

A. I. N° - 206890.0005/02-5
AUTUADO - LOJAS DADALTO S/A
AUTUANTE - PEDRO GOMES CARNEIRO, LUCILIA PEREIRA LEDO e JOSÉ ALBERTO MENDONÇA LIMA
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 09.07.03

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0237-03/03

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS COM PREÇO INFERIOR AO DE AQUISIÇÃO. Infração comprovada. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DIFERENÇA DECORRENTE DA DIVERGÊNCIA ENTRE OS LIVROS REGISTRO DE ENTRADAS E DE REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. Infração caracterizada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. a) REGISTRO DE OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. Exigência subsistente em parte; b) FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração elidida em parte; c) FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração elidida em parte; d) ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Infração caracterizada. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração comprovada em parte; b) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O autuado comprova nos autos que efetuou o pagamento do imposto devido anteriormente à autuação. Infração insubsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/12/2002, exige ICMS no valor de R\$80.678,58, mais multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$165.967,63, imputando ao autuado as seguintes infrações:

1. “Saída de mercadoria tributada em transferência com base de cálculo inferior ao preço de aquisição, conforme previsto no art. 56, inciso IV, alínea “a” do RICMS/BA aprovado pelo Dec. n° 6.284/97, constatado através de prejuízo na Conta de Mercadoria (Auditoria da Margem de Valor Adicionado)”;

2. “Recolheu a menor ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS”;
3. “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Na saída em retorno a depósito fechado situado em outro Estado sem destaque do ICMS devido, conforme disposto no art. 6º, inciso VI, alínea “a” e “c” do RICMS/BA aprovado pelo Dec. nº 6284/97”;
4. “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal”;
5. “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal”;
6. “Efetuiu o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. Devido a aplicação do MVA de 30% (trinta por cento), sendo que o correto é 35%, conforme disposto no art. 3º, do Dec. nº 6.733 de 09/09/1997”;
7. “Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88”;
8. “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. Falta de apresentação dos arquivos magnéticos com registros das operações realizadas referentes ao período de agosto de 2000 a fevereiro de 2002, apesar de regularmente intimado e reitimado para cumprimento da obrigação, conforme disposto no art. 686, inciso I, alínea “a” e seu parágrafo 5º, art. 708-B e art. 915, inciso XIII-A, alínea “g” do RICMS/BA aprovado pelo Dec. nº 6.284/97”.

O autuado apresenta impugnação às fls. 330 a 348, nos seguintes termos:

Preliminarmente, argüi a nulidade do Auto de Infração, sob a alegação de falta de fundamentação legal dos dispositivos do RICMS, tidos como infringidos, uma vez que só a lei pode estatuir tributos. Entende, ainda, inconstitucional a multa imposta a considerando confiscatória. Cita o entendimento de diversos doutrinadores visando corroborar suas argumentações.

No mérito, quanto à primeira infração, entende ser ilegal a cobrança do ICMS nas transferências de mercadorias para estabelecimento do mesmo titular efetuada com base de cálculo inferior ao custo de aquisição. Considera que não há fato gerador do imposto, alegando que não existiu a circulação efetiva da mercadoria, e que não houve valor agregado nem prejuízo para o Estado.

Em relação à segunda infração, considera o crédito constante do livro Registro de Apuração do ICMS legítimo. Alega que a divergência apontada pelos autuantes ocorreu por um lapso quando da autenticação do livro Registro de Entradas, que não registrava parte dos lançamentos ocorridos no mês de maio/99. Diz que as operações foram efetivamente efetuadas e que as demais informações da época comprovam sua afirmação (livro Diário, livro de Apuração de ICMS e DMA).

No que tange à terceira infração, aduz que a situação foi regularizada com o débito do imposto, através da emissão das Notas Fiscais nºs. 8966, de 10/03/98 e 9048, de 09/04/98.

No tocante à quarta infração, concorda apenas em parte com a exigência fiscal. Relaciona às fls. 340 a 342, alguns documentos que considera indevida a cobrança por se tratarem de CTCs, cujos

fretes foram pagos pelos remetentes, ou por terem sido equivocadamente relacionados pelos autuantes.

No que diz respeito à quinta infração, da mesma forma que o item anterior, concorda apenas em parte com a exigência. Cita algumas notas fiscais à fl. 343, dizendo que as mesmas foram devidamente registradas.

Em relação à sexta infração, informa estar anexando aos autos as comprovações de que alguns valores questionados já foram devidamente recolhidos.

Quanto à sétima infração, aduz que a exigência fiscal já havia sido recolhida através de GNR que acosta aos autos.

No que se refere à oitava infração, alega que os dispositivos que tratam da emissão de documentos fiscais e da escrituração de livros fiscais por sistema eletrônico de processamento de dados sofreram várias modificações e prorrogações, ocasionando muitas dúvidas aos contribuintes, do que entende que só a partir de 30/12/00 (Alteração 21 – Dec. nº 7.886/00) poderia ser exigida a entrega nos moldes estabelecidos, devendo ser excluída a exigência desde de agosto de 2000, constante da autuação. Assevera que entregou o movimento econômico de cada mês, com a totalização das operações de entradas e saídas, conforme recibos de entregas do SINTEGRA, via internet, não ocorrendo qualquer notificação por parte do Estado de que os mesmos estivessem fora de padrão, ou sem condições de leitura. Registra que o art. 708-A, § 2º, previa que não havia necessidade de conter dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e que somente através do Dec. nº 8.375, de 22/11/02, é que passou a exigir os dados referentes aos itens de mercadoria. Assim, entende descabida a exigência do resumo dos itens mês a mês.

Ao final, pede a improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes, em informação fiscal, às fls. 495 a 502, inicialmente rebatem as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, dizendo que a autuação atendeu as disposições do RICMS que tem como fundamento a Lei nº 7.014/96.

No mérito, sobre à primeira infração, aduzem que foi constatado prejuízo na Conta Mercadorias em todos os exercícios checados. Esclarecem que a cobrança em questão não se refere a exigência de ICMS sobre o valor agregado, e sim porque ficou comprovado que o estabelecimento não realiza vendas, mas somente transferência com a base de cálculo abaixo do custo de aquisição, contrariando o disposto no art. 56, IV, “a”, do RICMS/97. Consideram que a alegação do autuado de que o valor debitado em um estabelecimento seria creditado no outro, não causando prejuízo para o Estado, não afasta a legalidade da autuação.

Em relação à segunda infração, afirmam que o livro anexado na peça defensiva, às fls. 72 a 77, não é o livro original autenticado. Dizem que é uma cópia montada para afastar a autuação. Informam que o correto se encontra anexado à fl. 198, e que a divergência pode ser comprovada através dos documentos acostados às fls. 196 a 200.

No que diz respeito à terceira infração, reconhecem que o autuado comprova o lançamento do débito nos meses posteriores, restando, porém a correção, já que se trata de débito do mês de janeiro/98, regularizado em fevereiro/98, e do mês de março/98, regularizado em abril/98. Apresentam novo demonstrativo de débito à fl. 498.

No que tange à quarta e a quinta infração, acatam em parte com as argumentações defensivas. Mantêm os valores reconhecidos pelo autuado e aqueles que considera não comprovada a escrituração por parte do sujeito passivo (fls. 499/500). Apresenta novo demonstrativo de débito para os itens em exame à fl. 500.

Quanto à sexta infração, acatam as comprovações efetuadas pelo sujeito passivo em sua peça defensiva e elaboram novo demonstrativo de débito às fls. 500 e 501.

Com relação à sétima infração, reconhece que o autuado comprovou o pagamento tempestivo do ICMS questionado.

No que diz respeito à oitava infração, invocam 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 nº 19 (Dec. nº 7.842 de 11/09/00). Registram que o contribuinte alega razões referentes ao envio das informações através do Sintegra, mas que o objeto da autuação foi a falta de apresentação, em alguns meses, ou a apresentação em desacordo com o Manual de Orientação (Anexo 64), em outros.

Ao final, solicitam que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, após as retificações efetuadas.

O autuado foi intimado (fls. 524/525) para tomar ciência dos novos demonstrativos apresentados pelos autuantes em sua informação fiscal, porém não se manifestou.

VOTO

Preliminarmente, rejeito o pedido de nulidade argüido pelo autuado, 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.

Quanto ao questionamento das multas aplicadas não há do que se falar em confisco, já que as mesmas têm previsão legal (art. 42, da Lei nº 7.014/96).

No mérito, da análise dos elementos constitutivos do PAF, chego as seguintes conclusões:

Infração 1 – o autuado não nega que realiza transferências de mercadorias com a base de cálculo abaixo do custo de aquisição. Entende que tal procedimento não causa prejuízo para o Estado, porque o valor debitado em um estabelecimento seria creditado no outro. No entanto, tal procedimento contraria o disposto no art. 56, IV, “a”, do RICMS/97, pelo que considero a exigência em questão correta.

Infração 2 – como bem frisaram os autuantes, o livro anexado na peça defensiva, às fls. 401 a 406 (após renumeração das folhas), não é o livro original autenticado, que efetivamente se encontra anexado à fl. 198. As divergências podem ser comprovadas através dos documentos acostados às fls. 196 a 200. Ademais, o próprio autuado reconhece que os livros foram escriturados incorretamente. Portanto, entendo que ao detectar a divergência deveria o contribuinte procurar a repartição fiscal e solicitar a reconstituição da escrita para sanar as omissões de lançamentos, conforme prevê o art. 319, parágrafo 6º, do RICMS/97. Assim, mantenho a exigência em questão, relativa ao recolhimento de ICMS a menos em razão das divergências de lançamentos entre os livros fiscais. Vale ainda ressaltar, que o sujeito passivo só apresentou a retificação do livro

Registro de Entradas após a ação fiscal.

Infração 3 – os autuantes reconheceram que o autuado comprova o lançamento do débito nos meses posteriores, restando, porém a correção monetária, já que se trata de débito do mês de janeiro/98, regularizado em fevereiro/98, e do mês de março/98, regularizado em abril/98. Apresentam novo demonstrativo de débito à fl. 498, com o qual concordo.

Infrações 4 e 5 – os autuantes acataram em parte as argumentações defensivas, mantendo os valores reconhecidos pelo autuado e aqueles que ele não conseguiu comprovar a devida escrituração (fls. 499/500). Apresentaram novo demonstrativo de débito para os itens em exame à fl. 500, com o qual concordo.

Infração 6 – os autuantes acataram as comprovações de recolhimentos efetuadas pelo sujeito passivo em sua peça defensiva e elaboram novo demonstrativo de débito às fls. 500 e 501, com o qual também concordo.

Infração 7 – autuado comprovou o pagamento tempestivo do ICMS questionado, fato inclusive acatado pelos autuantes, sendo portanto indevido o valor exigido.

Infração 8 - A emissão de documentos fiscais e a escrituração de livros fiscais por sistema eletrônico de processamento de dados está prevista no Convênio ICMS nº 57/95, como também no RICMS, aprovado pelo Decreto nº 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:

Art. 686. O contribuinte de que trata o art. 683 está obrigado a manter, pelo prazo decadencial, as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos recebidos ou emitidos por qualquer meio, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração, na forma estabelecida neste Capítulo.

I - por totais de documento fiscal e por item de mercadoria (classificação fiscal), quando se tratar de:

a) Nota Fiscal, modelos 1 e 1-A;

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;

Logo se observa que, na data da ocorre do fato gerador (30/07/02) a legislação já previa a obrigação do contribuinte de informar as operações realizadas, por totais de documento fiscal e por item de mercadoria, cuja obrigação acessória não foi satisfeita pelo mesmo, 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.

Vale ressaltar, que o autuado foi intimado (fls. 524/525) para tomar ciência dos novos demonstrativos apresentados pelos autuantes em sua informação fiscal, porém não se manifestou, o que implica na concordância tácita com os novos números apresentados.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, reduzindo o valor originariamente exigido para R\$73.342,38, de ICMS, e R\$161.390,25, de multa por descumprimento de obrigação acessória, de acordo com os demonstrativos de débito à fl. 03 (infrações 1 e 2), fl. 498 (infração 3), fl. 500 (infrações 4 e 5), fls. 500/501 (infração 6) e fl. 06 (infração 8).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº **206890.0005/02-5**, lavrado contra **LOJAS DADALTO S/A.**, devendo o autuado ser intimado a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$73.342,38**, sendo R\$62,050,48 acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “d” da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos moratórios e R\$11.291,90 acrescido de idêntica multa, lei e artigos citados, e demais acréscimos legais, além das multas nos valores de **R\$3.015,91**, **R\$91,34** e **R\$158.283,00**, atualizados monetariamente, previstas, respectivamente, no art. 42, IX, XI e XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de junho de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA