

A. I. Nº - 146552.0002/03-8
AUTUADO - LOJAS DADALTO S.A.
AUTUANTES - PEDRO GOMES CARNEIRO, LUCÍLIA PEREIRA LEDO e JOSÉ ALBERTO MENDONÇA LIMA
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 09.05.03

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0148-01/03

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS.

a) MUDANÇA DE ENDEREÇO. DOCUMENTOS ESCRITURADOS NO REGISTRO DE SAÍDAS, MAS NÃO LANÇADOS NO REGISTRO DE ENTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Na circulação física de mercadorias em virtude de mudança de endereço não há incidência de ICMS. Ocorre que as mercadorias saíram do local onde o estabelecimento funcionava e não chegaram ao local de destino. Está caracterizada a infração. **b)** FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTOS. OPERAÇÕES NÃO DECLARADAS. FATO APURADO ATRAVÉS DOS REGISTROS MAGNÉTICOS GERENCIAIS DA EMPRESA. As explicações da defesa não são convincentes. Mantido o lançamento do crédito tributário. **c)** USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS DAS OPERAÇÕES COMERCIAIS REALIZADAS NO PERÍODO DE JANEIRO DE 2001 A MARÇO DE 2002. Feita prova da entrega de parte dos arquivos magnéticos. A multa é de 1% sobre o valor das operações realizadas no período, entendendo-se como tal não o período da fiscalização, nem o ano ou exercício, mas o mês, de acordo com o art. 24 da Lei nº 7.014/96: o período de apuração do imposto é mensal, como também é mensal a apresentação dos aludidos arquivos magnéticos. Além disso, a multa foi calculada sobre a soma das entradas e das saídas. Quando a lei diz que a multa é de 1% das operações “realizadas no período”, está se referindo às operações que constituam o negócio da empresa, e como tais devem ser entendidas aquelas que a empresa realiza com a incidência ou a possibilidade de incidência do ICMS, ou seja operações de saídas. No caso das entradas de mercadorias decorrentes de operações no mercado nacional, estas não são realizadas “pela empresa”, mas “por terceiros”. O cálculo da multa deve recair sobre as operações realizadas pela empresa no período. Em se tratando de norma de conteúdo penal, é inadmissível interpretação extensiva. Corrigido o cálculo. Não acatadas as preliminares suscitadas pela

defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 23/1/03, apura os seguintes fatos:

1. saídas de mercadorias com emissão de documentos fiscais sem destaque de ICMS, na mudança de endereço do estabelecimento, tendo os documentos sido escriturados no Registro de Saídas, porém não escriturados também no Registro de Entradas, sendo por isso lançado imposto no valor de R\$ 19.494,77, com multa de 60%;
2. falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo o fato apurado através dos registros magnéticos gerenciais da empresa relativamente a operações classificadas como “BL” na listagem-resumo de vendas diárias e no resumo de comissão de vendedores, sendo lançado imposto no valor de R\$ 16.790,02, com multa de 70%;
3. falta de apresentação dos arquivos magnéticos das operações realizadas no período de janeiro de 2001 a março de 2002, sendo por isso aplicada multa de R\$ 34.306,86.

O contribuinte defendeu-se suscitando três preliminares. O Auto de Infração seria nulo por basear-se em elementos colhidos numa ação de busca e apreensão de documentos, tendo estes sido obtidos de forma irregular, motivo pelo qual impetrou ação de agravo de instrumento junto ao Tribunal de Justiça visando a nulidade da ação fiscal, haja vista que a busca e apreensão dos documentos foi originada de um requerimento de um delegado de polícia. Considera que ao se admitir tal procedimento este, de ato regrado e vinculado, se transformaria em ato arbitrário, praticado ao bel-prazer do agente autuante.

Como fundamento da segunda preliminar o autuado apegava-se ao princípio da legalidade, observando que, segundo consta nos autos, teriam sido infringidos dispositivos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Protesta que, nos termos da Constituição e do CTN, a exigência de tributo deve basear-se em lei. Menciona decisão do STF nesse sentido.

Como terceira preliminar, aduz a vedação constitucional da utilização de tributo com efeito de confisco. A seu ver, as multas aplicadas neste caso são confiscatórias. Cita doutrina de José Cretella Junior, Vittorio Cassone e Sacha Calmon.

No tocante ao mérito, explica que as mercadorias de que cuida o 1º item do Auto de Infração dizem respeito a produtos em estoque transferidos para o novo endereço do estabelecimento. Explica que as Notas Fiscais foram emitidas sem destaque do imposto para acobertar o transporte. Como se trata de mudança de endereço do estabelecimento, não há incidência do imposto, por não haver circulação jurídica das mercadorias.

No que concerne à 2ª infração, a defesa acusa os autuantes de se basearem em presunção não autorizada pela legislação. Argumenta que não cabe à empresa provar que não realizou as operações em questão, pois tal prova compete ao fisco. Aduz que a empresa mantém seus controles internos para efeito de estatísticas e mensuração efetiva do seu resultado, e os valores registrados como correntista no sistema dizem respeito a valores que não integram o valor final da venda, mas eram mantidos seus registros para verificação de quanto a empresa perdeu com as vendas nos meses correspondentes. Aqueles registros eram feitos para poder medir o quanto o cliente “custava” para a empresa, e essa estratégia era utilizada como ferramenta de “marketing” para “fidelizar” o cliente.

Quanto ao 3º tópico do auto de Infração, o autuado comenta as alterações e prorrogações verificadas no Regulamento do ICMS no tocante aos usuários de sistema eletrônico de processamento de dados. Fala das dúvidas causadas por aquelas alterações e prorrogações. Observa que os arts. 708-A e 708-B foram acrescentados pela Alteração nº 21. Nega que tivesse deixado de apresentar os arquivos magnéticos. Diz que entregou o movimento econômico de cada mês, com a totalização das operações de entradas e saídas, como provam os recibos de entregas do Sintegra, anexos. Nos meses de janeiro a junho de 2001, os arquivos magnéticos foram entregues mensalmente com o tipo 50. A partir de julho de 2001, passou a apresentá-los com os registros tipos 50, 54 e 75.

Foi prestada informação por um dos fiscais autuantes, em que é feita uma explanação acerca da forma como se deu a ação fiscal. Explica como foram apuradas as infrações, com base nos arquivos eletrônicos da empresa.

O processo foi incluído em pauta suplementar na sessão de 25/4/03. A Junta considerou o processo em condição de ser julgado.

VOTO

A defesa suscitou três preliminares. A primeira diz respeito ao fato de o Auto de Infração basear-se em elementos colhidos numa ação de busca e apreensão de documentos, alegando que os citados elementos foram obtidos de forma irregular, motivo pelo qual impetrou ação de agravo de instrumento junto ao Tribunal de Justiça visando a nulidade da ação fiscal, haja vista que a busca e apreensão dos documentos foi originada de um requerimento de um delegado de polícia. Considera que, ao se admitir tal procedimento, este, de ato regrado e vinculado, se transformaria em ato arbitrário, praticado ao bel-prazer do agente autuante.

Uma das razões de nulidade do procedimento verifica-se quando as provas são obtidas por meio ilícito. Neste caso, as provas foram obtidas mediante autorização judicial. Não vislumbro a ilegalidade alegada pela defesa.

Na segunda preliminar o autuado alega ofensa ao princípio da legalidade, porque consta nos autos que teriam sido infringidos dispositivos do RICMS, e não de lei. Os dispositivos do regulamento repetem preceitos legais. Tudo o que está no regulamento está na lei, expressa ou implicitamente. Quando são infringidos dispositivos regulamentares, automaticamente são infringidos os dispositivos legais correspondentes. Não há ofensa ao princípio da legalidade neste caso. Ilegalidade haveria se os preceitos regulamentares não tivessem respaldo na lei, pois ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

Na terceira preliminar, a defesa protesta que as multas aplicadas neste caso são confisatórias. Tenho a dizer quanto a esse aspecto que as multas questionadas são previstas em lei vigente. Não é razoável a discussão da constitucionalidade do direito posto no âmbito administrativo.

Passo ao exame do mérito.

No caso do 1º item do Auto de Infração, consta que houve mudança de endereço do estabelecimento. Na circulação física de mercadorias em virtude de mudança de endereço não há incidência de ICMS, porque não se verifica em tal situação uma circulação jurídica ou econômica, não se configurando uma operação mercantil, fato jurídico gerador do tributo em apreço. Ocorre que as mercadorias saíram do local onde o estabelecimento funcionava e não chegaram ao local de destino. A acusação é esta: os documentos relativos à remessa foram escriturados no Registro de Saídas, e não consta o correspondente lançamento no Registro de Entradas. Caberia ao sujeito

passivo provar que as mercadorias continuam ou continuavam na empresa por ocasião da ação fiscal. Considero caracterizada a infração.

O 2º item diz respeito a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo o fato apurado através dos registros magnéticos gerenciais da empresa, na listagem-resumo de vendas diárias e no resumo de comissão de vendedores.

O autuado explica na defesa que mantém seus controles internos para efeito de estatísticas e mensuração dos resultados efetivos da empresa, de modo que os valores registrados como correntista no sistema dizem respeito a valores que não integram o preço final da venda, sendo mantidos tais registros para verificação de quanto a empresa perdeu com as vendas nos meses correspondentes. Aduz que aqueles registros eram feitos para avaliar quanto o cliente “custava” para a empresa. Diz que se trata de uma estratégia utilizada como ferramenta de “marketing” para “fidelizar” o cliente.

As explicações da defesa não são convincentes. Segundo o autuado, os dados em questão destinam-se a estatísticas e mensuração dos resultados efetivos da empresa. Que tipo de “resultados efetivos”? Que valores são esses que afetam os resultados efetivos da empresa mas não integram o valor das operações?

Mantendo o débito do 2º item do Auto de Infração.

Quanto ao 3º tópico, a descrição do fato foi feita em dois blocos. Primeiro consta a descrição-padrão que é feita pelo sistema de informática da SEFAZ – descrição genérica, abstrata, que acusa três coisas, conectadas pela conjunção “ou”: a) o não fornecimento de arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, b) a entrega dos arquivos magnéticos em padrão diferente do previsto na legislação, c) ou a entrega dos aludidos arquivos magnéticos em condições que impossibilitem sua leitura.

Em seguida, consta o seguinte adendo, que diz respeito ao fato concreto: falta de apresentação dos arquivos magnéticos das operações comerciais realizadas no período de janeiro de 2001 a março de 2002.

Desse modo, o que realmente ocorreu foi o fato acusado no “adendo”, ou seja, a falta de apresentação dos registros magnéticos. Ocorre que o contribuinte juntou prova da entrega de parte dos arquivos magnéticos nos prazos regulamentares, inclusive com os tipos de registros previstos na legislação. Não prospera, por conseguinte, parcialmente, a acusação. A lei fala da multa de 1% sobre o valor das operações ou prestações realizadas no período. Esse “período” não é o período da fiscalização, nem o ano ou exercício. Por período entenda-se o “mês”. O art. 24 da Lei nº 7.014/96 é claro: o ICMS será apurado por período mensal. Os arquivos magnéticos devem ser apresentados mensalmente. Qualquer multa deve ser individualizada por mês. Se em determinados meses há erros e outros não, a multa aplica-se apenas em relação aos meses em que houve erros. Foram apresentadas corretamente as informações dos meses de julho, agosto, setembro e outubro de 2001.

Além disso, há erros de cálculo, por equívoco na interpretação da norma que prevê a pena neste caso. Os erros decorrem do fato de os autuantes terem aplicado a multa sobre a soma das entradas e das saídas. Quando a lei diz que a multa é de 1% das operações ou prestações “realizadas no período”, está se referindo às operações ou prestações que constituam o negócio da empresa, e como tais devem ser entendidas aquelas que a empresa realiza com a incidência ou a possibilidade de incidência do ICMS, ou seja operações de saídas (ou prestações de serviços, se fosse o caso). No caso das entradas de mercadorias decorrentes de operações no mercado nacional (ou de serviços tomados, se fosse o caso), estas não são operações realizadas “pela empresa”, mas “por terceiros”.

O cálculo da multa, nos estritos termos da lei, deve recair sobre as operações realizadas pela empresa no período. Em se tratando de norma de conteúdo penal, é inadmissível interpretação extensiva.

Refaço a seguir os cálculos da multa de que cuida o 3º item do Auto de Infração:

MÊS	VR. DAS SAÍDAS	SOMA	MULTA DE 1%
JAN/01	124.619,77		
FEV/01	154.518,95		
MAR/01	142.346,40		
ABR/01	112.751,35		
MAI/01	149.847,50		
JUN/01	115.640,48		
JUL/01	-		
AGO/01	-		
SET/01	-		
OUT/01	-		
NOV/01	242.824,79		
DEZ/01	174.885,49		
JAN/02	114.050,61		
FEV/02	106.076,91		
MAR/02	129.484,56		
		1.567.046,81	15.670,47

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 146552.0002/03-8, lavrado contra **LOJAS DADALTO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 36.284,79**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 19.494,77 e de 70% sobre R\$ 16.790,02, previstas no art. 42, II, “a”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, além da multa de **R\$ 15.670,47**, prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da supracitada lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 5 de maio de 2003

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA