

A. I. N° - 206948.0002/07-8
AUTUADO - PROT. CAP. ARTIGOS PARA PROTEÇÃO INDUSTRIAL LTDA.
AUTUANTE - MARCO AURÉLIO DUTRA DE REZENDE
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 29.08.07

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0246-04/07

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Comprovado a contabilização de parte das notas fiscais o que reduziu o débito. Infração elidida em parte. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA. MULTA. Comprovado nos autos que tendo sido intimado para corrigir as inconsistências contidas nos arquivos magnéticos entregues, não foi feita a devida correção no prazo legal, o que configura não entrega. Mantida a multa aplicada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Comprovado nos autos que todas as notas fiscais foram escrituradas regularmente. Infração elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, foi lavrado em 20/03/07, exige ICMS no valor de R\$11.804,93 acrescido da multa de 70%, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando valor de R\$87.943,84, em decorrência das seguintes infrações:

01. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Consta, na descrição dos fatos, que o autuado deixou de registrar em suas escritas fiscal e contábil diversas notas fiscais capturadas pelo CFAMT (2004 a 2006) – R\$11.804,93.
02. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Consta, na descrição dos fatos, que tendo identificado ausência de dados informados nos registros 50 e 54 dos arquivos magnéticos entregues pelo contribuinte, o mesmo foi intimado para efetuar as devidas correções mediante intimação e não tendo feito, é considerado não entregue, tendo sido aplicado multa (2003 e 2004) – R\$87.736,88.
03. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 1% sobre o valor não registrado (2005 e 2006) - R\$206,96.

O autuado apresentou defesa às fls. 131 a 135, preliminarmente, diz que a ação fiscal resultou em lastimável equívoco em relação à infração 1. Reproduz a planilha apresentada pelo autuante, e afirma que da análise dos documentos, comprova a seguinte destinação:

- a) NF 223657, 696603, 257260, referem-se a operações com Código Fiscal de Operação (CFOP) 6949 e 5556, de mercadorias outras e devolução de vendas;

b) NF 9769, 2633, 130885, 35944, 55386, 7359, 55623, 25715 e 56249, referem-se a operações com o CFOP 6102 e 6101, destinadas a uso/consumo ou ativo imobilizado;

c) NF 146083 e 93278 referem-se a operações com o CFOP 6101 e 6102, destinadas à revenda.

Diz que não reconhece os débitos relativos a mercadorias outras, totalizando R\$1.014,20, por infringir o disposto no art. 42, III da Lei 7.014/96, por não existir prática de atos fraudulentos, conforme definido no citado dispositivo legal e da mesma forma, relativo a operação de devolução de vendas, totalizando R\$183,96, em razão de que “no ato da devolução deixamos de nos creditar do valor do ICMS”.

Também não reconhece o débito referente a mercadorias destinadas a revenda, totalizando R\$5.739,09, tendo em vista que foram devidamente lançadas no livro de Registro de Entradas.

Reconhece o débito relativo às entradas de mercadorias destinadas a uso/consumo e ativo imobilizado, totalizando valor de R\$29.471,39, admitindo aplicação de multa de 1% de acordo com o disposto no art. 42, XI da Lei 7.014/96, o que resulta em valor devido de R\$297,40, informando que de imediato já providenciou o seu pagamento.

Com relação à infração 2, afirma que em nenhum momento deixou de cumprir o que preceitua a legislação pertinente ao fornecimento dos arquivos magnéticos e que não pode ser apenado por verificações posteriores, tendo em vista que transmitiu os mencionados arquivos e obteve recibo sem indicação de nenhuma irregularidade.

Refuta que “não deixou de atender intimação regularmente efetuada, pois todos os arquivos já tinham sido entregues”.

Quanto à infração 3, não reconhece o débito relativo às operações não tributadas de transferência de bens do ativo imobilizado de sua matriz, em razão de que todas as operações foram registradas regularmente no livro de Registro de Entrada e não considerado pelo autuante.

Por fim, requer que a autuação seja julgada procedente em parte, com reconhecimento do débito de R\$294,71, conforme razões expostas.

O autuante, na informação fiscal prestada às fls. 308 a 309, inicialmente discorre sobre as infrações e alegações defensivas, ressaltando que em relação à infração 1 já existe jurisprudência no CONSEF de que mercadorias ou bens não registrados, comprovado pelas notas fiscais retidas no CFAMT configura omissão de saída anteriores, não importando a destinação das mercadorias. Dessa forma, com relação às notas fiscais de entradas de nºs 223657, 696603, 257260, 9769, 2633, 130885, 35944, 55386, 7359, 55623, 25715 e 56249, referem-se a operações com o CFOP 6102 e 6101, reconhecidamente não contabilizadas pelo autuado, deve ser exigido o imposto sobre a expressão monetária das operações de entradas não contabilizadas.

Com relação às notas fiscais 146083 e 93278, não localizado o registro pela fiscalização, constata após a defesa que a primeira foi digitada equivocadamente no sistema CFAMT com o nº 146086 e 98278. Reconhece que as citadas notas fiscais foram regularmente registradas.

Quanto à infração 2, contesta o argumento defensivo de que entregou regularmente os arquivos magnéticos, ressaltando que o art. 708-A, § 6º do RICMS/BA, estabelece que a recepção de arquivo magnético pela SEFAZ não caracteriza que atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção de inconsistências verificadas.

Afirma que após análise preliminar dos arquivos existentes na base de dados da SEFAZ, relativo ao contribuinte, constatou diversas inconsistências, tendo discriminado em listagem de diagnóstico (fls. 40 a 79) entregues ao autuado, mediante intimação, para que no prazo legal fossem providenciadas as devidas retificações, o que não ocorreu. Ressalta que conforme disposto na legislação tributária, o fato do contribuinte não atender a intimação regular para

corrigir inconsistências em arquivos magnéticos, configura não fornecimento do arquivo magnético, sujeitando-se o infrator à multa prevista no art. 915, XIII-A do RICMS/BA.

Relativamente à infração 3, reconhece que com a defesa apresentada foram confirmadas o registro no livro Registro de Entradas de todas as notas fiscais objeto da autuação, relativas a transferências de bens do ativo imobilizado e concorda com a improcedência desta infração.

Apresentou novo demonstrativo de débito às fls. 311 e 312, no qual reduziu o valor da infração 1 de R\$11.804,93 para R\$6.065,83, manteve integralmente os valores exigidos da infração 2 e excluiu os valores da infração 3, o que resultou em valor total devido de R\$93.802,72.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal (fls. 313/314), por meio dos Correios com Aviso de Recebimento (AR), inclusive feito a entrega de cópias das fls. 307 a 312 do processo, e concedeu prazo de dez dias para manifestar-se.

O autuado pronunciou-se às fls. 316 a 319, alegando que na defesa inicial não tinha constatado que a nota fiscal 696603 de 17/03/05 tinha sido registrada no livro Registro de Entrada como devolução de vendas em 01/04/05, devendo ser afastado o valor considerado devido de R\$183,96.

Com relação às demais notas fiscais, reitera o argumento inicial de que mesmo que não tenham sido registradas, foi registrada no movimento do estabelecimento da matriz localizada no Estado de São Paulo e trata-se de operações não destinadas a revendas, reconhecendo apenas os débitos relativos às notas fiscais 223657, 257260, 9769, 2633, 130885, 35944, 55386, 7359, 55623, 25715 e 56249, totalizando valor de R\$35.810,49, que por se tratar de bens adquiridos para uso/consumo ou ativo imobilizado reconhece multa de 1% totalizando R\$358,10, nos termos do art. 42, XI da Lei 7.014/96.

Relativamente à infração 2, afirma que não deixou de atender a notificação da fiscalização, relativo aos meses de agosto a dezembro de 2004, com as informações contidas no registro 54, conforme cópia dos recibos de transmissões, ressaltando que pela notificação da listagem de diagnóstico juntada às fls. 42 a 78, somente relaciona o período de agosto a novembro de 2004.

Quanto aos demais meses (janeiro/03 a julho/04), entende que com base na notificação da fiscalização estava isento de penalidade, não cabendo imposição de multa sobre todos os arquivos que foram enviados e validados pelo Sintegra, através do programa de transmissão Eletrônica de Dados (TED), sem existência de inconsistências e se constatado irregularidade na abertura dos arquivos pelo autuante, entende que não pode o contribuinte ser penalizado.

Conclui requerendo a procedência parcial da autuação com valor reconhecido de R\$358,10.

Instado a manifestar sobre a defesa complementar, o autuante à fl. 398 reconheceu que a nota fiscal 696603 foi regularmente escriturada e concordou em excluir o valor correspondente de R\$183,93, conforme demonstrativo à fl. 310, o que reduz o débito da infração 1 de R\$6.065,84 para R\$5.881,88, conforme demonstrativo à fl. 399.

Reitera seu posicionamento anterior em relação às demais infrações e apresenta novo demonstrativo de débito às fls. 400/401, indicando valor remanescente de R\$93.618,76. Informa que para melhor esclarecimento das infrações 1 e 2, junta às fls. 402 a 405 Parecer Jurídico da Procuradoria Geral do Estado (PGE) sobre infrações idênticas imputadas em outra autuação.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da nova informação fiscal (fl. 406), tendo o mesmo se manifestado às fls. 408 a 412, reiterando o seu posicionamento em relação à infração 1.

Com relação à infração 2, reitera os argumentos anteriormente apresentados, acrescentando que fez a entregue do arquivo magnético relativo ao mês de dezembro/04, sem o registro 54 e reconhece a aplicação de uma penalidade no valor de R\$1.380,00, prevista no art. 915, XIII-A, “I” do RICMS/BA.

Com relação ao Parecer da PGE juntado pelo autuante, diz que em nenhum momento deixou de reconhecer as entradas das notas fiscais objeto da autuação e sim de que as mercadorias não são

destinadas a revenda, motivo pelo qual concorda com a aplicação de multa de 1% sobre o valor total das notas fiscais, tendo em vista que se trata de mercadorias destinadas ao consumo/imobilizado, o que resulta em valor de R\$358.10.

O autuante produziu nova informação fiscal às fls. 432 a 433, afirmando que tendo identificado entradas de mercadorias cujas notas fiscais não foram registradas nos livros fiscais, foi exigido imposto a título de presunção, independente da situação das mercadorias, não tendo o contribuinte comprovado o registro de parte delas, entende que deve ser mantida a presunção legal de omissão de saídas. Diz que procurando adotar um critério mais benéfico para o autuado, aplicou o critério da proporcionalidade das saídas tributáveis com alíquotas de 7%, 12% e 17%.

Relativamente à infração 2, esclarece que numa análise preliminar dos arquivos magnéticos recepcionados no Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos (SICAM), identificou as seguintes inconsistências em relação aos seguintes meses:

- a) agosto, setembro, outubro e novembro/04 – diversas notas fiscais informadas no registro tipo 50, deixaram de ser informadas no registro tipo 54, conforme listagem de diagnóstico às fls. 42 a 79;
- b) nos demais meses do período examinado (01/2003 a 12/2004), não foram informados o registro tipo 54 e 75, todos obrigatórios, conforme listagem de diagnóstico à fl. 41.

Informa que o contribuinte foi intimado em 16/01/07 (fl. 41) para regularizar as falhas contidas no arquivo magnético e não apresentou no prazo legal concedido de trinta dias, os arquivos magnéticos retificados, o que caracteriza que não foram entregues, nos termos do art. 708-A, § 6º do RICMS/BA, e aplicada a multa prevista no art. 915, XIII-A do mencionado diploma legal.

Requer a procedência parcial da autuação, com débito de R\$93.618,76, conforme demonstrativo à fl. 398.

VOTO

O Auto de Infração acusa omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias.

Com relação à primeira infração, o autuado na defesa inicial e após a informação fiscal comprovou o registro das notas fiscais de nºs 696603, 146083 e 93278, o que foi acatado pelo autuante na última informação fiscal, inclusive constatado ter sido digitado com números errados no sistema CFAMT. Portanto deve ser afastada a exigência do imposto relativo às citadas notas fiscais.

Com relação às demais notas fiscais relacionadas no último demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 399, não acato o argumento defensivo de que as notas fiscais não registradas se referem às aquisições destinadas a uso/consumo ou ativo imobilizado e que deve ser aplicada multa de 1%, tendo em vista que o imposto foi exigido com base em presunção legal de omissão de saída de mercadorias, previstas no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96 (art. 2º, § 3º do RICMS/BA), o qual estabelece:

Artigo 4º:

...

§ 4º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

...

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

Dessa forma, o imposto exigido relativo às entradas não contabilizadas, conduz à presunção de que os valores utilizados no pagamento das mercadorias adquiridas e não contabilizadas tiveram como origem saída de mercadorias anteriores também não registradas. Logo, não se sabe qual a

origem da receitas empregada no pagamento das compras não registradas e presume-se que se trata omissão de saídas tributadas. Ressalto que em se tratando de presunção relativa, é ressalvado ao contribuinte provar a improcedência da presunção, no caso presente, o registro das notas fiscais das quais foi acusado de não contabilizar, o que não foi feito.

Relativamente ao procedimento adotado pelo autuante, aplicando critério de proporcionalidade com relação às saídas tributáveis com alíquotas de 7%, 12% e 17%, na apuração do débito, observo que esta questão ainda não foi pacificada no CONSEF. Em algumas decisões foi acatada a proporcionalidade na apuração do imposto em decorrência de presunção legal, relativa a saídas de mercadorias tributáveis e não tributáveis (isentas e com pagamento de imposto antecipado), porém, esta questão não foi trazida a este processo e não deve ser apreciada. Entretanto, discordo do posicionamento do autuante em aplicar proporcionalidade em função de alíquotas diferenciadas, situação em que é prevista de ser aplicada na exigência de ICMS decorrente de arbitramento (art. 938, § 4º do RICMS/BA), mas que não deve ser aplicada na apuração do imposto em decorrência de presunção legal.

Por tudo que foi exposto, tomo como base o demonstrativo de débito elaborado pelo autuante à fl. 399, faço o ajuste pela alíquota de 17% e considero devido o valor de R\$6.087,79. Infração subsistente em parte.

Data Ocorr	Data Vencto	Nota Fiscal	Base Cálculo	Aliq %	Multa %	Valor do Débito
30/09/04	09/10/04	223657	2.388,10	17,00	60,00	405,98
31/07/05	09/08/05	257260	3.951,00	17,00	60,00	671,67
		9769	1.994,00			
		2633	1.456,04			
		130885	4.191,35			
		35944	661,05			
		55386	2.052,80			
		7359	711,74			
		55623	905,10			
		25715	12.300,00			
		56249	5.199,31			
31/08/05	09/09/05		29.471,39	17,00	60,00	5.010,14
Total						6.087,79

Quanto à infração 2, o autuado alegou que cumpriu o que determina a legislação pertinente ao fornecimento dos arquivos magnéticos em relação ao período fiscalizado. Na sua última manifestação acerca da informação fiscal, admitiu ter entregue o arquivo magnético relativo ao mês de dezembro/04, sem o registro 54 e reconheceu a aplicação de uma penalidade no valor de R\$1.380,00, prevista no art. 915, XIII-A, “i” do RICMS/BA, o que foi contestado pelo autuante.

Pela análise dos documentos constantes do processo verifico que:

Conforme intimação juntada pelo autuante à fl. 40, o contribuinte foi intimado para apresentar num prazo de trinta dias a contar do dia 16/01/07, os arquivos magnéticos retificados que foram recepcionados no Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos (SICAM), faltando os registros tipo 54, 74 e 75, conforme listagem de diagnóstico às fls. 42 a 88, e resumo às fls. 38 e 41.

Com relação ao argumento defensivo de que os arquivos magnéticos relativos ao período de janeiro/03 a julho/04, foram enviados e validados pelo Sintegra, sem inconsistências, verifico que a relação de arquivos recepcionados juntados às fls. 80 a 86, indica que foram entregues sem os registros 54 e 75, conforme listagem de diagnóstico que lhe foi entregue à fl. 41 e intimação para fazer as devidas correções à fl. 40. Dessa forma, restou comprovado que os arquivos magnéticos relativos a este período foram entregues incompletos e o contribuinte não trouxe ao processo a prova de que fez a entrega dos arquivos magnéticos corrigidos no prazo legal que lhe foi concedido e não pode ser acolhida tal alegação.

No tocante à alegação de que não deixou de atender a notificação da fiscalização, relativo aos meses de agosto a dezembro de 2004, constato que foi entregue mediante recibo uma listagem de diagnóstico juntada às fls. 42 a 78 indicando as divergências entre os registros tipo 50 e 54, bem como ausência do registro 75, conforme resumo à fl. 41. Da mesma forma apreciada acima, o contribuinte não comprovou nos autos que foi feita as devidas correções no prazo legal concedido.

Quanto ao argumento de que fez a entrega do arquivo magnético relativo ao mês de dezembro/04, sem o registro 54 e que caberia a aplicação de uma penalidade no valor de R\$1.380,00, prevista no art. 915, XIII-A, "i" do RICMS/BA, constato que a relação de arquivos recepcionados à fl. 83 indica que foi entregue o arquivo relativo a este mês, sem o registro tipo 54, 74 e 75, conforme listagem de diagnóstico juntada pelo autuante à fl. 40, cuja cópia foi entregue ao contribuinte mediante intimação para corrigi-lo. Não tendo sido trazido ao processo a prova de que as correções foram efetuadas no prazo legal é considerado não entregue.

Por tudo que foi exposto, estando o contribuinte obrigado a fazer entrega ao Fisco dos arquivos magnéticos, o fato de ter sido recepcionado pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no RICMS/BA, ficando o contribuinte sujeito a corrigir as inconsistências verificadas nos mesmos (art. 708-A, § 6º). Tendo sido intimado para corrigir as inconsistências verificadas no arquivo magnético, mediante listagem de diagnóstico indicativa de irregularidades encontradas (art. 708-B, § 3º) e não tendo sido feita no prazo legal de trinta dias que lhe foi concedido fica configurado o não fornecimento do arquivo, nos termos do art. 708-B, § 6º, ficando o contribuinte sujeito à penalidade prevista do art. 915, XIII-A, "g" tudo no mencionado diploma legal. Portanto, é correta a imposição de multa 1% sobre o valor das saídas das mercadorias promovidas pelo estabelecimento autuado em decorrência da não entrega dos arquivos magnéticos, relativo ao período fiscalizado.

No tocante à infração 3, o autuado argumentou que todas as notas fiscais foram devidamente registradas nos livros fiscais, o que foi reconhecido pelo autuante na informação fiscal. Constato que todas as notas fiscais relacionadas no demonstrativo elaborado pelo autuante (fl. 114), foram regularmente registradas no livro de Registro de Entrada do estabelecimento autuado, conforme cópias juntadas com a defesa às fls. 264 a 274, devendo ser afastado integralmente a multa aplicada. Infração insubsistente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206948.0002/07-8**, lavrado contra **PROT. CAP. ARTIGOS PARA PROTEÇÃO INDUSTRIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.087,79**, acrescido da multa de 70% prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$87.736,88** prevista no art. 42, XIII-A, "g" da citada Lei e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de agosto de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR