

A I N° - 206825.0020/08-4
AUTUADO - ITAPOÃ COMÉRCIO DE METAIS LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO MEDEIROS DOS SANTOS
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 05.12.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0378-04/08

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA. **a)** NO PRAZO REGULAMENTAR. Restou comprovado que o contribuinte não estava obrigado fazer entrega do arquivo magnético relativo ao exercício de 2003. **b)** ENTREGA COM FALTA DOS REGISTRO TIPO 50 e 74. MULTA. Comprovado que não sendo usuário de sistema SEPD no período fiscalizado, na condição de atacadista estava obrigado a fazer entrega dos arquivos magnéticos a partir do mês de junho/04, o que caracteriza falta de entrega do período subsequente e descumprimento de obrigação acessória. Infração elidida em parte. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se omissão de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Infração subsistente. **b)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Comprovado que parte das mercadorias tem valor estabelecido em pauta fiscal, o que reduziu o débito. Infração elidida em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 04/03/08, exige tributos e multa no valor total de R\$36.812,82 referente a:

01. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entrada como de saída de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício (2003) - R\$7.090,00.

02. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informação de operações ou prestações realizadas (12/2003) sendo aplicada multa - R\$8.952,77.

03. Falta de recolhimento do ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente de falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis (2004) - R\$4.210,05.

04. Falta de entrega de arquivos magnéticos os quais deveriam ter sido enviados via internet através do programa Validador/Sintegra, tendo sido aplicado multa - R\$16.560,00.

O autuado na defesa apresentada às fls. 190 a 193, inicialmente esclarece que exerce atividade de comércio atacadista de “resíduos e sucatas metálicas”, e é habilitado ao regime de diferimento.

Discorre sobre a infração 1 e afirma que o autuante não levou em consideração que a empresa tem habilitação para operar no regime de diferimento, de acordo com o art. 509 do RICMS/BA, que transcreveu à fl. 191.

Alega que não há do que se falar em falta de recolhimento do imposto, sem que tenham ocorrido operações que ensejaram o encerramento do diferimento (saída para outro Estado; venda a consumidor final ou de produtos fabricados).

Quanto à infração 2, afirma que não foi observado que apesar de recepcionar arquivos magnéticos desde o exercício de 2003, “não emite nota fiscal pelo Sistema Eletrônico de Processamentos de Dados” (SEPD), só ficando obrigado a entregar os arquivos magnéticos a partir do mês de junho de 2004, de acordo com o disposto no art. 708-A, §5º do RICMS/BA.

Argumenta que não pode ser penalizada pelo descumprimento de uma obrigação que não tinha previsão legal no período de 2003 até maio de 2004. Afirma que se trata de uma empresa idônea que cumpre corretamente suas obrigações fiscais e não procede a infração. Requer que seja declarada “nula de pleno direito”.

No tocante à infração 3, argumenta que também não foi levado em conta sua habilitação para operar com diferimento (art. 509 do RICMS/BA) e não há que se falar em omissão de pagamento do imposto sem ficar comprovado as situações previstas no regulamento que se enquadre no encerramento do diferimento, cabendo apenas uma penalidade de caráter formal, pela falta de emissão de documento fiscal.

No mérito, questiona que a fiscalização não levou em consideração que o produto sucata magnésio tem pauta fiscal de R\$1,00 por quilo, enquanto no levantamento fiscal foi indicado valor por quilo de R\$3,20 de acordo com a IN 15/04 publicada no Diário Oficial de 30/03/04. Apresenta quadros demonstrativos à fl. 192 no quais indica que para a omissão de saída de 4.500 quilos resultaria em base de cálculo de R\$4.500,00 e valor devido de R\$765,00. Requer a revisão do cálculo dessa omissão.

Relativamente à infração 4, alega que o autuante não observou que na condição de atacadista não emite nota fiscal pelo sistema SEPD e só estava obrigado a entregar arquivos magnéticos a partir do mês 06/04, de acordo com o art. 708-A, §5º do RICMS/BA. Pondera que não pode ser penalizada por descumprimento de obrigação acessória sem previsão legal. Requer a nulidade dessa infração.

Por fim, requer a improcedência das infrações 1 e 3 e nulidade das infrações 2 e 4.

O autuante na sua informação fiscal (fls. 253/254), inicialmente discorre sobre as alegações defensivas e passa a contestá-las, conforme relato:

- 1) Com relação à omissão de entrada e saída de mercadorias objeto do levantamento fiscal, afirma que os benefícios concedidos através de lei só se justificam quando o contribuinte satisfaça determinadas condições e na situação presente, não tendo emitido notas fiscais regularmente, não se sabe qual a origem ou destino das mercadorias;
- 2) Quanto ao valor médio do produto sucata de magnésio, o item 2 da mencionada IN 15/04 estabelece que o valor de R\$1,00 por quilo se aplica à primeira operação, o que não é possível se determinar;

3) Relativamente à falta de entrega de arquivos magnéticos, transcreve o art. 708-A do RICMS/BA, e afirma que sendo o autuado usuário de SEPD, conforme documentos às fls. 42 a 60, envia, embora de forma irregular e com omissões, informações à SEFAZ desde 01/01/04.

Conclui que ocorreu apenas negativa de cometimento das infrações, o que à vista do disposto no art. 143 do RPAF/BA, não o desonera de elidir a presunção de legitimidade da autuação. Requer a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade das infrações 2 e 4, sob o argumento de que a legislação tributária não previa obrigatoriedade de cumprimento de obrigações acessórias no período fiscalizado. Observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos, com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os artigos 38 a 41 do RPAF/BA (Dec. 7.629/99). O contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado e não vislumbra inobservâncias formais que conduzam à sua nulidade nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, motivo pelo qual rejeito o pedido de nulidade formulado. Quanto à aplicação das multas, serão apreciadas quando do mérito.

No mérito o Auto de Infração exige ICMS relativo à falta de recolhimento do imposto apurado em levantamento quantitativo de estoques, pela apuração de omissão de entrada (2003) e omissão de saída de mercadorias (2004), bem como aplica multa pela falta de fornecimento de arquivos magnéticos, exigido mediante intimação e não sido enviados pela internet (Sintegra).

Na defesa apresentada com relação às infrações 1 e 3, o autuado fez alegações que foram contestadas na informação fiscal de que:

- Comercializa “resíduos e sucatas metálicas”, contemplado com diferimento, inexistindo exigência do imposto relativo às omissões apuradas pela fiscalização;
- O valor da pauta fiscal de sucata magnésio é de R\$1,00 por quilo a (IN 15/04). Solicitou retificação da base de cálculo apurada no levantamento fiscal de R\$3,20 por quilo.

Com relação à alegação de que comercializa produtos contemplados pelo regime de diferimento, observo que a substituição tributária por diferimento diz respeito às situações em que a responsabilidade pelo pagamento do imposto incide sobre determinada operação ou prestação efetuada no presente é transferida para o adquirente ou destinatário da mercadoria, na condição de sujeito passivo por substituição vinculada a etapa posterior, ficando adiados o lançamento e o pagamento do tributo para o momento em que vier a ocorrer determinada operação, prestação ou evento expressamente previstos pela legislação (art. 342 do RICMS/BA).

Na situação presente, o autuado comercializa resíduos e sucatas. Conforme disposto no art. 509 do RICMS/BA, é diferido o lançamento do ICMS incidente nas saídas destes produtos, com destino a estabelecimentos situados neste Estado, para o momento em que ocorrer a saída:

- das mercadorias para outra unidade da Federação ou para o exterior;
- das mercadorias com destino a consumidor ou usuário final; ou
- dos produtos fabricados com essas matérias-primas.

Logo, nas operações com produtos contemplados com o diferimento, para usufruir dos benefícios se faz necessário provar por meio de documentação fiscal que as operações se adéquam a previsão contida na legislação fiscal. Tendo a fiscalização apurado omissão de entrada (infração 1) de mercadorias, o imposto foi exigido a título de presunção (art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96), presumindo-se que os pagamentos utilizados nas entradas de mercadorias não registradas tiveram como origem receitas também não registradas, sendo facultado ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção. Assim sendo, não tendo o recorrente provado a regularidade das operações, não pode ser acatada a alegação defensiva de que as operações praticadas estivessem

albergadas pelo diferimento. Portanto deve ser mantida a exigência fiscal da infração 1.

No que se refere à omissão de saída de mercadorias apurada pela fiscalização (infração 3), constato que a fiscalização indicou em demonstrativos próprios que a movimentação das quantidades existentes nos estoques (inicial e final), compras e vendas regularmente escriturados, confrontado com as quantidades registradas nos documentos fiscais emitidos no período fiscalizado, resultou em omissão de saída de mercadorias. Não tendo o autuado comprovado inconsistências no levantamento fiscal, também não pode ser acatada a argumentação defensiva de que as operações sejam contempladas com o diferimento do imposto, haja vista que, não tendo sido emitido notas fiscais das mercadorias que deram saídas do estabelecimento, não se sabe qual a natureza daquelas operações.

Com relação à segunda alegação de que foi exigido ICMS relativo ao produto sucata de magnésio, pelo valor de R\$3,20 o quilo, enquanto o valor fixado em pauta fiscal na IN 15/04 era de R\$1,00, o autuado contestou na informação fiscal, que o item 2 da Instrução Normativa 15/04 estabelece que “a base de cálculo para efeito de incidência de ICMS dos produtos abaixo, na primeira operação realizada pelos produtores, fica atualizada para:”

Por sua vez, o art. 73, IV do RICMS/BA, estabelece que a base de cálculo do ICMS poderá ser fixada mediante pauta fiscal, nas operações com sucatas, fragmentos, retalhos ou resíduos de materiais. Já o §2º do mesmo dispositivo legal, estabelece que “na aplicação da pauta fiscal, observar-se-á o seguinte:

- I - o imposto será lançado, sempre, pela pauta fiscal, nas operações com:
c) sucatas, fragmentos, retalhos ou resíduos de materiais”.

Pelo exposto, existe regra específica no RICMS/BA, de que nas operações com o produto sucata (de magnésio), se aplica ao lançamento do imposto a base de cálculo fixada em pauta fiscal, devendo tal regra ser prevalente em relação ao indicado em Instrução Normativa, mesmo que a mesma contenha indicação de que a pauta fiscal se aplica à primeira operação, que não é o fato da situação presente. Por isso, acato a alegação defensiva, tomo como base o demonstrativo de débito acostado pelo autuante à fl. 41 e considero devido o valor de R\$2.527,05 no exercício de 2004. Infração procedente em parte.

Inf.	Data Ocorr	Sucata	Base Cálculo	Aliq %	Multa %	Valor do Débito	Julgado	Fl.
3	31/12/04	Alumínio	9.165,00	17	70	1.558,05		41
		Inox	1.200,00	17	70	204,00		41
	4,500 Kg	Magnésio	4.500,00	17	70	765,00	BC 4.500xR\$1,00	41
	Total					2.527,05		

Relativamente às infrações 2 e 4, na defesa apresentada o autuado alegou que recepciona arquivos magnéticos, mas não emite nota fiscal pelo SEPD. Entende que só ficou obrigado a entregar os arquivos magnéticos a partir de junho/2004, de acordo com o art. 708-A, §5º do RICMS/BA e não cabe a aplicação de penalidade pelo descumprimento de uma obrigação que não tinha previsão até maio de 2004.

Na sua informação fiscal o autuante contestou que sendo usuário de SEPD, conforme documentos às fls. 42 a 60 é obrigado fazer entrega dos arquivos magnéticos, o que foi feito de forma irregular e com omissões, desde 01/01/04.

Pela análise dos elementos constantes do processo, verifico que foi juntado às fls. 42 a 59, relação de arquivos magnéticos recepcionados e cópia de intimação ao autuado feita em 24/01/08 (fl. 15), para entregar arquivo magnético referente ao período de:

- a) 2003, pela falta de entrega e
b) 2004, “com ausência de notas fiscais no registro 50, inconsistência no registro 74...”

Em consulta ao sistema de Informações do Contribuinte (INC) da Secretaria da Fazenda, constato que o contribuinte:

- a) Está inscrito com código de atividade 4687703 – Comércio atacadista de resíduos e sucatas metálicas;
- b) Requeriu autorização para uso de SEPD relativo à escrituração dos livros Registro de Entrada de Mercadorias em 28/04/07 e Registro de Saída de Mercadorias e de Apuração de ICMS em 21/02/06.

Os artigos 683, 686, 708-A e 708-B do RICMS/BA, prevêem que poderá ser utilizado sistema eletrônico de processamento de dados para emissão dos documentos e escrituração de livros fiscais, devendo ser mantida as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos recebidos ou emitidos, fazendo a entrega do arquivo magnético referente ao movimento econômico de cada mês (Sintegra) ou ao fisco quando for intimado.

Conforme cópia dos protocolos de recepção de arquivos magnéticos juntados com a defesa às fls. 194 a 251, relativo ao período fiscalizado (2003/2004), constato que os mesmos foram entregues entre os dias 04/02 a 28/02/08, ou seja, após ter sido intimado em 24/01/08 (fl. 15).

Na situação presente, verifico que apesar do contribuinte ter feito entrega dos arquivos magnéticos incompletos após ter sido intimado (falta dos registros 50 e 74), o mesmo não era usuário de SEPD no período fiscalizado, inclusive para emissão de notas fiscais, só vindo requerer uso de sistema a partir de 2006 relativo a livros fiscais.

Entretanto, mesmo não sendo usuário de SEPD em 2003/2004, na condição de estabelecimento atacadista, com a edição do Dec. 9.068 de 12/04/04, foi inserido o § 5º ao art. 708-A, produzindo efeitos a partir de 1º de junho de 2004 que estabelece: “*§ 5º Aplica-se o disposto neste artigo ao contribuinte inscrito no cadastro de contribuintes do ICMS deste Estado que exerce atividade econômica de comércio por atacado, mesmo que não seja usuário de SEPD para emissão de documentos fiscais ou para escrituração de livros fiscais*”.

Pelo exposto, entendo ser razoável acatar o argumento defensivo de que apesar de ter entregue o arquivo magnético que não estava obrigado até o mês de maio/2004, por não ser usuário de SEPD naquele período, deve ser afastada a multa aplicada relativa ao exercício de 2003, restando improcedente a infração 2.

Considerando o disposto no art. 708-A, §5º do RICMS/BA, deve ser mantida a aplicação da multa pela entrega de arquivo magnético não contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, haja vista que não tendo efetuado a correção das inconsistências apontadas pela fiscalização após ter sido intimado, é considerado falta de entrega, relativo ao período de junho a dezembro de 2004, totalizando valor de R\$9.660,00 na infração 4, devendo ser retificada a multa aplicada para o art. 42, XIII-A, “j” em vez da alínea “i” indicada no Auto de Infração. Infração elidida em parte.

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. 206825.0020/08-4, lavrado contra **ITAPOÃ COMÉRCIO DE METAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.617,05**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$9.660,00**, prevista no artigo 42, XIII-A, “j” da citada Lei, e dos acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de dezembro de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR