

A. I. Nº - 299314.0022/03-0
AUTUADO - HELPER SUPRIMENTOS E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - CRIZANTO JOSÉ BICALHO
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARI
INTERNET - 21.10.03

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0410-02/03

EMENTA: ICMS. 1. SUSPENSÃO DA INCIDÊNCIA. REMESSAS INTERNAS EM DEMONSTRAÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO RETORNO DAS MERCADORIAS. A legislação tributária prevê que se considera encerrada a fase de suspensão da incidência do imposto, pelo não atendimento da condição de retorno da mercadoria no prazo regulamentar. **Infração caracterizada.** **2. DESENCONTRO ENTRE O IMPOSTO LANÇADO E O RECOLHIDO. Infração caracterizada em parte, face a comprovação de inclusão de valores que já haviam sido objeto de outra ação fiscal.** **3. ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas, e também não contabilizadas. As cópias das notas fiscais coletadas no CFAMT servem de prova do cometimento da infração. **Fato comprovado.** **4. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS.** Não configurada realização de operação de transferência de fundo de comércio, estando caracterizada a realização de vendas de mercadorias sem destaque e pagamento do imposto. **5. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. MULTAS. a) FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DOS ARQUIVOS EM MEIO MAGNÉTICO.** De acordo com o RICMS o contribuinte que utiliza escrituração por sistema de processamento de dados, está obrigado a apresentar o arquivo magnético com registro fiscal dos documentos fiscais emitidos. **Infração caracterizada, com a correção do valor da multa aplicada.** **b) DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS.** Fato não contestado. **c) REGISTRO DE APURAÇÃO, DE ENTRADAS E DE SAÍDAS. ESCRITURAÇÃO EM DESACORDO COM AS NORMAS REGULAMENTARES.** Fato não contestado. **Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/05/2003, e reclama o valor de R\$ 209.530,69, em decorrência dos seguintes fatos:

- 1) Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 39.049,79, em decorrência das remessas internas para demonstração, sem o devido retorno, nos meses de setembro, outubro e novembro de 2002, conforme documentos e demonstrativo às fls. 15 a 25.
- 2) Recolhimento a menos do ICMS no valor R\$1.363,04, em decorrência de desconcontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, correspondente aos meses de abril, maio e agosto de 2002, conforme demonstrativo à fl. 26.
- 3) Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$3.978,33, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas com base em notas fiscais coletadas no CFAMT, correspondente aos meses de abril/02 e janeiro/03, conforme demonstrativo e documentos às fls. 37 a 40.
- 4) Deixou atender intimação para apresentação dos arquivos em meio magnético referente às informações de todas as operações realizadas (entradas e saídas) do exercício de 2002, sujeitando-se à multa no montante de R\$ 59.729,87, equivalente a 1% sobre o montante das operações de entradas e de saídas no total de R\$ 5.972.987,70, conforme documento à fl. 132.
- 5) Recolhimento a menos no valor de R\$ 104.849,66, no mês de dezembro 2002, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme demonstrativo e documentos às fls. 163 a 186.
- 6) Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS, relativa ao exercício de 2002, conforme documentos às fls. 180 a 234, sendo aplicada a multa no valor de R\$ 140,00.
- 7) Escrituração do livro Registro de Entradas e de Saídas no mês de maio de 2002, sem prévia autorização, sujeitando-se a multa no valor de R\$ 280,00.
- 8) Escrituração das entradas no mês de dezembro de 2002, no livro Registro de Apuração do ICMS, com a expressão S M, não transcrevendo valor algum escriturado no livro Registro de Entradas, conforme documentos à fl. 245, sujeitando-se a multa no valor de R\$ 140,00.

O sujeito passivo representado por advogado legalmente constituído, no prazo legal, em seu recurso defensivo às fls. 250 a 256, reconheceu como procedentes os itens 06, 07 e 08, e parcialmente o item 02, informando que já providenciou o respectivo pagamento do imposto e multas respectivas.

Quanto aos demais itens, formulou a sua defesa com base no seguinte.

Infração 01 – considerou indevida a autuação sob alegação de que as operações de remessa para demonstração tiveram a participação dentro do município, e as mercadorias foram destinadas ao próprio estabelecimento para fins de demonstração. Argumenta que quando do retorno das mercadorias ao próprio estabelecimento foram utilizadas as mesmas notas fiscais, arguindo que houve apenas um descumprimento de obrigação acessória. Ressalta que esse procedimento é comum no ramo de atividade do estabelecimento, e por se tratarem de produtos sujeitos a garantia, impossibilita a omissão da nota fiscal por ocasião da comercialização. Observou que parte das mercadorias constantes nos documentos fiscais não pode ser vendida, pois é útil apenas para viabilizar a demonstração. Requereu como meio de prova a realização de auditoria de estoques das mercadorias constantes nas notas fiscais.

Infração 02 – reconhece como devido apenas o valor de R\$ 756,47, e quanto aos valores de R\$606,30 e R\$0,27, diz que estes já foram exigidos através do Auto de Infração nº 299324.0015/02-5, de 31/10/02, de lavra do próprio autuante.

Infração 03 – argüi dificuldade para exercer o seu direito de defesa, fundamentado na alegação de que não recebeu as cópias das notas fiscais coletadas no CFAMT, e que a acusação fiscal vai de encontro ao roteiro utilizado, por entender que se o Auto de Infração aponta para omissão de receita, tal conclusão somente seria possível se constatada mediante auditoria de estoques ou apuração contábil. Alega ainda existir discrepância entre a acusação de entrada de mercadorias no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal e os elementos materializadores desta acusação. Salienta ainda que mesmo se forem exibidas as notas fiscais, não comportaria a exigência de imposto a título de omissão, pois a instrução do processo conduz a ocorrência de falta de registro de nota fiscal de entrada, sujeita à multa prevista no artigo 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96. Citou a jurisprudência do CONSEF através dos Acórdãos JJF nº 0027/02-03, 2ª Junta; 0121/01 e 2096-01/01 da 1ª Junta. Admite que após apresentadas as notas fiscais, caberia a aplicação da multa formal de 10% sobre o valor comercial das mercadorias.

Infração 04 – alega que os arquivos magnéticos foram apresentados, porém foram rejeitados pela SEFAZ devido a divergências apontadas pelo sistema relativas ao CNPJ, inscrições estaduais e CFOP. Advoga a tese de que o fisco não ficou prejudicado de apurar a movimentação financeira, inclusive confrontando-a com os registros constantes nos livros fiscais e contábeis. Diz desconhecer se a multa foi calculada com base no total das informações rejeitadas, ou somente sobre o total das operações realizadas no período. Informou que já havia sido aplicada a mesma sanção sobre a base de cálculo de R\$ 5.810.970,42, correspondente à soma das operações até outubro de 2002, pelo mesmo preposto fiscal através do Auto de Infração nº 299314.0015/02-5. Quanto aos meses de novembro e dezembro, diz que torna-se necessária a investigação se a multa aplicada neste item se refere a operações cujos dados não foram rejeitados pela SEFAZ por ocasião da apresentação do arquivo magnético.

Infração 05 – esclarece que as operações que compõem a autuação, nos termos do artigo 6º inciso XI, alínea “b”, do RICMS/97, não estão sujeitas à incidência do imposto por se tratar de sucessão, relativamente a transferência de fundo de comércio para a firma Naticon Suprimentos e Serviços Ltda., que possui a mesma atividade e funciona no mesmo local onde funcionava o estabelecimento autuado. Informa que atualmente o estabelecimento está situado no endereço indicado na autuação, exercendo apenas a atividade de prestação de serviços. Reconhece o descumprimento de obrigação acessória, punível com multa formal, por não fazer constar no documento fiscal tal circunstância.

Protestando pela produção de todos os meios de provas em direito admitidos, especialmente a juntada de novos documentos; revisão fiscal para identificar a base de cálculo que incidiu a multa do item 04, e para constatar qual a atividade do estabelecimento atualmente, o defendente requer a procedência parcial do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls. 308 a 312, o autuante rebate as alegações defensivas com base nos seguintes argumentos:

Infração 01 – o preposto fiscal diz que a documentação fiscal contraria o argumento defensivo, pois foram remetidas mercadorias para demonstração sem o devido retorno, sendo devido o pagamento do ICMS, cujos valores e demais elementos que fundamentam a autuação não foram contestados pelo contribuinte.

Infração 02 – concordou que realmente foram consignados indevidamente os valores de R\$606,30 referente a 04/2002, e R\$ 0,27 referente a 05/2002.

