

A. I. Nº - 269102.0296/10-2
AUTUADO - FORTIORI CONFECÇÕES LTDA.
AUTUANTE - OSVALDO SÍLVIO GIACHEIRO
ORIGEM - INFAC GUANAMBI
INTERNET - 05.07.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0177-04/11

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR LANÇADO NO RAICMS E O RECOLHIDO. 2. ACRÉSCIMOS TRIBUTÁRIOS. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. FALTA DE ATUALIZAÇÃO DO VALOR DE VENDA À ORDEM PARA ENTREGA FUTURA. 3. CONTA “CAIXA”. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. a) SUPRIMENTOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. b) PAGAMENTOS NÃO REGISTRADOS. Infrações reconhecidas. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração não elidida. Documentos juntados ao processo comprovam que se trata de aquisição de mercadorias sujeitas a tributação. Excluídos os valores relativos a mercadorias adquiridas com fase de tributação encerrada, o que reduziu o débito. Infração elidida em parte. 5. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Infração reconhecida. 6. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA. MULTA. A multa é aplicada por arquivo mensal considerado não entregue e não a aplicação de uma multa relativa a cada período fiscalizado. Infração procedente. 7. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL. FALTA DE DESTAQUE DO ICMS. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 27/12/10 e exige tributos no valor de R\$242.000,95, acrescido das multas de 60% e 70%, além de multas fixas em decorrência das seguintes infrações:

1. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS (2008) - R\$10.704,16.
2. Deixou de recolher ICMS em virtude da não atualização do valor constante na nota fiscal emitida para simples faturamento, nas operações de venda à ordem/entrega futura - R\$2.113,28.
3. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada - R\$541,78.
4. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis de pagamentos não registrados - R\$40.412,30.
5. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10% sobre o valor não registrado - R\$164.932,18.

6. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração de Apuração Mensal do ICMS), sendo aplicada multa - R\$2.100,00.
7. Falta de entrega de arquivos magnéticos, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via Internet através do programa Transmissão Eletrônica de Processamento de Dados (TED) - R\$20.700,00.
8. Deixou de recolher ICMS em razão de ter aplicado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas - R\$497,25.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 1031/1035), inicialmente destaca que das oito ocorrências apontadas, apresentou defesa apenas sobre as infrações 5 e 7. Preliminarmente solicita que todas as intimações devem ser encaminhadas aos profissionais que subscrevem (endereço à fl. 1031).

Manifesta respeito ao trabalho da fiscalização e informa que os valores das demais infrações serão recolhidos na forma da lei.

Com relação à infração 5, multa de 10%, sobre aquisições que não teriam sido registradas na escrita fiscal, alega que apesar de muitas notas fiscais encontrarem-se ilegíveis, o que compromete a segurança da infração, irá se concentrar na matéria de direito que envolve a lide.

Argumenta que muitos dos documentos listados no demonstrativo da infração dizem respeito à aquisição de materiais de uso/consumo e bens do ativo, os quais foram comprados na condição de consumidor final, tange a fatos futuros sem tributação e, portanto, “não mais se encontram dentro da cadeia de tributação”, motivo pelo qual deve ser aplicada a multa de 1% que corresponde a produtos isentos, não tributados ou substituídos nos termos do art. 42, XI da Lei nº 7.014/9. Pede que seja aplicada a multa de 1%.

Destaca que esse entendimento é compartilhado pela PROFIS da Procuradoria Geral do Estado da Bahia e pelo Conselho Estadual de Fazenda da Bahia, conforme parecer anexo (fls. 1048/1050) e Acórdão CJF Nº 0239-12/09, cuja ementa transcreveu às fls. 1033/1034.

Requer revisão do percentual, para 1%, e pede pela posterior juntada de demonstrativo individualizando as notas. Exemplifica compras de materiais de uso e consumo e ativo, assim como de mercadorias não tributadas na origem nas notas fiscais 29.984, 34.516 (AÇOPAIVA – materiais de construção – cantoneiras e tubos), 25.406, 25.526 (ALIAN – serviços), 46.651, 46.652, 47.620, 47.403, 47.404, 47.708, 48.072, 48.729 (GERDAU – tubos e vergalhões de aço), 12.218, 12.393, 12.472, 12.533, 12.538, 12.551, 12.601, 13.112, 13.119 (LISBOA - cimento), 260.382, 265.756 (cobrada em duplicidade), 269.309, 271.191, 271.192, 294.727, 297.756, 297.761, 298.846, 307.317, 321.508 (MANCHESTER – perfis estruturais de aço), 521, 537 (MULTIÁGUA – equipamento para tratamento de efluentes – FINANCIADO), 186.372 (NAMBEI – cabos), 57.233, 57.236, 59.477 (NS Importação – agulhas/uso e consumo), 65.300, 65.306, 84.839 (OFFICER Distribuidora – materiais de informática), 2162, 2165, 2193, 2201, 2253 (DIMACOL – materiais de construção – lançados como sendo da VS Dist.) e 48.198 (Tuper – telhas), assim como de outras que serão apresentadas.

Relativamente à infração 7, entende que não existe lastro legal no art. 42, inciso XIII-A, “i”, da Lei 7.014/96, indicado no Auto de Infração como suporte, para a aplicação de uma multa por cada mês. Afirma que face à “continuidade” da ação fiscal, deve prevalecer apenas uma pena de R\$1.380,00, a qual será recolhida.

Finaliza protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, juntada de documentos, revisão para conferências dos valores e procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante na informação fiscal (fl. 1059) ressalta que foram reconhecidas as infrações 1 a 4, 6 e 8.

No tocante à infração 5, contesta a alegação defensiva de que a falta de escrituração de notas fiscais relativas à aquisição de material de uso ou consumo e bens de ativo enseja aplicação de multa de 1% ao invés da aplicada de 10%.

Afirma que no seu entendimento tanto a aquisição de material de uso ou consumo como de bens de ativo são sujeitas ao pagamento do ICMS da diferença de alíquota, mesmo que o estabelecimento autuado usufrua benefício fiscal de diferimento quanto aos bens de ativo.

Ressalta que o parecer juntado com a defesa refere-se ao Posto Cabana Ltda, situação em que é cabível a aplicação da multa de 1% em razão dos combustíveis se submeterem ao pagamento do ICMS por antecipação. Entende ser correta a aplicação da multa de 1% unicamente às mercadorias com pagamento do imposto antecipado.

Na situação presente, entende que é correta a aplicação da multa de 10% sobre os valores das aquisições não escrituradas no livro Registro de Entrada, por dificultar o controle do Fisco que para inibir tal procedimento deve ser aplicada uma multa mais severa.

Relativamente à infração 7, diz que foi aplicada multa de R\$1.380,00 abrangendo todo o período fiscalizado, conforme orientações recebidas da DITRI, jurisprudência e previsão regulamentar. Manifesta que a interpretação feita pelo impugnante não tem lastro legal. Requer a procedência do Auto de Infração.

A Secretaria do CONSEF juntou às fls. 1061/1064 detalhamento de parcelamento de parte do débito constante no sistema SIGAT.

VOTO

O Auto de Infração acusa cometimento de diversas infrações: Recolhimento a menos do ICMS; falta de atualização monetária; omissão de saídas (suprimento de caixa/pagamento não registrado); operações tributáveis como não tributáveis, além de aplicação de multas por falta de registro de nota fiscal e entrega de arquivos magnéticos e declaração incorreta de dados (DMA).

Na defesa apresentada o autuado reconheceu o cometimento das infrações 1, 2, 3, 4, 6 e 8. Portanto não havendo quaisquer discordâncias, as mesmas devem ser mantidas na sua integralidade.

Quanto à infração 5, o autuado argumentou que parte dos materiais foram adquiridos na condição de consumidor final, destinados ao uso/consumo e bens do ativo e no seu entendimento cabe a aplicação da multa de 1% e não de 10% como aplicada o que foi contestado pelo autuante.

Conforme indicado pelo autuado trata-se de materiais de construção (cantoneiras, tubos, vergalhões de aço, cimento, telhas, perfis estruturais de aço), equipamento para tratamento de efluentes, cabos, agulhas/uso e consumo, materiais de informática e outros.

Pela análise das cópias das notas fiscais juntadas às fls. 484/669 parte das mercadorias foi adquirida em outros estados a exemplo das notas fiscais emitidas pelas empresas Acopaiva Tubos e Perfis-MG (fls. 484/485), Adma Embalagens-SP (fls. 486/488) Manchester Tubos e Perfilados-NG (fls. 554/563), entre outras.

Com relação aos materiais e bens adquiridos em outros estados destinados a consumo ou ativo permanente, a entrada no estabelecimento gera obrigação de pagamento da diferença de alíquota (art. 5º, I do RICMS/BA). Por isso, deve ser considerada como operação com mercadoria ou serviço sujeitos à tributação (art. IX da Lei nº 7.014/96) e não “mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada” como quer o impugnante.

No momento que deixou de registrar estas operações é provável que a empresa não tenha recolhido o ICMS da diferença de alíquota (17% - 7% = 10%) e não é razoável que venha ser apenado com uma multa de 1% que resulta em débito menor do que o imposto devido.

Por sua vez, o autuante admitiu na informação fiscal ser cabível a aplicação da multa de 1% sobre as mercadorias que tiveram a fase de tributação encerrada em razão do pagamento do ICMS antecipado. Analisando as notas fiscais juntadas ao processo, faço as seguintes observações:

a) A nota fiscal 265.756, conforme ressaltado pelo defendantte foi computada em duplidade no

demonstrativo à fl. 67, motivo pelo qual excluo da base de cálculo o valor de R\$2.942,65 no mês de julho/07, conforme demonstrativo no final do voto;

- b) As notas fiscais 12218/13119 foram emitidas pela empresa Lisboa Distribuidora de Materiais de Construção localizada no Estado de Minas Gerais (fls. 544/552) e trata de aquisição de cimento, sendo que em algumas notas fiscais foi destacado e retido o ICMS (fl. 548) e em outras não (fl. 544). Como o remetente não tem inscrição como contribuinte substituto no Estado da Bahia (Convênio ICMS 81/93) o imposto retido foi recolhido para o Estado de Minas Gerais. Em se tratando de operação interestadual de aquisição de material destinado a consumo, é devido o ICMS da diferença de alíquota (operação tributada) e correta a aplicação da multa de 10%. A mesma análise é válida em relação à nota fiscal 321508 (fl. 564) relativa à aquisição de telhas/cumieira no Estado de Minas Gerais.
- c) Com relação às notas fiscais 2162, 2165, 2193, 2.201 e 2235 emitidas pela empresa Dimacol (fls. 640/669), constato que a empresa está localizada no Estado da Bahia (Caetité) e as mencionadas notas fiscais consignam operações de vendas de mercadorias tributadas e com fase de tributação encerrada (tintas, cimento, lâmpadas, reator, massa corrida, selador, solvente). Portanto, de ofício, faço a exclusão dos valores correspondentes no demonstrativo elaborado pelo autuante.

Data Ocorr	Data Venc	BC/autuada	Fl.	(-) Valor	BC ajustada	Multa %	VL. MULTA	Nota Fiscal	Motivo	FL.
31/07/07	09/08/07	16.516,96	67	2.942,65	13.574,31	10	1.357,43	265.756	Duplicidade	
			69	6.025,09				2.162	Fase de tributação encerrada.	653
			69	11.355,01				2.165		655
31/03/08	09/04/08	82.377,78	69	17.380,10	64.997,68	10	6.499,77		Fase de tributação encerrada	
			69	17.011,06				2.193		662
			69	19.638,15				2.201		665
			69	19.880,91				2.235		669
30/04/08	09/05/08	126.340,81		56.530,12	69.810,69	10	6.981,07			

Com relação à base de cálculo acima excluída (fase de tributação encerrada) fica sujeita a aplicação da multa de 1% prevista no inciso XI do art. 42, da Lei Estadual nº 7.014/96, cuja exigência poderá ser feita mediante nova ação fiscal.

Observo que com relação às operações interestaduais de bens de ativo e consumo, poderá ser exigida a diferença de alíquota em outra ação fiscal.

Quanto ao posicionamento da PGE/PROFIS, observo que o período fiscalizado engloba os exercícios de 2007 e 2008 e a redação dada ao inciso XI do caput do art. 42 pela Lei 8.967, de 29/12/03, com efeitos de 30/12/03 a 27/11/07 estabelecia: "1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria não tributável ou cujo imposto já tenha sido pago por antecipação, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;" e a redação atual dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, com efeitos a partir de 28/11/07 determina: "1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal".

Portanto, a legislação determina aplicação da multa da "mercadoria não tributável" ou "adquirida sem tributação" o que conforme anteriormente apreciado não se aplica às operações em questão, excetuando as mercadorias adquiridas com fase de tributação encerrada. Da mesma forma, conforme ressaltado pelo autuante, a decisão contida no Acórdão CJF 0239-12/09 refere-se à contribuinte que exerce atividade de comercialização de combustíveis cujo imposto é pago por antecipação, situação diferente da empresa em questão.

Com relação aos demais valores exigidos, permanecem inalterados. Com os ajustes procedidos o valor da infração fica reduzido de R\$164.932,18 para R\$157.246,97 (R\$164.932,18 – R\$1.651,62 – R\$8.237,78 – R\$12.634,08 + R\$1.357,43 + R\$6.499,77 + 6.981,07). Infração elidida em parte.

No tocante à infração 7, o autuado argumentou que não existe suporte legal para aplicar a multa por cada mês e sim a aplicação de uma multa pelo descumprimento da obrigação acessória.

O inciso XXI-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 estabelece que: “nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados” será aplicada multa de:

j) R\$1.380,00 pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, ...

O artigo 708-A estabelece que o contribuinte usuário de SEPD deverá entregar o arquivo magnético referente ao “movimento econômico de cada mês” em dias do mês subsequente em função do número da inscrição estadual e o art. 708-B tudo do RICMS/BA, determina que sempre que for intimado o contribuinte deverá fornecer ao Fisco o arquivo magnético.

Portanto, interpreto que a multa em questão deve ser aplicada em relação a cada arquivo considerado não entregue e não a aplicação de uma multa em relação ao período fiscalizado. Mesmo porque, o próprio dispositivo legal (XIII-A, “j”) prevê aplicação cumulativa de um por cento do valor das saídas ou das entradas de mercadorias em “cada período de apuração”, assim sendo, a vinculação é de multa mensal por arquivo magnético não entregue com multa sobre a movimentação econômica de cada mês.

Concluo que a multa foi aplicada corretamente. Infração procedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

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 n.º **269102.0296/10-2**, lavrado contra **FORTIORI CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$54.268,77** acrescido da multa de 60% sobre R\$13.314,69 e 70% sobre R\$40.954,08, previstas no art. 42, II, “a”, “b”, e III, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando o valor de **R\$180.046,97**, previstas no art. 42, IX, XII-A, “j” e XVIII “c” da citada Lei e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de junho de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR