

A. I. N° - 180642.0002/07-9
AUTUADO - MARISA LOJAS VAREJISTAS LTDA.
AUTUANTE - MARIA CRISTINA DÓREA DANTAS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 25/10/2007

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0344-03/07

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVO MAGNÉTICO. FALTA DE ENTREGA. CONTRIBUINTE REGULARMENTE INTIMADO. MULTA. A legislação prevê aplicação de multa pela falta de entrega dos arquivos magnéticos, ou em decorrência de sua apresentação com informações divergentes dos documentos fiscais correspondentes ou omissão de dados. Infração subsistente. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Os demonstrativos elaborados pela autuante não trazem segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido. Infração nula. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 10% e 1%, respectivamente, do valor comercial das mercadorias não escrituradas. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo fixo do estabelecimento. Rejeitada a preliminar de nulidade, exceto quanto à infração 02. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/03/2007, refere-se à exigência de R\$8.304,90 de ICMS, acrescido da multa de 60%, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de R\$127.664,15, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Deixou de fornecer arquivo magnético, solicitado mediante intimação, com informações das operações realizadas, sendo exigido multa. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte foi intimado a corrigir erros no arquivo magnético; deixou de informar o Registro 74 em janeiro e dezembro de 2003; e dezembro de 2004; foi constatada a falta de notas fiscais na seqüência de saída nos exercícios de 2003 e 2004; deixou de enviar os arquivos com as devidas correções, no período de junho a dezembro de 2004. Total do débito: R\$104.614,00.
2. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte transfere mercadorias para estabelecimento do mesmo titular com valor inferior ao praticado nas entradas. Valor do débito: R\$2.313,51.

3. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de abril e maio de 2003; outubro e dezembro de 2004, sendo exigido multa no valor total de R\$603,85.
4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Deixou de escriturar notas fiscais de entrada de mercadorias comercializadas pelo contribuinte. Notas Fiscais apuradas pelo CFAMT, sendo exigido multa no valor total de R\$22.446,30.
5. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de maio/2003; outubro e dezembro de 2004. Notas Fiscais apuradas pelo CFAMT. Valor do débito: R\$1.563,07
6. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, nos meses de abril e maio de 2003. Notas Fiscais apuradas pelo CFAMT. Valor do débito: R\$4.438,32.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 396 a 410), descrevendo, inicialmente, as infrações, o enquadramento legal de cada infração e da multa aplicada. Quanto à primeira infração, reproduz os arts. 686 e 708-B, do RICMS/97, alegando que os comandos normativos reproduzidos obrigam o contribuinte a manter pelo prazo decadencial informações inerentes à totalidade das operações de entrada e de saídas, das aquisições e prestações realizadas no exercício, devendo fornecer ao fisco os documentos e arquivos magnéticos no prazo de cinco dias, sempre que for intimado. O autuado diz que cumpriu os citados dispositivos legais, uma vez que entregou em 08/02/2007, os arquivos requisitados na intimação, salientando que sempre forneceu os arquivos solicitados pelo Fisco. Assim, argumenta que não ocorreu a falta de entrega de arquivo magnético; contesta o enquadramento legal da infração, assegurando que os dispositivos indicados foram observados; a acusação fiscal é precária, por isso, houve cerceamento ao direito de defesa, e impõe-se a decretação de sua nulidade. O autuado salienta que, na qualidade de empresa séria e de relevância no setor em que atua, sempre cumpriu com absoluto rigor todas as obrigações principais e acessórias previstas na legislação tributária, e ficou demonstrado que entregou toda a documentação exigida pela fiscalização, em 08/02/2007. Diz que agiu de boa-fé, dentro da legalidade e da normalidade das relações comerciais, e para corroborar a sua boa-fé, requer a juntada dos arquivos solicitados pela fiscalização, apresentando o entendimento de que não houve prejuízo ao Erário. Fala sobre a recepção do princípio da boa-fé no Direito Tributário e sobre decisão do Ministro do STJ, Humberto Gomes de Barros; reproduz o art. 159, § 1º, inciso II, do RPAF/99, e afirma que a acusação fiscal não merece prosperar, requerendo a insubsistência deste item do Auto de Infração, e caso não seja esse o entendimento, pede que seja dispensado, por equidade, da multa aplicada, nos termos do mencionado dispositivo do RPAF-BA.

Infração 02: O autuado alega que não ocorreu erro na determinação da base de cálculo do ICMS, registrando, preliminarmente, que as operações em transferências, há muito, são consideradas como não tributadas pelo Poder Judiciário, conforme Súmula 166 do STJ. Assim, o autuado entende que, consoante posicionamento do Poder Judiciário, não teria, nem ao menos que destacar o imposto nas suas notas fiscais de transferências, e ainda, que não se pode exigir o ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular. Reproduz o que a Lei Complementar estabelece nos arts. 12 (fato gerador) e 13 (base de cálculo), assegurando que o valor da operação é exatamente o descrito na nota fiscal de transferência, e não há que se falar em valor inferior ao praticado nas entradas, considerando que a Lei Complementar determina que a base de cálculo do ICMS é o valor da operação, valor este que está materializado nas notas fiscais de transferências. Reproduz também, o art. 25 da LC 87/96,

com a alteração dada pela LC 102/2000, e conclui que se torna irrelevante o valor adotado na transferência interna, e não há que se falar em dano financeiro ao erário.

Infrações 03, 04, 05 e 06: O defendente alega que a acusação fiscal é insubsistente, e que não conseguiu aferir com clareza quais as notas fiscais de entradas de mercadorias não comercializadas que deixou de escriturar, e quais as notas fiscais que deram ensejo ao ICMS decorrente da diferença de alíquota (ativo fixo e consumo). Diz que em relação às entradas de mercadorias não comercializadas, tudo indica que foram utilizadas em obras no estabelecimento do defendente e se verifica que as mercadorias já tinham sido tributadas pelo regime de substituição tributária do ICMS, mas o trabalho da fiscalização não traz tal subsidio. Assim, entende que é nula a exigência fiscal, nos termos do art. 18, inciso II do RPAF/99. No intuito de resguardar o seu interesse, o defendente destaca que se de fato for constatado que não escriturou algumas notas fiscais que integram a acusação fiscal ou mesmo não recolheu o ICMS em determinada situação, constatar-se-á, também, que não foi utilizado o crédito do ICMS, salientando que em momento algum o autuante questionou a legitimidade das notas fiscais e a idoneidade das operações de entrada. Assim, entende que, nos termos do art. 155, § 2º, I da Constituição Federal, tem direito ao crédito, consoante o princípio da não-cumulatividade do ICMS. Portanto, requer, se for verificada a mencionada situação, que o crédito fiscal decorrente das operações de entrada seja deduzido do valor exigido no presente lançamento. Requer, também, que todas as decisões, notificações e respectivos documentos sejam encaminhados ao endereço dos advogados do autuado. Por fim, requer sejam acolhidas as preliminares argüidas, declarando-se a nulidade do presente Auto de Infração. E se este não foi o entendimento deste órgão julgador, que sejam acolhidas as razões de mérito, a fim de que seja decretada a insubsistência da exigência fiscal, com o cancelamento da infração e seus consectários legais.

A autuante, em sua informação fiscal às fls. 553 a 571 dos autos, após descrever as infrações e indicar os demonstrativos integrantes do Auto de Infração, faz um resumo das alegações defensivas. Em relação à primeira infração, diz que apresenta os aspectos que comprovam a sua conduta para descaracterizar a entrega do arquivo magnético sem consistência. Informa que ao iniciar a ação fiscal, fez as verificações nos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte para a SEFAZ, e verificou que esses arquivos apresentavam inconsistências, por isso, intimou o autuado no dia 08/01/2007, a apresentar novos arquivos regularizando as pendências, relativamente aos exercícios de 2003 e 2004. Reproduz os arts. 683 e 686, do RICMS/97. Informa que o autuado está autorizado a utilizar Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF e utiliza, também, 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. Comenta sobre a base legal quanto à forma de apresentação do arquivo magnético, de acordo com os dispositivos do RICMS/97 pertinentes à matéria, e em relação ao momento da apresentação dos mencionados arquivos, cita os arts. 708-A e 708-B do citado Regulamento. Salienta que o autuado, como usuário do sistema eletrônico de processamento de dados está obrigado a entregar arquivo magnético contendo os registros fiscais, em conformidade com o Manual de Orientação (Anexo 64 do RICMS-BA) e Convênio ICMS 57/95, contendo a totalidade das operações de entradas e de saídas. Diz que após o recebimento dos arquivos, o fiscal deve examiná-los a fim de constatar a sua veracidade. Prosseguindo, informa que, quando da realização dos testes, constatou inconsistência no tocante à reconstituição dos documentos recebidos ou emitidos pelo autuado, sendo expedida intimação ao contribuinte que já tinha conhecimento de que os arquivos por ele enviados estavam inconsistentes, e as mencionadas inconsistências foram devidamente listadas na intimação recebida pelo defendente. Assegura que foi dado ao contribuinte novo prazo de trinta dias para a correção, na forma estabelecida no § 5º do art. 708-B, embora os arquivos deveriam estar prontos há mais de três anos, conforme art. 700 do RICMS/97, destacando que o contribuinte já havia utilizado tais registros em sua escrituração fiscal, que é por processamento de dados, ou seja, utilizou-se do mesmo banco de dados. Em relação à penalidade aplicada, a autuante reproduz o art. 915, inciso XIII-A, alíneas “f”, “g” e “i”,

do RICMS-BA, e assegura que as inconsistências apontadas no presente Auto de Infração dizem muito mais do que omissão de algum documento e divergência entre o arquivo e o documento fiscal. Faz análise dos dispositivos da multa aplicável à situação apurada e cita como exemplo, decisão do CONSEF em caso semelhante. Quanto à infração 02, a autuante contesta a argüição de nulidade apresentada pelo defendente, argumentando que está evidenciado nos autos que o contribuinte recebeu e entendeu o demonstrativo de transferência anexado ao PAF, constando a sua movimentação de entradas e saídas, por nota e por operação, sendo este último entregue em CD, devidamente autenticado. Comenta sobre o fato gerador do ICMS, a atividade desenvolvida pelo estabelecimento autuado e esclarece 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 refere às saídas (transferências)”. Acrescenta que, cotejando-se os valores de entrada com ICMS com os valores de transferência realizada pelo autuado, sendo encontrada diferença, apura-se o ICMS sobre a base de cálculo reduzida. Diz que, para as saídas considerou o valor intermediário do produto no mês; e para as entradas considerou o valor intermediário até o mês, ou seja, “quando as saídas referiam-se ao mês de janeiro as entradas referiam-se até janeiro. Quando as saídas referiam-se ao mês de fevereiro as entradas referiam-se aos meses de janeiro e fevereiro. Para as saídas de março as entradas foram dos meses de janeiro, fevereiro e março, e assim sucessivamente”. Faz o detalhamento das colunas do demonstrativo e reproduz os arts. 52, 54, e 56 do RICMS-BA, apresentando o entendimento de que o método adotado é consistente. Conclui informando que a alíquota utilizada foi 17%, considerando que a operação foi de transferência interna, e o autuado não acostou ao PAF nenhuma prova de existência de erro em relação aos cálculos efetuados no levantamento fiscal, devendo ser considerado totalmente procedente.

Infrações 03 e 04: A autuante afirma que não existe imprecisão na autuação, como alegou o defendente, e sim provas que foram anexadas ao presente processo, haja vista que foi elaborado demonstrativo das notas fiscais não escrituradas com as respectivas multas de 1% e 10% (fls. 134 a 136), salientando que as notas fiscais que deram origem ao presente lançamento estão acostadas aos autos (fls. 137 a 238), sendo entregues as cópias ao contribuinte. Esclarece que, para maior segurança quanto à não escrituração das notas fiscais, anexou ao presente processo, fotocópia dos livros Registro de Entradas relativos aos exercícios de 2003 e 2004 (fls. 238 a 379). Por isso, informa que ficou surpresa com as alegações do autuado, tendo em vista que todos os demonstrativos foram entregues ao mesmo, e os recibos encontram-se às fls. 134 a 137 do presente processo. Transcreve o dispositivo regulamentar da multa aplicada (art. 915, IX e XI, do RICMS-BA), e conclui, pedindo a procedência destas infrações.

Infração 05: A autuante argumenta que não há justificativa para a contestação do contribuinte, tendo em vista que na fl. 381 dos autos foram indicadas as notas fiscais sem o pagamento da diferença de alíquota dos exercícios de 2003 e 2004, constando o recebimento do contribuinte e as correspondentes notas fiscais que deram origem à exigência fiscal, as quais foram entregues ao contribuinte.

Infração 06: Salienta que o argumento do autuado para requerer a nulidade desta infração foi o mesmo utilizado para as infrações 03, 04 e 05. Entretanto, argumenta que está comprovado nos autos que a exigência fiscal foi realizada com base em dados reais: a) relação de notas fiscais (fls. 383); b) os documentos fiscais que deram origem à cobrança do imposto (fls. 384 a 391), constando recibo comprovando a entrega ao contribuinte de tais documentos. Diz que percebeu equívoco nas alegações do contribuinte entre as infrações relativas ao ativo e ao uso e consumo do estabelecimento. Por fim, a autuante destaca que o presente PAF está revestido de todas as formalidades essenciais; as alegações defensivas não apresentam sustentação, e o Auto de Infração em lide deve ser julgado procedente em sua totalidade.

Tendo em vista que em relação à infração 02, na informação fiscal, a autuante esclarece que para as saídas considerou o valor intermediário do produto no mês, e a necessidade de indicação das notas fiscais que serviram de base para o cálculo do mencionado valor, esta JJF, deliberou converter o presente processo à Infaz de origem (fl. 583) para a autuante refazer os

demonstrativos indicando as notas fiscais utilizadas na apuração da base de cálculo do imposto e os respectivos valores, devendo considerar o preço de aquisição ou o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria. Foi solicitado, também, para a repartição fiscal expedir intimação ao autuado e fazer a entrega de cópia da informação fiscal e dos demonstrativos que forem acostados aos autos, mediante recibo firmado pelo contribuinte ou seu representante legal, concedendo o prazo de dez dias para a manifestação do defendente.

A autuante prestou nova informação fiscal (fls. 586/587) esclarecendo que os demonstrativos indicando as notas fiscais utilizadas na apuração da base de cálculo referente à segunda infração constam do CD entregue ao contribuinte, conforme recibo às fls. 129/130. Por isso, entende que não existe necessidade de refazer os demonstrativos solicitados.

O autuado foi intimado a tomar conhecimento do resultado da diligência fiscal e se manifestou às fls. 591 a 598, aduzindo que o suposto erro na determinação da base de cálculo do imposto decorre de arquivos entregues via SINTEGRA, e a autuante não indicou ou restringiu o campo das notas fiscais que utilizou para apurar o imposto que considera devido, tão somente indicou o local onde obteve as informações. O defendente entende que persiste a nulidade da autuação, tendo em vista que não conseguiu aferir quais as notas fiscais deram ensejo à acusação; quais os valores que foram considerados mais recentes ou da aquisição e a que período se referem as notas fiscais utilizadas pela fiscalização. Salienta que no relato da infração 02, o demonstrativo integrante do levantamento fiscal se refere a vários meses do ano. Pergunta quais as notas fiscais utilizadas na fiscalização; se o demonstrativo do item 1 se refere à infração 1 ou 2. Cita os arts. 142, 194 e 200 do CTN e afirma que nenhum lançamento pode ser feito sem a segura comprovação do fato gerador ou do fato que se considera como infração à legislação tributária. Pede a nulidade da autuação, com base no art. 18, IV, “a” do RPAF/99. Quanto à primeira infração, o defendente reafirma que entregou em 08/02/2007 os arquivos solicitados; reitera os termos da impugnação inicial e diz que a fiscalização não apresentou neste Auto de Infração uma relação pormenorizada das notas fiscais de sequência de saída dos exercícios de 2003 e 2004, e neste sentido, impediu o exercício do direito ao contraditório pleno. Salienta que não há como deixar de reconhecer a sua boa fé; em relação aos arquivos requisitados pela fiscalização não houve prejuízo ao Erário; não merece prosperar a exigência fiscal, e caso não seja esse o entendimento deste órgão julgador, configurada a sua boa fé, requer seja dispensado da multa exigida. Em relação às infrações 03, 04, 05 e 06, como foi ressaltado na impugnação inicial, o defendente diz que não conseguiu aferir com clareza quais as notas fiscais de entradas de mercadorias que deixou de escriturar e quais as notas fiscais que deram ensejo ao ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais. Entende que a acusação fiscal é nula, e para resguardar seus interesses, se de fato for constatado que não escriturou algumas notas fiscais que integram a acusação fiscal ou mesmo não recolheu o ICMS diferença de alíquota, será constatado também, que não houve a utilização de crédito fiscal. Conclui, pedindo que sejam acolhidas as preliminares de nulidade, e no mérito, que o presente Auto de Infração seja julgado improcedente.

Em nova informação fiscal prestada às fls. 602 a 604, a autuante esclarece que em relação à infração 01 o contribuinte recebeu cópia e assinou o recibo em que indica os totais das saídas por mês, sendo que o total de cada mês foi retirado do livro Registro de Saídas, cujo original é de propriedade do contribuinte. Logo, ele tem toda a relação de notas fiscais que deram origem a esse total. Diz que foram acostadas aos autos cópias das páginas referentes aos totais mensais dos exercícios de 2003 e 2004, para que não houvesse qualquer dúvida quanto aos valores indicados na planilha de fl. 16. Quanto à infração 02, diz que após as alegações apresentadas pelo contribuinte, só resta crer que o mesmo não abriu o CD, cuja cópia ele recebeu, conforme recibo às fls. 129/130. Informa que a planilha Cns Matriz Entrada 03 Reg 54_75_xls possui vários campos, sendo um deles relativo a nota fiscal, logo, todas as notas fiscais foram indicadas com os respectivos valores, conforme exemplo à fl. 603, e para sanar qualquer dúvida quanto às notas fiscais utilizadas em cada demonstrativo (entradas e saídas), informa que foi totalizado por

exercício, o que está demonstrado as planilhas anteriormente indicadas. Em relação às infrações 03, 04, 05 e 06, mantém a informação anteriormente prestada às fls. 578/480 do presente PAF.

VOTO

Quanto às preliminares de nulidade suscitadas pelo defendente, ficam rejeitadas em relação às infrações 1, 3, 4, 5 e 6, tendo em vista que as exigências fiscais foram efetuadas de acordo com as formalidades legais, sendo que, eventuais incorreções alegadas pela defesa não implicam nulidade, considerando que, pela descrição dos fatos e enquadramento legal, ficaram evidentes as infrações apuradas, não se constatando o alegado cerceamento de defesa, tendo em vista que os demonstrativos e demais elementos do Auto de Infração foram fornecidos ao autuado, que entendeu a autuação e se defendeu.

No mérito, a primeira infração trata da exigência de multa, por falta de entrega dos arquivos magnéticos com as devidas correções, e de acordo com a descrição dos fatos, o contribuinte foi intimado a corrigir erros no arquivo magnético; deixou de informar o Registro 74 em janeiro e dezembro de 2003, além de dezembro de 2004; foi constatada a falta de notas fiscais na sequência de saída nos exercícios de 2003 e 2004; e deixou de enviar os arquivos com as devidas correções, no período de junho a dezembro de 2004.

O art. 683 do RICMS/97 estabelece a possibilidade de o contribuinte utilizar sistema eletrônico de processamento de dados, sendo que, as condições específicas quanto à manutenção e ao fornecimento do arquivo magnético estão disciplinadas no art. 686:

“Art. 686. O contribuinte de que trata o art. 683 está obrigado a manter, pelo prazo decadencial, as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos recebidos ou emitidos por qualquer meio, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração”.

Vale ressaltar, que o RICMS/97 estabelece nos arts. 708-A e 708-B:

“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:

Art. 708-B. 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.

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.

No caso em exame, após a constatação das inconsistências, o contribuinte foi intimado a apresentar os arquivos com a necessária correção, no prazo de trinta dias, tendo sido indicadas na intimação de fls. 11 a 13, as irregularidades encontradas.

Em sua impugnação, o autuado alega que entregou, em 08/02/2007, os arquivos requisitados na intimação, salientando que sempre forneceu os arquivos solicitados pelo Fisco, por isso, argumenta que não ocorreu a falta de entrega dos mencionados arquivos magnéticos.

Quanto a esta alegação, concordo com a informação do autuante, de que as inconsistências não foram corrigidas, o que está demonstrado nos recibos que o próprio defendente acostou aos autos (fls. 537 a 550), e nos relatórios do SINTEGRA de fls. 68 e 92.

O autuado apresentou o entendimento de que, o fato de não ter entregue, ou ter apresentado arquivos magnéticos incompletos não trouxe prejuízo ao erário estadual, porque foram colocados à disposição do fisco outros elementos capazes de suprir as exigências previstas na legislação.

Entretanto, não é acatada a alegação defensiva, haja vista a falta de entrega dos arquivos magnéticos ou a sua apresentação incompleta impede a realização de auditorias fiscais e dos controles fiscais, não permitindo apurar se o imposto recolhido pelo contribuinte corresponde ao efetivo movimento de mercadorias e serviços com incidência do ICMS.

Não há dúvida de que o autuado entregou os arquivos magnéticos com inconsistências, e quando intimado a regularizar os mencionados arquivos, as inconsistências permaneceram. Portanto, se foram constatadas inconsistências, a fiscalização intimou o contribuinte apontando essas irregularidades encontradas, houve a concessão do prazo, mediante intimação, e mesmo assim, não houve a necessária regularização, devendo ser aplicada a multa de 1% sobre o valor das saídas, conforme previsto na legislação.

De acordo com o art. 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei 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, em condições que impossibilitem 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, quanto à necessidade de intimação específica ao contribuinte para a necessária correção dos arquivos, conforme acima exposto, ou seja, após a constatação de inconsistências o contribuinte foi intimado para que fossem providenciados os novos arquivos a salvo das incorreções, e se as inconsistências não foram resolvidas, equivale à falta de entrega dos arquivos, conclui pela subsistência da exigência fiscal, estando a multa aplicada de acordo com a previsão regulamentar.

Quanto ao pedido do defendente para que seja dispensado da multa aplicada, não pode ser acatado, tendo em vista que não restou comprovado nos autos que a infração apurada não implicou falta de recolhimento do imposto, consoante o disposto no § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96.

Infração 02: Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Transferência de mercadorias para estabelecimento do mesmo titular com valor inferior ao praticado nas entradas.

O defendente alega que o valor da operação é exatamente o descrito na nota fiscal de transferência, e não há que se falar em valor inferior ao praticado nas entradas, porque a Lei Complementar determina que a base de cálculo do ICMS é o valor da operação, valor este que está materializado nas notas fiscais de transferências.

Entretanto, não é acatada a alegação defensiva, tendo em vista que, acordo como o § 7º, inciso I do art. 17 da Lei 7.014/96, na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo é o preço de aquisição ou o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria.

O regime jurídico do ICMS delineado no art. 155 da Constituição Federal, prevê que o ICMS é um imposto não cumulativo, e por isso, deve-se compensar o que for devido em relação às operações de saídas de mercadorias e prestações de serviços com as entradas ou aquisições de mercadorias e serviços tomados. Dessa forma, se a transferência de mercadoria for efetuada a preço inferior ao da entrada, o crédito fiscal será superior ao débito, sem qualquer comercialização da mercadoria, resultando acúmulo indevido de crédito fiscal.

Poderia ser alegado que, por se tratar de transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, não haveria qualquer prejuízo para o erário estadual, porque o débito a menos no estabelecimento remetente seria correspondente ao crédito no estabelecimento destinatário.

Entretanto, considera-se autônomo cada estabelecimento para efeito de apuração e recolhimento do ICMS.

Referindo-se à escrituração de mercadorias constantes no inventário do estabelecimento, o RICMS/97, no art. 330, inciso V, alínea “a” estabelece que deve ser considerado como valor unitário, o preço de cada unidade de mercadoria pelo custo de aquisição ou de fabricação ou pelo preço corrente.

Na informação fiscal, a autuante esclarece que foi elaborado demonstrativo da movimentação de entradas e saídas, por nota e por operação, sendo entregue ao contribuinte um CD, devidamente autenticado; que foi aplicada a alíquota de 17% sobre a diferença apurada, considerando que a operação foi de transferência interna, e o autuado não acostou ao PAF nenhuma prova de existência de erro em relação aos cálculos efetuados no levantamento fiscal.

O autuado alega que não conseguiu aferir quais as notas fiscais que deram origem à acusação fiscal e quais os valores que foram considerados mais recentes e a que período se referem as notas fiscais utilizadas pela fiscalização, embora a autuante tenha informado que forneceu ao contribuinte um CD, conforme recibo de fls. 129/130, constando planilhas, sendo uma planilha Cns Entrada, e outra Cns Saída, possuindo vários campos, inclusive relativo a nota fiscal, tendo sido indicadas todas as notas fiscais com os respectivos valores.

Analisando as planilhas elaboradas pela autuante, constatei que não há como identificar com clareza a metodologia de cálculo utilizada na apuração das diferenças objeto da exigência fiscal. Na planilha de cálculo elaborada pela autuante constam os seguintes campos: código do produto, descrição do produto, mês/quant, valor unit/saída, origem – NF, preço mínimo entrada s/ ICMS = custo liq., preço mínimo para transf – Entrada c/ ICMS, Diferença, Base de cálculo, ICMS devido. Assim, na mencionada planilha não há qualquer indicação das notas fiscais que lastrearam o levantamento fiscal, e não há qualquer referência às planilhas Cns Entrada e Cns Saída citadas pela autuante, inseridas no CD fornecido ao contribuinte. Ademais, houve o cálculo relativo à inclusão do ICMS na Base de cálculo do imposto sem os necessários esclarecimentos, ou seja, os demonstrativos não foram elaborados de forma compreensível.

De acordo com o art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, é nulo o lançamento de ofício “que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator”.

Saliento que a Súmula nº 1 do CONSEF trata da matéria em questão:

SÚMULA Nº 1 “ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

No caso em exame, os demonstrativos elaborados pela autuante não trazem segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido, e por isso, consoante o art. 21, do RPAF/99, recomendo a repetição do procedimento fiscal, a salvo de equívocos, para que seja apurado se, efetivamente, existe diferença de imposto a ser recolhida pelo autuado. Concluo pela nulidade desta infração.

Infrações 03 e 04: Exigência de multa por falta de registro na escrita fiscal do contribuinte, de notas fiscais referentes às aquisições de mercadorias sujeitas a tributação e não tributáveis, conforme demonstrativos às fls. 134 a 136 e respectivos documentos fiscais às fls. 137 a 238 e 384 a 391 dos autos.

A legislação prevê a aplicação de multa, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, sendo 10% para mercadorias sujeitas a tributação (art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96), e 1% para as mercadorias não tributáveis (art. 42, inciso XI, da Lei 7.014/96).

O autuado alega que não conseguiu aferir com clareza quais as notas fiscais de entradas de mercadorias não comercializadas que deixou de escriturar. Entretanto, está comprovado que o autuado recebeu as cópias dos demonstrativos elaborados pela autuante, tendo juntado à sua impugnação a fotocópia dos mencionados demonstrativos (fls. 467 a 469), nos quais estão indicadas as notas fiscais que foram objeto da autuação, e a autuante acostou a fotocópias do livro Registro de Entradas relativo aos exercícios de 2003 e 2004 (fls. 238 a 379), para comprovar que, efetivamente, não houve a escrituração das notas fiscais em questão.

Quanto à utilização de crédito fiscal relativo às notas fiscais não escrituradas, nesta fase processual, não cabe a compensação de crédito fiscal, mas o contribuinte poderá fazer a regularização da escrita referente às notas fiscais incluídas no levantamento fiscal, não escrituradas anteriormente, requerendo a utilização extemporânea dos respectivos créditos junto à repartição fiscal.

Saliento ainda, que verificando as notas fiscais objeto da autuação, não se trata de mercadorias enquadradas na substituição tributária, não se confirmando a alegação do defendente de que as mercadorias já tinham sido tributadas pelo regime de substituição tributária do ICMS, de acordo com os documentos fiscais constantes dos autos. Mantida a exigência fiscal.

Infrações 05 e 06: tratam da exigência ICMS decorrente da diferença de alíquotas, na aquisição interestadual de mercadorias destinadas ao consumo, bem como ao ativo fixo do estabelecimento.

Relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96).

O autuado também alegou que não conseguiu aferir com clareza quais as notas fiscais que deram ensejo ao ICMS decorrente da diferença de alíquota (ativo fixo e consumo).

Observo que a exigência do imposto está respaldada nos demonstrativos de fls. 381 e 383, sendo anexadas aos autos as fotocópias das notas fiscais, constando nos mencionados demonstrativos assinatura de preposto do autuado, comprovando o seu recebimento. Portanto, a alegação defensiva constitui negativa de cometimento da infração, mas, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da exigência fiscal (art. 143, do RPAF/99).

Quanto à alegação defensiva em relação à utilização de crédito fiscal relativo às notas fiscais objeto da autuação (bens do ativo), nesta fase processual, não cabe a compensação de crédito fiscal. Assim, entendo que é subsistente a exigência fiscal.

O defendente também requereu, que toda intimação alusiva ao feito seja encaminhada ao representante do autuado, subscritor da peça defensiva, sob pena de nulidade. Entretanto, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável. Portanto, não existe motivo para decretar nulidade em caso de falta de intimação ao defensor do autuado.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, considerando a nulidade da infração 02.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 180642.0002/07-9, lavrado contra **MARISA LOJAS VAREJISTAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$6.001,39**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multas por

descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$127.664,15**, previstas no art. 42, incisos XIII-A, “g”, IX e XI da mencionada Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2007

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR