

A. I. Nº - 180461.0003/05-3
AUTUADO - BEL CENTER DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA LTDA.
AUTUANTE - MARIA JOSÉ MIRANDA
ORIGEM - INFAC BONOCÔ
INTERNET - 16/03/06

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0061-03/06

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. **a)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NOS LIVROS REGISTRO DE SAÍDAS E RAICMS. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. **b)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NOS LIVROS E OS CONSTANTES NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Infrações não contestadas. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Autuado não contestou. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Refeitos os cálculos, o imposto exigido ficou reduzido. **c)** FRETE CIF. **d)** LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE **e)** ATIVO PERMANENTE. **f)** AQUISIÇÃO A MICROEMPRESA. DOCUMENTO SEM DESTAQUE DO IMPOSTO. **g)** MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO E ATIVO FIXO. Infrações não contestadas. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS NO REGISTRO DE SAÍDAS. Os documentos fiscais não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto. **b)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Acatada a comprovação parcial apresentada pelo contribuinte. 5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor sobre o valor das operações realizadas. 6. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração não impugnada. 7. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Refeitos os cálculos, de acordo com a comprovação apresentada pelo autuado, o débito apurado ficou reduzido. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de nova diligência e revisão. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 17/03/2005, refere-se à exigência de R\$31.058,13 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, além da multa no valor de R\$29.384,54, por falta de cumprimento de obrigação acessória, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de divergências entre os valores lançados no Livro Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS. Consta, na descrição dos fatos, que não foi transferido para o RAICMS o valor de R\$1.945,88 correspondente à NF 271, de 18/05/2000, referente a devolução, conforme Registro de Saídas, fl. 32. Valor do débito: R\$135,96.
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal. Valor do débito: R\$24,12.
3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento. Notas Fiscais de números 244, 274, 276, 4104, conforme Livro REM, fls. 47, 62, e 110. Valor do débito: R\$465,45.
4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, na condição de destinatário de mercadorias adquiridas com frete CIF, sendo o serviço de transporte efetuado por empresa transportadora, por transportador autônomo ou pelo próprio remetente. Valor do débito: R\$17,87.
5. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento em duplicidade do CTRC de nº 303375, conforme livro REM fl. 31. Valor do débito: R\$3.86.
6. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, conforme NF 67422, livro REM fl. 36. Valor do débito: R\$192,37.
7. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade. Nota Fiscal de nº 37640, conforme livro REM fls. 100 e 105. Valor do débito: R\$48,31.
8. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias junto a microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante. Nota Fiscal nº 11, livro REM fl. 11. Valor do débito: R\$26,85.
9. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. Notas Fiscais que se encontram lançadas no livro Registro de Entradas e outras fornecidas pelo CFAMT, não escrituradas. Valor do débito: R\$1.778,90.
10. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento. Valor do débito: R\$617,62.
11. Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Deixou de lançar no livro Registro de Saídas diversas Reduções Z, Notas Fiscais de vendas e de devolução de mercadorias. Valor do débito: R\$23.694,66.
12. Deixou de recolher o ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios. Lançamento a menor no Livro Registro de Saídas de diversas Reduções “Z”, nos meses de maio, junho e setembro de 2001. Valor do débito: R\$298,81.
13. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Notas fiscais fornecidas pelo CFAMT, sendo exigida a multa de 10% sobre o valor das mercadorias. Valor do débito: R\$6.959,39.
14. Deixou de fornecer arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Consta, ainda, que em 05/01/05 a empresa foi intimada a apresentar os arquivos magnéticos referentes ao período de outubro de 2000 a dezembro de 2001. Em 11/02/05 apresentou os referidos arquivos, porém com inconsistências. Em 17/02/05 a

empresa foi intimada a regularizar as inconsistências e, não solucionou as irregularidades no prazo estipulado. Em 28/02/05, alegando dificuldades técnicas, solicitou prorrogação do prazo para regularizar as inconsistências, sendo concedido novo prazo, até o dia 11/03/2005, e, embora a empresa tenha apresentado os arquivos, os mesmos ainda apresentaram inconsistências, sendo exigida a multa correspondente, totalizando R\$22.425,15.

15. Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta, ainda, que a irregularidade foi apurada através do arquivo magnético apresentado pelo contribuinte. Valor do débito: R\$3.086,72.
16. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária, relativamente às Notas Fiscais de números 509208, 245868, 248154, lançadas no Livro Registro de Entradas, fls. 23 e 29. Valor do débito: R\$171,36.
17. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. Consta, ainda, que o autuado deixou de efetuar a antecipação referente às NFs 238326, 245868, 248154, 248155 e 272466. Valor do débito: R\$495,27.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 785 a 816), alegando que constatou equívocos da autuante, em relação às infrações 03, 13, 14 e 17. Por isso, entende que há necessidade de revisão para que se apure a verdade material. Disse que reconhece o débito apurado relativamente às infrações 01, 02, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 15 e 16, e parcialmente quanto às infrações 03 e 17.

Quanto à atividade por ele desenvolvida, o autuado informou que é pessoa jurídica de direito privado, se dedica ao comércio varejista de artigos de perfumaria, cosméticos e higiene pessoal, e, para oferecer maior variedade e qualidade de produtos, realiza compras em todo o território nacional, por isso, encontra dificuldades em adquirir mercadorias diretamente nos fornecedores locais. Ressaltou que nem sempre os fornecedores atende aos pedidos de mercadorias, e, se a mercadoria não está de acordo com o pedido de compra a tradição da mercadoria não se realiza, e por isso, não existe a entrada da mercadoria no estabelecimento, ficando os produtos em poder do transportador, inexistindo a escrituração de algumas de algumas notas fiscais no Livro Registro de Entradas, e que a fiscalização entendeu como omissão, sendo exigida a multa. Assim, disse que pretende provar que houve equívoco no resultado da auditoria (infração 13).

O defendente argumentou que em relação à infração 03, não se trata utilização indevida de crédito fiscal, uma vez que as mercadorias constantes das NFs 244, 274, 276 e 4104 foram destinadas à revenda ou têm aplicação como material de embalagem das mercadorias vendidas (NF 4104).

Quanto à infração 14, disse que a autuante se confundiu na interpretação dos fatos, entendendo que as divergências apuradas, em relação a alguns registros, seria motivo de invalidação de entrega dos arquivos. Aduz que, se a fiscalização identificou com precisão uma listagem de inconsistências não deveria ter autuado por falta de apresentação dos arquivos.

Ainda em relação à infração 03, cita o art. 93, inciso V, alínea “b”, do RICMS/97, apresentando o argumento de que “trata-se de mercadorias utilizadas pelo contribuinte para a manutenção e conservação do estabelecimento e, ainda, para favorecer o desenvolvimento da atividade ali desempenhada”. Como exemplos cita os materiais de limpeza e suprimentos para computadores, alem de material de escritório. Diz que o autuante se equivoca em relação às NFs 244, 274, 276 e 4104, porque esses documentos fiscais se referem a mercadorias destinadas à revenda e embalagem (NF 4104), e por isso, não há dúvidas quanto à legitimidade do crédito fiscal proveniente das aquisições de mercadorias destinadas à revenda, conforme o caput e inciso I, do

art. 93, do RICMS-BA. Confirma que as mercadorias relacionadas nas NFs 244, 174 e 276, emitidas pela empresa Imperial Elétrica e Telefonia Ltda. são para revenda, “adquiridas para o processo de colagem e alongamento dos fios de cabelo, conhecido no meio dos salões de beleza como mega hair”.

Infração 13: Disse que a autuação foi efetuada com base em notas fiscais coletadas no CFAMT, mas a empresa não deixou de proceder à escrituração dos documentos fiscais, porque, na maioria dos casos, não houve a entrada das mercadorias, tendo o deficiente apresentado situações por ele elencadas em três grupos:

- MERCADORIAS POSTAS À ORDEM: Argumentou que grande parte das mercadorias adquiridas para revenda é encomendada a fornecedores, que se responsabilizam pela entrega no estabelecimento do cliente, de acordo com as especificações dos pedidos, ou seja, preço acordado, marca, quantidade e demais características. Quando as mercadorias chegam, é feita a verificação se há correspondência entre o pedido e o que está sendo entregue. Havendo concordância, são aceitas as mercadorias e registrada a operação no Livro Registro de Entradas de Mercadorias. Caso contrário, não há o recebimento, constando tal situação no verso do documento fiscal, retornando as mercadorias. Portanto, se as mercadorias não forem recebidas, não serão objeto de escrituração ou de emissão de nota fiscal de devolução, e, para comprovar o alegado, pede que sejam intimados os fornecedores envolvidos para que apresentem as respectivas notas fiscais com a oposição de aceite das mercadorias, apresentando como início de prova o demonstrativo à fls. 829 e 830.
- MERCADORIAS E OPERAÇÕES EFETIVAMENTE REGISTRADAS NO LIVRO REM: Informa que as notas fiscais de números 40547, 40548, 113100, 140, 81271 e 19204 foram lançadas na escrita fiscal, sendo elencadas no demonstrativo elaborado pela empresa (fl. 829), mencionado no item anterior.
- MERCADORIAS ESTRANHAS À ATIVIDADE DA EMPRESA: aponta como erro do levantamento fiscal o fato de constar que foram adquiridos de Calçados Donadelli Ltda., uma partida de cintos e sapatos, mercadorias alheias ao ramo de atividade da empresa. Afirma que desconhece tais operações (NFs 17923 e 17924), que podem ter sido realizadas por outrem em seu nome, e, nega totalmente a sua participação em negócios estranhos aos seus objetivos sociais. Observa que o fiscal tem o ônus de provar que o nome da empresa autuada não foi utilizado indevidamente por terceiros para cometimento de ilícito fiscal, haja vista que não tem como o autuado realizar prova negativa. Assim, entende que resulta a comprovação de improcedência da infração.

Infração 14: Alega que a autuante incorreu em grave contradição, ao atribuir ao autuado condutas antagônicas, tendo em vista a acusação de falta de fornecimento de arquivos magnéticos, e no decorrer do texto há uma situação oposta, referente à entrega dos arquivos. Disse que a entrega com inconsistências não pode ser considerada como falta de entrega, e, como se pode verificar pelos protocolos SINTEGRA, houve entrega, mas, a autuante ao tipificar a conduta mencionou o § 6º, do art. 708-B, do RICMS-BA. Salienta que os arquivos não foram entregues fora do padrão ou com impossibilidade de leitura, haja vista que, com todas as informações disponíveis a fiscalização identificou as ditas inconsistências, e por isso, o deficiente entende que não pode ser aceita a acusação fiscal de falta de entrega dos arquivos do SINTEGRA.

O autuado alegou, também, que a falta de entrega dos arquivos tem como base de cálculo o montante das saídas do estabelecimento, enquanto a existência de erros e inconsistências “devem ser apenadas, mediante identificação de per si de cada uma das ocorrências, incidindo sobre esse montante o percentual de 5%”. Disse que os erros como duplicidade de lançamento nos registros 50, 54, 70 e de código de produto somente evidenciam que não cabia o enquadramento de conduta

omissiva do autuado, em relação à obrigação acessória de prestar informações. Assim, o defendant entende que a infração 14 é nula, por incompatibilidade entre a descrição dos fatos e a tipificação da conduta com a decorrente da capitulação da pena.

O defendant apresentou, ainda, os seguintes argumentos em relação à multa exigida:

- “impropriedade da aplicação da multa pelo fato da cobrança de imposto com base em informações dos mesmos arquivos magnéticos ditos omitidos de entrega”. Disse que os arquivos entregues à SEFAZ serviram e atenderam aos interesses da administração fazendária, tendo em vista que esses arquivos magnéticos foram utilizados para lançar imposto na infração 15, e o período autuado vai de janeiro a dezembro de 2001, por isso, não procede a acusação fiscal de falta de entrega dos arquivos magnéticos;
- irretroatividade da legislação que estabeleceu a penalidade: Aduz que, se forem ultrapassados os pontos anteriormente apontados, “impende ressaltar o caráter da irretroatividade da Lei Tributária”, devendo ser observada a legislação aplicável na data de ocorrência do fato gerador, e, embora os acontecimentos da infração 14 remontem ao exercício de 2001, foi aplicada a legislação editada em 2004 e 2005;
- exagerada estipulação da multa aplicada: Argumenta que, se não for decidido pela improcedência da autuação, ou pela sua nulidade por erro de tipificação da infração e capitulação da multa, e ainda, a irretroatividade de legislação posterior, ter-se-ia de admitir a aplicação do Decreto nº 9152, de 28/07/2004, que limita a aplicação da multa pela falta de entrega de arquivos magnéticos ao valor de R\$1.380,00;
- ausência de reconhecimento da infração e da inexistência de pedido de redução da multa aplicada: disse que espera que seja julgada improcedente a infração 14, tendo em vista que não confessa nas razões de defesa qualquer culpa no ilícito, e não concorda com o pagamento da multa, mesmo com alguma redução por parte das autoridades julgadoras.

Infração 17: Alega que o ICMS exigido foi objeto de recolhimento através de GNRE, tendo em vista que o fornecedor (Nature's Plus Farmacêutica Ltda.) assumiu o ônus pelo recolhimento do imposto, a exemplo da NF 248.154, com imposto pago no valor de R\$220,95. Portanto, entende que não procede a exigência fiscal, exceto quanto ao imposto relativo à NF 238326, no valor de R\$6.18, que foi incluído no pedido de parcelamento. Disse que, para comprovar o alegado, irá anexar aos autos as demais GNREs correspondentes às datas de ocorrências de 27/03/01, 11/04/01 e 13/11/01, apontadas no levantamento fiscal, relativamente às NFs 254868, 248155 e 272466.

Por fim, o autuado apresenta o argumento de que está preocupado em esclarecer e comprovar os fatos alegados, por isso, diz acostou aos autos farta documentação, e requer a realização de diligências que o relator julgar necessárias principalmente para verificar livros fiscais, referentes às infrações 03 e 13. Pede a nulidade da infração 14, e se assim não for entendido a sua insubsistência. Requer, também a improcedência das infrações 03, 13 e 17. Quanto à multa da infração 14, pede que se não forem acatados os argumentos de nulidade e do mérito, que seja a multa aplicada seja absorvida pelo descumprimento de obrigação principal (infração 15).

A autuante, em sua informação fiscal às fls. 867 a 883 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que em relação à infração 03, está comprovado que à fl. 110 do Livro REM (fl. 491 do PAF) a NF 4104 foi lançada com a CFOP referente a compras de materiais de uso e consumo. Portanto, informa que o próprio autuado escriturou que a mercadoria se destina ao uso e consumo do estabelecimento, não se tratando de material de embalagem, por isso, entende que o crédito fiscal é indevido. Disse que não reconhece a listagem de produtos do fabricante (fl. 827) para comprovar que as mercadorias constantes das NFs 244, 274 e 276 são produtos de revenda do autuado, e o documento hábil para comprovar que efetivamente a mercadoria foi comercializada

terá que ser um documento fiscal comprovando que houve tributação na saída da mercadoria. Assim, a autuante não acatou as alegações defensivas.

Infração 13: Disse que, analisando os documentos apresentados na defesa do autuado, reconhece a comprovação referente às NFs 14443, 62456, 62457, 62459, 62679, 184916 e 184917. Também reconhece que foram efetuados os lançamentos no Livro Registro de Entradas, das seguintes notas fiscais: 81271, 140, 40547, 40548, 19204, 12561, 113100.

Informa que não acata a alegação de devolução das mercadorias referente às NFs 2587 e 33872, porque o autuado apresenta uma mera declaração do fornecedor afirmando que as mercadorias foram devolvidas (fls. 846 e 847 do PAF), ressaltando que a efetiva comprovação deveria ser o documento fiscal de entrada ou o Livro Registro de Entradas do estabelecimento fornecedor.

Quanto às NFs 17923 e 17924, emitidas por Calçados Donadelli Ltda. que o deficiente alegou se tratar de mercadorias estranhas às suas atividades, e que desconhece tais operações, a autuante diz que não assiste razão ao autuado, considerando que as cópias das notas fiscais foram acostadas aos autos, foram emitidas por empresa regularmente inscrita e estão em nome do autuado, e constituem provas válidas de que houve circulação das mercadorias.

Referente às NFs 1876, 946, 44033, 26185, 1007, 15515, 118299, 644 e 122189, diz que o autuado apenas argumenta que fez circularização de informações junto aos fornecedores, mas não apresentou qualquer documento que pudesse elidir a autuação fiscal.

Infração 14: a autuante apresentou, de forma sistematizada, os aspectos que caracterizam a sua conduta relativamente à entrega do arquivo magnético sem consistência. Após reproduzir a descrição da infração, salienta que foi efetuada uma intimação em 05/01/05 para apresentação de arquivo magnético referente ao período de outubro de 2000 a dezembro de 2001, e, tendo sido apuradas inconsistências em todo o período, houve nova intimação em 11/03/05, quando da tentativa de retificação das informações, e o contribuinte só apresentou nove meses dos doze que compreendem o exercício. Assim, o autuado deixou de apresentar os arquivos magnéticos relativos aos meses de março, novembro e dezembro de 2001.

Comentou que a obrigatoriedade de entrega do arquivo magnético está embasada nos arts. 686 e 683 do RICMS-BA, ressaltando que o autuado está autorizado desde 29/09/00 a utilizar SEPD para emissão de Nota Fiscal Fatura, e escrituração de livros fiscais, além de autorização para utilização de ECF, desde 1997. Prossegue comentando sobre o Manual de Orientação (Anexo 64), arts. 697 e 700 do RICMS-BA, além da utilidade do arquivo magnético para o Fisco e da rejeição do arquivo magnético quando da realização dos testes de consistência (tanto com o arquivo normal, como o retificado). Disse que foram constatadas inconsistências no tocante à reconstituição dos documentos recebidos ou emitidos pelo contribuinte, conforme relacionou à fl. 878, salientando que na intimação datada de 17/02/05 o contribuinte estava ciente de que os arquivos entregues em 11/02/05 foram rejeitados. Foi concedido novo prazo, apesar de se saber que os registros fiscais já deveriam estar prontos há mais de três anos.

Quanto à multa exigida, a autuante transcreve o art. 915, XIII-A, alíneas “f”, “g” e “i”, apresentando o entendimento em relação ao § 6º, combinado com o § 3º, do art. 708-B, favorece ao contribuinte.

Infração 15: Disse que o Auditor Fiscal tem atividade vinculada e obrigatória, e ao validar o registro 60R combinado com o tipo 75, foi constatada a existência de informações de mercadorias que deveriam ter sido tributadas e apresentavam-se como não tributáveis. Salienta que não poderia ignorar tal infração, mesmo sabendo que o arquivo magnético estava incompleto, e a prova que a infração efetivamente existiu, é o pagamento efetuado pelo contribuinte, reconhecendo o cometimento da infração.

Infração 17: Quanto à NF 248154 e respectiva GNRE no valor de R\$220,95 (fl. 828), diz que se trata de produto farmacêutico proveniente do Estado de São Paulo, fora do Convênio ICMS 76/94, e a responsabilidade pelo pagamento do imposto é do adquirente. Como o valor apurado no levantamento fiscal à fl. 404 é de R\$259,52, e foi recolhido somente R\$220,95 através da GNRE, resta a diferença de R\$38,57 a recolher. Disse, ainda, que em relação à NF 238326, o autuado reconhece o débito apurado, e quanto às NFs 254868, 248155 e 272466, não foram apresentados quaisquer argumentos defensivos, nem comprovantes de recolhimento do imposto, tendo sido alegado que o autuado apenas irá trazer aos autos a comprovação no decorrer do processo. Mantém a exigência fiscal em relação a esses documentos fiscais. Por fim, a autuante pede a procedência ao Auto de Infração em lide.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, o autuado apresentou nova manifestação às fls. 889 a 896, reiterando todas alegações defensivas anteriormente apresentadas. Em relação à infração 03, contesta a informação da autuante quanto à escrituração da NF 4104, reafirmando que se trata de material de embalagem, não é material de consumo, e o aproveitamento do crédito fiscal no código fiscal de material de consumo não altera a real destinação das mercadorias. Além disso, o erro no pagamento da diferença de alíquota não implica mudança da natureza da mercadoria, e isso não significa confissão de dívida, ao contrário, é um pagamento indevido.

Infração 13: Ressalta que a autuante acolheu parcialmente a comprovação apresentada nas razões de defesa. Contesta a parte não acatada argumentando que “não é plausível transferir todo ônus da prova ao contribuinte, como quer a autuante, com a exigência da cópia da nota fiscal de entrada ou cópia do livro de registro de entrada no estabelecimento fornecedor”.

Infração 14: Argumenta que se existiram divergências ou inconsistências em alguns registros contidos nos arquivos magnéticos entregues na repartição fiscal, a conduta do contribuinte não pode ser tipificada como falta de apresentação dos arquivos. Além disso, salienta que não se pode confundir divergência com inconsistência. Diz que não procede a aplicação de multa sob a acusação de falta de entrega dos arquivos magnéticos, e não se poderia rejeitar os arquivos somente pelo fato da existência de divergências, e depois acusar o contribuinte de omissão de entrega. Assim, entende que a autuante exagerou ou errou na imposição da multa.

Infração 17: Argumenta que a autuante aceitou a comprovação do pagamento do ICMS através de GNRE, no valor de R\$220,95, em relação à NF 248154. Quanto às demais notas fiscais, afirma que também foram objeto de pagamento da antecipação, cujas cópias foram solicitadas ao fornecedor para exibição ao fisco. Diz que espera realizar a comprovação da antecipação ainda faltante.

A autuante prestou nova informação fiscal à fl. 901, esclarecendo que, com o reconhecimento de parte da comprovação apresentada o valor da infração 13, que era de R\$6.959,39 fica alterado para R\$4.098,19. A infração 17, que era de R\$495,27, fica alterada para R\$274,32. Assim, o valor total do Auto de Infração passa para R\$57.360,52. Em relação ao pronunciamento do autuado quando tomou conhecimento da informação fiscal anterior, a autuante disse que não acata os argumentos defensivos e ratifica todo o levantamento fiscal e a informação fiscal de fls. 867 a 883.

À fl. 913 esta JJF converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem para:

- em relação à infração 03, considerando as alegações defensivas de que as mercadorias constantes das NFs 244, 274, 276 e 4104 foram destinadas à revenda e têm aplicação como material de embalagem das mercadorias vendidas (NF 4104), a autuante intimar o deficiente a comprovar através das notas fiscais de saídas, se comercializa com as mercadorias constantes das notas fiscais de aquisição, objeto da autuação.

Quanto à infração 13, a autuante elaborar novo demonstrativo referente à parte remanescente após a exclusão das notas fiscais comprovadas pelo contribuinte.

Em relação à infração 14:

- a) Verificar se o contribuinte está enquadrado na situação prevista nos incisos I e II, do art. 3º, Decreto 9.426, de 17/05/2005 (Alteração 63 do RICMS-BA);
- b) Informar se foram fornecidas ao autuado, cópias dos demonstrativos de fls. 363 a 381. Em caso negativo, deve ser providenciada a entrega, com a renovação da intimação para correção das inconsistências, conforme previsto na legislação.

Em cumprimento ao solicitado, a autuante apresenta nova informação fiscal, esclarecendo:

- em relação à infração 03, o autuado foi intimado a comprovar que comercializa com as mercadorias constantes nas notas fiscais de números 244, 274, 276 e 4104, tendo sido apresentados cupons fiscais referentes à comercialização das seguintes mercadorias: cola mega fina 30 cm, com preço unitário de R\$0,60 e cola mega grossa 30 cm, com o preço unitário de R\$1,20. Disse que efetuou o confronto com as mercadorias objeto da autuação e entende que, a princípio, não se trata das mesmas mercadorias, por falta de correlação entre a descrição e os preços, haja vista que não se justifica uma mercadoria adquirida a R\$15,00 ser comercializada ao preço unitário de R\$0,60. Por isso, a autuante não acatou a alegação defensiva.

Quanto à NF 4104, diz que o autuado apresentou uma declaração à fl. 923 de que se trata de material de embalagem, mas, o próprio contribuinte afirma que a mercadoria se destina ao uso e consumo do estabelecimento, e de acordo com o demonstrativo à fl. 52, a mencionada nota fiscal consta da exigência relativa à diferença de alíquota, como material de consumo, infração 09, que o autuado reconheceu e pagou.

Em relação à infração 13, após a exclusão das notas fiscais comprovadas pelo defensor, diz que elaborou novo demonstrativo à fl. 918, referente à parte remanescente, ficando alterado o total do imposto exigido para R\$4.098,19.

Referente à infração 14, a autuante informa que, de acordo com as informações constantes do sistema INC desta SEFAZ, o autuado está inscrito no cadastro normal do ICMS e tem autorização, desde 29/09/2000, para utilização de SEPD para escrituração de livros fiscais, e para emissão de Nota Fiscal Fatura, além de autorização para utilização de ECF desde 23/10/97. Transcreveu o que dispõe o art. 3º, do Decreto 9.426, de 17/05/2005, concluindo que o autuado não está incluído na dispensa estabelecida nos incisos I e II, do art. 3º, do Decreto 9.426/05.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal e respectivos demonstrativos acostados aos autos pela autuante, o defensor apresentou nova manifestação (fls. 935 a 948), argumentando que em relação à terceira infração, a empresa realmente comercializa com as mercadorias adquiridas por meio das notas fiscais de números 244, 274 e 276. Diz que o produto cola mega é adquirido na embalagem de peso Kg, e para a venda no varejo desdobra-se a apresentação para unidades na forma de barras de 30 cm, e a autuante, sem conhecer as peculiaridades do ramo de artigos para salão de beleza se insurge contra a operação de mudança de apresentação do produto. Alega, ainda, que o erro no pagamento da diferença de alíquota não implica mudança da natureza da mercadoria (material de embalagem), e isso não significa confissão expressa da dívida, ao contrário, é o caso de pagamento indevido, que poderá ser revisto por meio da repetição do indébito. Cita os arts. 636 e 654, do RICMS-BA, assegurando que a empresa agiu em conformidade com a legislação.

Em relação às notas fiscais de números 2587, 33872, 1876, 946, 4033, 26185, 1007, 15515, 15739, 118299, 644 e 122189, diz que a autuante está exigindo ilegalmente que a empresa faça uma diligência que cabia à fiscalização para afastar a presunção falsa de omissão de registro de compras de mercadorias. Entende que neste caso seria inverter o ônus da prova, cita uma decisão do CONSEF,

Acórdão JJF N° 205/02-05, relativamente a mercadoria sem destinatário certo, assim considerada por não ter sido solicitada pelo destinatário.

Reafirma que em relação às NFs 17.923 e 17924, se o ramo de atividade da impugnante é cosméticos e perfumaria, não há como fazer prova de que não recebeu os sapatos e cintos constantes nas mencionadas notas fiscais.

Quanto à infração 14, o defensor alega que há uma suposição de que deixou de fornecer arquivo magnético. Diz que se existiram inconsistências ou divergências nos mencionados arquivos, não significa que a conduta da empresa seja tipificada como falta de prestação de informação. Por isso, entende que não procede a multa por falta de entrega dos arquivos magnéticos. Diz que a autuante, em vários trechos da informação fiscal confessa que a empresa procedeu a entrega dos arquivos ao SINTEGRA, tendo sido indicados pela própria autuante os motivos de rejeição dos arquivos, tais como: Notas Fiscais ausentes, Divergências de Valores, Nota Fiscal em duplicidade. O defensor apresenta o entendimento do CONSEF por meio de vários Acórdãos das Juntas de Julgamento e Câmaras, e conclui pedindo a improcedência da autuação.

A autuante presta nova informação fiscal às fls. 951/952, e diz que em relação aos argumentos defensivos quanto à “cola mega”, por falta de conhecimento técnico para discutir o assunto específico do ramo de artigos de salão de beleza, reconhece que é legítimo o crédito fiscal referente às notas fiscais 244, 274 e 276, no valor total de R\$200,91. Quanto à NF 4104, entende que não ficou comprovado que o autuado comercializa com as mercadorias adquiridas por meio do mencionado documento, ficando reiterados os argumentos apresentados nas informações fiscais anteriores. Assim, o valor do débito da infração 03 fica alterado para R\$264,54, referente à NF 4104.

Quanto à infração 13, informa que o autuado comprovou através do documento à fl. 949 que houve devolução da mercadoria referente à NF 15515, de 29/08/2000, no valor de R\$1.454,40. Por isso, acata a comprovação apresentada pelo defensor ficando alterado o débito nesta infração para o total de R\$3.952,77, conforme demonstrativo à fl. 952.

Referente à infração 14, diz que não acata as alegações defensivas e ratifica os argumentos apresentados nas informações fiscais anteriores. Esclarece que em decorrência do reconhecimento do autuado de parte dos valores das infrações 03 e 13, o total do débito do presente Auto de Infração fica alterado de R\$57.360,52 para R\$57.014,19.

Nova manifestação foi apresentada pelo autuado (fls. 958 a 971), reafirmando que em relação à NF 4104, trata-se de sacolas para embalagem dos produtos adquiridos pela clientela, o que integra o custo das mercadorias vendidas, e por isso, é lícito o crédito fiscal utilizado pela empresa.

Quanto à infração 13, o defensor diz que não se conforma com o novo demonstrativo elaborado pela autuante à fl. 952, uma vez que as mercadorias constantes nas notas fiscais objeto da autuação não foram entregues ao destinatário, retornaram ao estabelecimento de origem com o mesmo documento fiscal da remessa, e por isso, não poderiam estar registradas no livro fiscal, e nem pode ser exigida a cópia da nota fiscal original em poder do destinatário ou nota de devolução. Repete os demais argumentos defensivos apresentados na manifestação anterior, inclusive em relação às NFs 17923 e 17924 que se referem a sapatos e cintos, e pede a improcedência da autuação.

Em relação à infração 14 diz que não se conforma com as justificativas da autuante, e repete os argumentos defensivos apresentados na manifestação anterior, de que, se existiram divergências e inconsistências em alguns registros, a sua conduta não pode ser tipificada como omissão de entrega de arquivo magnético. Pede a improcedência da autuação, com apoio na jurisprudência do CONSEF.

A autuante apresenta novo pronunciamento à fl. 975, esclarecendo que:

- remanesce o débito referente à NF 4104, da infração 03, haja vista que não acata os argumentos defensivos, reiterando os termos das informações fiscais anteriores;
- quanto às infrações 13 e 14, não acata as alegações defensivas e ratifica as informações fiscais anteriores.

À fl. 978, o autuado apresenta requerimento de parcelamento de débito, conforme demonstrativo que apresentou às fls. 981/982, relativamente às infrações 1, 2, 3 (parte), 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 (parte).

VOTO

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, e não foram constatados os motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18 do RPAF/99, para declarar a nulidade da autuação fiscal.

Referente à alegação defensiva de que há necessidade da realização de nova diligência ou revisão por estranho ao feito, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide.

Quanto ao mérito, observo que o autuado impugnou somente as infrações 03, 13, 14 e 17, tendo declarado nas razões de defesa que reconhece o débito apurado nas infrações 01, 02, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 15 e 16. Assim, considero procedentes os itens não impugnados, tendo em vista que não existe controvérsia, sendo acatados pelo autuado.

A terceira infração trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento, relativamente às Notas Fiscais de números 244, 274, 276, 4104, sendo alegado pelo contribuinte que as mercadorias constantes das NFs 244, 274, 276 foram destinadas à revenda, enquanto a NF 4104 se refere a material de embalagem das mercadorias vendidas.

Na informação fiscal prestada à fl. 951/952, a autuante esclarece que, devido à peculiaridade técnica do ramo de artigos de salão de beleza, reconhece que é legítimo o crédito fiscal referente às notas fiscais 244, 274 e 276, no valor total de R\$200,91. Quanto à NF 4104, entende que não ficou comprovado que o autuado comercializa com as mercadorias adquiridas por meio do mencionado documento.

Quanto à NF 4104 (fl. 26), constato que se trata de sacolas, que efetivamente podem ser utilizadas como embalagem das mercadorias comercializadas pelo autuado, considerando o seu tipo de atividade, como bem salientou a própria autuante, relativamente ao ramo de salão de beleza. Por isso, acato a alegação defensiva e conluso pela subsistência parcial desta infração, ficando alterado o débito exigido para R\$33,61 correspondentes ao créditos utilizados indevidamente por meio das Notas Fiscais de números 7267 e 509208.

Infração 13: Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Notas fiscais fornecidas pelo CFAMT, sendo exigida a multa no valor total de R\$6.959,39.

Considerando as alegações do autuado nas razões de defesa, a autuante, em sua informação fiscal, disse que, analisando os documentos apresentados na impugnação do autuado, reconhece a comprovação referente às NFs 14443, 62456, 62457, 62459, 62679, 184916 e 184917. Também reconhece que foram efetuados os lançamentos no Livro Registro de Entradas, das seguintes notas fiscais: 81271, 140, 40547, 40548, 19204, 12561, 113100.

Em nova informação fiscal, a autuante reconhece que o autuado comprovou através do documento à fl. 949 que houve devolução da mercadoria referente à NF 15515, de 29/08/2000, no valor de R\$1.454,40. Por isso, após acatar as comprovações apresentadas pelo defendantefoi elaborado novo demonstrativo à fl. 952, ficando alterado o débito nesta infração para o total de R\$3.952,77.

Concordo com a autuante, de que não devem ser acatadas as alegações defensivas em relação às seguintes notas fiscais:

- NFs 2587 e 33872 (fls. 347/348), porque o autuado apresenta uma mera declaração do fornecedor afirmando que as mercadorias foram devolvidas (fls. 846 e 847 do PAF), mas a comprovação deveria ser efetuada por meio do documento fiscal de entrada ou o Livro Registro de Entradas do estabelecimento fornecedor. Ademais, na declaração à fl. 846 consta a NF de nº 2987, que não é o mesmo documento fiscal objeto da autuação.
- NFs 17923 e 17924, emitidas por Calçados Donadelli Ltda. que o defendantefalegou se tratar de mercadorias estranhas às suas atividades, e que desconhece tais operações. Entretanto, as cópias das notas fiscais foram acostadas aos autos, foram emitidas em nome do autuado, constando seus dados, a exemplo de endereço, inscrição estadual e no CNPJ, e constituem provas válidas de que houve circulação das mercadorias, e neste caso cabia ao autuado comprovar que não adquiriu as mercadorias;
- NFs 1876, 946, 44033, 26185, 1007, 118299, 644 e 122189, o autuado não apresentou qualquer documento que posse elidir a exigência fiscal.

O autuado também alega que as mercadorias constantes nestas notas fiscais, objeto da autuação, não foram entregues ao destinatário, retornaram ao estabelecimento de origem com o mesmo documento fiscal da remessa, e que não pode ser exigida a cópia da nota fiscal original em poder do destinatário.

Observo que não podem ser acatadas a alegações defensivas, tendo em vista que este CONSEF tem decidido, de forma reiterada, que as notas fiscais referentes a mercadorias destinadas a um contribuinte constituem prova da realização de operações de aquisição pelo destinatário, inexistindo necessidade de a fiscalização acostar aos autos outras provas, cabendo ao defendantefazer demonstrar, de forma inequívoca, que não realizou tais aquisições, de acordo com os meios que dispunha.

Concluo que, após as exclusões referentes aos documentos fiscais acatados pela autuante, o débito apurado nesta infração fica alterado para R\$3.952,77, conforme demonstrativo elaborado pela autuante à fl. 952.

Infração 14: Deixou de fornecer arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, por isso, foi aplicada a multa de 1% sobre o valor das operações realizadas no período fiscalizado.

O autuado alegou que se existiram divergências ou inconsistências em alguns registros contidos nos arquivos magnéticos entregues na repartição fiscal, a conduta do contribuinte não pode ser tipificada como falta de apresentação dos arquivos, e não se pode confundir divergência com inconsistência. Diz que não procede a aplicação de multa sob a acusação de falta de entrega dos arquivos magnéticos, e o fisco não poderia rejeitar os arquivos somente pelo fato de constatar divergências.

Consta na descrição dos fatos que:

- em 05/01/05 o contribuinte foi intimado a apresentar os arquivos magnéticos (fl. 390);
- em 02/02/05 o autuado foi intimado a corrigir as inconsistências (fl 388/389);

- em 11/02/05 apresentou os arquivos solicitados, porém com inconsistências (fl. 387);
- em 17/02/05 o contribuinte foi intimado a regularizar as inconsistências (fls. 385/386);
- em 28/02/05 o autuado pediu prorrogação do prazo alegando dificuldades técnicas, sendo concedido o prazo até 11/03/05 (fls. 383/384)

Quanto à obrigatoriedade de entrega dos arquivos magnéticos, o caput do art. 708-A estabelece:

“Art. 708-A. O contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar o arquivo de que trata este capítulo, referente ao movimento econômico de cada mês, a partir do mês de outubro de 2000, inclusive, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas.

Observo que o arquivo magnético é recebido e submetido a teste de consistência, e por isso, a legislação prevê que a sua recepção pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95.

Vale salientar, que após a constatação das inconsistências, os arquivos foram devolvidos para a necessária correção, acompanhados de Listagem Diagnóstico, indicando as irregularidades encontradas.

Constato que embora tenha sido concedido o prazo de 48 horas para regularizar as inconsistências nas intimações datadas de 11/02/05 e 17/02/05, o autuado solicitou em 28/02/05, e obteve a prorrogação do prazo até 11/03/05 para regularizar os arquivos, o que caracteriza que foi concedido prazo maior do que o previsto na legislação.

Não há dúvida de que o autuado apresentou os arquivos com inconsistências e que, intimado a regularizar os mencionados arquivos, não o fez.. Portanto, se foram constatadas inconsistências, a fiscalização intimou o contribuinte apontando as inconsistências encontradas, houve a prorrogação do prazo para a correção, a pedido do próprio contribuinte, e mesmo assim, não houve a necessária regularização, deve ser aplicada a multa de 1% sobre o valor das saídas, e não se trata de entrega de arquivo em condições que impossibilitaram a sua leitura, como alegou o defensor.

De acordo com o art. 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei 7.014/96, 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 procedimento fiscal foi efetuado observando os requisitos estabelecidos na legislação, quanto à necessidade de intimação específica ao contribuinte para a necessária correção dos arquivos, conforme acima exposto, ou seja, após a constatação de inconsistências o contribuinte foi intimado para que fossem providenciados os novos arquivos a salvo das incorreções, e se as inconsistências não foram resolvidas, equivale à falta de entrega dos arquivos, por isso, é subsistente a exigência fiscal, haja vista que a multa aplicada está de acordo com a previsão regulamentar.

Infração 17: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. Consta, ainda, que o autuado deixou de efetuar a antecipação referente às NFs 238326, 245868, 248154, 248155 e 272466.

O defensor alega que o ICMS exigido foi objeto de recolhimento através de GNRE, tendo em vista que o fornecedor (Nature's Plus Farmacêutica Ltda.) assumiu o ônus pelo recolhimento do

imposto, a exemplo da NF 248.154, com imposto pago no valor de R\$220,95. Portanto, entende que não procede a exigência fiscal, exceto quanto ao imposto relativo à NF 238326, no valor de R\$6,18, que foi incluído no pedido de parcelamento. Disse que, para comprovar o alegado, irá anexar aos autos as demais GNREs correspondentes às datas de ocorrências de 27/03/01, 11/04/01 e 13/11/01, apontadas no levantamento fiscal, relativamente às NFs 254868, 248155 e 272466.

A autuante informa que, como o valor apurado no levantamento fiscal à fl. 404 é de R\$259,52, e foi recolhido somente R\$220,95 através da GNRE, resta a diferença de R\$38,57 a recolher. Disse, ainda, que em relação à NF 238326, o autuado reconhece o débito apurado, e quanto às NFs 254868, 248155 e 272466, não foram apresentados quaisquer argumentos defensivos, nem comprovantes de recolhimento do imposto.

Tendo em vista que o autuado não apresentou outras provas além do recolhimento acatado na informação fiscal, concordo com a autuante, de que deve ser excluído apenas o valor comprovado, e por isso, o débito relativo ao mês de abril/00 fica alterado para R\$47,21, passando o total do débito, de R\$495,27 para R\$274,32. Portanto, subsiste em parte a exigência fiscal nesta infração.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

| INFRAÇÃO Nº | CONCLUSÃO | IMPOSTO | MULTA | TOTAL |
|-------------|---------------------|-----------|-----------|------------------|
| 01 | PROCEDENTE | 135,96 | | |
| 02 | PROCEDENTE | 24,12 | | |
| 03 | PROCEDENTE EM PARTE | 33,61 | | |
| 04 | PROCEDENTE | 17,87 | | |
| 05 | PROCEDENTE | 3,86 | | |
| 06 | PROCEDENTE | 192,37 | | |
| 07 | PROCEDENTE | 48,31 | | |
| 08 | PROCEDENTE | 26,85 | | |
| 09 | PROCEDENTE | 1.778,90 | | |
| 10 | PROCEDENTE | 617,62 | | |
| 11 | PROCEDENTE | 23.694,66 | | |
| 12 | PROCEDENTE | 298,81 | | |
| 13 | PROCEDENTE EM PARTE | | 3.952,77 | |
| 14 | PROCEDENTE | | 22.425,15 | |
| 15 | PROCEDENTE | 3.086,72 | | |
| 16 | PROCEDENTE | 171,36 | | |
| 17 | PROCEDENTE EM PARTE | 274,32 | | |
| - | - | 30.405,34 | 26.377,92 | 56.783,26 |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 180461.0003/05-3, lavrado contra **BEL CENTER DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA LTDA.**, devendo ser intimado o

autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$30.405,34, acrescido das multas de 60% sobre R\$6.710,68, prevista no art. 42, II, “a”, “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96; 70% sobre R\$23.694,66, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96; além da multa no valor de R\$26.377,92, prevista no art. 42, incisos IX e XIII-A, da citada Lei e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de março de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA AGUIAR - JULGADORA