

A. I. N° - 272466.0082/06-6
AUTUADO - SUPERMERCADO STELLA LTDA.
AUTUANTE - RENATO AGUIAR DE ASSIS
ORIGEM - INFAZ GUANAMBI
INTERNET - 04.04.2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0091-01/07

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O autuado comprova descaber parte da ação fiscal Infração subsistente parcialmente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DESTINADO AO ATIVO IMOBILIZADO. Infração não elidida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Autuado reconhece o cometimento da irregularidade. Infração subsistente. 4. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. O autuante não observou o prazo de cinco dias estabelecido entre a intimação e a lavratura do Auto de Infração. Infração nula. 5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DADOS DIVERGENTES. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Descabe a aplicação da multa por não alcançar o período fiscalizado. Infração insubsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/10/2006, exige imposto no valor de R\$8.278,13, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$40.178,13, pelas seguintes irregularidades:

- 1) falta de recolhimento do imposto por omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados, nos meses de janeiro, fevereiro, junho, julho, setembro, outubro e dezembro de 2002, fevereiro e março de 2003, no valor de R\$2.153,88;
- 2) deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo imobilizado do próprio estabelecimento, nos meses de março a julho e setembro de 2001, no valor de R\$5.850,65;
- 3) deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, no mês de setembro de 2002, no valor de R\$273,60;
- 4) deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, nos meses de março, agosto a novembro de 2003, multa no valor de R\$34.192,34;
- 5) forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado

a 1% das saídas do estabelecimento em cada período, no mês de janeiro de 2002, multa no valor de R\$5.985,79.

O autuado, às fls. 72/73 e 75/77, apresentou defesa alegando, inicialmente, reconhecer parcialmente a autuação, em relação às infrações 01, 02 e 03, nos valores de R\$912,82 e R\$3.330,24 e R\$ 273,60, respectivamente.

Disse que embora não conheça as razões da falta de registros das notas fiscais apontadas na infração 01, dentre as notas fiscais acostadas ao PAF houve devolução de algumas mercadorias que foi efetuada por iniciativa das empresas remetentes (Sadia S/A e Unilever BestFoods Brasil), conforme documento juntado aos autos. Assim, entendeu ter ficado descaracterizada a infração imputada quanto aos documentos fiscais nºs 189198, 189199, 189200, 282575 e 489442, devendo ser excluído o imposto no valor de R\$1.241,06.

Observou que se trata de mercadorias e ou documentos extraviados, bem como, aquisições feitas por terceiros sem conhecimento da empresa remetente, fatos comuns na região fronteiriça.

Infração 02 - alegou que o diferencial de alíquota reclamado não deve ser aceito parcialmente. A nota fiscal 007191 da Indumental, no valor de R\$14.825,90 foi emitida com alíquota cheia de 18%, oriunda do estado de Minas Gerais. Assim, entendeu ser caso de bi-tributação, tendo anexado cópia da referida nota fiscal.

Reconheceu a irregularidade apontada na infração 03. Alegou não intencionalidade da omissão dos fatos e que em todo período fiscalizado não houve falta de recolhimento do imposto por antecipação, no entanto, a pequena importância de R\$273,60 se deve ao fato de pertencer àquelas notas fiscais não contabilizadas e já tratadas no item 01 da autuação.

Infração 04 - asseverou que os arquivos magnéticos citados e correspondentes à data de ocorrência de 31/03/2002 foram entregues em tempo apurado, conforme recibo fornecido pelo programa de transmissão, sendo indevida a multa no valor de R\$6.687,48. Já os arquivos magnéticos correspondentes às datas de ocorrências de 31/08/2003 a 30/11/2003 não foram entregues em tempo certo e por esta razão lavrou-se a presente autuação. No entanto, alegou que deveria ter sido observada as normas legais indispensáveis ao equilíbrio das partes. Requereu o cancelamento da multa, com base no disposto no § 6º do art. 915 do RICMS/97, alegando não ter havido fraude ou simulação, nem falta de recolhimento do imposto e que os valores autuados nos itens 1 a 3 da autuação são inteiramente alheios às ações administrativas e empresarial do autuado, já que administrativamente os fatos dos itens citados são contrários aos princípios fundamentais dos direitos comercial e tributário.

Infração 05 – disse que pelo conteúdo do arrazoadado contrário ao item anterior, como pela argumentação do simples fato de haver obstruído o sagrado direito de defesa, quando não concedeu ao autuado as prerrogativas estabelecidas no § 5º c/c o § 3º do art. 708-B, do RICMS/97. A intimação acusou a falta de entrega de arquivos magnéticos, nos meses de março/02, agosto de 2003 a dezembro de 2005, não sendo incluído o exercício de 2001, desta maneira, requereu a improcedência da autuação.

O autuante, às fls. 101/103, informou que em relação à infração 01, acata os argumentos da defesa, devendo o valor do débito ser reduzido de R\$2.153,88 para R\$912,82. Quanto ao item 02 da autuação disse não haver reparos a fazer, nem se trata de bi-tributação, tendo havido apenas erro na aplicação da alíquota devida quando da emissão do documento fiscal, manteve a autuação na sua totalidade.

No tocante ao item 04, esclareceu que o contribuinte, segundo o relatório SCAM, estava omissa na entrega dos arquivos magnéticos, relativo aos meses de março/02 - agosto de 2003 a dezembro de 2005, no entanto, apresentou prova de ter efetuado a transmissão dos arquivos magnéticos relativos ao mês de março de 2002, desta maneira, concluiu deva ser reduzido da infração o valor

de R\$6.687,48, que corresponde ao mês de março/02. Já no tocante aos demais meses, informou não existir reparos a fazer e que vale para o caso em tela a aplicação do princípio da surpresa. Citou como exemplo a lavratura do auto de infração, no trânsito, por transporte de mercadorias sem documentação fiscal, em que a defesa na sua impugnação acostasse aos autos documento fiscal para alegar a regularização da operação.

Informou, ainda, que o contribuinte deve ter tido algum problema de natureza técnica na geração dos arquivos, haja vista ter apresentado os respectivos arquivos dos demais meses do período fiscalizado. E que durante a ação fiscal não ficou comprovado nenhuma prática de fraude, dolo ou simulação e a infração neste tópico cuida-se de multa formal sem reflexo na falta de recolhimento do imposto devido. Por fim, sugeriu a manutenção parcial da autuação para aplicação da multa no valor de R\$ 27.504,86.

Disse ter razão o autuado em relação a infração 05. Por circunstâncias alheias a vontade do autuante, efetivamente o autuado não tomou ciência da intimação com vistas a regularizar tais pendências, assim entendeu descaber a aplicação da multa.

VOTO

O presente Auto de Infração exige imposto por omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. Também aplica multa pelo não fornecimento de arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, bem como pelo fornecimento de informações, através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, mediante intimação, com omissão de operações ou prestações.

Infração 01 – o autuante aponta diversos documentos fiscais, sob o fundamento de que o sujeito passivo deixou de efetuar o lançamento em suas escritas, tendo sido caracterizado no Auto de Infração a existência a falta de recolhimento do ICMS consubstanciada na disposição legal prevista no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96 que estabelece:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

No entanto, o sujeito passivo comprova descaber parte da ação fiscal, trazendo aos autos os elementos que confirmam ter o remetente recebido as mercadorias em retorno, sem que as mesmas ingressassem no estabelecimento do autuado, fato reconhecido pelo autuante que reduz o valor do débito da autuação. Assim, o valor a ser exigido na infração apontada é o abaixo demonstrado:

| Vencimento | ICMS devido |
|--------------|-------------|
| Fevereiro/02 | 38,08 |
| Março/02 | 181,41 |
| Julho/02 | 0,00 |

| | |
|-------------|--------|
| Agosto/02 | 100,50 |
| Outubro/02 | 270,81 |
| Novembro/02 | 0,00 |
| Janeiro/03 | 59,16 |
| Março/03 | 131,40 |
| Abril/03 | 131,46 |
| TOTAL | 912,82 |

Infração 02 - o sujeito passivo alega que a aquisição de estruturas metálicas, através da Nota Fiscal nº 007191 de 04/06/2001, tendo o fornecedor considerando no documento fiscal a alíquota interna do Estado de Origem e, por esta razão entende não ser devida diferença de alíquota.

Inicialmente, esclareço que em relação ao argumento defensivo, o fato do remetente das mercadorias ter indicado a alíquota destinada a operação interna não elide a acusação, haja vista que para fins de cobrança da diferença de alíquota, e em si tratando de operação realizada a contribuinte do ICMS, deve ser considerado o imposto corretamente calculado, ou seja, o correspondente a operação interestadual. Isto é o que determina o art. 69, Parágrafo único, inciso I, alínea “b”, do RICMS/97, que estabelece o seguinte:

Art. 69. A base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, constante no documento fiscal, e o imposto a ser pago será o valor resultante da aplicação, sobre essa base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado, segundo a espécie de mercadoria, e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem.

Parágrafo único. Para fins de pagamento da diferença de alíquotas, observar-se-á, ainda, o seguinte:

I - é devido o pagamento:

b) se houver destaque do ICMS a mais ou a menos no documento fiscal, em razão de erro na aplicação da alíquota ou na determinação da base de cálculo, caso em que será levado em conta o valor corretamente calculado pela legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais;

Assim, correto o posicionamento do autuante ao efetuar o lançamento do crédito tributário em relação às aquisições de mercadorias destinadas ao ativo permanente do estabelecimento autuado, sem o lançamento do imposto devido a título de diferença de alíquota. Mantida a autuação.

Infração 03 - se refere a falta de recolhimento do imposto devido a título de antecipação tributária, tendo o sujeito passivo reconhecido o cometimento da irregularidade. Mantida a autuação.

Infração 04 - Nos autos consta Termo de Intimação datado de 31/07/2006 estabelecendo prazo de 05 (cinco) dias para entrega dos arquivos magnéticos, dos meses de março de 2002, agosto de 2003 a dezembro de 2005. Também consta Termo de Início de Fiscalização, datado de 01/10/2006 e Termo de Intimação datado de 25/10/2006, concedendo ao contribuinte o prazo de 05 (cinco) dias para apresentação dos arquivos magnéticos relativos aos meses de março de 2002 e agosto de 2003 a dezembro de 2005. Apesar da intimação concedendo ao sujeito passivo o prazo de cinco dias, o Auto de Infração foi lavrado em 26/10/2006, ou seja, antes de decorrido o prazo concedido para a

entrega dos citados arquivos, fato que justifica a nulidade do lançamento por inobservância ao devido processo legal, haja vista que para a aplicação da multa de 1% prevista no art. 42, XIII-A, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96, a legislação tributária estadual determina que o fornecimento seja feito mediante intimação, conforme estabelece o dispositivo de lei acima citado.

XIII-A - nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados (Lei nº 7667/00):

g) 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação ou em condições que impossibilitem a sua leitura;

i) R\$1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega nos prazos previstos na legislação ou pela entrega em padrão diferente do previsto ou em condições que impossibilitem a sua leitura, de arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, ocorridas em cada período.

Mesmo tendo o autuante reconhecido descaber o descumprimento da obrigação acessória, em relação ao mês de março de 2002, o que torna improcedente o valor aplicado. Em relação aos valores das multas aplicadas nos meses de agosto a novembro de 2003, estes culminam em nulidade por inobservância do devido processo legal, em não ter sido observado o prazo de intimação concedido ao sujeito passivo. Desta maneira, entendo ser descabida a exigência em relação ao mês de março de 2002 e nulo o lançamento em relação aos demais meses da autuação, no tocante a este item da ação fiscal.

Infração 05 - O autuante reconhece em sua informação fiscal que o exercício de 2001 não foi objeto de fiscalização, já que os períodos fiscalizados, de acordo com os Termos de Intimação recebidos, pelo contribuinte autuado, envolvem os exercícios de 2002 a 2005. Descabida a aplicação da multa.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **272466.0082/06-6**, lavrado contra **SUPERMERCADO STELLA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto, no valor total de **R\$7.037,07**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 912,82 e 60% sobre R\$6.124,25, previstas no art. 42, II, “d” e “f”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2007.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - JULGADOR