

A. I. N.º - 180461.0001/08-5
AUTUADO - ENTEL COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
AUTUANTES - MARIA JOSÉ MIRANDA, MARIA CRISTINA DÓREA DANTAS e LUZINETE MARIA DA SILVA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 08.03.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0028-02/10

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM OMISSÃO DOS REGISTROS TIPO 60R, 61 e 61R E DIVERGÊNCIA DOS VALORES DECLARADOS NA DMA. MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DAS OPERAÇÕES REALIZADAS. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS E NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. A legislação estabelece aplicação da multa de 1% sobre o valor das operações realizadas. Infração caracterizada. Não acatado o pedido para redução da multa. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS E NÃO TRIBUTÁVEIS. Multas de 10% e 1% do valor comercial das entradas de mercadorias não registradas. Infrações caracterizadas. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** BEM DESTINADO AO ATIVO PERMANENTE. Infração caracterizada. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infrações reconhecidas. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO E ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE SAÍDAS (BRINDES). EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 5. BENS INTEGRANTES DO ATIVO FIXO. DESINCORPORAÇÃO POR ALIENAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Não ficou comprovado que o bem tinha sido objeto de uso por mais de um ano. Reduzido o montante lançado. Não acolhido o pedido de revisão fiscal por estranho ao feito. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2008, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de R\$ 525.744,18 sob a acusação do cometimento das seguintes infrações:

1 - deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informação das operações ou prestações realizadas. Foi acrescentado que cumprindo Ordem de Serviço de Monitoramento de Arquivo Magnético, em 03/10/2007 a empresa foi intimada a apresentar os arquivos do período de janeiro a julho e setembro de 2004; em 26/10/2007 foi intimada a apresentar os arquivos de outubro a dezembro de 2003; alegando problemas técnicos, em 15/10/2007 protocolou processo solicitando prorrogação de prazo; com os arquivos apresentados, após as validações necessárias, em 19/11/2007 a empresa foi intimada a corrigir as inconsistências apresentadas nos arquivos referentes ao período de janeiro/2003 a dezembro/2003; alegando problemas técnicos, em 11/01/2008, a empresa solicitou prorrogação de prazo.

concedido até 29/01/2008; não logrando êxito, mais uma vez solicitou prorrogação do prazo, tendo sido concedido até o dia 08/02/2008, data em que os mesmos foram apresentados, conforme relatório do SCAM anexo ao PAF; que foram dados ao contribuinte todas as oportunidades para que fossem sanadas as inconsistências apresentadas nos arquivos, não obtendo êxito, sendo lançado o valor de R\$ 163.380,25 de multa por descumprimento de obrigação acessória;

2 -deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo imposta a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$4.050,06, equivalente a 10% do valor das entradas não registradas;

3 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo imposta a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$945,59, equivalente a 1% do valor das entradas não registradas;

4 – deixou de recolher ICMS decorrente de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Foi acrescentado que a diferença de alíquota foi apurada com base em duas ocorrências distintas: 1 relativa às notas fiscais fornecidas pelo CFAMT e que não se encontram lançadas no livro Registro de Entradas - anexo I; 2 decorrente de aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para comercialização e posteriormente destinadas ao ativo – anexo II R\$320.368,26;

5 - deixou de recolher ICMS decorrente de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento. Foi acrescentado que: 1 – parte das notas fiscais foi fornecida pelo CFAMT e que não se encontram lançadas no livro Registro de Entradas; 2 – recolheu a menos o ICMS referente às nota fiscal nº102972 de 22/10/2003, lançada no livro Registro de Entradas.;

6 – deixou de recolher no prazo regulamentar, ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Acrescenta que o contribuinte adquiriu brindes e no ato da entrada da mercadoria no estabelecimento deixou de emitir a nota fiscal das saídas com lançamento do imposto, infringindo o art. 565, inciso II do RICMS/BA;

7 – deixou de recolher o ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do ativo imobilizado do estabelecimento. Foi acrescentado que o contribuinte efetuou vendas de ativo imobilizado sem tributação, sob a alegação de que os bens possuem mais de um ano de uso; de acordo com o inciso VIII do art. 6º do RICMS/97, o ICMS não incide nas saídas de bens integrados no ativo permanente, desde que tenha sido objeto de uso, por mais de um ano, no próprio estabelecimento.

O autuado, por seu advogado, apresenta defesa (fls. 1.315 a 1.329), inicialmente pede que toda intimação seja direcionada ao subscritor da presente defesa, destacando que a defesa versará apenas aos itens 01, 03 parcialmente, 04 e 07, acatando expressamente os itens 02, 03 em parte, e os 05 e 06 totalmente.

Aduz que, com relação ao item 01, demonstrará que a multa não deve prevalecer, porque foi aplicada pela “ausência” dos Registros 61R e 70, e por divergências nos Registros 50, 61, 54 e 70, e que todos os demais registros foram apresentados de forma regular. Diz que os “registros” ausentes e “divergentes”, nada interferem na possibilidade de se auditar os lançamentos da empresa, que não possibilitam, a aplicação severa da lei e que existem fundamentos que desoneram parcialmente a Autuada da obrigação.

Observa que a obrigação pertinente ao registro 61R foi criada em 20 de janeiro de 2004, com o advento do Decreto nº 8.882/2004 e que por isso no seu entendimento a fundamentação na ausência deste “registro”, não possui amparo legal até 20/01/2004, o que torna, inconsistente a aplicação da multa até esta data. Argumenta que com referência a “somente em relação ao 61R, “totais diários e mensais, apenas

documentadas por Nota Fiscal de Venda a Consumidor emitida de forma manual,” (fevereiro a dezembro de 2004) e do 70 (2003 e 2004), diz representar menos de 1% do seu faturamento.

Profere que os Registros 50, 54, 61 e 70 não possibilitam a sonegação e, por via conexa, não invalidam a possibilidade da aplicação de outros roteiros fiscais.

Argui que nos exercícios de 2003 e 2004, mais de 80% da receita era proveniente da atividade de prestação de serviços de manutenção e aluguel de equipamentos, que descaracteriza o prejuízo ao exercício regular da ação fiscal, no seu entender deve ser aplicada a tendência jurisprudencial utilizada para as empresas que vendem mercadorias isentas, não tributadas ou com a fase de tributação encerrada.

