

A. I. Nº - 108883.0002/07-2
AUTUADO - P. K. K. CALÇADOS LTDA.
AUTUANTE - PAULO JOSÉ ARAPONGA DORIA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 25.07.2007

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0206-02/07

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM OMISSÃO DOS REGISTROS TIPO 60R, 61 e 61R E DIVERGÊNCIA DOS VALORES DECLARADOS NA DMA. MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DAS OPERAÇÕES REALIZADAS. Descumprimento de obrigação acessória. A legislação estabelece aplicação da multa de 1% sobre o valor das operações realizadas. Rejeitados os pedidos de nulidade e de diligência. Infração caracterizada. Não acatado o pedido para redução da multa. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Reconhecido parcialmente o débito, e mantido o lançamento da parte impugnada, pois não foi comprovada a alegação de que a antecipação tributária foi recolhida. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS E/OU BENS PARA CONSUMO. Infração reconhecida. 4. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS COM PREÇO ABAIXO DO CUSTO. A base de cálculo do ICMS nas transferências para estabelecimentos situado neste Estado é o preço de aquisição (entrada mais recente) ou o custo da mercadoria. Item **NULO** em razão do método da apuração estar em desacordo com a legislação tributária. 5. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO: **a)** REGISTRO DE SAÍDAS E NO RAICMS. **b)** REGISTRO DE ENTRADAS E NO RAICMS. Fatos não contestados. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Elidida em parte a infração. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/03/2007, exige ICMS e MULTA no valor de R\$331.179,95, em razão das seguintes irregularidades:

1. Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, caracterizando a não entrega prevista na alínea “f” do inciso XIII-A, do

artigo 915, do RICMS/97, pelo fato de ter apresentado os arquivos com as divergências constantes nos papéis de trabalho às fls.18 a 59, apesar de ter sido intimado com a entrega dos relatórios de inconsistências, conforme preceitua o artigo 708-B, do RICMS/97, referente ao período de janeiro de 2003 a dezembro de 2004, sujeitando-se à multa no montante de R\$267.080,45, equivalente a 1% sobre o montante das operações de saídas, conforme Anexo III (docs. fls. 15 a 59).

2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$21.423,21, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos meses de abril a outubro, e dezembro de 2003, fevereiro, abril a dezembro de 2004, conforme demonstrativos e documentos às fls.61 a 128.
3. Deixou de efetuar o recolhimento do imposto no valor de R\$656,56, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, nos meses de março, abril, outubro e novembro de 2004, conforme demonstrativo à fl.130.
4. Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$25.069,51, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de janeiro a dezembro de 2005, através das notas fiscais relacionadas às fls. 132 a 135. Em complemento à acusação, o autuante consignou que foram transferidas mercadorias com base de cálculo menor que o custo.
5. Recolhimento do ICMS efetuado a menos, no valor de R\$10.051,79, em decorrência de desencontro entre os valores lançados no livro Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no livro RAICMS, no mês de agosto de 2003, conforme demonstrativo e documentos às fls.137 a 140.
6. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março a novembro de 2003, fevereiro a dezembro de 2004, sendo aplicada a multa no valor de R\$1.864,12, equivalente a 10% sobre o total das mercadorias, conforme demonstrativos às fls.142 a 143.
7. Recolhimento do ICMS efetuado a menos, no valor de R\$5.034,31, em decorrência de desencontro entre os valores lançados no livro Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no livro RAICMS, nos meses de fevereiro a maio de 2003, conforme demonstrativo e documentos às fls.145 a 153.

O autuado representado por advogado legalmente constituído, em sua defesa fiscal às fls.160 a 172 dos autos, inicialmente, reconheceu totalmente o cometimento das infrações 03, 05 e 07, e parcialmente as infrações 02 e 06.

Em seguida, suscitou a nulidade da infração 04, a pretexto de cerceamento de defesa, com base no argumento de que ela não apresenta elementos que possam indicar, com segurança, a infração apontada, por entender que não oferece eficácia em relação à apuração da base de cálculo, tendo em vista que o método utilizado para a conclusão fiscal não tem amparo legal.

Alega que foram arbitrados os valores intitulados “preços mínimos para transferências”, não refletindo as aquisições ou as entradas mais recentes realizadas pela empresa, em desacordo com o art. 56, inciso IV, letra “a”, do RICMS/97.

Diz que ao não serem apontados os critérios de formação dos preços mínimos de transferência, a apuração foi desvirtuada por não seguir como dado comparativo a própria base indicada no diploma legal que se pretende caracterizar como infringido.

Cita decisões do CONSEF em que foram julgados nulos autos de infração por falta de certeza e liquidez em razão de utilização de métodos de apuração não respaldados na legislação (Acórdãos CJF nº 2204-04/01; CJF nº 0031-12/03; 9381-11/02; JJF nº 0325-3/02; CJF nº 0033-12/05; e CJF nº 0022-12/02), e pede que seja julgada nula a infração em comento, com opção do órgão julgador pela aplicação do disposto no art.155, § único, do RPAF/99.

No mérito, quanto a infração 01, admitiu como verdadeiros os fatos que ensejaram a aplicação da multa, porém, argumenta que a empresa atua no ramo de calçados e produtos afins, e que 90% de suas operações encontram-se sujeitas ao regime de substituição tributária, com pagamento antecipado do imposto, o que por si só, justifica o cancelamento ou a redução da multa, por entender que as divergências nos arquivos não inviabilizam o exercício do controle da arrecadação.

Ressalta que, apesar das divergências objeto da pena, vários roteiros de auditoria podem ser desenvolvidos, especialmente os relativos a antecipação tributária.

Diz que depois de concedido novo prazo tentou corrigir os arquivos magnéticos, ressaltando que o Auto de Infração não esclarece quais as inconsistências que permaneceram a partir da segunda apresentação dos arquivos, após o prazo concedido em 01/02/2007, o que caracterizaria no seu entendimento falta de segurança para a infração que foi imputada.

Pondera que, apesar das divergências objeto da pena, vários roteiros de auditoria podem ser desenvolvidos, especialmente os relativos a antecipação tributária. Por outro lado, diz que a fiscalização não ficou impedida de realizar sua ação fiscal, tanto que o auto de infração contempla sete itens específicos.

Considerou pesada a multa que foi aplicada, sob o argumento de ela supera, de forma proporcional, toda a capacidade de produzir recursos da empresa, bem como ultrapassa a capacidade de geração do próprio ICMS.

Ressalta que o CONSEF tem entendido que o cancelamento ou redução da multa só não é cabível quando o Fisco ficar totalmente impedido de exercer a fiscalização e houver indícios de sonegação.

Por conta disso, aduzindo que a documentação apresentada comprova que a empresa não agiu com dolo, fraude ou simulação, com fulcro no artigo 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, pede o cancelamento da multa sugerindo a aplicação da multa de R\$50,00 por exercício. Citou os Acórdãos CJF nº 0241-12/04; 0111-12/05; 0482-12/06; 0125-12/07; 0379-12/05, 0462-12/05, chamando a atenção ao Acórdão JJF nº 0066-01/07 e CJF nº 0436-11/06 e ao Parecer da PGE, em que foram modificadas as decisões da primeira instância julgadora reduzindo o valor da penalidade aplicada.

Com relação às infrações 02 e 06, alega que algumas notas fiscais listadas na autuação foram devidamente lançadas e a antecipação recolhida, de acordo com a documentação que informa ter anexado à sua impugnação.

No tocante a infração 04, aduz que conforme suscitada na preliminar, a metodologia utilizada para a apuração do débito não condiz com a conclusão fiscal, por entender que houve arbitramento das bases comparativas.

Advoga a tese de que, ainda que os valores estivessem corretos, a ocorrência não causou prejuízo ao Estado, conforme comprovam os lançamentos constantes nos livros RAICMS dos estabelecimentos que receberam as mercadorias em transferência, cujos produtos foram vendidos por valores superiores aos das entradas, acrescidos de MVA.

Entende que se tratando de transferências internas, entre estabelecimentos da mesma empresa, de mercadorias destinadas à comercialização, é impossível existir evasão do ICMS, uma vez que os

estabelecimentos que recebem as mercadorias suportaram os débitos pela venda, inclusive com MVA.

Pede que seja baixado o processo em diligência, a ser realizada por fiscal estranho ao feito, para apurar os reais valores adotados como base de comparação, bem como os preços de vendas pelos estabelecimentos destinatários das transferências, e também apurar a relação de débito e crédito entre os estabelecimentos envolvidos nas operações. Diz que a revisão ora pleiteada como meio de prova, se negada, caracterizará cerceamento do direito de defesa, e a que dispensa da revisão poderá ser fundamentada se as provas e argumentações defensivas foram acatadas pelo CONSEF.

Frisa que além da inconsistência da fórmula utilizada pelo autuante e da falta de prejuízo para o Erário, a previsão legal contida no § 7º do artigo 17 da Lei nº 7.014/96, reproduzido no artigo 56, inciso IV, do RICMS/97, é de que a base de cálculo que deve prevalecer é o preço de aquisição ou o valor correspondente a entrada mais recente, diferentemente do que foi adotado pelo autuante que considerou um valor arbitrado com o título “preços mínimos para transferência”.

Portanto, diz que duas razões indicam a ineficácia da exigência fiscal: a fórmula utilizada e a ausência de repercussão econômica contra o erário.

No caso da fórmula utilizada, se os preços mínimos de transferência foram obtidos a partir da inclusão do ICMS, tal método não encontra amparo legal, citando decisões do CONSEF nesse sentido (Acórdão JF nº 0547/99). No segundo caso, a falta de prejuízo de arrecadação do ICMS torna impróprio o lançamento de ofício.

Por fim, requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente diligência para investigar suas razões defensivas em relação a infração 04, pugnando pela procedência parcial com homologação dos valores recolhidos, cancelamento ou redução da multa da infração 01, e o reconhecimento da nulidades ou improcedência da infração 04.

Na informação fiscal às fls.247 a 260, o autuante rebateu as alegações defensivas na forma que segue.

Infração 01 – Esclareceu que a empresa foi monitorada anteriormente onde foram apontadas inconsistências nos arquivos magnéticos, e apesar disso os mesmos continuaram com as inconsistências apuradas durante a fiscalização, conforme intimação expedida em 01/02/2007.

Transcreveu os artigos 683 e 686 do RICMS/97 que tratam da obrigatoriedade pela entrega dos arquivos magnéticos, e teceu considerações sobre a base legal para a forma de sua apresentação, qual seja, o Manual de Orientação (art.64) e os artigos 697 e 700, do RICMS/97, e especificou os registros fiscais que devem ser apresentados.

Comentou sobre a utilidade do arquivo magnético, destacando que através dele o fisco utiliza as informações para a realização de suas auditorias, destacando os roteiros:

AUDIF 201 – Conta Corrente – que representa a reconstituição do Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, utilizando-se dos registros fiscais tipo 50, 60-A e 61.

AUDIF 207 – Levantamento Quantitativo por Espécie de Mercadorias, que representa a movimentação de estoque, entrada e saída de mercadorias do estabelecimento, utilizando-se os registros tipos 54, 60R, 74 e 75.

AUDIF 242 – Auditoria das Transferências de Mercadorias – representa a movimentação das transferências para outro estabelecimento do mesmo titular, utilizando-se os registros fiscais tipos 54, 74 e 75.

Esclareceu que a rejeição do arquivo magnético ocorreu em virtude das seguintes inconsistências:

- a) Conteúdo inválido dos arquivos, intervalos na sequência de notas fiscais emitidas;

- b) Divergências entre as informações dos arquivos magnéticos em confronto com as informações da DMA;
- c) Falta de envio dos registros 60R, 61 e 61R a que está obrigado pela utilização de notas fiscais de venda a consumidor.

Disse que foi expedida a intimação datada de 12/02/2007 (fl.15), em que foi cientificado o contribuinte através de listagens de inconsistências, com a concessão do prazo de trinta dias para a correção, na forma prevista no § 5º do artigo 708-B, do RICMS/97.

Frisa que a ausência dos registros acima citados e a inconsistência dos registros apresentados, acarretou prejuízo à fiscalização, na medida que ao utilizar o recurso informatizado, SEPD, o autuado consegue maior controle e agilidade das suas operações.

Diz que a multa foi aplicada com base no artigo 915, inciso XIII-A, alínea “g”, do RICMS/97, e não acatou o pedido do autuado para reduzir a multa para R\$50,00 por exercício, por falta de previsão legal.

Quanto a infração 04, esclareceu que ela é decorrente da diferença de base de cálculo nas operações internas de transferência para outro estabelecimento do mesmo titular, localizado no Estado, em desacordo com o inciso IV, do artigo 56, do RICMS/97.

Rebateu a preliminar de nulidade argüida pelo autuado dizendo que não houve preterição de defesa, pois o autuado recebeu e entendeu o demonstrativo de transferência juntado ao processo, e toda sua movimentação de entradas e saídas por nota e por operação, que foi entregue, mediante arquivo em CD, devidamente autenticado (docs.fls.155 e 156).

Teceu algumas considerações sobre aspectos das transações no plano contábil, para demonstrar que o fato gerador na operação de transferência está previsto no artigo 2º, inciso I, do RICMS/97.

Sobre o demonstrativo de transferência, esclareceu que é um resumo das operações de saída por transferência no mês e as entradas até o mês a que se refere a transferência. Diz que cotejando-se os valores de entrada com ICMS com os valores de transferência realizada pela empresa, e havendo diferença, é calculado o ICMS devido sobre a base de cálculo.

Explica que para as saídas considerou-se o valor intermediário do produto no mês. Para as entradas foi considerado o valor intermediário até o mês, ou seja, quando as saídas referiram-se ao mês de janeiro as entradas também correspondem até o mês de janeiro. Quando as saídas referiram-se ao mês de fevereiro as entradas referiram-se aos meses de janeiro e fevereiro, a assim sucessivamente.

Justifica que como o demonstrativo é um resumo, os valores neles apresentados têm como origem as operações, na íntegra, das saídas por transferência CFOP 5151 e todas as entradas, tudo conforme arquivo autenticado entregue ao autuado em CD (fls.155 e 156).

Especificou cada coluna constante no demonstrativo, informando:

“COD PRODUTO – O código do produto adotado pelo contribuinte;

DESCRIÇÃO - A descrição do produto;

MÊS – O mês a que se refere a operação de saída (transferência);

QTD – Quantidade total do item transferido no mês;

VL UNIT – Valor unitário intermediário da transferência no mês;

REDUÇÃO – Valor da redução de base de cálculo do item;

ORIGEM - Refere-se à origem do valor de entrada. Originou-se das notas fiscais de entrada ou inventário;

CUSTO LIQ (Entrada sem ICMS) – Valor unitário intermediário da entrada sem ICMS e sem IPI;

PÇ MIN Transf (Entrada com ICMS) – Valor unitário do Custo Liq com o ICMS da operação interna de transferência (17%);

DIFERENÇA – Comparação entre o PÇ MIN TRANSF com o VL UNIT de transferência;

BASE DE CÁLCULO REDUZIDA TOTAL – É o valor da diferença multiplicada pela quantidade reduzida;

ICMS DEVIDO – É a aplicação da alíquota interna (17%) sobre a base de cálculo reduzida total.”

Falando sobre a consistência do método, assinala que tecnicamente objetiva-se testar as operações de transferência efetuada no período, em observância aos artigos 52, 54, I, “a” e “b”, e 56, IV, “a” e “b”, todos do RICMS/97.

Discordou da alegação de houve arbitramento da base de cálculo, dizendo que todas as informações constantes no demonstrativo resumo de transferência estão lastreadas no arquivo, registro por item de mercadoria entregue pelo autuado através do arquivo magnético.

Para demonstrar a consistência do método que adotou, o autuante explica que nos exercícios fiscalizados, quando se analisa no demonstrativo de transferência os valores unitários de saída (transferência) com os valores de entrada unitários sem ICMS dos produtos, percebe-se que foi utilizado para transferência o custo líquido sem ICMS e a diferença da base de cálculo é o imposto que deixou de ser integrado.

Assevera que fiel a norma contida no inciso IV do artigo 56 do RICMS/97, tomou por base a relação que foi produzida a partir do Registro 54, associado ao Registro 75 do arquivo magnético apresentado pela empresa, e adotou os valores das entradas mais recentes, por considerar menos onerosa ao contribuinte.

Sobre a alíquota aplicada, o preposto fiscal salientou que a operação no caso em comento é de transferência interna, e de acordo com a legislação vigente a alíquota aplicável é de 17% nos termos do artigo 50, inciso I, alínea “a”, do RICMS/97.

Analisando o conteúdo da norma expressa no inciso IV do artigo 56 do RICMS/97, diz que ao definir a base de cálculo o legislador determinou o preço de aquisição ou valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria. Destaca que o estabelecimento é uma filial e as suas entradas na maioria são por transferência.

Dizendo que o autuado não apresentou qualquer prova em sentido contrário ao seu trabalho fiscal, manteve a autuação.

No que diz respeito às infrações 02 e 06, o autuante explicou que são originárias da falta de pagamento antecipado do imposto e de multa pela falta de registro das notas fiscais capturadas pelo CFAMT, cujas cópias encontram-se às fls.64 a 126.

Transcreveu os dispositivos tidos como infringidos, quais sejam, o artigo 371, e o artigo 322, ambos do RICMS/97, e o artigo 42, XI, da Lei nº 7.014/96 utilizado para o enquadramento da multa.

Concluindo, pugna pela procedência total do Auto de Infração.

O processo foi submetido a pauta suplementar do dia 12/06/2007 visando a realização de diligência, sendo decido pelos membros da 2ª JF que não havia necessidade em virtude dos autos conterem todos os elementos necessários para a sua instrução.

Através do processo nº 098901/2007-3 (fls.265 a 298) o autuado solicitou a juntada de cópias do Registro de Entradas e das notas fiscais nº 1594, 000157, 000264, 000423, 000427, 000459, 000488, 000544, 000568, 001535, 001858, 2674, 3048, 116042, 268388, 296394, 344438, 132236, 0004944, 0004950, 0663606 e 0663607, visando comprovar parte dos itens 02 e 06.

VOTO

Na análise das peças processuais, constato que, das infrações contempladas no Auto de Infração, o autuado reconheceu integralmente as infrações 03; 05 e 07, nos valores de R\$656,56; R\$10.051,79 e R\$ 5.034,31, relativas a diferença de alíquotas – aquisições de materiais de uso e consumo; divergência dos lançamentos constantes no livro Registro de Saídas para o RAICMS; e divergência entre os valores lançados no livro Registro de Entradas para o RAICMS, respectivamente. Desta forma, face ao reconhecimento do cometimento das acusações fiscais, fica encerrada a lide, subsistindo as citadas infrações, conforme quadro seguinte:

INFRAÇÃO	VL.AUTUADOS	RECONHECIDO	IMPUGNADO
1	267.080,45		267.080,45
2	21.423,21	20.533,96	889,25
3	656,56	656,56	-
4	25.069,51		25.069,51
5	10.051,79	10.051,79	-
6	1.864,12	1.607,69	256,43
7	5.034,31	5.034,31	-
TOTAIS	331.179,95	37.884,31	293.295,64

Quanto às demais infrações, examinando cada uma de per si, de acordo com os documentos que instruem cada idem, concluo o seguinte.

Infração 01 –Multa por omissão de dados em arquivos magnéticos

A acusação é de que o contribuinte forneceu informações através de arquivos em meio magnético, exigido mediante intimação, com omissão de operações ou prestações realizadas, no formato e padrão estabelecido na legislação (Convênio ICMS 57/95), gerado através do Programa Sinteгра, referente aos exercícios de 2003 e 2004.

Portanto, o motivo determinante para a aplicação da multa foi o descumprimento de obrigação acessória relativa ao fato de que o contribuinte forneceu arquivos em meio magnético com as inconsistências constantes nos papéis de trabalho às fls.18 a 58. Consta à fl.15 a intimação que foi expedida, devidamente assinada pelo preposto do autuado, solicitando a correção das inconsistências verificadas nos arquivos magnéticos.

Sobre esta autuação e de acordo com a legislação do ICMS, a qual recepcionou as disposições contidas no Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados é obrigado a apresentar, quando solicitado, a documentação minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição, gabarito de registro (*layout*) dos arquivos, listagem dos programas e as alterações ocorridas no exercício de apuração, relativamente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias ou das prestações realizadas (art. 685, combinado com os arts. 708-A e 708-B, do RICMS/97).

O art. 708-B estabelece que: “O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos”. O arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria.

Já § 5º do art. 708-A, incorporado ao RICMS/97-BA, através da Alteração nº 63, em vigor a partir de 18/05/2005, estabeleceu um prazo de 30 dias úteis contados da data do recebimento da intimação para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência.

Assim, todos os contribuintes autorizados ao uso de SEPD, exceto os autorizados somente para escrituração do livro Registro de Inventário, estão obrigados a entregar o arquivo magnético contendo os dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário nos meses em que este for realizado. O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético chancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.

Além disso, está previsto no artigo 915, IX, “g” do RICMS/97, a aplicação de multa equivalente a “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”.

No presente caso, analisando a intimação expedida em 01/02/2007 (doc.fl.15), observo que foi intimado o contribuinte para corrigir as inconsistências especificadas, e apresentar arquivos em meio magnético, sendo concedido o prazo de trinta dias para correção do arquivo magnético com as informações solicitadas.

Logo, a autuação obedeceu ao devido processo legal, pois, está precedida da citada intimação ao autuado, solicitando e especificando a falta das informações e inconsistências, sendo-lhe entregue e esclarecida a omissão constatada, e concedido o prazo de 30 dias úteis, para corrigir a irregularidade apontada.

Portanto, pelo que se depreende houve a entrega dos arquivos magnéticos, porém, com a falta dos dados relativos aos Registros 60R, 61 e 61R, e conteúdo inválido dos arquivos no tocante ao intervalo na sequência de notas fiscais emitidas, além de divergências entre as informações dos arquivos magnéticos em confronto com as da DMA. Saliento que conforme disposto no art. 708-A, § 6º do RICMS/BA, a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, ou seja, a apresentação dos arquivos magnéticos sem conter todos os registros caracteriza a falta de sua apresentação, tendo em vista a natureza condicional do seu recebimento, sujeitando o contribuinte à correção posterior das inconsistências acaso verificadas.

Na defesa, o autuado não negou os fatos que ensejaram a aplicação da multa, porém, ponderou que:

- a) a empresa atua no ramo de calçados e produtos afins, e que 90% de suas operações encontram-se sujeitas ao regime de substituição tributária, com pagamento antecipado do imposto, e que as divergências nos arquivos não inviabilizam o exercício do controle da arrecadação.
- b) vários roteiros de auditoria podem ser desenvolvidos, especialmente os relativos a antecipação tributária.
- c) tentou corrigir os arquivos magnéticos, ressaltando que o Auto de Infração não esclarece quais as inconsistências que permaneceram a partir da segunda apresentação dos arquivos, após o prazo concedido em 01/02/2007, o que caracterizaria no seu entendimento falta de segurança para a infração que foi imputada.
- d) as divergências nos arquivos magnéticos não causaram impedimento para a fiscalização realizar sua ação fiscal e não houve indícios de sonegação.

- e) a multa que foi aplicada é pesada e supera, de forma proporcional, toda a capacidade de produzir recursos da empresa, bem como ultrapassa a capacidade de geração do próprio ICMS.

Por conta desses argumentos, pediu o cancelamento ou a redução da multa para R\$50,00, por exercício, com fulcro no artigo 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, com base no argumento de que não houve a prática de dolo, fraude ou simulação com a ocorrência.

A infração está devidamente caracterizada a infração, inclusive cumpre salientar que o próprio contribuinte autuado, na peça defensiva, reconheceu que nos arquivos magnético apresentados não constavam as inconsistências apontadas na autuação. Desta forma, a lide se restringe exclusivamente quanto ao valor da multa aplicada, uma vez que houve reconhecimento pelo contribuinte da infração praticada.

Quanto ao apelo para o cancelamento ou isenção da multa e dos acréscimos moratórios, também não acato por falta de previsão legal, pois o art.158, do RPAF/99, ao tratar das multas por descumprimento de obrigação acessória, somente admite a redução ou cancelamento pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, quando restar provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo. No caso em comento, observo que tais condições não foram satisfeitas pelo contribuinte, haja vista que a falta dos Registros 60R, 61 e 61R impedem a realização do roteiro de auditoria de estoques e da reconstituição dos livros fiscais, além de outros roteiros, como crédito indevido, bem assim, a apuração da existência ou não de débito perante o fisco. Portanto, dada subjetividade das alegações defensivas, e não tendo sido atendidas as exigências acima, deixo de acatar o pedido do autuado.

Quanto a jurisprudência citada na defesa, observo que elas tratam de questões específicas não se aplicando ao caso em comento.

Assim, tendo sido regularmente intimado o autuado, para no prazo de 30 dias úteis, corrigir todas as irregularidades apontadas, sendo esclarecidas as inconsistências através das listagens diagnósticos das irregularidades que foram fornecidas, e como o contribuinte não cumpriu as determinações legais acima descritas, especialmente o previsto no § 2º, do art. 708-A, do RICMS/97, entendo que foi correta a aplicação da penalidade indicada no presente Auto de Infração, ou seja, a prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, tem a seguinte redação:

“Art. 42 - Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

- 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.”

Infração 02 – Falta de recolhimentos do ICMS, por antecipação tributária

Infração 06 – Falta de escrituração de notas fiscais de compras – mercadoria não tributáveis.

Analisarei estes itens conjuntamente, pois foram apurados com base nas mesmas notas fiscais capturadas pelo CFAMT.

O débito da infração 02, no total de R\$21.423,21, encontra-se demonstrado às fls.61 a 63, através da planilha intitulada de “Demonstrativo da Antecipação Tributária devida por Entradas”, na qual, foi especificada mensalmente todos os dados das notas fiscais, tais como, número, data,

fornecedor, UF de origem, tipo da mercadoria, valor da operação, MVA, base de cálculo, alíquota aplicada, crédito fiscal deduzido, valores recolhidos, e a diferença a pagar.

Já o débito da infração 06, no montante de R\$1.864,12, está demonstrado às fls. 142 a 143, mediante o levantamento “Notas Fiscais não Registradas no Registro de Entradas”, e diz respeito a falta de escrituração de notas fiscais de aquisição no livro de entradas de mercadorias, cujo levantamento especifica todos os documentos fiscais e valor da multa sobre o valor de cada nota fiscal.

O autuado em sua defesa demonstrou ter tido acesso a esses demonstrativos e às notas fiscais que os originaram, tanto que, reconheceu a quase totalidade do débito, haja vista que o valor da exigência fiscal da infração 02 totaliza o montante de R\$21.423,21 e foi reconhecido o valor de R\$20.533,96, enquanto o débito da infração 06 totaliza o valor de R\$1.864,12, e foi acatado o débito no valor de R\$1.607,69.

Para a parte não reconhecida, o autuado alegou que algumas notas fiscais listadas na autuação foram devidamente lançadas e a antecipação recolhida, de acordo com a documentação que anexou ao processo.

Mantenho o lançamento do item 02, pois das provas que foram apresentadas não constam nenhum comprovante de recolhimento da antecipação tributária.

Quanto ao item 06, analisando os documentos às fls.266 a 298, verifiquei que realmente as notas fiscais especificadas no quadro abaixo se encontravam devidamente escrituradas no livro fiscal próprio, devendo serem excluídas do levantamento às fls.142 a 143, resultando na diminuição da multa para o valor de R\$1.494,49, conforme planilha abaixo:

DATA	VALOR MULTA	VALOR INDEVIDO	MULTA DEVIDA	VALOR RECONHEC.	NOTAS FISCAIS REGISTRADAS
mar-03	25,41	12,50	12,91	12,41	1594
abr-03	122,38	-	122,38	122,38	
mai-03	383,66	-	383,66	383,66	
jun-03	14,60	-	14,60	14,60	
jul-03	15,04	-	15,04	10,00	
ago-03	97,22	-	97,22	73,39	
set-03	9,79	-	9,79	9,79	
out-03	502,15	4,81	497,34	497,34	344438
nov-03	83,68	5,81	77,87	77,87	132236
fev-04	4,00		4,00	4,00	
mar-04	22,62		22,62	22,62	
abr-04	120,41	89,99	30,42	30,42	663606/663607/116042/268388/296394/1535
mai-04	17,55	-	17,55	17,55	
jun-04	52,85	38,40	14,45	23,81	423/2674/568
jul-04	103,48	26,91	76,57	76,57	427
ago-04	43,83	38,43	5,40	25,80	3048/157/1858
set-04	88,59	88,59	-	88,60	4950/4944
out-04	108,76	39,98	68,78	68,78	459/264
nov-04	39,10	15,21	23,89	39,10	488
dez-04	9,00	9,00	-	9,00	544
	1.864,12	369,63	1.494,49	1.607,69	

Infração 04 – Recolhimentos a menos por erro na determinação da base de cálculo do ICMS.

A autuação versa sobre o desenvolvimento de verificação fiscal analítica empreendida pelo fisco, onde se constatou recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias em operações de transferência, praticando-se preços menores do que o custo. O levantamento compreendeu o

período de março a novembro de 2003, e fevereiro a dezembro de 2004, conforme documentos às fls. 132 a 135.

O autuado discordou da autuação, com base na alegação de que ela não apresenta elementos que possam indicar, com segurança, a infração apontada, por entender que não oferece eficácia em relação à apuração da base de cálculo, tendo em vista que no método utilizado para a conclusão fiscal foram arbitrados os valores intitulados “preços mínimos para transferências”, não refletindo as aquisições ou as entradas mais recentes realizadas pela empresa, em desacordo com o art. 56, inciso IV, letra “a”, do RICMS/97.

Diz que ao não serem apontados os critérios de formação dos preços mínimos de transferência, a apuração foi desvirtuada por não seguir como dado comparativo a própria base indicada no diploma legal que se pretende caracterizar como infringido.

O autuante, por seu turno, esclareceu que o demonstrativo de transferência que elaborou é um resumo das operações de saída por transferência no mês e as entradas até o mês a que se refere a transferência, e que para as saídas considerou o valor intermediário do produto no mês, enquanto que para as entradas foi considerado o valor intermediário até o mês, ou seja, quando as saídas referiram-se ao mês de janeiro as entradas também correspondem até o mês de janeiro. Quando as saídas referiram-se ao mês de fevereiro as entradas referiram-se aos meses de janeiro e fevereiro, e assim sucessivamente, conforme encontram-se especificadas em cada coluna no citado demonstrativo, cujas informações, estão lastreadas no arquivo, registro por item de mercadoria entregue pelo autuado através do arquivo magnético.

Para demonstrar a consistência do método que adotou, o autuante explica que nos exercícios fiscalizados, quando se analisa no demonstrativo de transferência os valores unitários de saída (transferência) com os valores de entrada unitários sem ICMS dos produtos, percebe-se que foi utilizado para transferência o custo líquido sem ICMS e a diferença da base de cálculo é o imposto que deixou de ser integrado.

Assevera que fiel a norma contida no inciso IV do artigo 56 do RICMS/97, tomou por base a relação que foi produzida a partir do Registro 54, associado ao Registro 75 do arquivo magnético apresentado pela empresa, e adotou os valores das entradas mais recentes, por considerar menos onerosa ao contribuinte.

A exigência de ICMS nas saídas de mercadorias para estabelecimento do mesmo titular está respaldada pelo artigo 56, inciso IV, alínea “a” e “b”, do RICMS/97, que reza *in verbis*:

Art.56. A base de cálculo do ICMS, nas operações internas e interestaduais realizadas por comerciantes, industriais, produtores, extratores e geradores, quando não prevista expressamente de forma diversa em outro dispositivo regulamentar, é:

.....

IV – na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular:

- a) o preço de aquisição ou o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria; ou*
- b) o custo da mercadoria, quando produzida, gerada, extraída ou fabricada pelo próprio estabelecimento.*

Segundo o disposto no citado artigo, o ICMS incide sobre a saída da mercadoria que tenha como destino outro estabelecimento da mesma empresa, neste caso, há duas hipóteses para determinar o valor da operação: o valor tributável não poderá ser inferior ao custo de aquisição ou ao custo da mercadoria.

Acrescenta que por se tratar de operação interna, o valor da mercadoria transferida para filial deve ser aquela correspondente à entrada mais recente da mercadoria ou custo da mercadoria.

Na fase de instrução, o processo foi submetido a pauta suplementar do dia 12/06/2007, visando a realização de diligência, sendo decidido que não haveria necessidade de tal verificação, uma vez que foi considerado que o procedimento adotado pela fiscalização não estava de acordo com o art.56, IV, “a”, do RICMS/97.

Da análise minuciosa do levantamento que instrui a autuação se observa que a natureza da infração não está hialinamente determinada, pois o preposto fiscal elaborou seu trabalho fiscal com base em um levantamento das quantidades das mercadorias de um período (mensal) para apurar o custo de cada mercadoria, ensejando, assim, a necessidade de ser realizado novo procedimento tributário com vista à apuração da repercussão tributária concernente ao fato constatado, pois o método adotado pela fiscalização não permite determinar com segurança a natureza da infração.

Ressalto que apesar do vício formal constatado, o qual determina o comprometimento do procedimento fiscal, a sentença de nulidade, neste caso, não decide em definitivo em favor do acusado, o que dela resulta é a absolvição do contribuinte da imputação que lhe é imposta na peça acusatória acusatório ora “in examine”, tornando necessária a abertura de nova oportunidade para que a fiscalização efetue novo procedimento com base no que rege a legislação sobre a espécie.

Nesta circunstância, considerando que o método adotado para o levantamento efetuado pelo autuante às fls.132 a 135 não está de acordo com o disposto no art.56, IV, “a”, do RICMS/97, concluo que não há certeza quanto aos valores apurados, impondo a nulidade da autuação.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no total de R\$330.810,32, ficando alterado o demonstrativo da infração 06 para o quadro abaixo:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencdo.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
31/03/2003	09/04/2003	1.291,00	-	1	12,91	6
30/04/2003	09/05/2003	12.238,00	-	1	122,38	6
30/05/2003	09/06/2003	38.366,00	-	1	383,66	6
30/06/2003	09/07/2003	1.460,00	-	1	14,60	6
30/07/2003	09/08/2003	1.504,00	-	1	15,04	6
30/08/2003	09/09/2003	9.722,00	-	1	97,22	6
30/09/2003	09/10/2003	979,00	-	1	9,79	6
30/10/2003	09/11/2003	49.734,00	-	1	497,34	6
30/11/2003	09/12/2003	7.787,00	-	1	77,87	6
29/02/2004	09/03/2004	400,00	-	1	4,00	6
31/03/2004	09/04/2004	2.262,00	-	1	22,62	6
30/04/2004	09/05/2004	3.042,00	-	1	30,42	6
30/05/2004	09/06/2004	1.755,00	-	1	17,55	6
30/06/2004	09/07/2004	1.445,00	-	1	14,45	6
30/07/2004	09/08/2004	7.657,00	-	1	76,57	6
30/08/2004	09/09/2004	540,00	-	1	5,40	6
30/09/2004	09/10/2004	-	-	1	-	6
30/10/2004	09/11/2004	6.878,00	-	1	68,78	6
30/11/2004	09/12/2004	2.389,00	-	1	23,89	6
30/12/2004	09/01/2005	-	-	1	-	6
TOTAL DO DÉBITO					1.494,49	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 108883.0002/07-2, lavrado

contra **P. K. K. CALÇADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 62.235,38**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “d”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas no total de **R\$268.574,94**, previstas nos incisos XI e XIII-A, alínea “f” do mesmo artigo e lei citados, com os acréscimos moratórios previsto pela Lei nº 9837/05, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR