

A. I. N° - 207093.0038/05-5
AUTUADO - IMUNOSYSTEMS COMERCIAL LTDA
AUTUANTE - JUVENCIO RUY CARDOSO NEVES
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 06/02/05

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0006-03/06

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O LANÇADO NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração não impugnada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** BENS DE CONSUMO. Infração não impugnada. **b)** ATIVO PERMANENTE. Diligência fiscal não comprovou que se tratava de equipamento destinado ao ativo fixo. Infração não comprovada. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIOR. **b)** MERCADORIA DESTINADA À OUTRO CONTRIBUINTE. **c)** ATIVO PERMANENTE. USO INTEGRAL. Infrações não impugnadas. **c)** BENS CEDIDOS EM COMODATO. Não comprovado nos autos que se trata de bem do ativo e sim de mercadorias. Infração elidida. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração não defendida. 5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA. MULTA. Diligência fiscal realizada intimou o autuado e concedeu prazo legal para a entrega dos arquivos magnéticos, não tendo sido atendida. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2005, exige ICMS de R\$44.208,97 acrescido da multa de 60%, além das multas de caráter acessórios totalizando valor de R\$34.593,39 referente a:

01. Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS - R\$35.090,63. No campo da descrição dos fatos consta que a infração foi apurada conforme Demonstrativo de Auditoria da Conta Corrente.
02. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento - R\$211,58.

03. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento - R\$3.000,03.
04. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal, tudo conforme demonstrativo de débito juntado ao Auto de Infração - R\$2.624,23.
05. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal, tudo conforme demonstrativo de Crédito Fiscal Lançado a Maior, referente a mercadorias recebidas em demonstração de outra unidade da Federação - R\$825,00.
06. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria destinada a contribuinte diverso do indicado no documento fiscal, relativo a NF 971/01 - R\$ 249,69.
07. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida para integrar o ativo permanente, relativo a NF 2.867/01 - R\$107,80.
08. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida para integrar o ativo permanente, relativo a NF 25.751/01, cujo bem foi cedido em comodato - R\$2.100,01.
09. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10% sobre o valor não registrado - R\$997,25.
10. Falta de entrega de arquivos magnéticos, os quais deveriam ter sido enviados via Internet através do programa Validador/Sintegra, conforme demonstrativo das Operações Declaradas em Arquivo Magnéticos X Livros Fiscais/DMA, tendo sido aplicada multa de 1% (hum por cento) sobre a totalidade das entradas e saídas do período – R\$33.596,14.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 69 a 74) diz que acata integralmente as infrações 01, 02, 04, 05, 06, 07 e 09, não pelo fato de que concorde com elas, mas sim em função da pouca relevância econômica da maior parte delas.

Quanto às infrações 03, 08 e 10, diz que refuta integralmente pelos motivos que passou a expor.

No que se refere à infração 03, falta de recolhimento do ICMS da diferença entre a alíquota interna e interestadual, diz que "há uma divergência na formulação da suposta infração, dado que a única aquisição nela referida não foi destinada ao seu ativo fixo. Trata-se de um equipamento, ANALISADOR DE PH GAZES DO SANGUE, que a autuada disponibilizou a terceiro em operação de comodato" e que no seu entendimento não há aplicabilidade jurídica da acusação.

Quanto à infração 08, utilização de crédito indevido relativo à mercadoria destinada ao ativo permanente, alega que trata do mesmo equipamento adquirido a que se refere à infração 03 e que passou a integrar o seu negócio, não constituindo-se em bem empregado no ativo fixo, o qual foi cedido em comodato para a Associação Obras Sociais Irmã Dulce, conforme indicado na nota fiscal nº 2.419 (fl. 75).

Ressalta que conforme disposto no art. 6º, XIV do RICMS/BA, nas operações de comodato não há incidência do ICMS.

Em relação à infração 10, falta de entrega de arquivos magnéticos, diz que a implantação do SINTEGRA teve sua eficácia operacional comprometida e que a multa aplicada de R\$33.596,14 foge ao princípio da razoabilidade, tem conteúdo confiscatório o que é proibido pela Constituição Federal (art. 150, IV) e que pode desestabilizar a empresa do ponto de vista econômico.

Alega que a exigência não tem suporte legal, porque não existe amparo na legislação tributária estadual. Diz que os dispositivos indicados na infração, art. 686 e 708-A "não tratam da exigência

de 1% sobre as saídas" e sim de manter o arquivo magnético e dos prazos para entrega dos arquivos.

Afirma que o Fisco Estadual deixou os contribuintes do ICMS desassistidos no tocante às orientações do SINTEGRA, tanto que, o Manual de Orientação inserido no Anexo 64 do RICMS/97 teve eficácia jurídica de um único mês, ou seja "no período de 01/01/03 a 03/02/03, pois foi revogado pelo Decreto nº 8.435/03".

Ressalta que o § 5º do art. 686, a partir de 03/02/03, passou a adotar as regras previstas no Convênio ICMS 57/95 e posteriormente no 31/99, que trouxe um Manual de orientação, mas que ambos não têm regras de exigência de 1% sobre o total das saídas.

Diz que o Fisco Estadual pretende exigir do contribuinte a apresentação de dados estatísticos, sem oferecer as condições normativas adequadas e por isso não pode aplicar penalidade tão astronômica por ter cometido um lapso perfeitamente contornável.

Ressalta que o autuante indicou no enquadramento da multa o art. 42, XIII-A, "i" da Lei 7.014/96, que não existe, dado que tal dispositivo da citada Lei encerra na alínea "g".

Destaca que, a rigor, o "Agente Fiscal deve intimar o Contribuinte a fornecer ou corrigir as informações pendentes", conforme previsto nos art. 915, XIII-A, "g"; art. 708-B, § 3º, 5º e 6º do RICMS/97 e que tal possibilidade não lhe foi facultada por meio de intimação para correção de eventuais distorções.

Por fim, pede que sejam julgadas improcedentes as infrações 03, 08 e 10.

O autuante, na sua informação fiscal, afirma que a contestação da infração 3 é inócua, tendo em vista que o autuado adquiriu um bem e o cedeu em comodato. Diz que a operação de comodato abrange bens que integrem o ativo permanente e caso contrário, em se tratando de mercadoria, a operação deveria ser de empréstimo, remessa para demonstração, consignação, etc, cujas saídas são tributáveis. Conclui este raciocínio afirmando que, "não se tratando de empresa industrial ou fabricante do bem que cedeu em comodato está patente que sua característica é de bem que integra o seu ativo permanente, porém que não é utilizado no seu estabelecimento".

Em relação à infração 08, da utilização do crédito fiscal referente ao bem citado na infração 03, não tendo o referido bem sido utilizado para fins de comercialização, não atende às hipóteses de utilização do referido crédito fiscal.

No tocante à infração 10, falta de entrega dos arquivos magnéticos, diz que a exigência é prevista no art. 686 do RICMS/BA, que transcreveu à fl. 80, e que tendo sido regularmente intimado e não entregue os seus arquivos magnéticos, conforme cópia das intimações juntadas às fls. 9 e 10, entende que é legal a aplicação da multa e que a alegação defensiva de que a exigência não tem suporte legal, não procede.

Finaliza requerendo que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

Esta JJF converteu o PAF em diligência à Inspetoria Fazendária de origem para que o autuante:

- a) juntasse ao processo a cópia do livro de Registro de Entrada de Mercadorias, onde estivesse registrada a nota fiscal de nº 25.751 e se o estabelecimento autuado comercializa o produto (Analisador de Ph de Gases do Sangue) consignado na referida nota fiscal;
- b) intimasse o autuado para fazer a correção dos arquivos magnéticos, mediante a apresentação de uma Listagem de Diagnóstico com indicação das irregularidades encontradas (art. 708-B, § 3º do RICMS/BA), devendo conceder prazo de trinta dias para corrigir os arquivos magnéticos apresentados.

Em atendimento a diligência determinada por esta JJF o atuante:

- 1) junta à fl. 99, uma cópia da página do livro de Registro de Entrada de Mercadorias (REM), na qual consta o lançamento da nota fiscal nº 25751;
- 2) esclarece que devido ao grande número de notas fiscais de compras e vendas, ficou impossibilitado de verificar se o autuado comercializa o produto (Analisador PH Gases do Sangue) constante na citada nota fiscal, mas que a destinação da mercadoria adquirida foi indicado no livro REM, com o Código Fiscal de Operações (CFOP) 212, “que se refere as aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação para revenda”;
- 3) quanto aos arquivos magnéticos, afirma que o autuado foi intimado para apresentá-los (fl. 98), porém alegou que não mais dispunha dos referidos arquivos, conforme declaração juntada à fl. 97.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência (fl. 100), inclusive feito à entrega das cópias dos documentos juntados ao PAF e concedeu dez dias para manifestar-se, caso quisesse, o que não ocorreu.

VOTO

No mérito, o presente processo faz exigência de ICMS relativo a diversas infrações. Na sua impugnação, o autuado reconheceu as infrações 1, 2, 4, 5, 6, 7 e 9, que devem ser mantidas.

Quanto às infrações 3 e 8, relativas a falta de recolhimento do ICMS da diferença entre a alíquota interna e interestadual e da utilização indevida do crédito fiscal, alegou que se trata da aquisição de um equipamento, ANALISADOR DE PH GAZES DO SANGUE, o qual faz parte do seu negócio e que disponibilizou à Associação Obras Sociais Irmã Dulce, em operação de comodato.

Por sua vez, o autuante contestou que ao ceder o bem em comodato, o mesmo passou a integrar o ativo permanente do autuado, o que implicava na falta de pagamento do ICMS da diferença de alíquota (infração 3) e utilização indevida de crédito (infração 8).

O resultado da diligência determinada por esta JJF, constatou que a empresa registrou a compra do referido equipamento com o CFOP 212, no livro de registro de Entrada de Mercadorias, o que indica destinação para revenda. Verifico que no banco de dados da Secretaria da Fazenda, o contribuinte está inscrito no cadastro com o Código Nacional de Atividades 5249399 - Comércio varejista de produtos não especificados. Constato ainda que pelas cópias das notas fiscais juntadas às fls. 28 e 30, a aquisição de uma Leitora de Microplaca ELX 800 e Microscópio trinocular Leica, que se trata de equipamento de uso em área hospitalar, e que foi objeto da infração 4 (utilização de crédito de imposto destacado a mais).

Por tudo que foi exposto, sendo a atividade da empresa, o comércio varejista de produtos não especificados, não vejo como a compra de um equipamento ANALISADOR DE PH GAZES DO SANGUE, venha a integrar o ativo imobilizado da empresa, mesmo porque documentos juntados aos autos comprovam que o contribuinte revende equipamentos destinados a área hospitalar, que é o mesmo do bem objeto das infrações 3 e 8. Assim sendo, acolho o argumento do autuado de que o bem faz parte de suas atividades negociais, devendo ser afastada a exigência do pagamento do ICMS da diferença de alíquota (infração 3) e consequentemente o direito ao crédito fiscal, o que fulmina a infração 8.

No tocante à infração 10, falta de entrega de arquivos magnéticos, o autuado alegou que:

- a) a multa aplicada tem conteúdo confiscatório e não tem suporte legal;

- b) os dispositivos indicados na infração, art. 686 e 708-A do RICMS/BA, não tratam da exigência de 1% sobre as saídas e sim de manter o arquivo magnético e dos prazos para entrega dos arquivos, e também que foi indicado no enquadramento da multa o art. 42, XIII-A, "i" da Lei 7.014/96, que não existe;
- c) a rigor o "Agente Fiscal deve intimar o Contribuinte a fornecer ou corrigir as informações pendentes", conforme previsto nos art. 915, XIII-A, "g"; art. 708-B, § 3º, 5º e 6º do RICMS/97 que tal possibilidade não lhe foi facultada por meio de intimação para correção de eventuais distorções.

Quanto à primeira alegação, a multa é prevista no art. 42, XIII-A, "g" da Lei nº 7.014/96, portanto é legal.

Em relação às demais alegações verifico que no Auto de Infração (fl. 2) foi descrito que o contribuinte deixou de entregar o arquivo magnético via Internet através do programa Validador/Sintegra, em atendimento às intimações, cujas cópias foram juntadas às fls. 9 e 10. Como na defesa inicial o autuado alegou que deveria ser intimado para corrigir os arquivos magnéticos supostamente entregues, esta JJF determinou que em diligência, o autuado fosse intimado para fazer as correções necessárias em seus arquivos, mediante listagem de diagnósticos. O contribuinte foi intimado novamente (fl. 98) para fazer entrega dos arquivos magnéticos relativos ao período fiscalizado, com indicação de todos os registros, tendo sido concedido o prazo de cinco dias, conforme previsto na legislação (art. 708-B do RICMS/97), entretanto, o mesmo declarou ter extraviado todos os arquivos magnéticos, de acordo com declaração acostada à fl. 97. Portanto, não ficou comprovado nos autos a entrega dos arquivos magnéticos relativos ao período fiscalizado, tanto no decorrer da ação fiscal, como no momento em que foi intimado na diligência fiscal, o que caracteriza o cometimento da infração.

Quanto à indicação da alínea "i" em lugar da "g" do art. 42, XIII-A da Lei nº 7.014/96, constato que o autuado compreendeu perfeitamente do que foi acusado e, embora tenha constado que houve falta de envio dos arquivos pela Internet, restou comprovado que os arquivos magnéticos não foram efetivamente enviados e não houve atendimento à intimação para a entrega a fiscalização, o que caracteriza o acerto da multa aplicada de 1% sobre as saídas, conforme prevista na legislação, o que não descaracteriza a infração cometida.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 **n.º 207093.0038/05-5**, lavrado contra **IMUNOSYSTEMS COMERCIAL LTDA**, devendo o autuado ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$39.108,93** acrescido da multa de 60% previstas no art. 42, II, "b", "f" e VII, "a" da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor de R\$34.593,39 previstas no art. 42, IX e XIII-A, da citada Lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR - JULGADORA