Afiança que preocupada em atender ao fisco, após a autuação, todos os registros foram regularizados e transmitidos à SEFAZ, por isso pede ao CONSEF que determine a instalação de nova ação fiscal, com a utilização de todos os meios e documentos necessários, inclusive dos arquivos magnéticos que seguem em meio magnético.

Argumenta que a multa aplicada é muito severa, em seguida reproduz ementas dos Acórdãos: CJFNº 0041-21/05, 0368-12/06, 0111-12/05, 0379-12/05, 0125-12/07 e Nº0065-12/06, que tratam de redução e cancelamento de multas por infrações relacionadas a arquivo magnético.

Transcrevendo o art. 42, inciso XIII-A, letra “i” da Lei 7.014/96 argumenta que a aplicação da pena, não pode recair sobre os totais, no limite de 1% das saídas ou das prestações de serviços, no seu entender a referida lei prever que a sanção deve recair “calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidos ou sobre o valor das divergências”, aplicando-se o mesmo limite de 1%, alegando que no Auto a sanção de 1% incidiu sobre os totais das saídas e não, como manda a lei, sobre os valores totais dos registros ausentes ou inconsistentes.

Aduz que não agiu com dolo, fraude ou simulação, e sua atividade é preponderante ligada a fatos geradores do ISSQN e que sempre buscou atender às solicitações do Estado, culminando com a correção de todos os arquivos, requer o cancelamento da sanção ou, pelo menos, a redução para 5% do montante originalmente cobrado.

Diz que no que tange ao item 03, houve dupla incidência sobre notas fiscais relativas a brindes, incluídas, ao mesmo tempo, no item 06, referente a obrigação principal, e que neste caso a multa pelo descumprimento de obrigação acessória será absorvida pela multa para o descumprimento da obrigação principal, consoante art. 42, § 5º, da Lei 7.014/96, que transcreve. Entende que este item é procedente em parte, no valor de R\$ 853,28.

Assevera que no que se refere o item 04, o lançamento é inconsistente, por entender que não gerou qualquer prejuízo ao Estado, porque não houve aquisição de bens destinados ao ativo fixo, garante que as aquisições foram realizadas, em 2003 e 2004, para comercialização, posteriormente, foram incorporadas ao ativo imobilizado. Interpreta que nesse caso, não existe na legislação a obrigação de pagamento da complementação da alíquota, porque a incorporação não era previsível à época das compras, sendo decorrência futura e incerta das necessidades operacionais da empresa, citando os art. 1º, § 2º, inciso IV e 5º, inciso I, do RICMS/97.

Defende que os dispositivos citados são taxativos e somente induzem à obrigação no exato momento da entrada da mercadoria no estabelecimento, se destinada ao uso e consumo ou ao ativo, entende que a destinação da mercadoria tem que ser conhecida no momento da compra, sob pena de interpretação extensiva e ilegal da norma, diz que quando a mercadoria é adquirida para comercialização, como aconteceu no presente caso, não há que se falar em diferença entre alíquotas, e que a Lei 7.014/96 e o RICMS, na parte relativa a esta obrigação, não tratam das aquisições para comercialização que são objeto de incorporação ao ativo.

Narra que no caso em tela, se as mercadorias adquiridas para comercialização foram incorporadas ao ativo fixo do adquirente, circunstância que não entradas, deve o contribuinte, estornar o crédito fiscal utilizado po

segundo registro do AI, foi levado a efeito pelo autuado. Diz que o procedimento equipara-se às saídas de mercadorias em operações isentas ou não tributadas, cita o art. 100, inciso VI, do RICMS/97. Entende que estornado o crédito pelas entradas, não há que se falar em complementação da alíquota, porque do ponto de vista escritural, o destaque do ICMS deixou de existir, e que ainda que existisse previsão para a incidência da diferença na situação em exame, deveria ser observada a redução da base de cálculo prevista no art. 72, incisos I e II, do RICMS/97.

Sustenta que ainda que se estabelecesse a condição legal que permitisse a cobrança do diferencial de alíquota, a ausência de repercussão econômica contra o estado é flagrante, porque o art. 93, inciso V, letra “a”, do RICMS/97, preconiza o direito ao uso do crédito fiscal nas aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado, inclusive o imposto pago a título de diferença de alíquotas, entende que se o pagamento fosse uma obrigação do autuado, o direito ao crédito anularia, do ponto de vista econômico, esta obrigação, transformando-a em mera obrigação acessória escritural, mesmo que tivesse de seguir os preceitos do § 17 do mesmo art. 93, entende que deve ser levado em consideração que as operações autuadas se reportam aos exercícios de 2003 e 2004, estando decorridos, o interstício de 48 meses, sendo o crédito é integralmente devido e anula o suposto débito. Aduz que sobre o assunto, o CONSEF firmou posições, e transcreve ementas dos Acórdãos JJF nº 0049/01 e CJFNº 0235-11/05, que tratam do lançamento meramente escritural. Entende que este item é improcedente.

Argui que o item 07 é insubsistente porque a exigência, é referente a desincorporação de bens do ativo. Diz que segundo a autuação o contribuinte teria vendido bens do ativo sem tributação, sob a alegação de que teriam os mesmos mais de um ano de uso, utilizados no estabelecimento de terceiros.

Garante que os bens vendidos foram utilizados para locação, no exercício de suas atividades fins e que mantém a propriedade dos bens. Aduz que o disposto no art. 6º, inciso VIII, do RICMS/97, deve ser interpretado, em conjunto do o inciso XIV, letra “a”, do mesmo art. 6º, que prevê a não incidência na saída ou fornecimento de bem em decorrência de comodato ou locação, assim como o respectivo retorno e que no retorno, antes da desincorporação, o bem volta a posse e do autuado.

Ressalta que se a tributação é a regra aplicável, deve ser feita na forma do art. 83, do RICMS/97, com redução de base de cálculo em 95%, por se tratar de desincorporação de máquinas e equipamentos e que por isso pede que o imposto seja calculado com a base de cálculo reduzida em 95%.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, posterior juntada de novos documentos, revisão por fiscal estranho ao feito para a apuração de eventuais valores mantidos de multa e imposto e pela IMPROCEDÊNCIA dos itens contestados do Auto de Infração, ou, no máximo, pela procedência parcial, com a redução do item 01 em 95%, do item 04 com a aplicação da redução de base de cálculo e dedução dos créditos, do item 07 reduzindo-se também em 95% a base tributável.

As autuantes apresentam informação fiscal (fl. 1.407 a 1.424), reproduzem o teor das infrações, discorrem sobre as alegações defensivas, dizendo que ao iniciarem a ação fiscal de monitoramento, constataram que o autuado não havia apresentado os arquivos magnéticos de alguns meses de 2003 e 2004, conforme descrito na infração, sendo intimado a fazer a apresentação.

Aduzem que, com os arquivos apresentados, e após as validações necessárias, verificaram que os mesmos apresentavam inconsistências e o autuado foi intimado em 19/11/2007, a apresentar novos arquivos, incluindo o Registro 74 e regularizando as inconsistências existentes nos registros já apresentados: os Registros 50, 61, 54 e 61R, comparados com os valores declarados nas DMA (fls. 112 a 148 do PAF).

Argumentam que o autuado obteve toda a prorrogação de prazo solicitada para a regularização dos arquivos, e que fora concedido prazo maior do que o previsto na legislação, não logrando êxito.

Salientam que a obrigatoriedade pela entrega do arquivo magnético está alicerçada nos artigos 683 e 686, do RICMS/BA, que transcrevem. Dizem que de acordo com os registros fiscais, constantes no sistema INC – Informações do Contribuinte, da SEFAZ, o autuado possui autorização para utilização do SEPD – Sistema Eletrônico de Processamento de Dados para emissão de Nota Fiscal (Nota Fiscal Fatura) e Escrituração de livros Registro de Entrada, Registro de Saída, Registro de Inventário e Registro de Apuração de ICMS, e que no período fiscalizado: janeiro/2003 a dezembro/2004 consta AIDF – Autorização para Impressão de Documentos Fiscais, para formulário contínuo.

Ressaltam que o Manual de Orientação (Anexo 64, do RICMS/BA), “orienta a execução dos serviços destinados à emissão de documentos e escrituração de livros fiscais e a manutenção de informações em meio magnético, por contribuintes do IPI e/ou do ICMS usuários de sistema eletrônico, na forma estabelecida no Convênio ICMS 57/95, e nos artigos 683 a 712 do RICMS / BA” e que quanto às informações em meio magnético, “o contribuinte de que trata o art. 683 está obrigado a manter, pelo prazo decadencial, o arquivo magnético com registro fiscal dos documentos emitidos por qualquer meio, referente à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração.”

Transcrevem os art. 697 e 700 do RICMS/97, que tratam do registro fiscal, e de quando será gerado e Arquivo Magnético.

Expõem que o arquivo magnético é composto do conjunto dos registros fiscais a que um contribuinte usuário de sistema de processamento de dados está obrigado a apresentar, descrevendo todos eles, citando que não foram apresentados: o Registro Tipo 61R - nota fiscal de venda a consumidor por item, a partir de 20/01/2004 e o Registro Tipo 70 - Nota Fiscal de Serviço de Transporte (frete), e que foram apresentados os Registros tipo 10, 11, 50, 54, 61, 74, 75 e 90.

Frisam que o autuado em razão de ser usuária de sistema eletrônico de processamento de dados está obrigado a entregar o arquivo magnético contendo os registros fiscais (item 2), em conformidade com o Manual de Orientação (anexo 64, do RICMS/BA) e Convênio 57/95, contendo a totalidade das operações de entrada e saída.

Salientam que recebido o arquivo magnético, ou qualquer documento para realização de auditoria, o fiscal deverá examiná-los, a fim de constatar a sua veracidade e que no caso em questão, o arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e saída deve-se verificar o atendimento pelo contribuinte das especificações técnicas, bem como se os registros fiscais apresentados foram constituídos com documentos pertencentes ao movimento da empresa, e que o fisco utilizará as informações para a realização das suas auditorias, citando AUDIF 201 – Conta Corrente – que representa a reconstituição do Registro de Entrada, Registro de Saída e Registro de Apuração – utilizando-se os registros fiscais tipos 50 e 61 e AUDIF 207 – Levantamento Quantitativo por Espécie de Mercadoria, que representa a movimentação de estoque, entrada e saída de mercadorias do estabelecimento – utilizando-se os registros fiscais tipos: 54, 61R, 74 e 75.

Alegam que quando da realização dos testes de consistências, ou seja, atendimento pelo contribuinte das especificações técnicas ou se os registros fiscais apresentados foram constituídos com documentos pertencentes ao movimento da empresa constataram as inconsistências, no tocante à reconstituição dos documentos recebidos ou emitidos pelo contribuintes, nos valores do Registro 50 e 61 dos Arquivos Magnéticos apresentados à SEFAZ (entrada/saída) em relação à escrituração fiscal (falta de CFOP, divergência de CFOP) e nos valores dos Registros 54, na descrição dos itens e ausência dos Regi

Esclarecem que a rejeição dos arquivos magnéticos pelas autuantes, deve-se em primeiro lugar, a divergência entre os Registros 50, 61 e 54 em relação à escrituração fiscal, além dos registros faltantes 61R (a partir de 20/01/2004) e 70.

Registram que se comparados os valores das entradas e saídas lançados no livro de Apuração do ICMS (fls. 281 a 306 e 447 a 472) com os relatórios por CFOP emitidos com base nos arquivos magnéticos apresentados, (fls. 85 a 107) demonstram, a princípio, não se tratar da mesma empresa, em função das divergências entre os valores. Além disso, existem notas fiscais só de prestação de serviço lançados com débito de ICMS nos registros 50 e 54, outras lançadas no Registro 54 como se fossem itens de mercadorias, e outras ocorrências semelhantes (fls. 149 a 158).

Garantem que os arquivos magnéticos inconsistentes, prejudicaram sobremaneira a aplicação dos Roteiros de Auditoria pelas autuantes, porque em se tratando de uma empresa de atividade mista, com uma quantidade significativa de operações, além das habituais, outras como remessas para demonstração, remessa para conserto, remessas para locação, e os respectivos retornos, bem como a utilização de um mesmo CFOP para operação distintas, tornou-se um trabalho exaustivo devido ao grande volume de documentos, sem considerar o roteiro de Estoque, que não pôde ser aplicado.

Pontuam que razão não cabe ao autuado, de que as inconsistências dos arquivos em nada prejudicam os trabalhos, quando afirma que “a fiscalização, assim, pode ser exercida a partir do “meio físico”, relativos aos mesmos elementos, não sendo prejudicada na apuração da obrigação principal”. Diz que para tal, existe uma legislação específica e necessita ser cumprida, para que não haja um retrocesso no processo de fiscalização, porque este é o objetivo das informações em meio magnético referentes aos elementos contidos nos documentos fiscais.

Reproduzem o art. 915, do RICMS/97, que trata da penalidade a ser aplicada, aos usuários de sistema eletrônico de processamento de dados.

Argumentam que diante das inconsistências e considerando que houve descumprimento dos Artigos 697, 700, 708-B § 5º e do 686 do RICMS/BA, Decreto nº. 6.284/97), o arquivo não foi aceito para o fim a que se destina, item 5 da presente, e que por isso aplicou-se “1%(um por cento) do valor das saídas do estabelecimento em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída”

Dizem que legislação vigente aplicável ao período fiscalizado exercício de 2003 e 2004, contempla a aplicação da penalidade prevista na alínea “g”, do inciso XIII-A, do Art. 915, no mesmo período, por ser considerado menos gravosa.

Aduzem que no seu caso do autuado, diante das inconsistências apresentadas nos arquivos magnéticos, a penalidade atual seria a prevista na alínea “j” do referido artigo, e não a da alínea “i”, como argumenta na defesa, e transcreve o inciso XIII-A, do art. 915 do RICMS/97, e o Acórdão JJF nº. 0061-03/06.

Garantem que para a aplicação da multa foram considerados os valores de saída lançados no Registro de Apuração do ICMS, e não estão incluídos os valores dos serviços. fl. 76.

Se manifestam contra nova ação fiscal, sob a alegação de ter regularizados os arquivos magnéticos e transmitidos à SEFAZ, como requer no item 11 da defesa. Diz que o autuado retificou todas as DMA do período e fez juntadas ao processo.

Asseveram que na Infração nº03 não houve dupla incidência sobre notas fiscais relativas a brindes, incluídas, ao mesmo tempo no item 06, como alega o Autuado. Garantem que a Infração 03 é referente à multa de 1% sobre as notas fiscais relativas à aquisição de brindes não lançadas no Registro de Entradas de Mercadorias, no valor de R\$96,33, com:

infração 06, é relativa à falta de recolhimento do ICMS pela não e

Fiscal de saídas, no ato da entrada da mercadoria no estabelecimento, cita e reproduz o art. 565 do RICMS/97.

Esclarecem que a Infração 04 é composta de diferenças de alíquotas relativas às notas fiscais fornecidas pelo CFAMT não lançadas no livro Registro de Entradas, no valor de R\$646,10, apurada conforme demonstrativo fls. 189 a 193, e decorrente das aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para comercialização e posteriormente destinadas ao ativo, apurada conforme demonstrativo denominado de Anexo II. Afiança que o contribuinte adquiriu de outros Estados, mercadorias para comercialização e posteriormente destinou-as ao ativo, estornando o crédito fiscal à alíquota de 7% no livro registro de Apuração do ICMS, sem efetuar o correspondente diferencial de alíquota.

Salientam que em relação à ocorrência 1, o autuado não recolheu o valor correspondente, nem apresentou nenhum argumento na defesa. Disseram que esse item é referente a notas fiscais do CFAMT que não foram lançadas no REM.

Garantem que diferente da redação apresentada pelas autuantes para a ocorrência 2 dessa infração, o autuado apresenta a seguinte redação, item 19 da defesa: “Conforme consta no corpo do próprio AI, não houve aquisição de bens Destinados ao ativo fixo. As aquisições foram realizadas, em 2003 e 2004, para comercialização. Posteriormente, foram incorporadas ao ativo imobilizado”.

Sustentam que não é verdadeiro o argumento do item 19 da defesa, por entenderem que o autuado induz ao entendimento de que as mercadorias foram destinadas ao ativo fixo, somente após o ano de 2004, o que confirmaria que a “incorporação não era previsível à época das compras, sendo decorrência futura e incerta das necessidades operacionais da empresa”, com quer o autuado.

Defendem que o argumento do autuado de que pelo fato das operações se referirem a 2003 e 2004, tendo decorrido o interstício de 48 meses, e que hoje o crédito é integralmente devido, anulando o débito, sem repercussão econômica contra a Fazenda Pública, não pode prosperar, por entenderem que assim procedendo nenhum contribuinte cumprirá a legislação.

Destacam que, em relação à Infração nº. 07, com base no art. 6º, inciso VIII do RICMS/97, o ICMS não incide na saída de bem integrado ao ativo permanente, desde que tenha sido objeto de uso, no próprio estabelecimento, por mais de um ano, antes da desincorporação. Garantem que no presente caso os bens não foram usados no próprio estabelecimento e sim em estabelecimentos de terceiros, em decorrência de prestar serviços de locação. Explicam que em 03/03/2008, o autuado foi intimado a comprovar que os bens de ativo vendidos sem tributação, tinham mais de um ano de uso, não obtiveram êxito, (doc. fls. 17 a 18 e 34 a 43).

Salientam que o autuado não possui nenhum controle dos bens de ativo através da escrituração do livro CIAP, conforme doc. fls. 307 a 339 – 2003 e 473 a 508 – 2004 e que as pouquíssimas notas escrituradas são referentes às aquisições em que ela registra a entrada no CFOP 2.551 – aquisições de ativo imobilizado, diferente do caso das transferências.

Asseveram que o contribuinte não conseguiu comprovar de que as mercadorias transferidas para o ativo se referem às mercadorias objeto das entradas, nem que na saída por desincorporação do ativo tais mercadorias são as mesmas objeto da nota fiscal de transferência, e que nesse caso também não possui controle do ativo, mediante CIAP.

Registram que, não estando certo da sua afirmativa, o autuado diz que: “se a tributação é a regra aplicável, deve ser feita na forma do art. 83, com redução de base de cálculo em 95%, pois se tratar de desincorporação de máquinas e equipamentos”. Transcrevendo o mencionado artigo 83 do RICMS/97, entendem que essa condição também não deve ser aceita, porque de acordo com os demonstrativos anexos ao PAF, os bens de ativo vendidos sem tribu máquinas e aparelhos (doc. fls. 578 a 587).

Concluem dizendo que o processo está revestido de todas as formalidades essenciais, as alegações da defesa foram observadas, e que o autuado não apresentou documento, argumento ou fato para elidir a ação fiscal, entendem que o Auto de infração deve ser julgado procedente.

Na assentada para julgamento, no dia 24 de setembro de 2009, o representante do contribuinte, solicitou verbalmente prazo para se manifestar sobre a informação fiscal. Após discussão sobre o pedido esta 2ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pelo atendimento do pleito, tendo o autuado por seu preposto formalizado o pedido através de petição às fls. 1.432 a 1.434. O contribuinte recebeu cópia da informação fiscal, assim como tomou ciência da concessão do prazo de 10 dias para pronunciamento, às fls. 1.440 e 1.441, tendo se manifestado às fls. 1.443 a 1.446, reitera alegações defensivas, aduz que as autuantes disseram que a fiscalização ficou prejudicada sem os arquivos magnéticos, porque não puderam desenvolver roteiros de fiscalização do tipo AUDIF 201 – Conta Corrente e AUDIF – 207 – Levantamento Quantitativo de Estoque por Espécie de Mercadorias, mas que as autuantes poderiam sem os arquivos, fazer “Caixa, Passivo etc.”, ou “arbitramento”, cita o art. 936 do RICMS/97. Protesta porque na informação fiscal as autuantes não se reportaram aos arquivos magnéticos transmitidos nos dias 05 e 06 de maio de 2008, arguindo que “por si só, regularizou a situação da empresa”.

Argumenta que com relação ao “CIAP”, mencionado na informação, serve para controlar a conta corrente do ICMS sobre ativos, entende que como as mercadorias foram compradas para revenda, não havia sentido fazer sua escrituração.

Reitera os pedidos conclusivos da defesa de protesto pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, posterior juntada de novos documentos, revisão por fiscal estranho ao feito para a apuração de eventuais valores mantidos de multa e imposto e pela improcedência dos itens contestados do Auto de Infração, ou, no máximo, pela procedência parcial, com a redução do item 01 em 95%, do item 04 com a aplicação da redução de base de cálculo e dedução dos créditos, do item 07 reduzindo-se também em 95% a base tributável.

VOTO

Inicialmente não acolho o pedido de revisão por fiscal estranho ao feito para realizar a apuração de eventuais valores mantidos de multa e imposto, visto que o sujeito passivo recebeu cópias dos demonstrativos que fundamentaram a autuação, em decorrência deste fato trouxe aos autos elementos cujas análises puderam ser apreciadas na constância da instrução do processo, antes da lavratura do Auto de Infração foi intimado pelas autuantes para adotar procedimentos no sentido de atender exigências legais, como por exemplo, corrigir as inconsistências apresentadas nos arquivos magnéticos, sobre este fato se manifestou, sendo que seus efeitos, na presente ação fiscal, prescindem de revisão por outro preposto fiscal, inclusive na assentada para julgamento, no dia 24/09/09, pediu para se manifestar sobre a informação fiscal, sendo deferido o pedido por esta 2ª. Junta de Julgamento Fiscal que concedeu o prazo de 10 dias para pronunciamento, o contribuinte se manifestou, juntou documentos já existentes, contudo não carreou aos autos documentos, levantamentos e demonstrativos apontando inconsistências passíveis de revisão fiscal em diligência, por outro lado existem nos autos todos os elementos necessários ao meu convencimento.

Quanto ao pedido do impugnante de que todas as intimações sejam encaminhadas ao seu escritório de advocacia, ressalto que no foro administrativo embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide, no endereço constante do seu cadastro junto ao estado, nada obsta de que seu pleito seja atendido. O Órgão Competente desta Secretaria poderá enviá-la comunicações sobre o andamento do presente processo.

No mérito, o Auto de Infração em lide lança crédito tributário em decorrência do cometimento de sete infrações: 1-deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informação das operações ou prestações realizadas; 2-deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal; 3-deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal; 4-deixou de recolher ICMS decorrente de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento; 5 - deixou de recolher ICMS decorrente de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento; 6-deixou de recolher no prazo regulamentar, ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios e 7-deixou de recolher o ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do ativo imobilizado do estabelecimento.

O sujeito passivo reconheceu e pagou integralmente, os valores lançados atinentes às Infrações 02, 05 e 06, e parcialmente à Infração 03, se insurgiu parcialmente em relação às Infrações 01 e 03, e integralmente quanto às Infrações 04 e 07, portanto considero desde já subsistentes os itens reconhecidos, e passo a examinar aqueles que foram objeto de contestação.

Quanto à Infração 01, a acusação é de que o contribuinte deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimações, com informação das operações ou prestações realizadas, sendo acrescentado que cumprindo Ordem de Serviço de Monitoramento de Arquivo Magnético, em 03/10/2007 a empresa foi intimada a apresentar os arquivos do período de janeiro a julho e setembro de 2004 e que em 26/10/2007 foi intimada a apresentar os arquivos de outubro a dezembro de 2003; consta ainda que, alegando problemas técnicos, em 15/10/2007 o contribuinte protocolou processo solicitando prorrogação de prazo, e com os arquivos apresentados, após as validações necessárias, em 19/11/2007 a empresa foi intimada a corrigir as inconsistências apresentadas nos arquivos referentes ao período de janeiro/2003 a dezembro/2004; sendo que mais uma vez arguindo problemas técnicos, em 11/01/2008, o sujeito passivo solicitou e foi deferido pelo supervisor, prorrogação do prazo, até 29/01/2008, findado este prazo, não atendeu a fiscalização. Foi dito que mais uma vez o contribuinte solicitou prorrogação do prazo, tendo sido concedido até o dia 08/02/2008, data em que os arquivos foram apresentados, ainda com inconsistências, conforme relatório do SCAM anexo ao PAF. Informaram as autuantes que concederam ao contribuinte todas as oportunidades para que fossem sanadas as inconsistências apresentadas nos arquivos, não obtendo êxito, aplicaram a multa por descumprimento de obrigação acessória, consubstanciada no Auto de Infração.

Observo que ao encerrar a ação fiscal, as autuantes não mais formalizaram intimação para o sujeito passivo regularizar as inconsistências dos arquivos magnéticos.

Em razão da descrição dos fatos, pelos elementos juntados aos autos e considerando as informações das autuantes, restou demonstrado de que, intimado para corrigir, o contribuinte deixou de entregar arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entradas e de saídas e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, na medida em que fez a entrega dos arquivos faltando os Registros 61-R, e 70, bem como, com ausência do nível de detalhe exigido na legislação (Convênio ICMS 57/95), face às divergências entre os Registros 50, 61 e 54, constatado após cotejamento com a escrituração fiscal e as DMA, nos exercícios de 2003 e 2004.

Portanto, o motivo determinante para a aplicação da multa foi o descumprimento de obrigação acessória relativa ao fato de que o contribuinte forneceu arquivos em meio magnético com as inconsistências constantes nos papéis de trabalho às fls. 114 a 148. Constam às fls. 112 e 113 a intimação que foi expedida, devidamente assinada pelo preposto do autuado, solicitando a correção das inconsistências verificadas nos arquivos magnéticos, com a concessão do prazo de 30 (trinta) dias úteis.

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

O art. 708-B estabelece que: “O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos”. O arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria. Neste sentido, o autuado fora intimado nos dias 03 e 26/10/2007, fls.108 e 109 e não atendeu a fiscalização. Já o seu § 5º incorporado ao RICMS/97-BA, através da Alteração nº 63, em vigor a partir de 18/05/2005, estabeleceu um prazo de 30 dias úteis contados da data do recebimento da intimação para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência. Com este objetivo, o sujeito passivo foi intimado em 19/11/2007, fls. 112 e 113.

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

Além disso, está previsto no artigo 915, XIII-A, “g” do RICMS/97, atualmente alínea “j”, (acrescentada pela pelo Decreto nº10840, de 18/01/08) a aplicação de multa equivalente a “1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação ou em condições que impossibilitem a sua leitura”.

No presente caso, superada a fase de monitoramento dos arquivos magnéticos, com as devidas intimações formalizadas, observo que em 02/01/2008, em cumprimento à Ordem de Serviço nº521203/07, foi dado início aos trabalhos de fiscalização vertical, com o objetivo de examinar os livros e documentos fiscais e contábeis do contribuinte, referentes ao período de 01/01/2003 a 31/12/2004, consoante termo de início de fiscalização, fl. 14. Consciente das inconsistências em seus arquivos e da sua obrigação de entregá-los totalmente corrigidos, o contribuinte, mais uma vez, alegando dificuldades técnicas, em 11/01/2008, solicitou prorrogação para apresentação dos referidos arquivos até o dia 29/01/2008, tendo sido deferido o seu pedido pelo supervisor. Consta ainda na descrição dos fatos que mais uma vez, o autuado solicitou prorrogação do prazo, tendo sido acolhido o pedido pelas autuantes, até o dia 08/02/2008, data em que os mesmos foram apresentados, conforme relatório do SCAM anexo ao PAF, sendo que, consoante informação fiscal com inconsistência dos Registros 50, 60, 61, 61-R, sendo que até a data do encerramento da fiscalização não havia sido corrigidas as inconsistências especificadas. ~~de acordo com o artigo 685, combinado com os art. 708-A e 708-B, do RICMS/97).~~

de Infração.

Logo, a autuação obedeceu ao devido processo legal, pois, está precedida das citadas intimações ao contribuinte, solicitando e especificando a falta das informações e inconsistências, sendo-lhe entregue e esclarecidas as omissões e inconsistências constatadas, e concedido o prazo de 30 dias úteis, para corrigir a irregularidade apontada e isso não ocorreu.

Portanto, pelo que se depreende houve a entrega dos arquivos magnéticos, porém, faltando os Registros 61-R, e 70, e com divergências entre os Registros 50, 61 e 54, nos exercícios de 2003 e 2004, consoante demonstrado acima.

Ao contrário do que alegou a defesa em se tratando de fatos geradores de 2003 e 2004, a preocupação com a decadência ou com a prescrição existe, além do mais, analisando os protocolos sintegra dos arquivos enviados em maio de 2008, às fls. 1.338 a 1.374, ficou patente que foram enviados após o encerramento da ação fiscal, não podendo ser examinados pelas autuantes, além do mais nos referidos protocolos demonstram que os arquivos eletrônicos não apresentam “retificação total”, além de outras, consignam advertências nos registros 54 e 61-R, importantes à fiscalização para a realização de roteiro de auditoria, como por exemplo, de levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, que não podem ser examinados pelas autuantes neste processo, restando demonstrado que os casos fortuitos alegados nos pedidos de prorrogação para retificação total dos arquivos e deferidos pelas autoridades fiscais não foram saneados, ficando evidente que por esta ou por quaisquer outras circunstâncias, os mencionados arquivos magnéticos encontram-se pendentes de retificações.

Saliento que, conforme disposto no art. 708-A, § 6º do RICMS/BA, a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, ou seja, a apresentação dos arquivos magnéticos sem conter todos os registros caracteriza a falta de sua apresentação, tendo em vista a natureza condicional do seu recebimento, sujeitando o contribuinte à correção posterior das inconsistências acaso verificadas.

A alegação defensiva de que a obrigação pertinente ao registro 61R foi criada em 20 de janeiro de 2004, com o advento do Decreto nº 8.882/2004, e que a fundamentação na ausência deste registro, não possui amparo legal até 20/01/2004, não torna inconsistente a aplicação da multa, visto que a legislação que imputa a penalidade por descumprimento de obrigação acessória, não perquire causa, a ausência do referido Registro, não altera o valor que serviu de base de cálculo para a autuação, além do mais o descumprimento da obrigação acessória ocorreu, também, em razão das “divergências” nos Registros 50, 61, 54 e 70, que interferem na realização dos trabalhos da fiscalização, como por exemplo, no desenvolvimento de roteiros de auditoria de levantamento quantitativo de estoque.

O argumento de que parte de sua receita era proveniente da atividade de prestação de serviços de manutenção e aluguel de equipamentos, para pedir a redução da multa para 5%, não faz qualquer sentido, visto que a multa aplicada refere-se à falta de cumprimento de obrigação acessória vinculada ao ICMS. O lançamento não está correlacionado a obrigações cuja exigência é de competência de outros entes tributantes.

Cumprе salientar, consoante demonstrado acima, que o próprio contribuinte, na peça defensiva, reconheceu que nos arquivos magnéticos apresentados não constavam as correções das inconsistências apontadas na autuação, quando alegou que só após a autuação, todos os registros foram regularizados e transmitidos à SEFAZ. Ressalte-se que não existem nos autos qualquer intimação feita pelas autuantes reabrindo prazo ao contribuinte para corrigir as inconsistências após o encerramento da ação fiscal, ficando demonstrado que não houve prorrogação de prazo para entrega dos mencionados arquivos magnéticos.

Portanto, a infração está devidamente caracterizada, desta forma a lida se restringe exclusivamente quanto ao valor da multa aplicada.

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

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

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

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

g) 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura.

Em relação à Infração 03, o sujeito passivo reconheceu e pagou parcialmente o valor de R\$853,28, deixando de pagar o montante de R\$96,31 (R\$84,26 e R\$12,05) do crédito tributário, alegando que houve dupla incidência sobre notas fiscais relativas a brindes, incluídas, ao mesmo tempo, no item 06, referente a obrigação principal. Saliento que não assiste razão ao contribuinte, as duas infrações não se comunicam, visto que na Infração 03 foi lançado o crédito tributário, em razão do contribuinte ter dado entrada em seu estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, inclusive das notas fiscais nº 126830 e 178092 de entradas de brindes, enquanto na Infração 06 foi exigido o ICMS por ter deixado de fazer o seu recolhimento no prazo regulamentar, referente a operações de saídas de brindes sem emissão de notas fiscais e a escrituração nos livros fiscais próprios, por não ter o sujeito passivo observado as regras relativas à “brindes” contidas art.565, incisos I e II do RICMS/97. Ficando assim subsistente a infração.

Em relação à Infração 04, a imputação é de que o contribuinte deixou de recolher ICMS decorrente de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Foi acrescentado que a diferença de alíquota foi apurada com base em duas ocorrências distintas: 1 relativa às notas fiscais fornecidas pelo CFAMT e que não se encontram lançadas no livro Registro de Entradas - anexo I; 2 decorrente de aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para comercialização e posteriormente destinadas ao ativo – anexo II;

Argumentou o contribuinte que o presente lançamento é inconsistente, porque não houve aquisição de bens destinados ao ativo fixo, disse que as aquisições foram realizadas para comercialização, posteriormente, foram incorporadas ao ativo imobilizado. Entendeu que nesse caso, não existe na legislação a obrigação de pagamento da comple

no seu entendimento, a incorporação não era previsível à época das compras, citando os art. 1º, § 2º, inciso IV e 5º, inciso I, do RICMS/97.

Vale ressaltar, que ao contrário do que arguiu o contribuinte, as mercadorias adquiridas tanto para comercialização, com saída subsequente tributáveis, quanto para destinação ao ativo imobilizado, inclusive o diferencial de alíquota, são passíveis de direito ao crédito fiscal, devendo nesta última destinação, se observar as regras de escrituração do CIAP - Portanto não se pode falar em estorno de crédito, quando a mercadoria adquirida para comercialização é destinada ao ativo imobilizado, ainda que a operação subsequente com destinação ao ativo fixo, seja imprevisível na data de entrada do seu estabelecimento.

Saliento que as exigências de estorno ou anulação de crédito fiscal nas entradas ou aquisições de mercadorias, são afetas aos casos de saídas subseqüentes, isentas, não tributáveis, ou com impossibilidades de tributação, previstos nos incisos I a VIII do art.100, do RICMS/97. No presente caso, o contribuinte emitiu notas fiscais transferindo mercadorias para o ativo imobilizado, sem comprovação de pagamento do diferencial de alíquota, consoante planilhas fls. 180 e 195 a 223, anexas.

As autuantes observaram que as aquisições provenientes de outros Estados se davam em um mês e logo no primeiro ou segundo mês subsequente era emitida a nota fiscal de transferência da mercadoria para o ativo imobilizado, com o estorno do crédito fiscal correspondente, acrescentaram que tais fatos foram verificados em todos os meses apurados nos exercícios de 2003 e 2004, demonstrando que à época da compra já era conhecida a finalidade da aplicação das mercadorias adquiridas.

A defesa não trouxe provas de que as mercadorias transferidas para o seu ativo imobilizado não tenham sido adquiridas originariamente de outro(s) Estado(s).

A alegação defensiva de que “a incorporação não era previsível à época das compras, sendo decorrência futura e incerta das necessidades operacionais da empresa”, é irrelevante para a caracterização da incidência e do fato gerador do imposto, consoante disciplina o regulamento do ICMS/97, *in verbis*:

art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de que tratam o art. 155, inciso II, §§ 2º e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, tem como fatos geradores:

.....
§ 2º O ICMS incide sobre:

.....
IV - a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subseqüentes;

§ 3º São irrelevantes para a caracterização do fato gerador:

I - a natureza jurídica da operação mercantil ou da prestação de serviço de que resultem quaisquer das hipóteses previstas no parágrafo anterior;

II - o título jurídico pelo qual a mercadoria ou bem esteja ou tenha estado na posse do respectivo titular;

III - a validade jurídica da propriedade ou da posse utilizado na prestação do serviço;

IV - a validade jurídica do ato praticado;

V - os efeitos dos fatos efetivamente ocorridos;

VI - o cumprimento de exigências legais, regulamentares ou administrativas, referentes às operações ou prestações;

VII - o resultado financeiro obtido com a operação ou com a prestação do serviço, exceto o de comunicação.

§ 4º Considera-se mercadoria, para efeitos de aplicação da legislação do ICMS, qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica, inclusive semoventes e energia elétrica, mesmo quando importado do exterior para uso ou consumo do importador ou para incorporação ao ativo permanente do estabelecimento.

Ressalte-se que os casos em que não são devidos pagamentos do diferencial de alíquotas estão previstos nos artigos 7º e 8º do mencionado RICMS/97, e o contribuinte não se encontra enquadrado em nenhuma dessas ocorrências. Ao contrário do que alegou em sua peça defensiva, as notas fiscais emitidas pelo contribuinte especificam o CFOP – “5.922 - Transf. Ativo Imob.” demonstrando a intenção de incorporar tais mercadorias ao seu ativo permanente.

A arguição de que ainda que existisse previsão para a incidência da diferença na situação em exame, deveria ser observada a redução da base de cálculo prevista no art. 72, incisos I e II, do RICMS/97, no presente caso, não faz qualquer sentido, os elementos que substanciaram a lavratura do Auto de Infração foram fundados nos valores de notas fiscais emitidas pelo próprio contribuinte, que registrou a base de cálculo correspondente, sem demonstrar nos documentos fiscais a argüida base de cálculo reduzida de forma a demonstrar especificamente a fruição desse direito.

Argumentou que se o imposto pago a título de diferença de alíquotas fosse obrigação do autuado, no seu entendimento o direito ao crédito anularia a obrigação do pagamento da diferença de alíquota, alegando que as operações autuadas se reportam aos exercícios de 2003 e 2004, estando decorrido o interstício de 48 meses, entendendo que o crédito integralmente devido anula o suposto débito. O argumento do sujeito passivo não encontra respaldo legal, visto que, a não utilização de crédito fiscal, à razão de 1/48 avos, com o decurso de prazo alegado, não exclui do contribuinte a obrigação do pagamento do diferencial de alíquota na sua totalidade, quando da ocorrência do fato gerador, inclusive, o exercício desse direito está vinculado à sua obrigação de demonstrar os seus registros e sua movimentação no sistema de “Controle de Crédito do ICMS do Ativo Permanente - CIAP”, e os comprovantes de realização desse sistema de controle não foram trazidos aos autos pelo sujeito passivo.

Os Acórdãos JF nº 0049/01 e CJF nº 0235-11/05, tratam de lançamentos meramente escriturais, que não se aplicam à presente ação fiscal. Portanto está correta a exigência do crédito tributário consubstanciada no presente Auto de Infração.

No que diz respeito à Infração 07, a acusação é de que o contribuinte deixou de recolher o ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do ativo imobilizado do estabelecimento. Salientaram as autuantes, que os bens, antes da desincorporação teriam sido dados em locação. Disseram ainda que o sujeito passivo efetuou vendas de ativo imobilizado sem tributação sob a alegação de que os bens possuem mais de um ano de uso. Acrescentaram que o contribuinte não conseguiu comprovar de que as mercadorias transferidas para o ativo se referem às mercadorias objeto das entradas, nem tão-pouco que na saída por desincorporação do ativo tais mercadorias são as mesmas objeto da nota fiscal de transferência.

Saliento que foram colacionadas cópias de notas fiscais com descrição de produtos do tipo fone de ouvido, cartão, copiadora, fonte alimentação, grafite, aparelho t
tantos outros, emitidas pelo contribuinte, tendo como natureza

imobilizado ou fixo, fls.588 a 732, relacionadas nos demonstrativos às fls. 578 a 587, que embasaram este item da autuação.

Pelo que consta dos autos o sujeito passivo desenvolve as atividades: comercial, de locação e de prestação de serviços. Na operação de saída por venda de mercadoria tributável, salvo as exceções, há a incidência do imposto. A locação, por sua natureza, difere da comercialização, os bens destinados com esse fim, por se tratar de bens de renda em razão de outro objeto social do sujeito passivo, qual seja: locação, para que não se confundam com mercadorias em estoque para comercialização, são contabilizados no sub-grupo Ativo Imobilizado do grupo de Ativo Permanente na escrita contábil das empresa, em conformidade com as leis contábeis, por exemplo à Lei nº6.404/77.

Ressalto que não ficou comprovado que as mercadorias transferidas para o ativo se referem às mercadorias objeto das entradas, e que nas saídas por desincorporação do ativo tais mercadorias são as mesmas objeto da nota fiscal de transferência.

Por outro lado o sujeito passivo em sua peça defensiva alegou que os bens vendidos foram utilizados para locação, e que era o detentor desses haveres antes da desincorporação, contudo, não provou que na data da alegada desincorporação tais bens possuíam mais de um ano de uso, não provou também enquanto incorporados às efetivas baixas desses bens, na contabilidade por exemplo. Enfim, não trouxe aos autos documentos de controle legal de movimentação de ativo imobilizado demonstrando que as saídas por desincorporação foram feitas em prazos superiores, inferiores ou iguais a um ano de uso, para que pudesse gozar dos benefícios da não-incidência ou da redução da base de cálculo em 95% suscitados na defesa e na manifestação.

Portanto concorde plenamente com o procedimento da fiscalização, que lançou crédito tributário em decorrência da falta de recolhimento do ICMS nas saídas a título de desincorporação tendo em vista que o contribuinte não provou que os bens vendidos a título de ativo imobilizado sem tributação possuem efetivamente, mais de um ano de uso, bem como que as mercadorias transferidas para o ativo se referem às mercadorias objeto das entradas, e que na saída por desincorporação do ativo tais mercadorias são as mesmas objeto das notas fiscais de transferências.

Desse modo, fica afastada a pretensão do contribuinte de se considerar tais operações como sendo objeto de não incidência do ICMS ou de que o imposto seja calculado com base de cálculo reduzida em 95%. Assim, fica mantido o lançamento do crédito tributário atinente a este item, na forma contextualizado no Auto de Infração.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração. Devendo ser homologado o valor pago.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **180461.0001/08-5**, lavrado contra **ENTEL COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$357.364,28**, acrescido das multas de 60% sobre R\$355.726,74, e de 70% sobre R\$1.637,54, previstas no art. 42, II, “a” e “f” e III da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de **R\$168.379,90**, previstas nos incisos IX, XI e XIII-A, “g”, dos mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de fevereiro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

FRANCISCO ATAN

ÂNGELO MÁRIO DE A

Created with