

PROCESSO	- A. I. Nº 087078.0011/03-3
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS BENFICA LTDA.
RECORRIDOS	- DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS BENFICA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JJF nº 0451-01/04
ORIGEM	- INFAS VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET	- 06/04/2005

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0093-12/05

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. NOTAS FISCAIS NÃO REGISTRADAS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Em relação às infrações acima, prevalece a Decisão proferida no Acórdão JJF nº 0502-02/03. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. NOTAS FISCAIS REGISTRADAS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Refeitos os cálculos pelo autuante, os débitos apurados restaram reduzidos. Infração parcialmente subsistente. 4. ARQUIVO MAGNÉTICO. OMISSÃO DE DADOS. MULTA. A legislação prevê aplicação de multa em decorrência de informações divergentes dos documentos fiscais correspondentes ou omissão de dados em arquivos magnéticos. Indeferido o pedido de redução ou cancelamento do valor da multa, por não ter sido provada a ausência de fraude, dolo ou simulação, porém o seu valor foi reduzido tendo em vista a legislação em vigor ser mais benéfica. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitada a nulidade argüida, e indeferidos os requerimentos de diligência, perícia e vistoria. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão unânime quanto à infração 2. Decisão por maioria em relação à infração 9.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Voluntário e de Ofício, interpostos contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 29/08/2003, para exigir R\$187.340,36 de imposto, mais multa.

O recorrente impugnou apenas os itens 2 e 9:

2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no valor de R\$1.641,89, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outros estados e relacionadas no anexo 88 do RICMS-BA, meses de janeiro, fevereiro, julho e dezembro de 2000, além de maio de 2001.
9. Deixou de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura, e não atendeu às intimações datadas de 01/07/2003, 15/07/2003 e 30/07/2003, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor das mercadorias.

O autuado insurge-se contra o Auto de Infração, fazendo considerações iniciais acerca do processo administrativo, Princípio da Competência Decisória, Princípio da Ampla Instrução Probatória. Disse que quitou integralmente os itens 1, 6 e 8, restando prejudicada qualquer impugnação, ressaltando que em relação ao primeiro item foram quitados os valores de R\$1.268,89, R\$40,80 e R\$420,15, e comprova com o extrato da arrecadação o recolhimento de R\$993,04 referente à Nota Fiscal nº 33280, no valor apurado pelo autuante.

Quanto à segunda infração, disse que promoveu a quitação parcial, impugnando parcialmente, no valor de R\$603,57, alegando que a cobrança efetuada carece de amparo legal por considerar que o tributo já se encontra recolhido aos cofres públicos; que a mercadoria não ingressou no estabelecimento comercial, consequentemente, não houve saída, o que não fez nascer o fato imponível, ressaltando que em nenhuma das notas fiscais acostadas aos autos consta recebimento das mercadorias nelas constantes. Comentou sobre a substituição e a antecipação tributária, citou os arts. 8º, 12 e 13 do RICMS.

Infração 9 – Alegou que a autuação se refere aos exercícios de 2000 e 2001, tendo como base as DMAs. Entretanto as mencionadas DMAs têm pertinência somente quanto ao ano de 2001, não se podendo precisar nada sobre o exercício de 2000, e tal fato pode cair por terra a imposição de penalidade relativa ao exercício de 2000. Citou a Constituição Federal, ensinamentos dos mestres Roque Antonio Carraza, Paulo de Barros Carvalho, Amílcar Falcão. Alegou que houve cerceamento do direito de defesa porque o autuante deixou de precisar sobre a metodologia para a quantificação da base de cálculo, e que não há correspondência entre o cálculo à fl. 5 e as DMAs e não se pode verificar como o autuante chegou às cifras de R\$33.456,47 e R\$140.737,28. Por isso, asseverou que o valor da base de cálculo apresentado foi encontrado de modo aleatório pelo autuante, o que leva à nulidade do Auto de Infração nesta parte.

Ainda em relação ao item 9, foi alegado que se torna extremamente difícil ao autuado o processamento e controle de dados relativos às operações mercantis realizadas, em razão de que as vendas efetuadas nos veículos só podem ser emitidas manualmente, e tal situação chegou a ser registrada perante o Fisco em 18/07/2000. Assim, entende que a penalidade imposta é passível de ser afastada pela ausência de dolo, fraude ou simulação e pelo efetivo pagamento dos tributos. Citou o art. 46, § 4º, do Código Tributário do Estado da Bahia, requerendo pela improcedência da infração 9 referente ao exercício de 2000 e pela nulidade quanto aos dois exercícios em razão da ausência dos critérios para encontrar a base de cálculo.

O autuante apresentou informação fiscal, dizendo que em relação à infração 2, embora o autuado comprove através de extrato de arrecadação que o débito referente à Nota Fiscal nº 76743 foi recolhido em 11/06/2001, resta ainda o débito no valor de R\$15,90 que não foi comprovado pelo contribuinte.

Quanto à infração 9, reconhece que houve equívoco quanto à parte relativa à apuração da base de cálculo para o exercício de 2000. Disse que foi corrigido o equívoco e anexando as cópias das DMAs de outubro a dezembro do mencionado ano. Quanto ao exercício de 2001, informou que não foi apresentado nenhum equívoco, a base de cálculo está correta, que é a soma das entradas e saídas do período, sendo utilizada a DMA consolidada, fl. 40 do PAF.

O autuante informou que juntou aos autos novo Demonstrativo de Débito com todas as correções, e pede que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, homologando-se o imposto recolhido.

Na sessão de julgamento foi dado conhecimento de novo Recurso apresentado pelo autuado em decorrência da informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados aos autos pelo autuante, tendo o defensor apresentado os seguintes argumentos:

Quanto à segunda infração, alegou que foi mantida pelo autuante a exigência no valor de R\$15,90, mas não é possível precisar de onde o mesmo tirou o valor remanescente. Disse que os dados são insuficientes, e dos elementos trazidos aos autos não há referência a nota fiscal, folha dos autos, período ou qualquer outra situação que configure o débito.

Quanto à nona infração, o defensor alegou que houve cerceamento do direito de defesa, o autuante alterou substancialmente o lançamento concernente à base de cálculo, entendendo que as bases de cálculo utilizadas referentes aos exercícios de 2000 e 2001 não trazem correspondência com as DMAs anexadas aos autos, e não se pode verificar como o autuante encontrou as cifras para calcular as multas aplicadas, por isso, argumentou que o valor apresentado pelo autuante foi encontrado de modo totalmente aleatório. Disse que a conduta do autuado configura inexistência de dano ao erário, ausência de dolo, fraude ou simulação, destacando os monitoramentos realizados, conforme registros efetuados no livro RUDFTO.

A 2^a JJF julgou Auto de Infração Procedente em Parte, mas a 1^a Câmara de Julgamento Fiscal anulou a Decisão. Os autos retornaram à 1^a Instância e a 1^a JJF manteve a Decisão com o seguinte voto:

“O presente processo exige imposto sob alegação de que o autuado deixou de efetuar o recolhimento e recolheu a menos ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outros Estados e relacionadas no anexo 88 do RICMS/97, deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, e utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, através de cópia de notas fiscais e por não ter entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado, bem como aplica multa pela entrada no estabelecimento de mercadorias tanto não tributáveis quanto sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal e pela falta de fornecimento de arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas.

Ressalto que já houve Decisão anterior de 1^a Instância quanto a este processo, em julgamento proferido pela 2^a JJF, através do Acórdão JJF nº 0502-02/03, pela procedência parcial do Auto de Infração, contudo esta Decisão foi declarada nula pela 1^a CJF, através do Acórdão CJF nº 0235-11/04, em face de Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, onde foi argüida a falta de manifestação sobre a realização ou não da diligência requerida na Infração 2 e sobre o cancelamento ou redução da multa por descumprimento de obrigação acessória da Infração 9, tendo a 1^a CJF afirmado estar impedida de apreciar estes pedidos sob pena de supressão de instância e que a Decisão recorrida foi proferida com preterição do direito de defesa, com base no art. 18, II do RPAF/99.

Em relação à Infração 2, o autuado requereu a realização de diligências para verificação do recebimento das mercadorias junto aos fornecedores constantes das notas fiscais, afirmando que as mercadorias apontadas como adquiridas, não ingressaram em seu estabelecimento comercial. Indefiro este requerimento de diligência com base no art. 147, I, “a” do RPAF/99,

considerando que os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação de minha convicção, e que caberia ao autuado provar, em sua peça defensiva, que as mercadorias não entraram em seu estabelecimento, tendo em vista que as notas fiscais que foram arrecadadas nos postos fiscais deste Estado estão destinadas ao mesmo.

No mérito, constato que o autuado provou ter efetuado o recolhimento do imposto relativo à Nota Fiscal nº 76743. Portanto, entendo que a infração restou parcialmente caracterizada no valor total de R\$1.054,22, sendo R\$582,96, referente à Nota Fiscal nº 14668, no mês 01/2000, R\$35,09, referente à Nota Fiscal nº 98458, no mês 02/2000, R\$233,80, referente à Nota Fiscal nº 51898, no mês 07/2000, R\$186,47, referente à Nota Fiscal nº 57467, no mês 12/2000, e R\$15,90, referente à Nota Fiscal nº 608106, no mês 05/2001.

Quanto à Infração 9, o autuado pediu a redução ou cancelamento da multa aplicada com base no art. 46 do COTEB, porém entendo que não ficou provado nos autos que a infração foi praticada sem dolo, fraude ou simulação, pelo que o pedido fica indeferido.

Entendo que a multa é devida, mas, apesar de ter sido aplicada corretamente de acordo com a legislação vigente à época da autuação, a mesma deve ser retificada para 1% sobre o total das saídas do exercício, devido à nova redação do art. 42, XIII-A, “g” da Lei nº 7.014/96 dada pela Lei nº 9.159/04, publicada após a autuação. Assim, como o total das saídas foi de R\$2.336.362,59, no exercício de 2000, e de R\$8.322.857,53, no exercício de 2001, conforme DMAs acostadas aos autos, a infração deve ser reduzida para o valor total de R\$106.592,21, sendo R\$23.363,63 e R\$83.228,58, respectivamente, nos exercícios de 2000 e 2001.

No tocante às demais infrações, não foram objeto do Recurso Voluntário contra a Decisão proferida no Acórdão JJF nº 0502-02/03. Logo, entendo que deve ser mantida a Decisão proferida no referido Acórdão JJF nº 0502-02/03 quanto as Infrações 1 e 3 a 8.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme o demonstrativo anexo, com homologação dos valores já recolhidos:

Em seu Recurso Voluntário o recorrente insurge-se contra a Decisão, sob os seguintes fundamentos: (I) falta de apreciação do pedido de diligência junto aos fornecedores, no sentido de verificar o destino das mercadorias que tiveram notas fiscais emitidas em nome do recorrente, mas que não ingressaram em seu estabelecimento; (II) nulidade do julgamento proferido pela 1ª JJF, em face da competência privativa da 2ª JJF; nulidade do julgamento em decorrência de erros no lançamento, e também por cerceamento do seu direito de defesa; necessidade de cancelamento ou redução da multa aplicada ao item 9.

Prosegue, repetindo os argumentos expendidos com relação ao mérito da autuação.

A PGE/PROFIS em seu Parecer afirma que, em verdade, o contribuinte não apresenta nenhum argumento ou documento novo capaz de modificar a Decisão recorrida, e o pedido de diligência pertinente ao item 2, até então sem valoração pelo órgão julgador, foi rigorosamente apreciado e refutado com fundamentos explícitos conforme se depreende do voto emitido pelo relator do PAF. Diz ainda, que as alegações de nulidade não merecem amparo, porquanto o auto obedeceu a todas as formalidades previstas no RPAF, tendo o recorrente exercido plenamente o seu direito constitucional de defesa; e ainda, que inexiste incompetência da 1ª JJF para proferir o acórdão guerreado, uma vez que, em consonância com os termos da Decisão exarada pela Douta 1ª JJF, o PAF teria que obrigatoriamente de submeter-se a novo julgamento pela 1ª Instância administrativa, que é composta de dois órgãos julgadores; assim sendo, não há obstáculo que impeça a remessa dos autos à 1ª JJF. No que concerne ao pedido de redução ou cancelamento da multa, diz que o recorrente até o presente momento não logra comprovar o atendimento dos requisitos esposados no art. 158 do RPAF. Nega Provimento ao Recurso Voluntário.

Na sessão de julgamento, a representante do recorrente solicitou oralmente que fossem desconsideradas as preliminares de nulidade arguidas na peça recursal e, ato contínuo, suscitou a nulidade da infração 9, tendo em vista a imprecisão na descrição do fato que lhe foi imputado.

VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário – Item 9)

Quanto a infração 2, no que tange à diligência requerida pelo recorrente, acentue-se que, como bem destacou o voto do julgador de Primeira Instância, as notas fiscais objeto do autuação foram arrecadadas nos Postos Fiscais do Estado, indicando como destinatária a empresa recorrente, constituindo prova evidente contra a mesma. Cumpriria, pois, o recorrente prover os meios para demonstrar a existência de fraude, ou qualquer outro tipo de irregularidade na emissão das referidas notas fiscais, para isentá-la de responsabilidade perante o fisco. Entendo que uma simples declaração dos fornecedores das mercadorias poderia descharacterizar a evidência da irregularidade, fornecendo elementos ao contribuinte para as ações cabíveis, e até mesmo, um reexame por parte do fisco para apurar a verdade. De outra forma, a fiscalização, ao contrário do recorrente, não dispõe de meios para apurar fatos desse jaez.

Desta forma, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário quanto à infração 2 devendo ser mantida sem alteração a Decisão de Primeira Instância.

Por outro lado, acolho a preliminar de nulidade em face da inadequada tipificação da infração 9.

Ultrapassada a preliminar, com relação à infração 9, a Câmara de Julgamento Fiscal tem decidido que é prerrogativa deste órgão alterar a multa indicada, aplicando aquela que entender adequada. Neste processo o autuado demonstrou reiteradamente a sua boa-fé, com evidente ausência de dolo, fraude ou simulação, ocorrendo, ao contrário, por força de suas alegações, diversas correções por parte do fiscal autuante. Acrescente-se ainda, em reforço da inadequada tipificação pelo fiscal autuante, da falta de clareza na definição da infração, a alegada dificuldade no processamento e controle dos dados relativos às operações mercantis realizadas pela empresa, pois as vendas efetuadas em veículos só podem ser processadas manualmente; e tal situação foi comunicada ao fisco, conforme registrado pelo contribuinte, e não contestado. Considerando que a multa proposta pelo autuante é por demais gravosa, caracterizando-se como irrazoável e distante do seu objetivo, já que não houve sonegação de informações por parte do autuado, reduzo a multa para R\$500,00 (quinhentos reais), por mês, com exclusão do mês de outubro.

Em face do exposto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e alterar a multa referente ao item 9 do Auto de Infração para R\$500,00 (quinhentos reais), por mês, com exclusão do mês de outubro.

Quanto ao Recurso de Ofício, NEGO PROVIMENTO.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário - item 9))

Com relação ao item 2 do Auto de Infração, acompanho o voto do ilustre relator. Todavia, no que tange ao item 9, respeitosamente, divirjo do seu entendimento.

Quanto à preliminar de nulidade, constato que a descrição dos fatos está em total conformidade com o disposto no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7014/96, que prevê multa de um por cento do valor das saídas pelo não fornecimento de arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura. Além disso, as intimações existentes no processo, a defesa e Recurso Voluntário apresentados e o conjunto das provas evidenciam que o contribuinte entendeu a acusação que lhe foi feita.

Afasto, portanto, a preliminar de nulidade suscitada, pois não houve o alegado cerceamento do direito de defesa, assim como não há qualquer outro vício capaz de inquinar de nulidade o referido item do lançamento.

Quanto ao mérito, observo que a infração está parcialmente caracterizada, uma vez o débito referente ao mês de outubro de 2000 deve ser excluído da autuação, pois, conforme o Termo de Monitoramento à fl. 258, as irregularidades constatadas até aquele mês foram sanadas pelo recorrente no prazo concedido. Além dessa correção, também deve ser observada a adequação da

multa aplicada à redação do art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7014/96, com a redação dada pela Lei nº 9.159/04, como acertadamente fez o ilustre relator da 1ª Junta de Julgamento Fiscal.

Com a exclusão das saídas referentes ao mês de outubro, no valor de R\$927.916,32, a multa pertinente ao exercício de 2000 passa de R\$23.363,63 para R\$14.084,46. Mantendo-se, contudo, inalterada a multa referente a 2001, no valor de R\$83.228,58.

Quanto à redução ou dispensa da multa, entendo que não estão presentes nos autos os requisitos legais para a concessão do referido benefício. Além disso, é mister ressaltar que o procedimento do recorrente dificultou a ação da fiscalização, pois, sem os arquivos magnéticos, o fisco não pôde realizar determinados roteiros de auditoria fiscal.

Pelo acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para retificar a multa aplicada no item 9, a qual passa de R\$106.592,21 (R\$23.363,63 + R\$83.228,58) para R\$97.313,04 (R\$14.084,46 + R\$83.228,58).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Ofício interposto e, por unanimidade quanto à infração 2, e, por maioria em relação à infração 9, com o voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 087078.0011/03-3, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS BENFICA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$5.347,67**, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.117,31 e 150% sobre R\$1.230,36, previstas no art. 42, II, “d” e “f”, VII, “a” e V, “b”, da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$102.197,06**, sendo R\$3.321,79, atualizado monetariamente, e R\$98.875,27, com os acréscimos legais, previstas no art. 42, IX, XI e XIII-A, “g”, da citada Lei nº 7.014/96, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário – Item 9): Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, César Augusto da Silva Fonseca e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário – Item 9): Conselheiros Fauze Midlej, José Carlos Barros Rodeiro e Nelson Antonio Daiha Filho.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR/VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário – Item 9)

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário – Item 9)

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS