

**A. I. N°** - 269353.0112/11-5  
**AUTUADO** - R.C. COUTO MATERIAL HOSPITALAR LTDA.  
**AUTUANTE** - SÉRGIO MARCOS DE ARAÚJO CARVALHO  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 12/04/2012

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0059-03/12**

**EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. b) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** Fatos demonstrados nos autos. Não houve cerceamento de defesa. Mantidos os lançamentos. **2. LIVROS FISCAIS. a) REGISTRO DE ENTRADAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. OPERAÇÕES SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. MULTA. b) REGISTRO DE INVENTÁRIO. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA.** Lançamentos não impugnados pelo contribuinte. **3) ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO ELETRÔNICO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS SOLICITADOS MEDIANTE INTIMAÇÃO. MULTA. Vícios formais e materiais do lançamento. Além da inadequada tipificação do cometimento, a fiscalização deixou de observar a regra do § 5º do art. 708-B do RICMS/97, pois, em vez de conceder o prazo de 30 dias, conforme prevê aquele dispositivo, concedeu apenas 5 dias. Procedimento nulo quanto a este item. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS COM IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. O art. 356 do RICMS veda a utilização de crédito em se tratando de entradas de mercadorias adquiridas com o imposto pago pelo regime de substituição tributária, ficando desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias. A alegação de que o imposto foi pago pelo vendedor não tem nada a ver com o fato imputado. Mantido o lançamento. b) FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO DIREITO AO CRÉDITO. Para elidir a infração seria bastante que o contribuinte fizesse a exibição dos documentos fiscais. Como assim não procedeu, mantém-se a glosa do crédito. c) CRÉDITO UTILIZADO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Fato demonstrado nos autos. A alegação de que o imposto foi pago pelo vendedor não**

tem nada a ver com o fato imputado. Mantido o lançamento. **5. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO.** Demonstrados os cálculos nos autos. O atuado defendeu-se com alegações estranhas ao objeto da imputação. Mantido o lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 13.12.11, diz respeito aos seguintes fatos:

1. recolhimento de ICMS por antecipação efetuado a menos, nas aquisições interestaduais de mercadorias “relacionadas nos anexos 88 e 89” [mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos do art. 353 do RICMS] – Notas Fiscais apresentadas pelo contribuinte –, sendo lançado imposto no valor de R\$ 1.107,79, com multa de 60%;
2. recolhimento de ICMS por antecipação efetuado a menos, nas aquisições interestaduais de mercadorias “relacionadas nos anexos 88 e 89” [mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos do art. 353 do RICMS] – Notas Fiscais não apresentadas pelo contribuinte –, sendo lançado imposto no valor de R\$ 3.165,38, com multa de 60%;
3. falta de recolhimento de ICMS por antecipação nas aquisições interestaduais de mercadorias “relacionadas nos anexos 88 e 89” [mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos do art. 353 do RICMS] – Notas Fiscais colhidas junto aos fornecedores –, sendo lançado imposto no valor de R\$ 3.384,42, com multa de 60%;
4. falta de registro da entrada de mercadorias no estabelecimento [descumprimento de obrigação acessória] – operações sujeitas à tributação pelo ICMS –, sendo por isso aplicada multa de R\$ 3.770,36, equivalente a 10% das entradas omitidas;
5. falta de entrega de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informação das operações ou prestações realizadas, sendo por isso aplicadas multas equivalentes a 1% das operações omitidas, relativamente ao exercício de 2006, totalizando R\$ 6.567,78;
6. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação, sendo glosado crédito no valor de R\$ 4.800,39, com multa de 60%;
7. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, assim considerado por não ser feita apresentação dos documentos comprobatórios do direito ao crédito, sendo glosado crédito no valor de R\$ 10.698,55, com multa de 60%;
8. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, sendo glosado crédito no valor de R\$ 821,14, com multa de 60%;
9. falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo lançado imposto no valor de R\$ 86.470,11, com multa de 50%;
10. falta de apresentação do Registro de Inventário, tendo sido intimado nesse sentido, aplicando-se por esse fato a multa de R\$ 90,00.

O contribuinte defendeu-se (fls. 265/270) alegando:

- a) que, no tocante ao 1º lançamento, o art. 353 é composto de mais de 200 itens, e o autuante não determinou em relação a qual item ou itens aconteceu a infração, procedimento que contraria normas do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, ensejando a não identificação do

evento bem como a quantificação do devido, pelo que se torna nulo o lançamento de pleno direito;

- b) que, com relação ao 2º lançamento, o art. 353 é composto de mais de 200 itens e os anexos 88 e 89 são compostos de mais de 50 itens, não tendo o autuante determinado em relação a qual item ou itens aconteceu a infração, procedimento que contraria normas do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, ensejando a não identificação do evento bem como a quantificação do devido, pelo que se torna nulo o lançamento de pleno direito;
- c) que, quanto ao 3º lançamento, o art. 353 é composto de mais de 200 itens e os anexos 88 e 89 são compostos de mais de 50 itens, não tendo o autuante determinado em relação a quais itens aconteceu a infração, procedimento que contraria normas do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, ensejando a não identificação do evento, bem como a quantificação do devido, pelo que se torna nulo o lançamento de pleno direito;
- d) que, no caso do 5º lançamento, deixou de fornecer os registros 54, 57 e 75 por estar dispensado de sua apresentação, nos termos do documento anexo;
- e) que, com relação aos lançamentos dos itens 6º, 7º, 8º e 9º, 100% de todas as suas aquisições são oriundas de outros Estados, e todos os “produtos substituído” são pagos regulamente, por força dos protocolos e convênios, através de Guia Nacional de Recolhimento de Tributo Estaduais (GNRE), sendo sujeito passivo o vendedor, de modo que não existe utilização indevida de crédito fiscal em virtude da própria natureza do recolhimento efetuado através da referida Guia Nacional, devendo ser desconsideradas essas infrações.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 278/281) dizendo que, no que concerne ao item 1º, conforme está posto no Auto, a apuração do fato foi feita com base nas Notas Fiscais apresentadas pelo contribuinte, tendo sido anexadas cópias dos documentos aos autos, mostrando-se fora de propósito a alegação de impossibilidade de identificação do evento, bem como a quantificação do devido.

Quanto ao item 2º, em relação ao qual o autuado apresenta a mesma argumentação do item anterior, o fiscal diz que uma rápida leitura do que está posto no Auto mostra que a apuração dos valores foi feita tomando por base as 2ªs via de Notas Fiscais de aquisições de mercadorias retidas nos postos fiscais, cujas 1ªs vias não foram apresentadas pelo contribuinte, sendo que os citados documentos se encontram nos autos e cópias deles foram entregues ao contribuinte, conforme instrumento à fl. 260, ficando mais uma vez fora de propósito a alegação de impossibilidade de identificação do evento, bem como a quantificação do devido.

No tocante ao item 3º, o fiscal observa que a defesa apresenta a mesma argumentação, e contrapõe que a apuração dos valores foi feita tomando por base cópias de Notas Fiscais colhidas junto a fornecedores do autuado, cujas 1ªs vias não foram apresentadas pelo contribuinte, sendo que os citados documentos se encontram nos autos e cópias deles foram entregues ao contribuinte, conforme instrumento à fl. 260, não podendo ser acatada a alegação de impossibilidade de identificação do evento, bem como a quantificação do devido.

Quanto ao item 5º, que cuida de multa pela entrega de arquivos magnéticos faltando os registros 54, 74 e 75, tendo o autuado alegado estar dispensado de apresentá-los, com base em um documento intitulado “Dúvidas Registro 54”, anexado às fls. 271 e 272, o fiscal contrapõe que tal documento não indica a fonte da qual foi extraído. Observa que o autuado tem por atividade econômica o comércio atacadista, CNAE-Fiscal 4644301, estando inscrito na condição de “normal”, e portanto está obrigado a apresentar os arquivos magnéticos com os registros 54, 74 e 75, conforme prevêm os arts. 686, 708-A e 708-B do RICMS.

No tocante ao item 6º, o autuante informa que foi apurado o uso de crédito indevido porque o contribuinte escriturou nos livros fiscais o crédito relativo a operações com mercadorias sujeitas à antecipação tributária, de modo que, quanto às alegações da defesa, o fato é que os créditos estão escriturados no Registro de Entradas, conforme cópia constante nos autos, e cópias das Notas Fiscais também foram anexadas, de modo que não há nos argumentos do autuado elementos que descaracterizem o lançamento.

Quanto ao item 7º, o fiscal informa que o crédito foi considerado indevido em virtude da falta de documento fiscal que o comprove.

Com relação ao item 8º, o fiscal informa que o crédito indevido diz respeito a valores superiores aos destacados nos documentos fiscais, conforme consta nos livros do autuado, cujas cópias se encontram nos autos, do mesmo modo que as cópias dos documentos.

Observa que o item 9º se refere a ICMS escriturado nos livros fiscais e não recolhido, porém a defesa apresenta a mesma argumentação relativa ao item 6º. Informa que o valor lançado foi obtido no Registro de Apuração apresentado pelo contribuinte, tendo sido deduzidos os valores recolhidos a título de antecipação parcial constantes no sistema INC.

Conclui opinando pela procedência do Auto de Infração.

#### **VOTO**

Este Auto de Infração compõe-se de 10 lançamentos.

O 1º lançamento refere-se a recolhimento de ICMS por antecipação efetuado a menos, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos do art. 353 do RICMS.

O autuado alega que o art. 353 é composto de mais de 200 itens, e o autuante não determinou em relação a qual item ou itens aconteceu a infração.

Não sei quantos itens tem o art. 353. Porém, se o contribuinte chegou a ter a disposição e paciência de contá-los, poderia muito bem ter lido o seu conteúdo. O fiscal não declarou no corpo do Auto quais as mercadorias objeto do levantamento, mas os demonstrativos fiscais suprem essa omissão, indicando cada tipo de mercadoria considerado (fls. 29/32). As Notas Fiscais se encontram em poder do contribuinte, e o autuante anexou cópias aos autos (fls. 56/121). Não houve cerceamento de defesa. Mantenho o lançamento.

O 2º lançamento cuida de fato semelhante. A alegação da defesa é idêntica: que o art. 353 é composto de mais de 200 itens e os anexos 88 e 89 são compostos de mais de 50 itens, não tendo o autuante determinado em relação a qual item ou itens aconteceu a infração. Portanto, o contribuinte sabe qual o artigo e quais os anexos aos quais a imputação se refere. Os demonstrativos fiscais indicam as mercadorias consideradas no levantamento (fls. 34-35). As Notas Fiscais se encontram no autos (fls. 122/159), e foram entregues cópias delas ao contribuinte. Não houve cerceamento de defesa. Mantenho o lançamento.

O 3º lançamento diz respeito à falta de recolhimento de ICMS por antecipação, relativamente a aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos do art. 353 do RICMS. A alegação da defesa é idêntica: que o art. 353 é composto de mais de 200 itens e os anexos 88 e 89 são compostos de mais de 50 itens, não tendo o autuante determinado em relação a qual item ou itens aconteceu a infração. Portanto, o contribuinte sabe qual o artigo e quais os anexos aos quais a imputação se refere. Os demonstrativos fiscais indicam as mercadorias consideradas no levantamento (fls. 37-38). As Notas Fiscais se encontram no autos (fls. 160/204), e

foram entregues cópias delas ao contribuinte. Não houve cerceamento de defesa. Mantenho o lançamento.

O 4º lançamento não foi impugnado.

O item 5º diz respeito a multas por falta de entrega de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informação das operações ou prestações realizadas, tendo por isso sido aplicadas multas equivalentes a 1% das operações omitidas, relativamente ao exercício de 2006, totalizando R\$ 6.567,78.

Para caracterização da infração no caso de falta de “entrega de arquivos magnéticos”, cumpre determinar, primeiramente, se se trata de falta de envio dos arquivos magnéticos à SEFAZ nos prazos previstos na legislação através da internet (RICMS, art. 708-A), ou se o fato consistiu em o autuado, apesar de devidamente intimado, ter deixado de apresentar os arquivos magnéticos ao fiscal que os solicitou (art. 708-B). Essa distinção é importante por três razões: *a)* primeira, para se determinar *quando* ocorreu a infração, pois no caso de falta de entrega dos arquivos à fiscalização a data da ocorrência é aquela assinalada no momento em que se vence o prazo fixado na intimação, ao passo que em se tratando da falta de envio pela internet a data da ocorrência é determinada pelo art. 708-A do RICMS; *b)* segunda, para fins de *definição da infração*, pois no caso de falta de atendimento à intimação fiscal a infração é uma só, independentemente do número de exercícios, porém no caso de descumprimento do disposto no art. 708-A existem tantas infrações quantos sejam os arquivos não enviados; *c)* terceira, para fins de *aplicação do direito no tempo*, pois no caso de falta de atendimento à intimação aplica-se a regra vigente no momento em que a intimação não é atendida, ao passo que no caso de descumprimento do disposto no art. 708-A aplica-se a regra vigente na data do descumprimento da obrigação ali prevista, a não ser que venha a ser introduzida alteração na lei com exclusão do ilícito ou com pena mais branda.

No presente caso está claro que se trata de falta de atendimento à intimação do fiscal para que fossem apresentados os arquivos magnéticos com os registros 54, 74 e 75.

Noto que o autuante incorreu em equívoco ao intimar o contribuinte para correção dos arquivos enviados via internet, pois em vez de conceder o prazo de 30 dias, conforme prevê o § 5º do art. 708-B do RICMS, concedeu apenas 5 dias: fls. 15 e 18.

Equivocou-se também ao aplicar a multa tomando por base a alínea “g” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96. A referida alínea “g” encontrava-se em vigor à época em que os arquivos foram gerados. Porém, como a acusação fiscal neste caso é de que o contribuinte deixou de atender à intimação para apresentação dos arquivos corrigidos, a “data da ocorrência” da infração seria no dia imediatamente seguinte ao vencimento do prazo, e por conseguinte a multa a ser aplicada não seria a da alínea “g”, e sim a da alínea “j”, haja vista as alterações introduzidas no texto da lei.

Tendo em vista que, nos termos do § 5º do art. 708-B do RICMS o fiscal deveria ter estipulado o prazo de 30 dias, mas concedeu apenas 5 dias, não chegou a haver infração. O procedimento é nulo no tocante ao item 5º. A repartição fiscal verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento relativamente ao item 5º. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

O 6º lançamento diz respeito a crédito relativo a operações com mercadorias sujeitas à antecipação tributária. O art. 356 do RICMS veda a utilização de crédito em se tratando de entradas de mercadorias adquiridas com o imposto pago pelo regime de substituição tributária, ficando desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias. A

alegação do autuado de que o imposto foi pago pelo vendedor não tem nada a ver com o fato imputado. Mantido o lançamento.

O 7º lançamento refere-se a crédito que foi considerado indevido em virtude da falta de apresentação dos documentos fiscais que os comprovem. Para elidir a infração basta que o contribuinte faça a exibição dos documentos fiscais. Como assim não procedeu, mantenho a glosa do crédito.

O 8º lançamento cuida de crédito fiscal utilizado em valores superiores aos destacados nos documentos fiscais. O fiscal anexou cópias dos livros fiscais e cópias dos documentos. A alegação do autuado de que o imposto foi pago pelo vendedor não tem nada a ver com o fato imputado. Mantido o lançamento.

O 9º lançamento refere-se a ICMS escriturado nos livros fiscais e não recolhido. O fiscal demonstrou os cálculos nos autos. O autuado defendeu-se com alegações estranhas ao objeto da imputação. Mantido o lançamento.

O 10º lançamento não foi impugnado.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269353.0112/11-5**, lavrado contra **R.C. COUTO MATERIAL HOSPITALAR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 110.447,78**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 86.470,11 e de 60% sobre R\$ 23.977,67, previstas no art. 42, I, II, “d”, e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$ 3.860,36**, previstas nos incisos IX e XX do art. 42 da supracitada lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de março de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA