos arquivos para os autuantes.

Outro aspecto a suscitar é com relação à aplicação da multa, pois os autuantes usaram o movimento de entradas e saídas. A multa quando for o caso de descumprimento efetivo do dispositivo, o que não ocorre no presente caso, deve ser aplicada somente sobre as operações de saídas. É o que decorre da interpretação do art 43, XIII-A, alínea “g”, do RICMS, quando fala de

“operações ou prestações realizadas”. Transcreve o Acórdão nº 0148-01/03 da 1ª JF sobre o assunto. Desta forma deve ser julgada improcedente esta infração.

Requer seja dado Provimento ao Recurso Voluntário, para que seja julgado Improcedente o referido Auto de Infração. Anexa cópia de DAE referente a recolhimento efetuado.

A PGE/PROFIS analisa as razões recursais, afirma que tanto as preliminares de nulidade suscitadas quanto às questões de mérito, são cópias das apresentadas anteriormente e já devidamente analisadas pela 2ª JF. Não traz o recorrente nenhum fato novo ou fundamento de direito, que não tenha sido devidamente apreciado pelo julgamento de 1ª Instância, apenas em relação ao item 3 anexa DAE do referido pagamento.

As razões oferecidas são inaptas e inócuas para proporcionar qualquer modificação no julgamento realizado pela 2ª JF. Opina pelo Não Provimento deste Recurso Voluntário.

VOTO

Neste Recurso Voluntário concordo integralmente com o Parecer PGE/PROFIS exarado as fls. nº 1023 e 1024 deste Processo.

O recorrente repete integralmente as preliminares de nulidade anteriormente apresentadas e rechaçadas pela 2ª JF.

As razões de mérito seguem o mesmo caminho, e para não afirmar que nada traz no Recurso Voluntário, dos documentos ditos anexados, apresenta cópia de DAE referente ao recolhimento da Infração 3, o qual, deverá ser homologado pela INFAZ competente após verificação.

As preliminares de nulidade já foram rechaçadas pela 2ª JF, cujos fundamentos constam do relatório e voto anterior, ficando pelos mesmos fundamentos neste momento rechaçadas. Nada se apresenta de novo para neste momento acrescentar aos fundamentos anteriores.

Não logrou o recorrente demonstrar violação aos seus direitos e aos diplomas legais que regulam o processo administrativo fiscal.

Quanto à falta de fundamentação legal do dispositivo legal infringido, a Lei nº 7.014/96 respalda integralmente o procedimento fiscal e o seu embasamento legal.

Argüir inconstitucionalidade das multas “confiscatórias” aplicadas pelo procedimento fiscal, que se embasa em diploma legal vigente, não tem mais pertinência neste momento, nem competência desta instância para apreciação.

Quanto ao mérito, todas as infrações fiscais imputadas, estão demonstradas e fundamentadas pelos autuantes. Apenas contestar, ou devolver as acusações para o fisco, não elide inclusive as presunções legais existentes.

Os levantamentos de estoque exigidos pelo recorrente para lastrear as infrações, deveriam vir com o Recurso Voluntário, demonstrando os “ditos” equívocos e conclusões equivocadas cometidas, o que tornaria frágil e passível de nulidade ou improcedência o procedimento fiscal. Nada apresenta o recorrente que se possa confrontar com os demonstrativos dos autuantes.

Em relação às mercadorias adquiridas para integrarem o ativo permanente do estabelecimento, não apresentam quais os produtos, e também qual a sua utilização ou indispensabilidade ao processo produtivo ou comercial do recorrente. Além do que não comprovou, o cumprimento da obrigação prevista pelo § 17, do art. 93 do RICMS/97.

Em relação ao crédito indevido sobre o consumo de energia elétrica, o mesmo se refere ao consumo do mês de março de 2002, cujo período está vedado o creditamento pela legislação vigente, como bem salientou a JF.

Os registros das notas fiscais nos livros próprios, obedecem a normas legais que não podem deixar de serem obedecidas pelos contribuintes.

A 2ª JF excluiu a operação que não deveria ser escriturada, e fundamentou as razões pela manutenção do restante da acusação fiscal. Nada apresenta o recorrente para modificar este entendimento.

O art. 683 do RICMS/97 estabelece a possibilidade de o contribuinte utilizar sistema eletrônico de processamento de dados, sendo que, as condições específicas quanto à manutenção e ao fornecimento dos arquivos magnéticos, estão disciplinadas no art. 686 com a redação vigente à época da autuação, conforme consta do voto da 2ª JF.

O recorrente alega que entregou os arquivos via internet, porém, não recebeu comunicação nem informação como resposta por parte do Estado.

Não comprovando nos autos, que efetivamente forneceu os arquivos magnéticos nos prazos regulamentares, e no padrão adequado conforme as intimações de fls. 793 e 795 do processo, de nada adianta alegar que não obteve resposta por parte do Estado para justificar o não cumprimento da sua obrigação regulamentar.

Por concordar integralmente com os fundamentos da Decisão recorrida, também com o Parecer da PGE/PROFIS exarado as fls. 1023 e 1024 deste processo, e não vislumbrar fato ou fundamento capaz de modificar o julgado, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário.

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 que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206890.0006/03-0**, lavrado contra **LOJAS DADALTO S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$177.257,58**, sendo R\$395,98, atualizado monetariamente, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e mais R\$176.861,60, acrescido das multas de 70% sobre R\$146.091,14, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96; 50% sobre R\$29.937,74, prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96; 60% sobre R\$832,72, prevista no art. 42, II, “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$112.420,11**, sendo R\$ 11,70, atualizada monetariamente, prevista no art. 42, IX e XI; da Lei nº 7.014/96 e mais R\$112.408,41, com os respectivos acréscimos legais, prevista no art. 42, XI e XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, com redação dada pela Lei nº 8.534/02, devendo ser homologada a quantia efetivamente recolhida.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS