

A. I. N° - 207350.0004/04-4
AUTUADO - SALVADOR FOOD SERVICES DIST. E IMPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - MÁRIO CESAR DE FRANCA PINHEIRO
ORIGEM - INFAC BONOCÔ
INTERNET - 01.03.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0037-02/05

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. **a)** IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. **b)** IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Fatos não contestados. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Infrações parcialmente caracterizadas em face da comprovação de erros na apuração do débito. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE FORNECIMENTO DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS REFERENTES ÀS INFORMAÇÕES DE OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES REALIZADAS QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. De acordo com o RICMS o contribuinte que utiliza escrituração por sistema de processamento de dados, está obrigado a apresentar o arquivo magnético com registro fiscal dos documentos fiscais emitidos. Infração caracterizada. Redução do valor da multa por retroatividade benéfica da lei. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/06/2004 e reclama o valor de R\$29.255,27, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 2.758,54, nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais, relativo ao mês de julho de 2003, conforme demonstrativo e documentos às fls. 13, 15, 16 e 19.
2. Recolhimento a menos do ICMS no valor R\$ 384,18, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, correspondente aos meses de agosto e outubro de 2003, conforme demonstrativo e documentos às fls. 14 a 16, e 20.
3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 411,94, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexo 88 do RICMS/97, correspondente aos meses de agosto e setembro de 2003, conforme documentos às fls. 22 a 24.
4. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no valor de R\$ 11.291,79, referente às aquisições de mercadorias provenientes de

outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, no período de janeiro a dezembro de 2003, conforme demonstrativos às fls. 25 a 84.

5. Deixou de fornecer arquivos em meio magnético referente às informações de todas as operações ou prestações realizadas, referente ao período de agosto a dezembro de 2003, sujeitando-se à multa no montante de R\$ 14.408,82, equivalente a 1% sobre o montante das operações de entradas e de saídas nos respectivos valores de R\$743.496,22 e R\$ 697.386,77, conforme documentos às fls. 85 a 090.

O sujeito passivo, no prazo legal, em sua defesa às fls. 94 a 99, preliminarmente teceu algumas considerações sobre o princípio da legalidade do ato administrativo, salientando que qualquer obrigação tributária que imponha ônus ao contribuinte deve promanar da lei.

Diz ainda que a validade administrativa e a eficácia jurídica do procedimento fiscal baseado em levantamentos fiscais e contábeis devem estar condicionadas que não ocorram erros ou contradições.

No caso, o autuado se insurgiu quanto a acusação fiscal de que trata o item 04, dizendo que o autuante incorreu em erros, pois considerou no levantamento da antecipação tributária, mercadorias que não estão sujeitas ao regime de substituição tributária, as quais, foram assinaladas nas cópias das notas fiscais nºs 130660; 131780 e 28676 constantes às fls. 100 a 102.

Quanto a infração 05, foi contestado o valor da multa aplicada com base no argumento de que o seu valor se constitui em arbitramento unilateral fora do contraditório a que se refere o artigo 148, do CTN, em razão de não ter sido efetuado nenhum levantamento específico de circulação de mercadorias.

Assevera que sem a prova da ocorrência de uma circulação econômica ou jurídica de mercadorias não existe o fato gerador da obrigação tributária principal.

Considerou que a multa aplicada fere o artigo 150, inciso IV, da CF/88, pois é indevida e assume caráter confiscatório, atingindo mais de 60% do valor do próprio imposto.

Citou lições de renomados professores de direito tributário sobre a necessidade do Auto de Infração ser lavrado com clareza e precisão, e que a sua lavratura sem motivação adequada é um ato administrativo nulo.

Ao final, requer a improcedência da autuação.

Na informação fiscal às fls. 110 e 111, o autuante esclareceu o motivo de cada infração, e quanto ao item 04, declara que após revisar seu trabalho fiscal, constatou que tem pertinência o equívoco apontado na defesa, tendo elaborado novo demonstrativo retificado, conforme documentos às fls. 121 a 124. Manteve os demais itens do Auto de Infração.

A Infaz Bonocô cientificou o autuado sobre o novo elemento acostado aos autos através da informação fiscal, e este apresentou nova impugnação à fl. 129, na qual, argüiu que na sua defesa inicial havia pleiteado a improcedência de toda a infração 04, juntando, a título de amostragem, as cópias das notas fiscais nºs 130660; 131780 e 28676, porém, a sua intenção era demonstrar que houve equívoco inerente à inclusão de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária em todas as demais notas fiscais que compõem o levantamento fiscal. Anexou cópias das demais

notas fiscais com o grifo das mercadorias que estão obrigadas a substituição tributária prevista no Anexo 88 do RICMS/97 (docs. fls. 130 a 155).

O autuante tomando conhecimento da impugnação apresentada pelo sujeito passivo, rebateu a alegação defensiva dizendo que as mercadorias constantes dos demonstrativos às fls. 121 a 124, estão incluídas no regime de substituição tributária. Ratificou os termos da autuação.

VOTO

Analizando o Auto de Infração no plano formal, observo que em momento algum o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF, com a entrega de todos os papéis de trabalho relativos aos demonstrativos que originaram o lançamento tributário das infrações imputadas, os quais permitiram ao autuado a verificação dos respectivos documentos fiscais e dos números levantados. Por isso, ficam rejeitadas as preliminares argüidas na defesa fiscal.

No mérito, verifico que as infrações são concernentes a: 1) falta de recolhimento do imposto lançado no RAICMS; 2) recolhimento a menos do imposto lançado nos livros fiscais; 3) falta de recolhimento do ICMS por antecipação; 4) recolhimento a menos por antecipação; e 5) falta de entrega de arquivos magnéticos.

Os papéis de trabalho relativos a Auditoria da Conta Corrente, Demonstrativo da Antecipação Tributária, e Intimações que instruem a autuação encontram-se às fls. 13 a 16, 22, 25 a 28, 85, 10 e 11, cujas cópias foram entregues ao autuado, conforme comprova a assinatura do representante legal do autuado nos referidos documentos.

Considerando que o sujeito passivo limitando-se a argüição sobre a legalidade do lançamento, silenciou quanto aos itens 01, 02 e 03, considero-os procedentes, pois eles estão devidamente comprovados e documentados nos autos, ressaltando que, “a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da acusação fiscal” (art. 143, RPAF/99), e o “fato alegado por uma das partes quando a outra não o contestar será considerado como verídico se o contrário não resultar do conjunto de provas (art. 140 do RPAF/99).

Quanto a infração 04, inerente a recolhimento a menos da antecipação tributária correspondente a aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, relativamente às mercadorias constantes nas notas fiscais relacionadas às fls. 25 a 28, o autuado na defesa inicial apontou equívocos relacionados com a inclusão no levantamento de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária, os quais, foram acatados pelo autuante, que providenciou a retificação do demonstrativo de débito, resultando nos documentos às fls. 121 a 124.

Tomando conhecimento de tais demonstrativos, foi argüido pelo sujeito passivo que o referido demonstrativo continuava errado, pois ainda existiam mercadorias não contempladas na substituição tributária.

O artigo 123 do RPAF/99 assegura ao contribuinte o direito de fazer a impugnação do lançamento aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações.

No caso, o contribuinte supra apenas juntou aos autos cópias das notas fiscais que serviram de base a autuação, sem apontar quais mercadorias haviam sido consideradas erroneamente. O

autuante, por seu turno, examinou todas as notas fiscais e concluiu que todas as mercadorias, com exceção das que já havia expurgado, **todas as demais** estão enquadradas no regime de substituição tributária.

Examinando tais documentos (fls. 130 a 155), observo o acerto da ação fiscal, tendo em vista que se tratam de mercadorias consideradas “guloseimas”, e estão sujeitas à substituição tributária, conforme previsto no artigo 353, II, “8”, do RICMS/97. Contudo, considerando que realmente ainda existem mercadorias que foram incluídas indevidamente no cálculo da substituição tributária, refiz o demonstrativo de fls. 121 a 124, com exclusão das mercadorias que não estão especificadas no citado dispositivo regulamentar constantes nas notas fiscais às fls. 130 a 155, resultando no demonstrativo abaixo:

NF n°	MÊS	VALOR	MVA	BC S.TРИB.	ALIQ.	ICMS	C.FISCAL	ICMS REC.	ICMS REC.	DIF.A REC.
128539	jan/03	1.492,00	40	2.088,80	17	355,10	101,92	253,18		
28676	jan/03	514,50	40	720,30	17	122,45	34,30	88,15		
								341,33	274,11	67,22

NF n°	MÊS	VALOR	MVA	BC S.TРИB.	ALIQ.	ICMS	C.FISCAL	ICMS REC.	ICMS REC.	DIF.A REC.
130660	fev/03	3.748,23	40	5.247,52	17	892,08	262,38	629,70		
131670	fev/03	1.749,50	40	2.449,30	17	416,38	119,31	297,07		
131780	fev/03	1.706,96	40	2.389,74	17	406,26	119,49	286,77		
								1.213,54	1.204,03	9,51

NF n°	MÊS	VALOR	MVA	BC S.TРИB.	ALIQ.	ICMS	C.FISCAL	ICMS REC.	ICMS REC.	DIF.A REC.
133200	mar/03	8.810,10	40	12.334,14	17	2.096,80	609,14	1.487,66		
29156	mar/03	787,50	20	945,00	17	160,65	52,50	108,15		
29156	mar/03	119,07	30	154,79	17	26,31	8,33	17,98		
29156	mar/03	-	30	-	17	-	-	-		
29156	mar/03	1.498,20	30	1.947,66	17	331,10	104,87	226,23		
								1.840,03	871,83	968,20

NF n°	MÊS	VALOR	MVA	BC S.TРИB.	ALIQ.	ICMS	C.FISCAL	ICMS REC.	ICMS REC.	DIF.A REC.
135335	abr/03	6.629,50	40	9.281,30	17	1.577,82	464,07	1.113,76		
137083	abr/03	103,88	40	145,43	17	24,72	7,20	17,52		
29378	abr/03	1.338,75	20	1.606,50	17	273,11	89,25	183,86		
29378	abr/03	52,50	30	68,25	17	11,60	3,68	7,93		
4986	abr/03	404,64	40	566,50	17	96,30	28,32	67,98		
137405	abr/03	6.239,50	40	8.735,30	17	1.485,00	431,25	1.053,75		
								2.444,80	1.444,55	1.000,25

NF n°	MÊS	VALOR	MVA	BC S.TРИB.	ALIQ.	ICMS	C.FISCAL	ICMS REC.	ICMS REC.	DIF.A REC.
29519	mai/05	968,10	40	1.355,34	17	230,41	65,94	164,47		
139579	mai/05	5.014,00	40	7.019,60	17	1.193,33	348,42	844,91		
139933	mai/05	1.449,50	40	2.029,30	17	344,98	98,31	246,67		
								1.256,05	571,67	684,38

NF n°	MÊS	VALOR	MVA	BC S.TРИB.	ALIQ.	ICMS	C.FISCAL	ICMS REC.	ICMS REC.	DIF.A REC.
311701	jun/03	558,70	30	726,31	17	123,47	39,11	84,36		
140900	jun/03	4.169,85	40	5.837,79	17	992,42	291,89	700,53		
								784,90	784,60	0,30

NF n°	MÊS	VALOR	MVA	BC S.TРИB.	ALIQ.	ICMS	C.FISCAL	ICMS REC.	ICMS REC.	DIF.A REC.
144195	jul/03	4.890,01	40	6.846,01	17	1.163,82	342,30	821,52		
30059	jul/03	-	20	-	17	-	-	-		
30059	jul/03	680,40	30	884,52	17	150,37	47,63	102,74		
145458	jul/03	2.511,45	40	3.516,03	17	597,73	175,80	421,92		
								1.346,19	1.035,64	310,55

NF n°	MÊS	VALOR	MVA	BC S.TРИB.	ALIQ.	ICMS	C.FISCAL	ICMS REC.	ICMS REC.	DIF.A REC.
316330	ago/03	557,91	30	725,28	17	123,30	124,16	-		
147098	ago/03	7.465,45	40	10.451,63	17	1.776,78	522,58	1.254,20		
147150	ago/03	1.501,95	40	2.102,73	17	357,46	102,77	254,69		
146167	ago/03	243,40	40	340,76	17	57,93	16,84	41,09		
30449	ago/03	260,40	30	338,52	17	57,55	18,23	39,32		
30449	ago/03	-	20	-	17	-	-	-		
								1.589,30	988,67	600,63

NF n°	MÊS	VALOR	MVA	BC S.TРИB.	ALIQ.	ICMS	C.FISCAL	ICMS REC.	ICMS REC.	DIF.A REC.
148711	set/03	1.739,40	40	2.435,16	17	413,98	117,97	296,01		
150421	set/03	5.802,60	40	8.123,64	17	1.381,02	406,18	974,84		
								1.270,84	736,99	533,85

NF n°	MÊS	VALOR	MVA	BC S.TРИB.	ALIQ.	ICMS	C.FISCAL	ICMS REC.	ICMS REC.	DIF.A REC.
75090	set/03	610,71	40	854,99	17	145,35	40,98	104,37		
75091	set/03	637,73	40	892,82	17	151,78	42,99	108,79		
75092	set/03	132,80	40	185,92	17	31,61	9,04	22,57		
152688	set/03	5.412,56	40	7.577,58	17	1.288,19	378,88	909,31		
31234	set/03	420,00	30	546,00	17	92,82	29,40	63,42		
5474	set/03	475,53	40	665,74	17	113,18	33,27	79,91		
								1.288,36	1.229,86	58,50

NF n°	MÊS	VALOR	MVA	BC S.TРИB.	ALIQ.	ICMS	C.FISCAL	ICMS REC.	ICMS REC.	DIF.A REC.
156480	nov/03	6.314,66	40	8.840,52	17	1.502,89	442,03	1.060,86		
31523	nov/03	976,60	20	1.171,92	17	199,23	68,36	130,86		
31523	nov/03	1.188,60	40	1.664,04	17	282,89	79,94	202,95		
158460	nov/03	9.127,71	40	12.778,79	17	2.172,39	638,94	1.533,46		
								2.928,13	1.898,94	1.029,19

NF n°	MÊS	VALOR	MVA	BC S.TРИB.	ALIQ.	ICMS	C.FISCAL	ICMS REC.	ICMS REC.	DIF.A REC.
159397	dez/03	15.832,03	40	22.164,84	17	3.768,02	1.108,24	2.659,78		
31946	dez/03	2.617,83	30	3.403,18	17	578,54	183,25	395,29		
49255	dez/03	1.155,00	15	1.328,25	17	225,80	77,00	148,80		
78983	dez/03	1.364,40	40	1.910,16	17	324,73	97,41	227,32		

78984	dez/03	116,50	40	163,10	17	27,73	9,98	17,75		
78982	dez/03	3.856,92	40	5.399,69	17	917,95	262,05	655,90		
									4.104,84	2.838,83

Desta forma, o débito da infração 04 fica reduzido para o valor de R\$ 6.528,59.

Quanto a infração 05, de acordo com o artigo 685 combinado com o artigo 708 e seus parágrafos, do RICMS/97, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados deverá fornecer, quando solicitada, documentação minuciosa, completa e atualizada dos arquivos magnéticos com registro fiscal dos documentos emitidos por qualquer meio inerente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias, cuja entrega deve ser feita na repartição fazendária mediante recibo.

No caso em apreciação, conforme consta às fls. 10 e 11, o contribuinte foi devidamente intimado a apresentar os arquivos magnéticos devidamente validados, e não os apresentou no prazo estipulado, inclusive consta na intimação que a falta de entrega do arquivo magnético no prazo estabelecido ensejaria a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória.

Na hipótese de infringência ao citado artigo, dentre outras, com a nova redação dada pela Lei nº 9.159/04, a multa prevista na alínea “g”, do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, passou a ter a seguinte redação:

(...)

“g) 1% do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, ocorridas em cada período, **pelo não fornecimento**, nos prazos previstos na legislação, de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura” (art. 915, XII-A, “g”, do RICMS/97)”.

Considero que a multa foi aplicada corretamente, inclusive o fato não foi negado pelo autuado, ressaltando-se que nos autos não existem elementos para aferir se o contribuinte agiu ou não dolosamente. Além do mais, nos termos dos arts. 136 do CTN, e § 2º do 40 da Lei nº 7.014/96 e § 1º do 911, do RICMS/97, a responsabilidade por infração à legislação tem caráter objetivo, independendo da vontade, isto é, do elemento subjetivo da conduta do agente.

Quanto ao valor da multa, restando caracterizado o cometimento da infração, o mesmo foi calculado corretamente com base nas operações de entradas e de saídas, conforme demonstrado à fl. 85, e está de acordo com o artigo 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96. Contudo, considerando a nova redação do citado dispositivo pela Lei nº 9.430 de 10/02/2005, o valor da multa deve ser modificado conforme quadro abaixo, levando em conta o valor das saídas de mercadorias do período, a saber:

DEMONSTRATIVO DAS OPERAÇÕES REALIZADAS

ANO	MESES	OPERAÇÕES DE SAÍDAS	TOTAL
2003	AGO/SET/OUT/NOV/DEZ	697.386,77	697.386,77
PERCENTUAL DA MULTA (art.42, XIII-A, “g”, Lei 7.014/96)			1%
VALOR DA MULTA			6.973,87

Finalmente, descabe a alegação de que a multa aplicada de 60% é confiscatória, uma vez que a mesma está em perfeita consonância com a infração 04, e está prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014,96.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade da autuação, e no mérito voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 17.057,13, ficando o débito da infração 04, modificado conforme abaixo.

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO - INFRAÇÃO 04 - 07.01.02

Data Ocor.	Data Venc.	B. de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr. do Débito	Infração
31/1/2003	9/2/2003	395,41	17	60	67,22	4
28/2/2003	9/3/2003	55,94	17	60	9,51	4
31/3/2003	9/4/2003	5.695,29	17	60	968,20	4
30/4/2003	9/5/2003	5.883,82	17	60	1.000,25	4
31/5/2003	9/6/2003	4.025,76	17	60	684,38	4
30/6/2003	9/7/2003	1,76	17	60	0,30	4
31/7/2003	9/8/2003	1.826,82	17	60	310,56	4
31/8/2003	9/9/2003	3.533,12	17	60	600,63	4
30/9/2003	9/10/2003	3.140,29	17	60	533,85	4
31/10/2003	9/11/2003	344,12	17	60	58,50	4
30/11/2003	9/12/2003	6.054,06	17	60	1.029,19	4
31/12/2003	9/1/2004	7.447,12	17	60	1.266,01	4
TOTAL DO DÉBITO					6.528,60	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207350.0004/04-4, lavrado contra **SALVADOR FOOD SERVICES DISTRIBUIÇÃO E IMPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$10.083,26**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 2.758,54 e 60% sobre R\$7.324,72, previstas no artigo 42, I, “a”, II, “b” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$ 6.973,87**, prevista no inciso XIII-A, alínea “g”, do citado artigo.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA