

A. I. N°. - 180642.0003/07-5
AUTUADO - MARISA LOJAS VAREJISTAS LTDA.
AUTUANTE - MARIA CRISTINA DÓREA DANTAS
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET - 06. 11. 2007

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0344-01/07

EMENTA. ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. CONTRIBUINTE USUÁRIO DE SEPD PARA EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. 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. Infração subsistente 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, o valor será o preço de aquisição ou o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria. Comprovado o acerto da exigência tributária. Infração mantida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 1% e de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Mantida integralmente a infração 03, enquanto que a infração 04 é mantida parcialmente, considerando que o sujeito passivo comprovou ter escriturado duas das notas fiscais arroladas na exigência. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. a) BEM DESTINADO AO ATIVO PERMANENTE. b) MATERIAL DE USO E CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre as entradas efetuadas em decorrência de operações interestaduais, quando os bens são destinados ao ativo imobilizado do estabelecimento ou ao seu uso e consumo. Infrações comprovadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade e o pleito pela realização de nova diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 28/03/2007, é lançado o crédito tributário correspondente à exigência de ICMS no valor de R\$ 20.978,90, acrescido da multa de 60% e à multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 194.909,24, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades:

01 – deixou de fornecer arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, sendo aplicada a multa correspondente a 1%, totalizando R\$

192.314,87, em referência aos meses de janeiro a dezembro de 2002, de 2003 e de 2004. Consta que regularmente intimado a corrigir erros no arquivo magnético em 08/01/2007, o contribuinte deixou de informar o registro 74 de dezembro de 2002, de janeiro e dezembro de 2003 e de dezembro de 2004; ocorreu falta de notas fiscais na seqüência de saída nos exercícios de 2003 e 2004; deixou de enviar os arquivos com as devidas correções no exercício de 2002 e de dezembro de 2004; e não corrigiu as inconsistências nos valores do arquivo, em relação aos registros 50 e 60 (entrada e saída) no que se refere aos valores declarados nas DMAs – Declaração e Apuração Mensal do ICMS –, dos exercícios de 2003 e 2004;

02 - recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no mês de dezembro de 2004, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 100,00. Consta que o contribuinte transfere mercadorias para estabelecimento do mesmo titular com o valor inferior ao praticado nas entradas. De acordo com o art. 56, IV, “a” do RICMS/97, na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, o valor será o preço de aquisição ou o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria. Tudo em conformidade com CD anexo, contendo os arquivos referentes às transferências;

03 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro a maio e novembro de 2003, sendo aplicada a multa de 1%, no valor de R\$ 2.264,58. É informado que as notas fiscais se referem a mercadorias não comercializadas pelo contribuinte, tendo sido apuradas através de CFAMT – Sistema Automatizado de Controle de Mercadorias em Trânsito;

04 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de maio, setembro e dezembro de 2003 e outubro de 2004, sendo aplicada a multa de 10%, no valor de R\$ 329,79. Consta que as notas fiscais se referem a mercadorias comercializadas pelo contribuinte, tendo sido apuradas através de CFAMT;

05 – deixou de recolher o 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, no mês de setembro de 2003, exigindo imposto no valor de R\$ 43,20. É informado que as notas fiscais foram coletadas através do CFAMT;

06 – deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro a maio, novembro e dezembro de 2003, com exigência de ICMS no valor de R\$ 20.835,70. Consta que as notas fiscais foram coletadas através do CFAMT.

O autuado impugnou o lançamento fiscal às fls. 340 a 354, contestando inicialmente a imposição fiscal referente à infração 01, sob a argüição de que os dispositivos tidos como infringidos (arts. 686 e 708-B do RICMS/BA), estabelecem a obrigatoriedade de o contribuinte manter pelo prazo decadencial as informações referentes à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração, bem como a fornecer ao fisco documentos e arquivos magnéticos no prazo de cinco dias, sempre que for intimado. Salienta não ter deixado de observar esses dispositivos, já que em 08/02/2007 entregou os arquivos requisitados através da intimação apresentada pela fiscalização, conforme carimbos de recepção constantes no doc. 04 (fls. 440 a 462).

Reitera que a acusação fiscal e os dispositivos legais que a fundamentam tratam da suposta não entrega dos arquivos magnéticos, caso em que tal omissão não ocorreu por ter efetivado a entrega na data acima, confirmado que os citados dispositivos foram plenamente observados. Argumenta que na pior das hipóteses não se trata de omissão, porém de arquivo em padrão diferente do previsto na legislação, o que significa que a acusação é precária, impondo-se a decretação de sua insubsistência, o que requer.

Aduz que ao deixar de apresentar uma relação pormenorizada das notas fiscais de seqüência de saída dos exercícios de 2003 e 2004 a fiscalização cerceou o seu direito de praticar o exercício constitucional do contraditório pleno, enfatizando que a ausência do demonstrativo detalhando os referidos documentos fiscais, a exemplo de seus números, datas e valores, que correspondem aos registros tidos como omitidos no arquivo magnético, impede que o impugnante possa se opor de forma plena à infração que lhe foi imputada.

Enfatiza que, desse modo, deve ser decretada a nulidade da autuação, de acordo com o art. 18, inciso II do Dec. 7.629/99.

O autuado assegura que na condição de empresa séria e de relevância no setor que atua, sempre cumpriu com rigor todas as obrigações principais e acessórias. Acrescenta ter ficado demonstrado que entregara a documentação exigida pela fiscalização, tanto no dia 08/02/2007 como em oportunidades anteriores, tendo agido sempre com boa-fé e dentro da legalidade.

Requer a juntada dos arquivos requisitados pela fiscalização e para constatar que não houve prejuízo ao erário, pleiteia a decretação da insubsistência da presente pretensão fiscal (doc. 05).

Lembra que a recepção do princípio da boa-fé no âmbito do direito tributário tem como objetivo flexibilizar o exercício do poder de punir diante da complexidade do sistema de direito positivo. Transcreve trechos do voto do ministro do STJ – Superior Tribunal de Justiça, Humberto Gomes de Barros, baseado nessa premissa, para afirmar que a boa-fé pode ser invocada na interpretação e aplicação de normas relativas a sanções tributárias, ressaltando que o STJ, ao julgar o Recurso Especial nº. 2001/0037971, considerou a boa-fé como excludente de culpabilidade e reconheceu que esta é aplicável às infrações à legislação tributária.

Diz que o legislador baiano observou tais assertivas ao editar o art. 159, § 1º, inciso II do RPAF/99, que trata da possibilidade de proposição à Câmara Superior do CONSEF de dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo da eqüidade, no caso do sujeito passivo ter agido de boa-fé e diante de justificada dúvida de interpretação.

Caso não seja esse o entendimento do órgão julgador, pugna, nos termos do dispositivo acima referido, que seja dispensada, por eqüidade, a multa aplicada.

Ao se reportar à infração 02, registra que as operações em transferência há muito são tidas como não tributadas pelo Poder Judiciário, trazendo à colação a Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça. Afirma que, desse modo, sequer teria que destacar o imposto nas notas fiscais de transferência, já que inocorre o fato gerador.

Acrescenta que ainda que se pudesse exigir o ICMS nas referidas operações, de acordo com o art. 13, inciso I da Lei Complementar 87/96, a base de cálculo é o valor da operação, motivo pelo qual não se pode falar em valor inferior ao praticado nas entradas. Cita, ainda, o art. 25 desse diploma legal, que trata do regime de apuração centralizado, o que, no seu entender, descharacteriza a alegação de dano financeiro ao erário no caso em questão.

Contrapondo-se às infrações 03 a 06, afiança que a autuante ao lhe imputar o cometimento de tais irregularidades não explicitou quais as notas fiscais nem os bens que deram causa às acusações. Desse modo, enfatiza que a imposição fiscal é insubstancial, por decorrer de um conjunto probatório impreciso e falho.

Aduz que não conseguiu aferir, com clareza, quais foram as notas fiscais de entrada de mercadorias não comercializadas que teria deixado de escriturar e quais teriam sido aquelas que teriam gerado a cobrança do ICMS em decorrência da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais.

Quanto às mercadorias não comercializadas, diz supor terem sido utilizadas em obras no seu estabelecimento, não podendo, porém, ter certeza se tais mercadorias já tinham sido tributadas pelo regime da substituição tributária, considerando que o trabalho da fiscalização não oferece os

necessários subsídios. Argui que, nessa situação, não pode ser responsabilizado pelo recolhimento do ICMS.

Afiança que as notas fiscais apontadas como não escrituradas foram devidamente registradas, conforme comprova o seu livro Registro de Entradas, de acordo com o doc. 06 – Notas Fiscais 107.405 e 101.932 (fls. 463 a 468), o que torna patente a insubsistência da acusação fiscal.

Afirma que é nula a exigência fiscal também nesse ponto, considerando que o crédito tributário é ilíquido e incerto, requerendo a decretação da nulidade do Auto de Infração, com base no art. 18, inciso II do RPAF/99. Acrescenta que as infrações 03, 04, 05 e 06 não merecem subsistir, por falta de clareza e de certeza na acusação fiscal, fato comprovado pela cópia do livro Registro de Entradas (doc. 06).

Entende que se ficar constatado que não escriturou algumas das notas fiscais relacionadas pela fiscalização ou que não recolheu o ICMS em determinada situação, tendo em vista que o imposto será oportunamente apurado pelo impugnante através de levantamento específico, ficará constatado que de igual modo não se apropriou do crédito do ICMS correspondente.

Salientando que a autuante em momento algum questionou a legitimidade das notas fiscais e a idoneidade das operações de entrada, argumenta que faz jus ao crédito fiscal concernente às operações relacionadas com as infrações 03 a 06, nos termos do art. 155, § 1º, inciso I da Constituição Federal de 1988, tendo em vista o princípio da não-cumulatividade do ICMS, conforme citação da autoria de Geraldo Ataliba e Cléber Giardino. Assim, ficando comprovado, de forma inequívoca, a procedência das irregularidades apontadas, argui que tem o direito de escriturar tais operações em seu livro Registro de Entradas, creditando-se do ICMS.

Solicita que no caso de se confirmar a situação ventilada, que os valores dos créditos decorrentes das operações de entrada sejam abatidos dos valores dos créditos tributários lançados no Auto de Infração.

O impugnante pede que todas as decisões, notificações e respectivos documentos sejam encaminhados somente para a Rua James Holland, nº 422, Bairro Barra Funda – São Paulo – Capital – CEP: 01138-000, sob pena de cerceamento de defesa.

Requer que sejam acolhidas as preliminares argüidas, declarando-se a nulidade do Auto de Infração. Entretanto, caso não seja esse o entendimento do Conselho Julgador, que sejam acolhidas as razões de mérito, para que seja decretada a insubsistência da acusação fiscal, com o cancelamento do Auto de Infração.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 473 a 491, aduzindo se fazer necessário fundamentar a infração 01 com base na legislação vigente à época dos períodos fiscalizados (2003 e 2004), caracterizando a entrega dos arquivos magnéticos sem consistência. Alega que em conformidade com o disposto no § 6º do art. 708-A do RICMS/97, ao iniciar a ação fiscal fez a verificação dos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte à SEFAZ, tendo constatado que os mesmos apresentavam inconsistências, quando emitiu intimação, em 08/01/2007 para que fossem apresentados novos arquivos regularizando as inconsistências referentes aos citados exercícios.

Na seqüência passa a demonstrar os diversos aspectos concernentes a esta infração.

1 – Da obrigatoriedade de entrega do arquivo magnético: essa obrigação está prevista nos artigos 683 e 686 do RICMS/97, esclarecendo que de acordo com os registros fiscais constantes no INC/SEFAZ, o autuado possui autorização para utilização de ECF – equipamento emissor de cupom fiscal –, bem como utiliza sistema eletrônico de processamento de dados para escrituração dos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Inventário e Registro de Apuração do ICMS, apesar de não ter autorização no INC.

2 – Base legal para forma de apresentação do arquivo magnético: até 03/02/2003 o anexo 64 do RICMS/BA e a partir de então o § 5º do seu art. 686, em consonância com o Conv. ICMS 57/95, ACÓRDÃO JJF Nº 0344-01/07

apresentam as orientações pertinentes à emissão de documentos, à escrituração de livros fiscais e à manutenção de informações em meio magnético. Já os arts. 697 e 700 especificam o que são e quando devem ser gerados os registros fiscais, ressaltando que arquivo magnético é o conjunto de tais registros que o usuário está obrigado a apresentar.

3 – Registros fiscais que o contribuinte está obrigado a apresentar: registro tipo 10 (apresentado); registro tipo 11 (apresentado); registro tipo 50 (apresentado); registro tipo 60 – operações realizadas através do ECF: 60M – mestre do estabelecimento – (apresentado) e 60A – analítico – (apresentado); registro tipo 74 (não apresentado) – base para exigência: § 2º do art. 708-A; registro tipo 90 (apresentado).

4 – Momento para apresentação do arquivo magnético: o usuário de sistema eletrônico de processamento de dados deve apresentar o arquivo magnético mensalmente, de acordo previsão do art. 708-B ou no prazo de cinco dias, quando a fiscalização solicitar, mediante intimação.

5 – Utilidade do arquivo magnético para o fisco: o autuado está obrigado a entregar o arquivo magnético contendo os registros citados no item 3, com a totalidade das operações de entrada e saída, nos momentos citados no item 4. Ao receber os arquivos o fiscal verifica o atendimento das especificações técnicas, bem como se os registros foram constituídos com documentos relativos ao movimento da empresa, utilizando as informações para a realização da auditoria.

6 – Quando da realização da verificação dos arquivos constatou inconsistências, em referência à reconstituição dos documentos recebidos ou emitidos pelo contribuinte, quais sejam as ausência de notas fiscais de saída e do registro do tipo 74 (inventário). Devidamente intimado, o contribuinte deixou de reenviar os arquivos referentes aos meses de junho a dezembro de 2004.

Na intimação de 08/01/2007 (fls. 11 a 13) o contribuinte já se encontrava ciente de que os arquivos enviados à SEFAZ continham inconsistências, considerando que havia sido intimado a efetuar as correções, estando as citadas inconsistências devidamente listadas na intimação. Foi concedido o prazo de 30 (trinta) dias, na forma do § 5º do art. 708-B do RICMS/97, embora os referidos arquivos devessem estar prontos há mais de três anos, de acordo com o art. 700 do mesmo Regulamento. Salienta que o contribuinte já havia utilizado tais registros, haja vista que sua escrituração fiscal é feita por meio de processamento de dados, utilizando o mesmo banco de dados.

7 – Quanto à penalidade aplicada esclarece que diante das inconsistências e tendo ocorrido descumprimento da legislação tributária vigente, principalmente dos artigos 697; 700; 708-B; e 686, § 5º, todos do RICMS/97, o arquivo não foi aceito para os fins aos quais se destinava, conforme item 5, motivo pelo qual foi aplicada a multa prevista na alínea “g”, de 1% sobre os valores das saídas em cada período de apuração, pelo não fornecimento do arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída.

8 – Do § 6º do art. 708-B do RICMS/97: a legislação vigente e aplicável aos exercícios de 2003 e 2004, prevê a aplicação da penalidade estabelecida na referida alínea “g”. De acordo com os §§ 3º e 6º do art. 708-B do RICMS/97, para caracterizar as inconsistências ocorridas foram fornecidas as listagens correspondentes, através das intimações entregues ao impugnante, visando facilitar o diagnóstico correspondente.

Para corroborar seu entendimento, traz aos autos trecho do acórdão JJF nº. 0061-03/06, que trata do mesmo tema aqui discutido, transcrevendo trechos da ementa e do voto, onde foi mantida a exigência fiscal, considerando que tendo sido constatadas inconsistências e sendo o contribuinte intimado para que providenciasse os novos arquivos a salvo das incorreções, não fazendo os ajustes necessários, o fato que foi tido como equivalente à falta de entrega dos arquivos.

Transcreve trechos da Orientação Gerencial nº. 003/2005, editada pela GEAFI – Gerência de Automação Fiscal da SEFAZ/BA, que versa sobre a aplicação de multas concernentes a infrações relacionadas com arquivo magnético, destacando o item 2, que trata da imposição da multa de 1%

(art. 915, XIII-A, “g” do RICMS/97) nos casos de falta de entrega de arquivo magnético, quando solicitado mediante intimação e o item 6, que esclarece que no caso de falta de entrega do arquivo solicitado ou de sua apresentação com inconsistências, deve ser lavrado o Auto de Infração de acordo com o estabelecido no item 2, anexando-se a intimação não atendida.

Mantém a infração 01, sugerindo que seja considerada procedente.

Comenta a respeito da infração 02, afirmando que são improcedentes as argüições de nulidade baseadas na suposição de preterição do direito de defesa e de falta de determinação da infração com segurança, haja vista estar evidenciado nos autos que o contribuinte recebeu e entendeu o demonstrativo de transferência anexado pela fiscalização, onde consta toda a movimentação de entradas e saídas por nota fiscal e por operação, o qual foi entregue através de arquivo em CD, devidamente autenticado, tudo comprovado mediante recibo.

Observa que o fato gerador da operação em tela está previsto no art. 2º, inciso I, do RICMS/97, que transcreve. Esclarece que o autuado é estabelecimento filial, que exerce o comércio varejista de peças para o vestuário, sendo possuidor de sistema eletrônico de processamento de dados.

Salienta que o demonstrativo de transferência é um resumo das operações de saída por transferência no mês e as entradas até o mês a que se referem as saídas; ao cotejar os valores de entradas com ICMS com os valores de transferências realizadas pelo contribuinte, havendo diferença, calculou o ICMS devido sobre a base de cálculo reduzida. Acrescenta que para as saídas considerou o valor intermediário do produto no mês; já para as entradas considerou o valor intermediário até o mês. Exemplificando, diz que quando as saídas se referiam ao mês de janeiro, as entradas se referiam até janeiro e quando as saídas se referiam ao mês de fevereiro, as entradas se referiam aos meses de janeiro e fevereiro e assim por diante.

Afirma que sendo o demonstrativo um resumo, os valores se originaram nas operações, na íntegra, das saídas por transferência, CFOP 5152, e todas as entradas, explicando em seguida os significados correspondentes aos códigos utilizados.

Alega que foram testadas as operações de transferência efetuadas, observando o cumprimento da legislação tributária vigente, em especial os transcritos artigos 52, caput; 54, inciso I, alíneas “a” e “b” e 56, inciso IV, alíneas “a” e “b” do RICMS/97. Ao adotar como critério de comparação os valores unitários intermediários da transferência no mês, as entradas tiveram a mesma base de comparação, valor unitário intermediário do período, sendo que os valores das entradas foram os intermediários do período.

Esclarece que comparando-se os valores intermediários que teriam que ter a mesma base ou, ainda, tendo o contribuinte utilizado para os valores de transferência as entradas mais recentes do mês, o seu valor intermediário estaria maior ou igual aos valores intermediários dos valores das entradas adotadas. Afirma que aritmeticamente são valores constantes.

Sendo as operações de transferências internas, de acordo com o art. 50, inciso I, alínea “a” do RICMS/97, é aplicável ao caso a alíquota de 17%. Assim, como o contribuinte não apresentou nenhuma prova da existência de erro no cálculo relativo às operações de transferência, sugere que a infração 02 seja considerada totalmente procedente.

Ao tratar da infração 03, argumenta inexistir as imprecisões e falhas sugeridas pela defesa, desde quando as provas do cometimento da irregularidade estão acostadas aos autos, não restando nenhuma dúvida, já que as notas fiscais não escrituradas estão relacionadas no demonstrativo de fl. 181, referente ao exercício de 2003, enquanto que as notas fiscais se encontram às fls. 183 a 202, das quais foram entregues cópias ao contribuinte. Para fins de comprovar a falta de escrituração, anexou ao processo as cópias das páginas do livro Registro de Entradas (fls. 203 a 300).

Desse modo, afirma ter ficado surpresa com a alegação do impugnante de que teria ficado impossibilitado de conferir quais as notas fiscais que teria deixado de escriturar, tendo em vista que todos os demonstrativos lhe foram entregues, estando os recibos anexados à fl. 181.

Logo, entende estar correta a aplicação da multa prevista no inciso XI do art. 915 do RICMS/97, não existindo razão para que a infração seja declarada nula. Sugere que a imputação seja mantida integralmente.

Em relação à infração 04, afirma que tendo que o contribuinte comprovado a escrituração das Notas Fiscais 101.932 e 107.405, as mesmas seriam excluídas do demonstrativo de 2003, sendo alterado o valor correspondente, que passou de R\$ 198,09 para R\$ 73,20, valor este referente à Nota Fiscal 95.469, não localizada pelo autuado. Já o demonstrativo do exercício de 2004 não sofreu nenhuma mudança, sendo mantido no valor de R\$ 131,70. Assim, o débito relativo a essa infração passou de R\$ 329,79 para R\$ 204,90.

As notas fiscais referentes a esta infração se encontram relacionadas nos demonstrativos de fls. 180 (exercício de 2003) e 182 (exercício de 2004), enquanto que as notas fiscais se encontram às fls. 182-A a 202-A, tendo sido entregues suas cópias ao contribuinte. Enfatiza ter se surpreendido com as alegações defensivas de que não conseguira aferir com clareza quais as notas fiscais que deixara de escriturar, já que todos os demonstrativos lhe foram entregues e os recibos se encontram anexados ao processo.

Dessa forma, entende estar correta a aplicação da multa prevista no inciso IX do art. 915 do RICMS/97, não existindo razão para que a autuação seja declarada nula. Sugere que a infração seja julgada parcialmente procedente.

Ao abordar a infração 05, diz que mais uma vez não assiste razão ao autuado, desde quando o demonstrativo à fl. 333 apresenta qual a nota fiscal sem pagamento do imposto relativo à diferença de alíquota do exercício de 2003, estando a correspondente nota fiscal anexada à fl. 182-B, cuja cópia foi entregue ao impugnante. Com base nessas provas, sugere que essa infração seja julgada procedente.

Comenta sobre a infração 06, aduzindo que também neste caso não faz sentido a alegação da defesa de que não tivera condições de identificar as notas fiscais e bens que serviram de base para a autuação, pois a relação das notas fiscais (fl. 335) e os documentos fiscais acostados às fls. 183 a 202, comprovam o acerto da cobrança do ICMS relativo à diferença de alíquota, tendo sido feito um recibo comprovando a entrega da referida relação.

Enfatiza que além de ter sido explicitado quais as notas fiscais que serviram de base para a imputação, as mesmas foram entregues ao contribuinte. Propõe que a infração seja julgada procedente.

Por entender que o processo está revestido de todas as formalidades essenciais e tendo em vista que as alegações da defesa não têm sustentação, sugere que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

Considerando as alegações do autuado concernentes à infração 01, de que não recebera um demonstrativo detalhado referente às notas fiscais de saída dos exercícios de 2003 e 2004; considerando as argumentações do autuado de que em relação às infrações 03 a 06 não conseguira identificar a que notas fiscais as mesmas se referiam e tendo em vista que os demonstrativos correspondentes se reportam à entrega tão somente destes últimos, inexistindo nos autos a comprovação de que o sujeito passivo houvesse recebido cópias das notas fiscais colhidas através do Sistema CFAMT:

Esta 1ª JJF, em pauta suplementar (fl. 494), deliberou que o processo fosse encaminhado à INFRAZ Varejo, para que fossem adotadas as seguintes providências:

1) a autuante elaborasse demonstrativo detalhando os dados constantes das notas fiscais referentes à infração 01;

2) a Repartição Fazendária entregasse ao sujeito passivo, cópias reprográficas do demonstrativo elaborado pela autuante, das notas fiscais que embasaram as infração 03 a 06 e que foram colhidas através do Sistema CFAMT e do Termo de Diligência devendo, no ato da intimação, ser informado ao autuado quanto à reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, para que ele apresentasse nova manifestação, se assim o desejasse.

Havendo manifestação do autuado, deveria ser dar ciência à autuante.

Em atendimento à diligência solicitada, a autuante prestou informações às fls. 497 a 500, esclarecendo que os valores utilizados como base de cálculo para a aplicação da multa correspondente à infração 01 foram aqueles constantes no livro Registro de Saídas do contribuinte, por se tratar de dados que totalizam os montantes dos valores verificados nas notas fiscais de saída de cada período. Em seguida, indicou que os dados relativos a cada período objeto da autuação se encontram nas fls. 20 a 59 dos autos.

No que se refere às infrações 03 a 06, afirma que de acordo com os recibos constantes às fls. 180 a 182 (infrações 03 e 04) e 333 e 335 (infrações 05 e 06), o contribuinte recebera todas as informações e documentos relativos a estas imputações. Acrescenta que, além disso, no processo SIPRO nº. 070.215/2007-6, protocolizado pelo impugnante em 27/04/2007, constam as cópias reprográficas das notas fiscais que embasaram estas infrações, o que comprova que não há necessidade de nova entrega destes documentos e nem de reabertura do prazo de defesa.

De acordo com Termo de Intimação de fl. 501, o sujeito passivo foi cientificado quanto ao teor da informação prestada pela autuante, quando foi concedido prazo de 30 (trinta) dias para se manifestar a respeito de seu resultado.

O autuado apresentou manifestação a respeito da conclusão da diligência às fls. 504 a 510, alegando que as providências determinadas pelo CONSEF não foram atendidas em sua plenitude, considerando que não foi elaborado um demonstrativo detalhando os dados constantes das notas fiscais referentes à infração 01, tendo a autuante se limitado a relacionar as páginas dos livros fiscais onde constavam os valores utilizados no levantamento. Com base nesta argumentação, requer a decretação da nulidade da autuação.

Alega que, de igual modo, a determinação referente às infrações 03 a 06 deixou de ser atendida, uma vez que a autuante não explicitou quais foram as notas fiscais nem os bens que serviram de amparo para as referidas acusações. Assim, como essas imputações resultaram de um conjunto probatório impreciso e falho, já que não possibilitou ao impugnante aferir com clareza quais as notas fiscais de entrada que teria deixado de escriturar, este fato torna nulas as exigências fiscais.

Requer que seja determinado o cumprimento efetivo da diligência e reitera as razões apresentadas na defesa.

A autuante prestou nova informação fiscal às fls. 545/546, argüindo que, ao persistir na necessidade de apresentação de relação das notas fiscais correspondentes à infração 01, o contribuinte visa tão somente postergar o julgamento do Auto de Infração, considerando que nos demonstrativos constantes às fls. 17/18, que lhe foram entregues, constam os totais referentes às saídas realizadas em cada mês. Considerando que estes dados foram coletados no livro Registro de Saídas, que é de propriedade do contribuinte, ele dispõe da relação de todas as notas fiscais que deram origem ao lançamento. A elaboração de um demonstrativo contendo todas as notas fiscais de saída do contribuinte equivaleria a fazer uma cópia do citado livro. Além do mais, estão anexadas ao processo cópias reprográficas das páginas do citado livro, nas quais constam os totais mensais referentes aos períodos objeto da autuação.

No que se refere às infrações 03 a 06, salienta que o contribuinte dispõe de todas as notas fiscais que lhe serviram de base, não podendo, por este motivo, alegar que não sabe quais as notas fiscais que foram utilizadas, desde quando ele próprio as anexou em sua peça de defesa.

VOTO

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não tendo sido constatados os motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18 do RPAF/99, para declarar a nulidade da autuação fiscal. Esclareço que, inclusive, foram elaborados demonstrativos pela fiscalização em relação a todos os itens da autuação, sendo entregues as respectivas cópias ao sujeito passivo. Ademais, conforme esclarecerei abaixo, o processo foi convertido em diligência, quando foram trazidos os esclarecimentos necessários ao prosseguimento da lide.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de nova diligência ou revisão, fica indeferido o pedido, com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para meu convencimento quanto à conclusão acerca da decisão a respeito do Auto de Infração.

No que se refere ao pedido do autuado de que todas as decisões, notificações e respectivos documentos sejam encaminhados somente para a Rua James Holland, nº 422, Bairro Barra Funda – São Paulo – Capital – CEP: 01138-000, ressalto nada obstar que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento do presente processo para o endereço requerido, no entanto o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão previstas no art. 108 do RPAF/99.

Realço que tendo o contribuinte alegado que em relação à infração 01 não recebera um demonstrativo referente às notas fiscais de saída dos exercícios de 2003 e 2004 e de que não conseguira identificar as notas fiscais que correspondiam às infrações 03 a 06 e tendo em vista que os demonstrativos correspondentes se reportam à entrega tão somente destes últimos, inexistindo nos autos a comprovação de que o sujeito passivo houvesse recebido cópias das notas fiscais colhidas através do Sistema CFAMT, a 1ª JJF diligenciou o PAF à repartição de origem, visando sanar as possíveis falhas processuais, a fim de preservar o direito à ampla defesa do autuado.

Vejo que apesar do impugnante ter se insurgido quanto ao resultado da diligência, a mesma foi atendida, tendo em vista que a autuante esclareceu que em relação à infração 01 os valores utilizados como base de cálculo foram aqueles constantes no livro Registro de Saídas do contribuinte, além de ter apontado as folhas dos autos nas quais estão relacionados os dados referentes a cada período objeto da autuação. Acrescento, ademais, que na intimação de fls. 11 a 13 constam as indicações concernentes às faltas e inconsistências verificadas pela fiscalização.

No que se refere às infrações 03 a 06, foi esclarecido que de acordo com o processo SIPRO nº. 070.215/2007-6, protocolizado pelo impugnante em 27/04/2007, constam as cópias reprográficas das notas fiscais que embasaram estas infrações, não havendo nenhuma necessidade de nova entrega dos referidos documentos e nem de nova concessão de prazo de defesa.

Observo que foram imputadas ao sujeito passivo seis irregularidades, tendo sido impugnados todos os lançamentos. A primeira infração decorreu da falta de fornecimento de arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, tendo sido aplicada a multa de 1% sobre o valor das operações ocorridas no período fiscalizado.

O autuado alegou que não se pode arguir a falta de entrega dos arquivos magnéticos, desde quando os mesmos foram entregues à fiscalização, tendo tão somente sido entregues em padrão diferente do previsto na legislação, o que significa, no seu entendimento, que a acusação é precária,

impondo-se a decretação de sua insubsistência, o que requer. Acrescenta que se existiram divergências ou inconsistências em alguns registros contidos nos arquivos magnéticos entregues na repartição fiscal, a conduta do contribuinte não pode ser tipificada como correspondente à falta de apresentação dos arquivos. Diz que não procede a aplicação de multa sob a acusação de falta de entrega dos arquivos magnéticos.

Verifico que consta no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração que em 08/01/07 o contribuinte foi intimado a corrigir os erros constantes nos arquivos magnéticos a seguir apontados, sem, entretanto, atender a solicitação: informar o registro 74 referente aos meses 12/2002, 01/2003, 12/2003 e 12/2004; apresentar as notas fiscais na seqüência de saída dos exercícios de 2003 e 2004; enviar os arquivos com as correções relativas ao exercício de 2002 e ao mês de dezembro de 2004; corrigir as inconsistências nos valores dos arquivos referentes aos registros 50 e 60, em relação aos valores declarados nas DMAs dos exercícios de 2003 e 2004.

Saliento que em relação à obrigatoriedade de entrega dos arquivos magnéticos, o *caput* do art. 708-A do RICMS/97 estabelece o seguinte:

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

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

Vale salientar, que após a constatação das inconsistências, o contribuinte foi intimado (fls. 11 a 13), quando foram indicadas pormenorizadamente quais as inconsistências e irregularidades encontradas, para que o sujeito passivo tivesse condições de efetuar os ajustes necessários, procedimento que não adotou, apesar de ter sido concedido o prazo de 30 (trinta) dias, na forma do § 5º do art. 708-B do RICMS/97.

Não há dúvida de que o autuado apresentou os arquivos com inconsistências e que, intimado a regularizar os mencionados arquivos, não o fez. Portanto, tendo sido constatadas inconsistências, a fiscalização intimou o contribuinte apontando as inconsistências encontradas, quando foi concedido o prazo para a correção, e mesmo assim, não houve a necessária regularização, motivo pelo qual concordo com a aplicação da multa de 1% sobre o valor das saídas.

Lembro que de acordo com o art. 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei nº. 7.014/96, a falta de fornecimento de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, ou sua entrega em padrão diferente do previsto na legislação, e ainda, sem condições que possibilitem a sua leitura, sujeita o contribuinte ao pagamento da multa de 1% do valor das operações ou prestações realizadas.

Considerando que o procedimento fiscal foi efetuado observando os requisitos estabelecidos na legislação tributária, quanto à necessidade de intimação específica ao contribuinte para a necessária correção dos arquivos, conforme acima exposto, e se as inconsistências não foram sanadas, isto equivale à falta de entrega dos arquivos, o que conduz à subsistência da exigência fiscal, haja vista que a multa aplicada está de acordo com a previsão regulamentar.

Quanto à solicitação de exclusão ou redução da multa aplicada, ao apelo da eqüidade, saliento que a multa que aqui é tratada se refere a descumprimento de obrigação acessória e, neste caso, a mesma somente poderia ser dispensada ou excluída se ficasse comprovado que não tinha sido praticada com dolo, fraude ou simulação e não tivesse implicado na falta de recolhimento do imposto.

Deste modo, a infração 01 fica mantida em sua integralidade.

No caso da infração 02, foi exigido o ICMS que tinha sido recolhido a menos em decorrência de erro na determinação da sua base de cálculo, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos casos de transferências de mercadorias para estabelecimentos do mesmo titular, com o valor inferior ao praticado nas entradas. Contrapondo-se a esta infração, o autuado alegou que nos casos de transferência de mercadorias sequer estava obrigado a destacar o ICMS correspondente ou, no máximo, faze-lo com base no valor da operação.

Observo que a Lei Complementar 87/96 determinou aos Estados e Distrito Federal a competência de instituir o ICMS. Nesta condição, de acordo com o art. 2º, inciso I da Lei 7.014/96, ocorre o fato gerador do imposto nos casos de realização de operações relativas à circulação de mercadorias, sendo irrelevante para caracterizar o fato gerador a natureza jurídica da operação que resulte em qualquer das hipóteses previstas em lei, o título jurídico pelo qual a mercadoria ou bem seja repassado para outro titular (art. 2º, § 1º, I e II da citada lei). Se as mercadorias foram transferidas, faz-se necessário findar o ciclo de sua tributação, o que ocorre com o recolhimento do imposto devido ao Estado.

Por outro lado, de acordo com o art. 56, inciso IV, alínea “a” do RICMS/97, na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, o valor será o preço de aquisição ou o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria.

Assim, mantendo a infração 02 totalmente.

Em relação às infrações 03 e 04, verifico que foram indicadas pela autuante multas pela falta de escrituração de notas fiscais relativas a mercadorias não destinadas à comercialização e a mercadorias tributáveis. Saliento que as penalidades aplicadas estão devidamente previstas, respectivamente, nos incisos XI e IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Observo que o autuado se limitou, em sua defesa, a argumentar que os documentos fiscais arrolados nestas imputações haviam sido escriturados, trazendo aos autos a comprovação concernente apenas ao registro das Notas Fiscais nºs 101.932 e 107.405, relativas à infração 04, fato que levou a autuante a excluir, de forma acertada, os valores correspondentes dessa infração.

Deste modo, a infração 03 está devidamente caracterizada, enquanto que no caso da infração 04 fica mantida a cobrança concernente às ocorrências de 05/2003, no valor de R\$ 73,20 e de 10/2004, no valor de R\$ 137,10. Observo que em relação a este último lançamento a autuante se equivocou ao transportar o débito apurado, no entanto essa quantia está em conformidade com o demonstrativo de fl. 182, assim como com a Nota Fiscal nº 35.700 (fl. 202-A), de modo que esta infração fica parcialmente procedente, no montante de R\$ 210,30.

Através das infrações 05 e 06 foi exigido o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, correspondente a mercadorias e bens destinados respectivamente ao ativo imobilizado e a consumo do estabelecimento.

Observo que o autuado não apresentou nenhuma comprovação referente ao recolhimento do imposto objeto destes lançamentos, enquanto que através dos demonstrativos elaborados pela fiscalização, verifica-se o acerto dessas duas exigências, o que torna as infrações 05 e 06 procedentes.

Quanto à solicitação de que os valores dos créditos correspondentes às notas fiscais relacionadas com essas duas infrações possam vir a ser utilizados pelo impugnante, esclareço que em referência aos materiais destinados a uso e consumo, a sua utilização somente poderá ser admitida a partir de 01/01/2011, conforme previsto no inciso V, alínea “b” do art. 93 do RICMS/97; no que se refere aos bens destinados ao seu ativo imobilizado, o crédito fiscal correspondente poderá vir a ser usado, desde quando o contribuinte atenda as disposições regulamentares, em especial aquelas contidas nos §§ 11 e 12 do artigo acima citado.

Diante do exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração, sendo mantidas integralmente as infrações 01, 02, 03, 05 e 06, restando parcialmente caracterizada a infração 04.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 180642.0003/07-5, lavrado contra **MARISA LOJAS VAREJISTAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 20.978,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alíneas “a” e “f”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas decorrentes do descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$ 194.789,75**, previstas nos incisos XIII-A, alínea “g”, XI e IX do mesmo artigo e Lei acima citados, com os acréscimos moratórios estabelecidos na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de outubro de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR