

A. I. Nº - 232962.0003/03-9
AUTUADO - LOJAS DADALTO S.A.
AUTUANTES - PEDRO GOMES CARNEIRO, LUCÍLIA PEREIRA LEDO e JOSÉ ALBERTO MENDONÇA LIMA
ORIGEM - INFAS ILHÉUS
INTERNET - 09.12.03

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0473/01-03

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS. FISCAIS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS DAS OPERAÇÕES COMERCIAIS REALIZADAS NO PERÍODO DE JANEIRO DE 2001 A MAIO DE 2002. Infração não elidida. 2. SUSPENSÃO DA INCIDÊNCIA. REMESSAS DE BENS PARA CONSENTO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO RETORNO. Imputação parcialmente elidida. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. Feita a revisão dos cálculos. Débito mantido em parte. 4. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE INVENTÁRIO, ESCRITURAÇÃO IRREGULAR. Infração não demonstrada nos autos. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 3/2/03, apura os seguintes fatos:

1. falta de apresentação dos arquivos magnéticos com registro das operações realizadas no período de janeiro de 2001 a maio de 2002, sendo por isso aplicada multa de R\$ 91.038,84;
2. falta de recolhimento de ICMS relativo a saídas de mercadorias a título de remessas para conserto sem comprovação de retorno, sendo lançado imposto no valor de R\$ 2.194,41, com multa de 60%;
3. recolhimento de ICMS efetuado a menos, em virtude de erro na determinação da base de cálculo – operações efetuadas através de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), nos meses de janeiro de 2001 a janeiro de 2002, sendo lançado imposto no valor de R\$ 329,17, com multa de 60%;
4. escrituração do Registro de Inventário em desacordo com o art. 330 do RICMS/97, sendo aplicada multa de R\$ 120,00.

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, alegando 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. Transcreve ementa de decisão do TRF da 1ª Região acerca do controle judicial de multa considerada confiscatória por desvio de finalidade.

No tocante ao mérito, relativamente ao 1º tópico do auto de Infração, o autuado observa que o capítulo que trata da emissão de documentos fiscais e da escrituração de livros por sistema eletrônico de processamento de dados sofreu várias modificações e prorrogações. Fala das dúvidas causadas por aquelas alterações e prorrogações. Lembra 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. Alega que os arquivos eram transmitidos pela internet, e não havia qualquer resposta por parte do Estado de que os mesmos estivessem fora do padrão ou sem condições de leitura. Aduz que, quando foi intimado pelos autuantes a apresentar os arquivos magnéticos, o fez em disquete, da mesma forma que transmitiu as informações pela internet pelo sistema do Sintegra, entendendo que os arquivos estavam dentro dos parâmetros exigidos. Quanto ao fato de os fiscais estarem exigindo os arquivos com resumo de item por item de cada mês, o autuado diz que seus arquivos magnéticos foram entregues mensalmente, sendo que nos meses de janeiro a junho de 2001 os arquivos foram apresentados somente com o “tipo 50”, mas a partir de julho de 2001 passou a apresentá-los com os registros 50, 54 e 75. Argumenta que não apresentou os arquivos com os itens mês a mês porque não estava sujeito a tal exigência, pois o art. 708-A do RICMS previa a informação do movimento econômico mês a mês, e o § 2º não contemplava a necessidade da discriminação por itens. Somente através do Decreto nº 8.375/02 é que foi alterada a redação do citado dispositivo, passando a exigir os dados referentes aos itens. Transcreve as duas redações do citado dispositivo, a anterior e a atual, mostrando que a redação é completamente diferente. Aduz ter sido informado “por parte do Estado” de que a exigência do Sintegra com itens das mercadorias somente seria implementada a partir de janeiro de 2003. Diz que no Estado do Espírito Santo, onde fica a sede da empresa, não vinha sendo exigida a entrega daquelas informações, somente vindo a serem exigidas a partir de dezembro de 2002. Pede que a autuação seja declarada improcedente.

No tocante ao 2º item do Auto de Infração, que cuida da remessa de bens para conserto sem comprovação de retorno, a defesa alega que se trata de mercadorias que a empresa já havia vendido mas apresentaram defeito. Diz que, quando o cliente procurava a loja, esta recolhia o aparelho e o remetia para conserto. Alega que as Notas foram emitidas para acobertar o trânsito, não havendo Notas de retorno porque os aparelhos normalmente não voltam, sendo substituídos, mas a venda já havia sido feita e o imposto foi pago quando da venda. Alega que em certos casos os bens remetidos não são “mercadorias”, mas sim bens do ativo imobilizado. Argumenta que não pode ser obrigado a pagar o imposto quando remete os bens para conserto e novamente pagar o tributo ao vender as mercadorias.

Relativamente ao 3º item, que diz respeito a recolhimento de ICMS que teria sido efetuado a menos em virtude de erro na determinação da base de cálculo – operações efetuadas através de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), nos meses de janeiro de 2001 a janeiro de 2002 –, a defesa explica que a diferença correspondente a janeiro de 2001, no valor de R\$ 575,30, é referente

ao cancelamento de uma operação, conforme cópia da redução “Z”, anexa. Desse modo, não houve fato gerador do tributo.

Quanto ao 4º item, o autuado diz que o Registro de Inventário se encontrava escriturado e autenticado, não somente no tocante ao estoque de 2001, mas a todos os anos, conforme cópias anexas.

Foi prestada informação por um dos fiscais autuantes, em que é feita uma explanação acerca da forma como se deu a ação fiscal. No que concerne ao 1º item do procedimento, o autuante discorda da tese da defesa, quanto à obrigação de fornecer os arquivos magnéticos, contrapondo que o art. 686 [do RICMS/97] obriga a empresa a manter o arquivo magnético pelo prazo decadencial e a fornecê-lo ao fisco, vigorando tal obrigação a partir de 1/8/00. O art. 708-A, mencionado pelo contribuinte, refere-se ao fornecimento de informações através do Sintegra, não se aplicando ao caso em questão.

Quanto ao fato de que cuida o 2º item, o autuante diz que não há registro de nenhuma ocorrência que venha a atender aos requisitos legais que dêem amparo aos argumentos da defesa quanto à suspensão da incidência do imposto.

No tocante ao 3º item, frisa que o art. 807 do RICMS/97 indica quais os procedimentos que devem ser adotados quando do cancelamento de vendas, inclusive em se tratando de cupom fiscal, sendo que no caso em questão, embora o contribuinte tenha juntado à defesa a fita-detalhe do cancelamento, não anexou o cupom cancelado, de modo que a autuação é procedente.

Relativamente ao item 4º, o autuante diz não concordar com a defesa, quando esta alega que o Registro de Inventário está escriturado, haja vista que o art. 330 do RICMS/97 determina que a escrituração deve agrupar as mercadorias de acordo com a situação tributária, sendo que o contribuinte escritura o referido livro, envolvendo cerca de 6.000 itens, e tal quantidade tende a ser analisada com distorção, prejudicando o resultado final da auditoria, principalmente no que dia respeito à margem de valor agregado. Conclui dizendo manter a imputação.

Foi determinada a realização de diligência pela ASTEC, a fim de que, no caso do 2º item, fosse observado, em face das Notas Fiscais e outros elementos de que a empresa porventura dispusesse, se os bens em questão pertenciam à loja, ou se se tratava de bens vendidos anteriormente, estando já pago o imposto. Deveria ser examinada também a alegação de haver no levantamento bens do ativo imobilizado. No tocante ao 3º item, deveriam ser verificados os cupons que deram origem aos cancelamentos indicados na redução “Z”.

A ASTEC informa que, no tocante ao item 2º, os bens relativos às Notas Fiscais 1679 e 1674 se referem a vendas realizadas anteriormente, tendo ficado inclusive provado o retorno dos mesmos, sendo que a Nota Fiscal 1685 diz respeito a bem do ativo imobilizado. Em face disso, foi elaborado demonstrativo excluindo do valor exigido no mês de junho de 2001 [2002] a quantia de R\$ 357,87, remanescedo um débito total de R\$ 1.836,54. No tocante ao 3º item, foram apresentados os cupons fiscais referentes aos cancelamentos indicados na leitura “Z”, de modo que, excluindo-se os valores correspondentes aos mesmos, o débito fica reduzido para R\$ 75,01.

Foi mandado dar vista dos novos elementos ao sujeito passivo.

VOTO VENCIDO RELATIVAMENTE AO ITEM 1º

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 à 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 suscitada 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, 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) ou a entrega dos referidos arquivos magnéticos em padrão diferente do previsto na legislação, c) ou a entrega dos aludidos arquivos magnéticos em condições que impossibilitassem 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 maio de 2002.

Desse modo, o que realmente ocorreu foi o fato acusado no “adendo”, ou seja, a falta de apresentação dos registros magnéticos.

É preciso, antes de mais nada, analisar a questão da aplicação das normas no tempo, especificamente no que concerne aos arts. 686, 708, 808-A, 708-B e 712-B do RICMS/97.

O fiscal que prestou a informação concentra-se na regra do art. 686, alegando que o art. 708-A, “mencionado pelo contribuinte”, não se aplica neste caso. Mas, na verdade, no enquadramento legal, no corpo do Auto de Infração, são mencionados certos dispositivos regulamentares, além do art. 686, que precisam ser levados em conta.

O enquadramento “legal” no Auto de Infração começa pelo art. 686 do RICMS/97. Esse dispositivo não se aplica à situação em exame, pois a acusação se refere à “Falta de apresentação dos arquivos magnéticos”, ao passo que o art. 686 diz respeito à obrigação do contribuinte de *manter* os arquivos magnéticos, pelo prazo decadencial. Uma coisa é a obrigação de manter os arquivos à disposição do fisco. Outra coisa é a obrigação de exhibi-los ao fisco, quando solicitados. No caso em exame, o contribuinte manteve os arquivos. Não há infração, portanto, ao art. 686.

O citado art. 686 integra uma seção do Regulamento que trata das condições de utilização do sistema de emissão de documentos por processamento eletrônico de dados. Os demais dispositivos em destaque, que integram a seção onde são especificados procedimentos de fiscalização, referem-se à obrigação de o contribuinte fornecer ao fisco os documentos e os arquivos magnéticos.

Descarte-se, igualmente, de pronto, o art. 708, citado no Auto, haja vista que tal dispositivo foi revogado pela Alteração nº 21 (Decreto nº 7.886/00, efeitos a partir de 30/12/00).

No que concerne ao art. 712-B, também apontado no Auto de Infração, não tem muita pertinência ao caso em exame. Ele cuida da obrigação imposta aos contribuintes indicados em ato específico do Secretário da Fazenda no sentido de que apresentem, mensalmente, no prazo especificado no referido ato, os citados arquivos magnéticos. Está provado que o contribuinte apresentou os arquivos, mensalmente. Então não houve infração ao citado art. 712-B.

Relendo os termos da imputação, observo que o contribuinte é acusado da “Falta de apresentação dos arquivos magnéticos com registro das operações realizadas no período de janeiro de 2001 a maio de 2002, apesar de regularmente intimado e reintimado para cumprimento da obrigação”. Quer dizer, então, que não se trata de nada daquilo a que se reportam os dispositivos apontados no “enquadramento legal”. O que houve foi a falta de atendimento às intimações para exibição, ao fisco, dos arquivos magnéticos. No entanto, se os arquivos já foram enviados à repartição através da internet, os fiscais têm à sua disposição os elementos de que necessitam, no próprio local de trabalho, não havendo necessidade de nova entrega de dados já existentes na repartição.

Por outro lado, se o fato motivador da autuação é outro, não posso, como julgador, admitir mudança do fulcro da ação fiscal. Por certas considerações aduzidas pela defesa, talvez a autuação decorresse do fato de em alguns meses os arquivos magnéticos terem sido apresentados somente com os dados do “tipo 50”, faltando os tipos 54 e 75.

O fiscal que prestou a informação não tocou no assunto. Se ele não comentou esse aspecto, concluo que é porque não interessa neste caso.

Há ainda um aspecto que foi abordado pela defesa e ao qual o fiscal autuante não fez nenhuma referência. Trata-se da regra do § 2º do art. 708-A do RICMS/97. Inicialmente, esse dispositivo previa que o arquivo magnético entregue nos termos daquele artigo “não deverá” conter dados referentes aos itens de mercadorias constantes nos documentos fiscais, salvo quando se tratasse de operações de saídas sujeitas à substituição tributária. Depois, o citado § 2º foi alterado, passando a dispor de modo diverso, isto é, quer o arquivo magnético “deverá” conter os referidos dados. Essa alteração foi introduzida no Regulamento através do Decreto nº 8.375, de 22/11/02. Os fatos em exame são anteriores a esse decreto. Por conseguinte, não se aplica a nova regra a fatos anteriores.

Seja como for, se o fato é outro que não aquele acusado no local próprio do Auto de Infração, é vedado ao órgão julgador, no julgamento, mudar o fulcro da imputação.

No que concerne a arquivos magnéticos, todos os que lidam com essa questão concordam num ponto: a legislação não é clara quanto ao que se pretende dos contribuintes. A falta de clareza não decorre de aspectos “técnicos”, é questão de redação, mesmo. E, evidentemente, a falta de clareza da legislação não pode acarretar ônus ao sujeito passivo. Não é cabível a multa de que cuida o item 1º.

Quanto aos itens 2º e 3º, valho-me das informações prestadas pela ASTEC. No tocante ao 2º item, os bens relativos às Notas Fiscais 1679 e 1674 se referem a vendas realizadas anteriormente, tendo ficado inclusive provado o retorno dos mesmos, sendo que a Nota Fiscal 1685 diz respeito a bem

do ativo imobilizado. A ASTEC elaborou demonstrativo, excluindo do valor exigido no mês de junho de 2002 a quantia de R\$ 357,87. O Demonstrativo do Débito deverá ser refeito, com base nas indicações constantes no quadro à fl. 141, reduzindo-se o débito do 2º item para R\$ 1.836,54.

No tocante ao 3º item, a ASTEC informa que foram apresentados os cupons fiscais referentes aos cancelamentos indicados na leitura “Z”, de modo que, excluindo-se os valores correspondentes aos mesmos, o débito fica reduzido para R\$ 75,01, relativo a janeiro de 2002, conforme quadro à fl. 142.

O item 4º refere-se à escrituração do Registro de Inventário em desacordo com o art. 330 do RICMS/97, no exercício de 2001. O contribuinte defendeu-se dizendo que o Registro de Inventário está escriturado e visado pela repartição fiscal, relativamente ao aludido exercício. A acusação de que a escrituração foi feita “em desacordo com o disposto no art. 330 do RICMS/97” é extremamente vaga. O art. 330 contém dezenas de regras, dispostas em parágrafos, incisos e alíneas. Acusar o contribuinte de escriturar o Registro de Inventário em desacordo com aquele artigo, sem indicar em que consiste, precisamente, o desacordo, constitui cerceamento de defesa. E não prova nada. Não é devida a multa.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR RELATIVAMENTE AO ITEM 1º

No tocante ao item 01 do Auto de Infração, diz respeito a falta de entrega dos arquivos magnéticos à fiscalização quando regularmente intimado, referente ao período de janeiro de 2001 a maio de 2002. O contribuinte disse que os arts. 708-A e 708-B somente foram acrescentados pela Alteração nº 21 e negou que tivesse deixado de apresentar os arquivos magnéticos. Afirmou que nos meses de 01/01 a 06/01, apresentou seus arquivos somente com o tipo 50 e a partir de 07/01 os apresentou com os registros 50, 54 e 75. Todavia, o autuante exigiu os arquivos com resumo de item por item do mês, situação não prevista na legislação da época dos fatos.

Observo que embora, à época, o § 2º do art. 708-A determinasse que os arquivos enviados não deveriam conter dados referentes aos itens de mercadorias constantes nos documentos fiscais, salvo quando se tratasse de operações de saídas sujeitas à substituição tributária, o art. 708-B determinava que, quando estes arquivos fossem solicitados pela fiscalização deveriam estar “devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte (inclusive os dados referentes a itens de mercadorias, quando for o caso), salvo ressalva contida na Intimação”. Diante destas determinações, foram efetuadas três intimações (fls. 20, 21 e 22), em 05/07/02, 09/08/02 e 27/08/02, além do Auto de Infração só ter sido lavrado em 03/02/03, após varias prorrogações, mesmo assim, o contribuinte não apresentou os arquivos magnéticos, ficando caracterizada a falta de entrega dos arquivos magnéticos à fiscalização quando regularmente intimado, conforme preceitua o art. 708-B do RICMS/97, notadamente o seu § 2º que textualmente determina: *O atendimento ao explicitado neste artigo não exclui a obrigação de que trata o artigo anterior e vice-versa.*

O contribuinte, quando de sua impugnação, juntou cópia dos recibos de entrega de arquivos magnéticos referentes a alguns meses do exercício de 2000, que não vem ao caso, já que não fiscalizado. Apresentou cópia da entrega dos arquivos magnéticos do exercício de 2001 e nenhum dos meses autuados relativos ao ano de 2002. Nas cópias dos recibos relativos aos arquivos apresentados, todos eles estão com advertência de que houve rejeição de dados. Não apresentou

os dados relativos aos registros 54, 60 e 75, obrigatórios e imprescindíveis para consolidação dos dados, dos meses de janeiro a junho e 2001, além de não apresentá-los à fiscalização quando regularmente intimado, conforme determinações regulamentares. Mantendo a autuação no valor de R\$91.038,84.

Observo, ainda, que em outra autuação, em que foi lavrado Auto de Infração contra outro estabelecimento do mesmo autuado, esta Junta de Julgamento, por decisão unânime e através do Acórdão JJF nº 0185/01-3, manteve a procedência da ação fiscal, em que o assunto em discussão versava sobre a mesma matéria em julgamento nestes autos. Inclusive, os argumentos do autuado são os mesmos que foram atribuídos àquele lançamento tributário. E, quando da apreciação da matéria pela 2ª Instância deste CONSEF, em Recurso Voluntário, foi mantida a decisão da 1ª Instância, através do Acórdão CJF nº 0086-12/03, com o seguinte teor:

"No que diz respeito ao item 4, em consonância com a PGE/PROFIS, comungo com o mesmo entendimento de que os documentos trazidos (cópias de entrega de arquivos magnéticos) não fazem prova a favor do contribuinte, pois nelas constam que os arquivos apresentados não estavam nos moldes solicitados, como afirma o fiscal na sua infração. Conclui afirmando que a infração se caracteriza não somente pela entrega dos arquivos magnéticos, como também na entrega sem as informações solicitadas.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232962.0003/03-9, lavrado contra **LOJAS DADALTO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.523,58**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, além da multa no valor de **R\$91.038,84**, prevista no art. 42, XIII-A, “g” e XVIII, “b”, do mesmo Diploma Legal, com homologação dos valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2003.

CLARICE ANÍZIA MAXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR- VOTO VENCIDO - (ITEM 01 DO AI)

MÔNICA MARIA ROTERS – VOTO VENCEDOR - (ITEM 01 DO AI)