Infração 03 – o preposto fiscal diz que as notas fiscais foram entregues ao autuado juntamente com o demonstrativo intitulado de “Quadro Resumo das Notas Fiscais de Entrada não Apresentadas para Contabilização”, conforme comprova a sua assinatura no documento constante à fl. 37. Diz que o contribuinte não lhe apresentou as primeiras vias das notas fiscais, pois se o tivesse feito, estaria sujeito apenas a multa pela não escrituração dos citados documentos fiscais.

Infração 04 – sobre a alegação defensiva de que os arquivos magnéticos foram apresentados e rejeitados pela SEFAZ, o autuante diz que as sucessivas atualizações do sistema SINTEGRA visam o aprimoramento do mesmo, e em nada prejudicou o contribuinte. Sobre a base de cálculo para fins de aplicação da multa, foi esclarecido pelo autuante que a mesma encontra-se demonstrada na Relação dos Valores das Operações e Prestações à fl. 132, e está de conformidade com o artigo 915, inciso XIII-A, alínea “g” do RICMS/97. Quanto a alegação de que a mesma sanção já havia sido objeto de outro Auto de Infração, o preposto fiscal diz que não se trata de dupla penalização, visto que foram cometidos em momentos distintos a mesma irregularidade. Salienta que o fisco ficou prejudicado, pois o arquivo magnético contendo o registro de todas operações realizadas se constitui como elemento indispensável para a realização dos trabalhos de auditoria. Conclui que a manifestação do patrono do autuado em nada beneficia a empresa.

Infração 05 – não concordou com a alegação de que a operação se caracteriza como sucessão, em razão do contribuinte não ter apresentado qualquer documento que evidenciasse qualquer transferência de propriedade. Esclarece que o estabelecimento alugou seu imóvel em 15/09/2002 a Naticon Suprimentos e Serviços Ltda., conforme Contrato de Locação às fls. 259 e 260, e que decorridos três meses efetuou a operação de venda de parte de suas mercadorias (doc. fl. 163) sem destaque do imposto devido. Salienta que a citada empresa está inscrita no SIMBAHIA como microempresa, e não necessita de crédito fiscal. Diz que o Procurador da Naticom, Ailton Borges de Oliveira figura como sócio do autuado, que estava em 30/05/2002 com sua inscrição na situação SUSPENSO/PROC.BAIXA/REGULAR, e que seria beneficiado pela saída das mercadorias sem o destaque do imposto, pois apurava mensalmente o ICMS pelo regime normal.

Considerando que por ocasião da informação fiscal houve modificação do débito e foram acostados novos elementos aos autos, o sujeito passivo atendendo à intimação da Infaz de Camaçari, apresentou outro recurso defensivo conforme documentos às fls. 320 a 321, no qual, foram ratificados seus argumentos anteriores, inclusive o pedido de revisão fiscal por funcionário estranho ao feito.

Conclui pela procedência parcial do Auto de Infração.

VOTO

Na análise das peças que compõe o processo, verifica-se que das oito infrações contempladas no Auto de Infração, o autuado reconheceu integralmente os itens 06, 07 e 08, correspondentes às multas por descumprimento de obrigação acessória nos valores de R\$ 140,00; R\$ 280,00 e R\$ 140,00, respectivamente, e parcialmente o item 02, referente a exigência de imposto recolhido a menos no mês de agosto/2002, no valor de R\$ 756,47, uma vez que restou comprovado que os valores de R\$606,30 e R\$ 0,27 haviam sido exigidos em outra ação fiscal.

Com relação aos demais itens impugnados, do exame cuidadoso de tudo o mais que consta dos autos, foi possível concluir o que segue.

Infração 01 – este item faz referência a exigência de imposto referente às notas fiscais nºs 1096, 1097, 1098, 1100, 1108, 1130, 1138, 1141, 1170 e 1241, com natureza de operação “remessa para demonstração” emitidas nos meses de setembro, outubro e novembro de 2002. O autuado alegou que quando do retorno das mercadorias ao próprio estabelecimento foram utilizadas as mesmas notas fiscais, arguindo que houve apenas um descumprimento de obrigação acessória. Inicialmente, com fulcro no artigo 147, inciso I, do RPAF/99, considero desnecessária a realização da revisão fiscal solicitada pelo patrono do autuado, uma vez que se ele entende como meio de prova o levantamento quantitativo das mercadorias constantes nos documentos fiscais, esta prova deveria ter sido trazida por ele próprio, de modo a justificar a revisão fiscal pretendida, se fosse o caso. Os documentos fiscais de entrada e de saída servem de instrumento de controle para se verificar o cumprimento da obrigação tributária principal. Se o estabelecimento remete mercadoria para demonstração e emite a respectiva nota fiscal, é de sua inteira responsabilidade a emissão quando do retorno, sob pena de prevalecer a conclusão de que a mercadoria foi vendida, pois na prática sabe-se que somente é demonstrada a mercadoria que tem como objetivo a sua venda. No caso, considero que restou caracterizada a infração, pois de acordo com os artigos 599 e 604 do RICMS/97, nas operações relativas a mercadorias em demonstração, em qualquer hipótese, deve ser emitida a competente nota fiscal.

Infração 02 – diante do reconhecimento do autuante de que os valores de R\$606,30 e R\$0,27 já haviam sido exigidos através do Auto de Infração nº 299324.0015/02-5, de 31/10/02, de lavra do próprio autuante, procede parcialmente este item da autuação no valor de R\$ 756,47, relativo ao mês de 31/08/02.

Infração 03 – refere-se a omissão de saídas representada por entradas de mercadorias não registradas, através de notas fiscais coletadas no CFAMT. Inicialmente deixo de acatar a preliminar de cerceamento de defesa, visto que, conforme consta à fl. 37, mais precisamente no Quadro Resumo das Notas Fiscais de Entradas não Apresentadas para Contabilização, o autuado recebeu em 04/06/2003 uma cópia do mesmo, e ao que tudo indica com as cópias das notas fiscais. Se isso não correu, vale ressaltar que no referido demonstrativo encontram-se especificadas as notas fiscais com a indicação do CNPJ dos emitentes, além do fato que durante o prazo para interposição de recurso o processo permaneceu na repartição fazendária, e o autuado pode dele ter vistas e extrair cópia de qualquer peça existente no processo, tendo assim a oportunidade de exercer a ampla defesa e o contraditório, conforme previsto no artigo 124 c/c com o artigo 11, do RPAF/99. Ademais, vale observar que as vias das notas fiscais destinadas ao fisco foram coletadas no trajeto das mercadorias para o estabelecimento autuado, cujos documentos comprovam o destino das mesmas para o estabelecimento, concluindo-se que as primeiras vias das notas fiscais estão em seu poder. No mérito, quando a fiscalização no curso da ação fiscal recebe do contribuinte as notas fiscais de determinado período, e constata na contabilidade que houve contabilização dos documentos fiscais, e somente a falta de escrituração no livro fiscal próprio, entendo que estaria sujeito a multa formal por descumprimento de obrigação acessória equivalente a 10% ou 1%, conforme o caso, sobre o valor da mercadoria. Por outro lado, quando é detectada através do CFAMT que o contribuinte não contabilizou nem escriturou o documento fiscal, nesta hipótese está configurada a presunção de omissão de saídas anteriores correspondente à entrada de mercadorias não contabilizada. No presente caso, subsiste a infração, pois os elementos materializadores da ocorrência foram obtidos através do CFAMT e servem de prova do cometimento da infração imputada. Quanto a jurisprudência citada na defesa, observo que a mesma não se aplica ao presente caso, pois nos citados julgamentos o fulcro original foi de descumprimento de obrigação acessória. Desta forma,

inexistindo qualquer omissão no lançamento que enseje correção, subsiste o reclame fiscal com fulcro no artigo 2º, §3º, inciso IV, do RICMS/97.

Infração 04 – trata-se de multa por descumprimento de obrigação acessória em virtude do contribuinte ter deixado de atender intimação para apresentação dos arquivos em meio magnético referente às informações de todas as operações realizadas (entradas e saídas), referente ao exercício de 2002, sendo aplicada a multa no valor de R\$ 59.729,87, equivalente a 1% sobre o montante das operações de entradas e de saídas no total de R\$ 5.972.987,70, cuja base de cálculo para fins de cálculo da multa encontra-se demonstrada na Relação dos Valores das Operações e Prestações à fl. 132.

De acordo com o artigo 685 combinado com o artigo 708 e seus parágrafos, do RICMS/97, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados deverá fornecer, quando solicitada, documentação minuciosa, completa e atualizada dos arquivos magnéticos com registro fiscal dos documentos emitidos por qualquer meio inerente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias, cuja entrega deve ser feita na repartição fazendária mediante recibo.

Analisando o demonstrativo à fl. 132, constata-se que o cálculo da multa levou em conta os valores das operações realizadas no período, na forma prevista no artigo 915, inciso XIII-A, alínea “g”, do RICMS/97. O contribuinte em sua oportunidade de defesa alegou que os arquivos magnéticos foram apresentados, porém foram rejeitados pela SEFAZ devido a divergências apontadas pelo sistema.

A legislação tributária prevê a aplicação da multa na hipótese do não fornecimento de arquivo magnético contendo as informações econômico-fiscais de determinado período, ou pela entrega dos referidos em padrão diferente do estabelecido, haja vista que a exigência de tais informações se constitui como elemento indispensável para a verificação do cumprimento da obrigação tributária.

No caso, o próprio contribuinte confessou que os arquivos magnéticos foram rejeitados pela SEFAZ devido a divergências apontadas pelo sistema, e alegou que houve dupla penalização com base na mesma ocorrência. Quanto a esta última alegação, no caso de não atendimento a intimação para apresentar qualquer documento ao fisco, não existe na legislação tributária qualquer impedimento para aplicação de mais de uma multa pela mesma ocorrência, desde que esteja documentado pela respectiva intimação.

Nestas circunstâncias, restando caracterizado o cometimento da infração, é devida a multa que foi aplicada por está em conformidade com o artigo 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96. Contudo, considerando que no cálculo da multa foram considerados valores de operações até o mês de outubro de 2002 que já haviam sido objeto de outra autuação (Auto de Infração nº 299314.0015/02-5), entendo que a presente multa deve ser modificada para o valor de R\$ 17.528,66, correspondente a 1% sobre o montante de R\$ 1.752.865,78, correspondente às operações de entradas e de saídas relativas ao período de novembro e dezembro de 2002.

Infração 05 – a exigência fiscal refere-se a recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$104.849,66, por erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias escrituradas no livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de dezembro de 2002, relativamente às notas fiscais relacionadas à fl. 163.

O patrono do autuado contestou a autuação dizendo que o referido lançamento é decorrente de transferência de fundo de comércio para outro contribuinte. Quando uma empresa adquire, a qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, e continua a exploração, sob a mesma ou outra razão social, responde pelos tributos relativos ao fundo ou ao estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato. Se, contudo, prosseguir na exploração de sua atividade, a

responsabilidade do adquirente é solidária. Pelo texto do artigo 6º, inciso XI, do RICMS/97, não há incidência do imposto, dentre outras, nas operações internas decorrentes da transmissão de propriedade de estabelecimento comercial desde que haja a continuidade das atividades do estabelecimento pelo novo titular, no caso de venda do estabelecimento ou fundo de comércio.

Pelos documentos às fls. 259 e 260, verifica-se que não há nenhum documento que evidencie a realização de transferência de fundo de comércio conforme alegado pelo sujeito passivo. O que existe é tão somente um contrato de locação firmado em 15/09/2002 com a firma Naticon Suprimentos e Serviços Ltda., e a realização de venda de parte de suas mercadorias (doc. fl. 163) sem destaque do imposto. Além disso, como bem salientado pelo autuante, a citada empresa estava inscrita no SIMBAHIA como microempresa, não necessitando de crédito fiscal, porém se encontrava em 30/05/2002 com sua inscrição na situação SUSPENSO/PROC.BAIXA/REGULAR, e seria beneficiado pela saída das mercadorias sem o destaque do imposto, pois apura o ICMS pelo regime normal.

Ante o exposto, voto **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração, no valor de R\$ 166.722,91.

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 **299314.0022/03-0**, lavrado contra **HELPER SUPRIMENTOS E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$148.634,25**, acrescido das multas de 60% sobre R\$144.655,92 e 70% sobre R\$ 3.978,33, previstas no artigo 42, II, “a” e “b”, e III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$ 18.088,66**, previstas nos incisos XIII-A, alínea “g”, XVIII, alíneas “a”, “b” e “c”, da citada lei.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2003.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR - RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR