

A. I. Nº - 206890.0006/03-0
AUTUADO - LOJAS DADALTO S/A.
AUTUANTES - LUCILIA PEREIRA LEDO, PEDRO GOMES CARNEIRO, e JOSÉ ALBERTO M. LIMA
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 22.05.03

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0176-02/03

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 A 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 a 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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** 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 as 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 02 – 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 03 – O defendente informou que está correta a autuação e o autuado irá efetuar o recolhimento do imposto apurado.

Infração 04 – 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 05 – 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 06 – 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 07 – 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 08 – 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 referem a “correntistas”.

Infração 02 – Foi elaborado trabalho criterioso demonstrando que o procedimento do contribuinte não atende à previsão regulamentar pertinente para a operação.

Infração 03 – Informaram que o contribuinte declarou que irá efetuar o pagamento do imposto, mas não ainda juntou a necessária comprovação.

Infração 04 – 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 05 – Argumentaram que não procede a alegação defensiva e a operação realizada pelo contribuinte não tem amparo legal.

Infrações 06 e 07 – 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 08 – 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.

VOTO

Analizando, 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 02, 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 03 – 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 04 – 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 05 – 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 06 e 07 – 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 06); novembro de 2000 e janeiro de 2001 (infração 07).

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206890.0006/03-0, lavrado contra **LOJAS DADALTO S/A**, devendo ser intimado o autuado 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, inciso 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, inciso III, da Lei nº 7.014/96; 50% sobre R\$29.937,74, prevista no art. 42, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96; 60% sobre R\$ 832,72, prevista no art. 42, incisos 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, incisos IX e XI; da Lei nº 7.014/96 e mais R\$ 112.408,41 prevista no art. 42, incisos XI e XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2003.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR