

PROCESSO - A. I. Nº 180461.0014/05-5
RECORRENTE - EXPAND GROUP BRASIL S/A (WINE STORE SALVADOR)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0152-04/06
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 28/02/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0023-12/07

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Restou comprovado que o autuado apurou imposto a recolher e não realizou o referido recolhimento. 2. SAÍDA DE MERCADORIA. OPERAÇÕES DE VENDAS E TRANSFERÊNCIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO E PAGAMENTO DO IMPOSTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não ficou comprovado que se tratam de remessas para depósito fechado, e, sim, operações sujeitas a tributação. Infração subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. b) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. A substituição tributária encerra a fase de tributação da mercadoria, sendo vedada a utilização de crédito. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. b) MERCADORIA TRIBUTÁVEL. Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 1% e 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações subsistentes. 6. DESINCORPORAÇÃO DE BENS DO ATIVO PERMANENTE. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. Não restou comprovado que os bens desincorporados foram objeto de uso por período superior a um ano. Não acolhida a “carta de correção” por ferirem as regras estabelecidas pelo § 6º, art. 201 do RICMS/BA. 7. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. a) BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. b) MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao consumo do próprio estabelecimento e ao ativo imobilizado, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Infrações comprovadas. 8. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. A legislação estabelece aplicação da multa de 1% sobre o valor das operações realizadas. Infração comprovada. Rejeitadas as arguições de nulidade. Infração comprovada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência do Auto de Infração em lide, lavrado em 22/12/2005, para constituição do crédito tributário no valor de R\$ 246.529,58, decorrente das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$8.633,88, nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.
2. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$13.237,09, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.
3. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 21.339,30, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias proveniente de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88.
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$25.834,45, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária.
5. Multa no valor de R\$4.081,98, por ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.
6. Multa no valor de R\$1.730,49, por ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias não tributável sem o devido registro na escrita fiscal.
7. Multa no valor de R\$140,00, por ter declarado incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA.
8. Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$11.050,00, nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento.
9. Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$3.927,11, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na apuração de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.
10. Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$3.929,02, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na apuração de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do próprio estabelecimento.
11. Multa no valor de R\$50,00, por ter utilizado e/ou apresentado livros fiscais fora das especificações de impressão e/ou costura e/ou encadernação estabelecidas no RICMS/BA.
12. Multa no valor de R\$132.638,35, por ter deixado de fornecer arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Consta como complemento da acusação que em 25/10/2005 a empresa foi intimada a corrigir as inconsistências dos arquivos magnéticos referentes ao período de março/2002 a agosto/2005, tendo em vista que os mesmos foram apresentados sem os Registros obrigatórios: 54, 60R, 61R, 74 e 75, além das divergências existentes entre o Registros 50 em relação à escrituração fiscal, tanto nos valores de entradas quanto nos de saídas, nos meses demonstrados em planilhas entregues à empresa junto com a intimação, com cópia anexas ao PAF.
13. Deixou de recolher o ICMS por antecipação, no valor de R\$ 19.937,91, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias proveniente de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88.

O autuado, às folhas 1.253/1.272, ao impugnar o lançamento tributário, inicialmente, disse reconhecer o cometimento das infrações 07 e 11.

Em seguida passou a impugnar as demais infrações.

INFRAÇÃO 1 – Aduz que, embora agindo de boa-fé, ocorreu um equívoco contábil por sua parte, vez que procedeu ao recolhimento de imposto por antecipação quando da remessa da mercadoria de sua matriz no Estado de São Paulo para filial no Estado da Bahia, sendo que tais produtos, em sua maioria, foram revendidos para fora deste último Estado, o que, tal como se depreende da anexa planilha e documentação respectiva gerou crédito, cabendo, neste caso, destacar que tal crédito, conforme consta da anexa planilha relativa especificamente a infração em tela, não foi considerado pela fiscalização, requerendo que seja reconhecido o crédito e procedida a respectiva compensação.

INFRAÇÃO 2, diz que não merece guarida a interpretação do fisco, vez que, tal como se depreende da anexa planilha e respectivas notas fiscais, em sua esmagadora maioria, não se tratam de operações tributadas, mas sim remessas para depósito fechado do próprio autuado, razão pela qual, insubsistente suposta infração.

INFRAÇÃO 3, argumenta que, além dos tributos recolhidos por antecipação, conforme já reconhecido pela fiscalização, tal como se depreende da anexa documentação, em especial as guias GNRE do período, o autuado dispõe ainda de crédito tributário, razão pela qual requer seja reconhecido o crédito, bem como seja este objeto de compensação no bojo deste Auto de Infração.

INFRAÇÃO 4, observa que, tal como já apurado em relação as infrações anteriormente defendidas, o autuado dispunha de crédito, se não apenas dos créditos constituídos, relativamente a esta operação, de outros, relativos às operações interestaduais, conforme constante desta defesa, pelo que ora se requer sejam utilizados de forma conjunta para a compensação com a presente autuação para os devidos fins e efeitos de direito.

INFRAÇÃO 5, assevera que na maioria das operações são de entradas de bens para o ativo fixo, tendo direito ao crédito, o que não foi realizado até a presente data, não tendo causado nenhum ao fisco, vez que o referido crédito anula a infração.

INFRAÇÃO 6, destaca que de forma análoga a infração anterior, houve crédito em seu favor em relação aos bens relativos ao ativo fixo, cujo crédito, até a presente data não foi utilizado, razão pela qual, requer que seja reconhecida a existência de tal crédito e se proceda a respectiva compensação.

INFRAÇÃO 8, argumenta que o fisco reconhece que se cuida de venda de bens do ativo fixo, não havendo incidência de ICMS, haja vista que os bens destinados ao consumo ou ao ativo fixo não são mercadorias, citando doutrina para sustentar sua tese. Salienta que as notas fiscais que culminaram nesta infração foram preenchidas equivocadamente pelo autuado, colocando no campo de descrição de produtos “velas diversas” e na classificação fiscal código referente a “automóveis com motor de explosão”, quando em verdade se tratou de bens do ativo fixo, quais sejam aqueles constantes dos romaneios, anexos às respectivas cartas de correção que instruem a presente defesa no que tange à pretendida infração.

INFRAÇÃO 9, sustenta que, em se tratando de bens do ativo fixo da empresa, goza de crédito relativo a entrada de tais bens, pelo que ora se requer seja utilizado tal crédito, o que acarreta situação em que não há qualquer prejuízo do fisco.

Infração 10, argumenta que, de forma análoga ao caso constante da infração 9, boa parte dos bens são do ativo fixo, ressaltando-se tão somente, a parcela menor relativa a embalagens de uso e consumo, tal como constante da documentação acostada e retratada na planilha respectiva.

Infração 12, inicialmente transcreveu a alínea “g”, do inciso XIII-A, do art. 42, para fundamentar seu argumento de que, além de ter entregue os arquivos magnéticos, não há previsão legal para “entrega de Registro R – Resumo de item por mês”, sendo que essa obrigação instituída através de “simples Portaria” não obriga o contribuinte ao seu cumprimento, pois em seu entendimento somente poderia ser instituída por lei.

Salienta que a acusação é genérica, imprecisa e lacônica, porquanto não se sabe o que exatamente teria ocorrido para considerar descumprimento de obrigação tributária, uma vez que a acusação trata de várias ações: primeiro fala em deixar de fornecer arquivos magnéticos mediante intimação; logo depois afirma que houve entrega dos arquivos magnéticos, porém de maneira defeituosa. Diante disso, sustenta que não pode o presente feito prosperar, devendo ser julgado nulo, nos termos do artigo 18, II e IV, do RPAF/99.

Argumenta que, de outra parte, ainda que se afaste a falta de clareza, afirma que os arquivos SINTEGRA foram entregues, conforme se verifica da descrição da suposta infração, embora de maneira irregular, mas não descaracteriza a entrega.

Salienta que o art. 42, XX, da Lei nº 7.014/96, que também trata da não exibição de arquivos magnéticos quando exigido pelo fisco, impõe valores fixos a título de multa, tendo transcrito o referido inciso.

Aduz que a multa aplicada supera em larga margem a prevista no inciso XX, do art. 42, da citada lei, tendo o caráter confiscatório, o que é vedado pela Constituição Federal.

Reconhece que não foram apresentados, em segunda oportunidade, conforme intimação recebida, os arquivos magnéticos do SINTEGRA, com as adequações exigidas pelo fiscalização, uma vez que nesta oportunidade em função de vírus no sistema de informativa, o que impossibilitou o atendimento da intimação da fiscalização. Assim, em seu entendimento, por ter existido força maior, deve excluir a responsabilidade do autuado.

INFRAÇÃO 13, aduz que trata-se de mercadorias sujeitas à substituição tributária, tendo o seu imposto sido recolhido por ocasião de sua remessa da matriz da empresa a partir do Estado de São Paulo, para a filial no Estado da Bahia, tal como se depreende das guias GNRE anexa.

Ao finalizar, requer o arquivamento do Auto de Infração.

O autuante ao prestar a informação fiscal, às fl. 1.718/1.731, contestou integralmente a defesa apresentada.

Em relação à infração 1, salienta que os documentos de folhas 15 a 35 comprovam que o autuado apresentou ICMS a recolher no livro Registro de Apuração, sendo que o documento hábil para elidir a acusação fiscal seria a apresentação dos DAE, comprovando o recolhimento ou uma denúncia espontânea do débito, e isso o autuado não o fez, nem consta no sistema da SEFAZ o pagamento correspondente, folhas 34 e 35. Assevera que, apesar da planilha apresentada pelo autuado, acompanhada de notas fiscais e GNRE, folhas 1.305 a 1.449, alegando que houve um equívoco na escrituração e apuração de débito de imposto indevidamente, o recorrente não juntou prova da sua assertiva.

Quanto à infração 2, ressalta que a alegação defensiva de que a grande maioria refere-se a remessa para depósito fechado, não é verdadeira, pois a Expand Group Brasil S/A, Inscrição Estadual nº 58.252.963, CNPJ 60.652.864/0019-49 e endereço à Ave. Santiago de Compostela s/nº., Galpão 01, Parque Bela Vista, conforme consta no INC desta SEFAZ, tem como atividade econômica o “COMÉRCIO VAREJISTA DE BEBIDAS”. Consultando ainda os sistemas da SEFAZ, verifica-se as notas fiscais constante do CFAMT, movimento de entradas e saídas nas DMA's e valores de ICMS recolhidos no ano de 2005, o que confirma não se tratar de um depósito fechado. Constatou nas notas fiscais, folhas 1.453 a 1.471, que a natureza da operação é de venda ou transferência, a exemplo da Nota Fiscal nº 9020, fl. 1.458, no valor de R\$ 53.904,64 é uma transferência para a Expand, inscrição acima referida, e se trata de uma mercadoria de tributação normal (taças).

No tocante a infração 3, esclarece que esta foi embasada nos documentos de folhas 56 a 131, enquanto a defesa acostou os documentos 1.472 a 1.516, sem planilha demonstrativa. Diz que intimou o autuado, o qual deixou de apresentar grande parte das GNRE referente ao recolhimento de ICMS devido pela antecipação tributária. Mesmo assim, a autuante considerou todos os valores identificados na arrecadação constantes do sistema INC-Informação do Contribuinte, da SEFAZ.

Para comprovar que as GNRE apresentadas na defesa já foram consideradas, elaborou demonstrativos à folha 1.724.

Quanto aos documentos de folhas 1.478 a 1.516, juntados pelo autuado, são referentes a 2003, e não tem correlação com essa infração. Logo, o autuado não comprovou nenhum recolhimento que não houvesse sido considerado pela fiscalização, razão pela qual opina pela manutenção da infração.

Relativamente à infração 4, salienta que o autuado não apresentou nenhum documento referente a essa infração, limitando-se apenas a alegar que dispunha de crédito relativo às operações interestaduais e solicita compensação. Ressalta que para comprovar essa infração, acostou farta documentação, fls. 132 a 262 e 524 a 799, com todos os demonstrativos, nota a nota, identificando o valor do crédito indevido, bem como as notas fiscais onde se verifica que a mercadoria está enquadrada no regime de substituição tributária, opinando pela manutenção da infração.

Quanto à infração 5, destaca que a autuação é referente à multa formal pela falta de lançamento de notas fiscais no livro Registro de Entrada, e não cobrança de imposto, não tendo fundamento a alegação do autuado.

No tocante a infração 6, reitera que, mais uma vez, a alegação do autuado não tem fundamento, pois a infração é referente à multa formal pela falta de lançamento de notas fiscais de mercadorias no livro Registro de Entradas, porém, de mercadorias não tributadas, não havendo cobrança de imposto. Em relação às Notas Fiscais n^{os} 15.989, 49, 5107, 5.295, 5.204 (fls. 1.582, 1.585, 1.595, 1.596 e 1.597) não são de aquisição de bens de ativo imobilizado, e sim de locação de bens.

Relativamente à infração 08, ressalta que a tributação proveniente da desincorporação de bens do ativo permanente, está amparada pelo art. 2º, inciso V, do RICMS/97, portanto, fundamentada na legislação pertinente à questão, não procedendo a alegação defensiva.

Acrescenta que outra alegação do autuado que não foi comprovada, é a de que tais bens contam com vários anos de utilização. Analisando os documentos acostados pela defesa, folhas 1.637 a 1.646, concluiu:

- a) As cartas de correção e os romaneios não se encontravam anexos às respectivas notas fiscais quando da fiscalização, e em se tratando de um documento não fiscal, podem ser emitidos em qualquer época;
- b) As cartas de correção foram emitidas por estabelecimento diverso do autuado (CNPJ 60.652.864/0019-49).

Argumenta que o § 6º, do art. 201, estabelece que as chamadas cartas de correção apenas serão admitidas quando não se relacionarem com dados que influem no cálculo do imposto ou quando não implicarem mudança completa do nome do remetente ou do estabelecimento destinatário. A mudança de descrição da mercadoria pela carta de correção muda a situação tributária, conseqüentemente influencia no cálculo do imposto.

Em relação à infração 9, assevera que o autuado reconhece se tratar de bens do ativo fixo, conseqüentemente está reconhecendo ser devida a diferença de alíquota. Quanto a sua alegação do direito ao crédito relativo à entrada de tais bens, planilha à folha 1.647, o autuante ratifica o seu posicionamento descrito na infração 05. Portanto, não tendo o autuado comprovado que houve recolhimento do imposto, opina pela manutenção da autuação.

No que diz respeito à infração 10, salienta que, como descrito pelo autuante na infração na 09, quando o autuado reconhece que parte das notas se tratam de bens do ativo fixo, em vez de bens de uso, e concorda que outras são referentes a bens de uso ou consumo, folha 1.685, mais uma vez está reconhecendo ser devida a diferença de alíquota.

Naquilo que se refere à infração 12, inicialmente transcreveu a acusação e os artigos 686, 683, do RICMS/97.

Em seguida registrou que o autuado, conforme consta do sistema INC – Informações do Contribuinte – SEFAZ/Ba, possui autorização para emissão de nota fiscal desde 27/02/2002, para escrituração dos livros Registro de Entrada, Registro de Saída, Registro de Inventário e Registro de Apuração do ICMS desde 26/12/2000 e para utilização de ECF – Equipamento Emissor de Cupom Fiscal desde 26/12/2000.

Assim, o autuado, em razão de ser usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, está obrigado a entregar o arquivo magnético contendo os registros fiscais, abaixo elencados, em conformidade com o Manual de Orientação (Anexo 64, do RICMS/97) e Convênio nº 57/95, contendo a totalidade das operações de entrada e saídas. Os registros fiscais a serem apresentados pelo autuado são:

- Registro Tipo 10 – dados do contribuinte informante do arquivo (apresentado);
- Registro Tipo 11 – dados complementares (apresentado);
- Registro Tipo 50 – totais das Notas Fiscais modelo 01 (apresentado com divergência);
- Registro Tipo 54 – itens produtos/serviços contidos nas Notas Fiscais(não apresentado);
- Registro Tipo 60 – operações realizadas através dos ECF:

- a) 60 M (mestre do estabelecimento) – venda bruta diária, contida na redução Z desse equipamento (apresentado);
- b) 60 A (analítico) – abriga os totalizadores parciais por situação tributária e alíquota (apresentado);
- c) 60 R (item de mercadoria) – resumo mensal por item de mercadoria comercializada (não apresentado);

- Registro Tipo 61 – nota fiscal de venda a consumidor (não apresentado);
- Registro Tipo 74 – dados do Inventário (não apresentado);
- Registro Tipo 75 – código produto/serviço)não apresentado).
- Registro Tipo 90 – quantidade de registros informados (apresentados).

Esclarece que recebido o arquivo magnético, ou qualquer documento para realização de auditoria, o auditor deverá examiná-lo, a fim de constatar a sua veracidade. No caso em questão, quando da realização dos testes de consistência, constatou as inconsistências entre o Registro 50 e 60 e a escrituração fiscal, bem como a falta de entrega dos Registros 54, 60R, 61R, 74 e 75, todos obrigatórios. Diante das inconsistências e considerando que houve descumprimento da legislação vigente, em especial, os artigos 697, 700, § 5º do 708-B e do 686, todos do RICMS/97, o arquivo não foi aceito para o fim a que se destina.

Quanto à obrigatoriedade do Registro 60R, por item de mercadoria, a mesma decorre de ser o autuado usuário de ECF, não por força de uma Portaria, como alega o autuado em sua defesa, mas sim do Convênio nº 57/95 e da Alteração nº 12, Decreto nº 7.675, de 15/09/99, Diário Oficial de 16/09/99, conforme inciso IV do art. 686, do RICMS/97.

Em relação à penalidade aplicada, transcreveu a alínea “g”, do inciso XIII-A, do art. 915, do RICMS/97, para opinar pela manutenção da penalidade, considerando que se existe previsão legal para aplicação de penalidade específica, não há razão para aplicação da penalidade genérica, como quer o autuado.

Por fim, quanto à infração 13, aduz que apesar do autuado informar na defesa que está anexando a planilha e guias de GNRE comprovando reconhecimento, verifica-se que os documentos acostado às folhas 1.690 a 1.715, são apenas as cópias das notas fiscais.

A Junta de Julgamento Fiscal ao decidir a lide, exarou o voto a seguir transcrito:

“... a lide no caso presente encontra-se restrita às acusações 01, 02, 03, 04, 05, 06, 08, 09, 10, 12 e 13, consignadas no Auto de Infração, as quais passo a analisar.

Com relação ao argumento do autuado da inconstitucionalidade das multas aplicadas, ressalto não caber a este CONSEF a sua apreciação, consoante dispõe o art. 167, I, do RPAF/99, razão pela qual não me manifestarei a respeito.

Na infração 01 é imputado ao autuado a falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

Os documentos acostados pela defesa, folhas 1.305 a 1.449, não comprovam a alegação do autuado de que houve um equívoco na escrituração e apuração de débito de imposto indevidamente, uma vez que tais documentos referem-se ao imposto antecipado, recolhido mediante GNRE, enquanto o imposto exigido na presente infração é o ICMS Normal apurado no livro de Registro de Apuração.

Assim, entendo que a infração 01 deve ser mantida.

Na infração 02 é imputado ao autuado a falta de recolhimento do ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Em sua defesa o autuado argumenta que as notas fiscais objeto da autuação, em sua esmagadora maioria, não se tratam de operações tributáveis, mas, sim, remessas para depósito fechado do próprio autuado, razão pela qual, insubsistente suposta infração.

O argumento defensivo não pode ser acolhido, uma vez que a Expand Group Brasil S/A, Inscrição Estadual nº 58.252.963, CNPJ 60.652.864/0019-49 e endereço à Ave. Santiago de Compostela s/nº., Galpão 01, Parque Bela Vista, conforme consta no INC desta SEFAZ, tem como atividade econômica o “COMÉRCIO VAREJISTA DE BEBIDAS”, constando ainda do referido sistema, notas fiscais constante do CFAMT, movimento de entradas e saídas nas DMA's e valores de ICMS recolhidos no ano de 2005, o que confirma não se tratar de um depósito fechado.

Ademais, nas notas fiscais, folhas 1.453 a 1.471, consta que a natureza da operação e a venda ou transferência, a exemplo da Nota Fiscal nº 9020, fl. 1.458, no valor de R\$53.904,64 é uma transferência de mercadoria de tributação normal (taças). Logo, a infração 02 também deve ser mantida.

Na infração 03 é imputado ao autuado o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias proveniente de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88, estando embasada nos documentos de folhas 56 a 131 dos autos.

Em sua defesa o autuado não nega a acusação, porém, alega que dispõe ainda de crédito tributário, baseado nas guias GNRE's do período, o qual deveria ser compensado no bojo deste Auto de Infração.

Entretanto, o autuado não apontou nenhuma GNRE que não fosse considerada pelo autuante, bem como não apontou nenhuma nota fiscal em que o imposto devido por antecipação tivesse sido calculado de forma incorreta. Ao contrário do autuado, o autuante elaborou uma planilha demonstrando que considerou todos os recolhimentos realizados pelo contribuinte à título de antecipação.

Assim, apesar do autuado ter acostado diversos documentos, o mesmo não comprovou nenhum recolhimento que não houvesse sido considerado na ação fiscal, devendo a infração ser mantida.

Na infração 04 é imputado ao autuado a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributaria.

Da mesma forma da infração anterior, o autuado não nega a acusação, simplesmente alega que possui créditos e solicita a compensação, argumento que não pode ser acolhido pelas razões citadas na infração anterior.

A comprovação da infração encontra-se às folhas 132 a 262 e 524 a 799, com todos os demonstrativos, nota a nota, identificando o valor do crédito indevido, bem como as notas fiscais onde se verifica que a mercadoria está enquadrada no regime de substituição tributária.

Assim, entendo que infração 04 deve ser mantida.

Nas infrações 05 e 06, foram aplicadas multas por ter o autuado dado entrada no estabelecimento mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal, sendo que na infração 05 trata-se de mercadorias sujeitas a tributação, enquanto na infração 06 trata-se de mercadoria não tributada.

Mais uma vez o autuado não nega as infrações, porém, assevera que na maioria das operações são de entradas de bens para integrarem o ativo fixo, tendo direito ao crédito, o que não foi realizado até a presente data, não tendo causado nenhum dano ao fisco, vez que o referido crédito anula a infração.

Inicialmente, esclareço que nessas infrações (05 e 06) o autuante aplicou multa por descumprimento de obrigação acessória, ou seja, a entrada de mercadoria em seu estabelecimento sem os registros no livro de Registro de Entradas, não tendo cabimento em cogitar-se compensação com um possível direito ao crédito decorrente das operações. As multas encontram-se especificadas nos incisos IX e XI, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, Logo, as infrações em tela são subsistentes.

Na infração 08 é imputado ao autuado a falta de recolhimento de ICMS, nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento.

A desincorporação de bem do ativo permanente é tratada, para o caso em tela, basicamente, em dois artigos do RCMS/97. No art. 2º, inciso V, determina que considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento da saída decorrente da desincorporação. Entretanto, existe a ressalva em relação as disposições expressas em contrário, in verbis:

“Art. 2º Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

[...]

V - da saída decorrente da desincorporação de bem do ativo permanente, ressalvadas as disposições expressas em contrário;”

No inciso VIII do artigo 6º, do mesmo regulamento, fixa de forma expressa uma condição ao regramento previsto no inciso acima transcrito, o qual diz respeito a saída do bem decorrido mais de um ano de uso, in verbis:

“Art. 6º O ICMS não incide nas seguintes situações:

[...]

VIII - saída de bem integrado ao ativo permanente, desde que tenha sido objeto de uso, no próprio estabelecimento, por mais de um ano, antes da desincorporação;”

Assim, é necessário definir, para efeito de tributação do ICMS, se o bem desincorporado, na data da saída fora ou não objeto de uso, no estabelecimento, por mais de um ano.

Em sua defesa o autuado não comprova que os bens foram utilizados em seu estabelecimento por mais de um ano.

O argumento defensivo de que as notas fiscais que culminaram nesta infração foram preenchidas equivocadamente pelo autuado, anexos às respectivas cartas de correção, não pode ser acolhido, vez que o RICMS/97, somente admite as "cartas de correção" quando não se relacionarem com dados que influam no cálculo do imposto, entre outras vedações, in verbis:

“Art. 201. Os documentos fiscais especificados no art. 192 serão emitidos pelos

contribuintes do ICMS (Conv. SINIEF, de 15/12/70, Conv. SINIEF 06/89 e Ajustes SINIEF 01/85, 01/86 e 01/89):

[...]

§ 6º As chamadas "cartas de correção" apenas serão admitidas quando não se relacionarem com dados que influam no cálculo do imposto ou quando não implicarem mudança completa do nome do remetente ou do estabelecimento destinatário."

Logo, por não ter o autuado comprovado que a saída ocorreu após um ano de uso e havendo limitações estabelecidas para as chamadas "cartas de correção", que no caso em tela modificaria o cálculo do imposto, entendo que a infração restou caracterizada.

Nas infrações 09 e 10 são imputadas ao autuado a falta de recolhimento ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na apuração de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo (infração 09) e ao consumo (infração 10) do próprio estabelecimento.

Entendo que as infrações devem ser mantidas, pois o autuado não comprovou o recolhimento do imposto devido, uma vez que seu argumento defensivo de que algumas dessas entradas geram crédito, não pode ser acolhido, pois tais crédito encontram-se condicionado uma sistematização de escrituração especial, inclusive em relação ao uso de 1/48 por mês, exclusivamente sobre as entradas dos ativos.

Na infração 12 é aplicada multa, por ter deixado de fornecer arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Consta como complemento da acusação que, em 25/10/2005 a empresa foi intimada a corrigir as inconsistências dos arquivos magnéticos referentes ao período de março/2002 a agosto/2005, tendo em vista que os mesmos foram apresentados sem os Registros obrigatórios: 54, 60R, 61R, 74 e 75, além das divergências existentes entre o Registros 50 em relação à escrituração fiscal, tanto nos valores de entradas quanto nos de saídas, nos meses demonstrados em planilhas entregues à empresa junto com a intimação, com cópia anexas ao PAF.

Inicialmente afastado a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que a acusação não é genérica, imprecisa e lacônica como alegou o autuado, pois o Auto de Infração foi lavrado pelo sistema informativa da SEFAZ, sendo a descrição da infração a usualmente utilizada para o caso em lide, não sendo causa para nulidade do auto, também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

Também não pode ser acolhido o argumento do autuado de não estaria obrigado a cumprir a determinações de entregar os arquivos magnéticos, pois a mesma fora instituída por uma Portaria, uma vez que tal obrigação encontra-se prevista no RICMS/97 e no Convênio-ICMS nº 57/95. Da mesma forma, a alegação de existência de "vírus" no sistema de informática do autuado não é capaz de elidir a acusação.

De igual modo, não pode ser acolhido o pedido do autuado para que seja aplicada a multa prevista no art. 42, XX, da Lei nº 7.014/96, que existe uma multa específica para o caso em lide, que é a prevista no mesmo artigo e lei, porém na linha "g", a qual foi corretamente aplicada pelo autuante.

Na infração 13 é imputado ao autuado a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias proveniente de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88.

Embora o autuado tivesse informado em sua peça defensiva que estava acostando aos autos planilhas e guias de GNRE's comprovando reconhecimento, constatei que os documentos acostados às folhas 1.690 a 1.715, são apenas as cópias das notas fiscais, não comprovando nem tipo de recolhimento.

Assim, entendo que a infração restou caracterizada.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

No Recurso Voluntário o autuado, basicamente, repete os mesmos argumentos apresentados por ocasião de sua defesa administrativa, tecendo idênticas considerações. Requeru, também, a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, principalmente outras provas documentais que surgirem no curso processual, bem como provas periciais que se fizerem necessárias, em pleno atendimento ao Princípio da Verdade Material (Primazia da Realidade) dos processos administrativos.

A Procuradoria Estadual registrou Parecer nos autos, aduzindo que em relação ao processo administrativo em discussão, pode-se observar que as infrações apontadas são relacionadas à matéria eminentemente de fato, onde a contra prova em relação ao que foi apontado no Auto de Infração se fazia fundamental para elidi-las. No Recurso Voluntário interposto, o Contribuinte apenas repete as alegações da Impugnação e não acrescenta nenhum documento novo ou produz novas provas que possam elidir as infrações e é cediço no processo administrativo fiscal que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Quando à “Infração 12”, referente à falta de entrega dos arquivos magnéticos exigidos mediante a intimação, convém salientar que a discussão acerca da sua legalidade / constitucionalidade foge da competência da instância administrativa, sendo inclusive do nosso conhecimento que o Poder Judiciário vem decidindo em favor da pretensão fiscal quanto à cobrança da multa de acordo com a atual sistemática de imposição.

Por outro lado, ainda que a documentação do SINTEGRA apresentada pelo Contribuinte em sede de Recurso Voluntário suprisse as omissões e incorreções anteriores, não serviria para elidir a infração, nem se considerada sob a hipótese de denúncia espontânea, haja vista o procedimento fiscal instaurado. Portanto não assiste razão às alegações do recorrente.

Diante do exposto, o opinativo foi pela manutenção integral do conteúdo do Acórdão da egrégia Junta de Julgamento Fiscal.

VOTO

Reparo algum merece a Decisão de 1ª Instância, tendo agido com acerto o julgador *a quo* ao manter a exigência fiscal. Conforme foi ressaltado pelo ilustre representante da Procuradoria Estadual, as infrações apontadas na peça de lançamento são relacionadas à matéria eminentemente de fato, onde a contraprova por parte do acusado se fazia fundamental para elidi-las. Exponho a seguir as razões do meu convencimento.

Na infração 1 é imputado ao autuado a falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

Os documentos acostados pela defesa, folhas 1.305 a 1.449, não comprovam a alegação do autuado de que houve um equívoco na escrituração e apuração de débito de imposto indevidamente, uma vez que tais documentos referem-se ao imposto antecipado, recolhido mediante GNRE, enquanto o imposto exigido na presente infração é o ICMS Normal apurado no livro de Registro de Apuração.

Assim, entendo que a infração 1 deve ser mantida.

Na infração 2 é imputada ao autuado a falta de recolhimento do ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Em sua defesa o autuado argumenta que as notas fiscais objeto da autuação, em sua esmagadora maioria, não se tratam de operações tributáveis, mas, sim, remessas para depósito fechado do próprio autuado, razão pela qual, insubsistente suposta infração.

O argumento defensivo não pode ser acolhido, uma vez que a Expand Group Brasil S/A, Inscrição Estadual nº 58.252.963, CNPJ 60.652.864/0019-49 e endereço à Ave. Santiago de

Compostela s/nº., Galpão 01, Parque Bela Vista, conforme consta no INC desta SEFAZ, tem como atividade econômica o “COMÉRCIO VAREJISTA DE BEBIDAS”, constando ainda do referido sistema, notas fiscais constante do CFAMT, movimento de entradas e saídas nas DMA's e valores de ICMS recolhidos no ano de 2005, o que confirma não se tratar de um depósito fechado.

Ademais, nas notas fiscais, folhas 1.453 a 1.471, consta que a natureza da operação e a venda ou transferência, a exemplo da Nota Fiscal nº 9020, fl. 1.458, no valor de R\$ 53.904,64 é uma transferência de mercadoria de tributação normal (taças). Logo, a infração 2 também deve ser mantida.

Na infração 3 é imputado ao autuado o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88, estando embasada nos documentos de folhas 56 a 131 dos autos.

Em sua defesa o autuado não nega a acusação, porém, alega que dispõe ainda de crédito tributário, baseado nas guias GNRE's do período, o qual deveria ser compensado no bojo deste Auto de Infração.

Entretanto, o autuado não apontou nenhuma GNRE que não fosse considerada pelo autuante, bem como não apontou nenhuma nota fiscal em que o imposto devido por antecipação tivesse sido calculado de forma incorreta. Ao contrário do autuado, o autuante elaborou uma planilha demonstrando que considerou todos os recolhimentos realizados pelo contribuinte a título de antecipação.

Assim, apesar do autuado ter acostado diversos documentos, o mesmo não comprovou nenhum recolhimento que não houvesse sido considerado na ação fiscal, devendo a infração ser mantida.

Na infração 4 é imputado ao autuado a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária.

Da mesma forma da infração anterior, o autuado não nega a acusação, simplesmente alega que possui créditos e solicita a compensação, argumento que não pode ser acolhido pelas razões citadas na infração anterior.

A comprovação da infração encontra-se às folhas 132 a 262 e 524 a 799, com todos os demonstrativos, nota a nota, identificando o valor do crédito indevido, bem como as notas fiscais onde se verifica que a mercadoria está enquadrada no regime de substituição tributária.

Assim, entendo que a infração 4 deve ser mantida.

Nas infrações 5 e 6, foram aplicadas multas por ter o autuado dado entrada no estabelecimento mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal, sendo que na infração 5 trata-se de mercadorias sujeitas a tributação, enquanto na infração 06 trata-se de mercadoria não tributada.

Mais uma vez o autuado não nega as infrações, porém, assevera que na maioria das operações são de entradas de bens para integrarem o ativo fixo, tendo direito ao crédito, o que não foi realizado até a presente data, não tendo causado nenhum dano ao fisco, vez que o referido crédito anula a infração.

Inicialmente, esclareço que nessas infrações (05 e 06) o autuante aplicou multa por descumprimento de obrigação acessória, ou seja, a entrada de mercadoria em seu estabelecimento sem os registros no livro de Registro de Entradas, não tendo cabimento em cogitar-se compensação com um possível direito ao crédito decorrente das operações. As multas encontram-se especificadas nos incisos IX e XI, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, Logo, as infrações em tela são subsistentes.

Na infração 8 é imputada ao autuado a falta de recolhimento de ICMS, nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento.

A desincorporação de bem do ativo permanente é tratada, para o caso em tela, basicamente, em dois artigos do RCMS/97. No art. 2º, inciso V, determina que considera-se ocorrido o fato gerador

do ICMS no momento da saída decorrente da desincorporação. Entretanto, existe a ressalva em relação as disposições expressas em contrário, *in verbis*:

“Art. 2º Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

[...]

V - da saída decorrente da desincorporação de bem do ativo permanente, ressalvadas as disposições expressas em contrário;”

No inciso VIII do artigo 6º, do mesmo regulamento, fixa de forma expressa uma condição ao regramento previsto no inciso acima transcrito, o qual diz respeito a saída do bem decorrido mais de um ano de uso, *in verbis*:

“Art. 6º O ICMS não incide nas seguintes situações:

[...]

VIII - saída de bem integrado ao ativo permanente, desde que tenha sido objeto de uso, no próprio estabelecimento, por mais de um ano, antes da desincorporação;”

Assim, é necessário definir, para efeito de tributação do ICMS, se o bem desincorporado, na data da saída fora ou não objeto de uso, no estabelecimento, por mais de um ano.

Em sua defesa o autuado não comprova que os bens foram utilizados em seu estabelecimento por mais de um ano.

O argumento defensivo de que as notas fiscais que culminaram nesta infração foram preenchidas equivocadamente pelo autuado, anexos às respectivas cartas de correção, não pode ser acolhido, vez que o RICMS/97, somente admite as "cartas de correção" quando não se relacionarem com dados que influam no cálculo do imposto, entre outras vedações, *in verbis*:

“Art. 201. Os documentos fiscais especificados no art. 192 serão emitidos pelos contribuintes do ICMS (Conv. SINIEF, de 15/12/70, Conv. SINIEF 06/89 e Ajustes SINIEF 01/85, 01/86 e 01/89):

[...]

§ 6º As chamadas "cartas de correção" apenas serão admitidas quando não se relacionarem com dados que influam no cálculo do imposto ou quando não implicarem mudança completa do nome do remetente ou do estabelecimento destinatário.”

Logo, por não ter o autuado comprovado que a saída ocorreu após um ano de uso e havendo limitações estabelecidas para as chamadas “cartas de correção”, que no caso em tela modificaria o cálculo do imposto, entendo que a infração restou caracterizada.

Nas infrações 9 e 10 foi imputada ao autuado a falta de recolhimento ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na apuração de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo (infração 09) e ao consumo (infração 10) do próprio estabelecimento.

Entendo que as infrações devem ser mantidas, pois o autuado não comprovou o recolhimento do imposto devido, uma vez que seu argumento defensivo de que algumas dessas entradas geram crédito, não pode ser acolhido, pois tais créditos encontram-se condicionados a uma sistematização de escrituração especial, inclusive em relação ao uso de 1/48 por mês, exclusivamente sobre as entradas dos ativos.

Na infração 12 é aplicada multa, por ter deixado de fornecer arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Consta como complemento da acusação que, em 25/10/2005 a empresa foi intimada a corrigir as inconsistências dos arquivos magnéticos referentes ao período de março/2002 a agosto/2005, tendo em vista que os mesmos foram apresentados sem os Registros obrigatórios: 54, 60R, 61R, 74 e 75, além das divergências existentes entre o Registro 50 em relação à escrituração fiscal, tanto nos valores de entradas quanto nos de saídas, nos meses demonstrados em planilhas entregues à empresa junto com a intimação, com cópias anexas ao PAF.

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que a acusação não é genérica, imprecisa e lacônica como alegou o autuado, pois o Auto de Infração foi lavrado pelo sistema informativo da SEFAZ, sendo a descrição da infração a usualmente utilizada para o caso em lide, não sendo causa para nulidade do auto, também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

Também não pode ser acolhido o argumento do autuado de que não estaria obrigado a cumprir a determinação de entregar os arquivos magnéticos, pois a mesma fora instituída por uma Portaria, uma vez que tal obrigação encontra-se prevista no RICMS/97 e no Convênio-ICMS 57/95. Da mesma forma, a alegação de existência de “vírus” no sistema de informática do autuado não é capaz de elidir a acusação.

De igual modo, não pode ser acolhido o pedido do autuado para que seja aplicada a multa prevista no art. 42, XX, da Lei nº 7.014/96, que existe uma multa específica para o caso em lide, que é a prevista no mesmo artigo e lei, porém na linha “g”, a qual foi corretamente aplicada pelo autuante.

Na infração 13 é imputada ao autuado a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88.

Embora o autuado tivesse informado em sua peça defensiva que estava acostando aos autos planilhas e guias de GNRE's comprovando reconhecimento, constatei que os documentos acostados às folhas 1.690 a 1.715, são apenas as cópias das notas fiscais, não comprovando nenhum tipo de recolhimento.

Assim, entendo que a infração restou caracterizada.

Assim, em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **180461.0014/05-5**, lavrado contra **EXPAND GROUP BRASIL S/A (WINE STORE SALVADOR)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$107.888,76**, acrescido das multas de 50% sobre R\$8.633,88 e 60% sobre R\$ 99.254,88, previstas, respectivamente, no art. 42, I, “a”, II, “a”, “d”, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessória no valor total de **R\$138.640,82**, previstas nos incisos IX, XI, XXII e XIII-A, alínea “g”, do mesmo artigo e lei, e dos acréscimos moratórios correspondentes, de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS