

PROCESSO - A. I. Nº 110391.0001/05-3
RECORRENTE - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5^a JJF nº 0003-05/05
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 25/10/2006

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0335-11/06

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. BENS SUJEITOS A TRIBUTAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Modificada a Decisão recorrida. O Recorrente apensa aos autos novas comprovações do retorno de mercadorias antes do ingresso em seu estabelecimento. Infração parcialmente elidida. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM OMISSÃO DE INFORMAÇÕES. MULTA. Comprovada a apresentação do arquivo magnético com diversas inconsistências. Infração caracterizada. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo recorrente contra a Decisão da 5^a JJF - Acórdão JJF n.º 0003-05/05 - que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual fora lavrado para exigir:

1. Multa, no valor de R\$4.595,20, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias, sujeitas a tributação, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de: abril e agosto de 2000; julho e setembro de 2002, e abril de 2003;
2. Multa, no valor de R\$300.880,77, correspondente a 5% do valor das operações omitidas nos arquivos magnéticos, limitada a 1% das saídas do estabelecimento, relativa ao período de janeiro de 2001 e janeiro a junho de 2002.

A Decisão recorrida, relativa à primeira infração, foi de que não restou devidamente comprovada a alegação do contribuinte de que as ocorrências de 30/04/00, 30/08/00, 31/07/02 e 30/04/03 foram devolvidas aos seus fornecedores, por conterem erros de valores, se referirem a contrato diverso ou por estarem avariadas. Quanto à ocorrência de 30/09/02, também foi mantida, pos o fato do autuado ter lançado a Nota Fiscal nº 003353 após a autuação, não o exime do pagamento da multa aplicada, uma vez que já se encontrava sob ação fiscal.

Inerente à segunda infração, foi ressaltado que o autuante expediu intimação ao contribuinte, apontando, através de “check list” as inconsistências contidas nos mesmos, conforme documentos às fls. 13 a 21, mas como os arquivos não foram retificados, foi expedida nova intimação no dia 21/03/05 a qual foi anexada a primeira intimação (17/02/05), documentos às fls. 26 a 28. Como até o dia 31/03/05 o autuado não havia apresentado os arquivos magnéticos regularizados, o autuante corretamente lavrou o Auto de Infração, não cabendo ao autuado alegar falta de prazo para entrega dos mesmos.

Contudo, entende a JJF não se aplicar ao caso em lide a multa no percentual de 5% sobre as entradas e saídas realizadas, limitadas a 1% do valor das saídas de acordo com as determinações contidas no art. 42, XIII-A, “f”, da Lei nº. 7.014/96, alterada pela Lei nº 9.159 de 9/7/2004. Ressalta que o CONSEF já tem uma posição dominante sobre a matéria, apoiada em diversas decisões, a exemplo do Acórdão CJF nº 0028-11/04.

Assim, a Decisão é de que a multa correta para a situação em questão é a determinada no art. 42,

XIII-A, “g” da referida lei, alterada pela Lei nº 9.430, de 10/2/2005, pois o que efetivamente ocorreu foi a falta de entrega completa dos arquivos magnéticos, apesar do contribuinte ter sido regularmente intimado, por 2 (duas) vezes, em flagrante infração ao art. 708-B, do RICMS/97, apesar de tal modificação não alterar o valor da multa, tendo em vista que o cobrado se restringiu a 1% sobre o valor das saídas realizadas no período de janeiro/01 e janeiro a junho/02.

No Recurso Voluntário, preliminarmente, o recorrente pleiteia a reforma da Decisão recorrida sob a alegação de que não foram exauridos todos os meios de prova necessários à comprovação dos fatos, não valorando as provas produzidas, o que entende que cerceia sobremaneira o direito de defesa.

Discorda da Decisão recorrida de não considerar as provas existentes nos autos, relativas à primeira infração, sob suposição de que havia uma defasagem de tempo entre as notas indicadas na autuação e as notas comprovadas pela empresa como substitutas, fazendo crer que se tratavam de novas operações, pois tal conclusão desrespeita o devido processo legal e cerceia o direito de defesa do autuado. Assim, relaciona notas fiscais que substituíram as notas fiscais objeto da ação fiscal, do que requer diligência para comprovação de suas alegações.

Quanto à segunda infração, entende também cerceado seu direito de defesa por considerar exíguo o prazo que lhe foi concedido para complementar os arquivos magnéticos correspondentes a janeiro de 2001 e janeiro a junho de 2002, por entender, humanamente, impossíveis de serem corrigidos no prazo fixado. Defende que impedir a dilatação do prazo solicitado é uma manobra cerceatória do seu direito de defesa, além de violar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Assim, reitera as mesmas razões de defesa acima expostas.

A PGE/PROFIS, à fl. 155 dos autos, considerando que o recorrente apresentou argumentos e documentos para comprovar o retorno de todas as notas fiscais objeto da autuação, entende que os autos devem seguir a ASTEC para que se pronuncie sobre tais documentos, especialmente se comprovam a devolução das mercadorias relativas às notas fiscais apreendidas no trânsito.

Considerando que as provas apresentadas pelo contribuinte eram precárias, esta 1ª CJF decidiu, em pauta suplementar, que fosse o sujeito passivo intimado para providenciar, junto aos seus fornecedores, a efetiva comprovação da devolução das mercadorias, oportunizando-lhe de apensar ao processo cópia das notas fiscais de entradas e seus respectivos lançamentos no Livro Registro de Entradas.

Às fls. 161 a 206, foram anexados os supostos documentos comprobatórios do desfazimento da operação.

Em seu Parecer, às fls. 213 e 214, após análise dos documentos trazidos aos autos, a PGE/PROFIS entende que o recorrente comprova o não recebimento das mercadorias contidas nas Notas Fiscais de nºs 1125, 4761, 157030, 020333 e 020338. Porém, em relação à Nota Fiscal nº 3353, sustenta que a escrituração feita posteriormente ao início da ação fiscal não invalida a exigência contida na autuação.

Em relação aos arquivos magnéticos, ressalta não haver qualquer argumento jurídico a ser enfrentado, salvo a exigüidade do prazo concedido pelo autuante. Salienta que as intimações feitas ao contribuinte concedem o prazo previsto na legislação vigente, que foi em verdade superado, e mesmo assim os arquivos magnéticos não foram apresentados. Assim opina que deve ser mantida a infração.

Assim, opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

VOTO

No Recurso Voluntário o recorrente suscita a existência de cerceamento de seu direito de defesa sob a alegação de que a JF não exauriu todos os meios de prova necessários à comprovação dos fatos e não valorizou as provas produzidas, relativas à primeira infração.

Vislumbro que o ônus da prova das razões de defesa cabe a quem alega, no caso, ao sujeito passivo. Se o defendant o faz de forma precária ou incompleta, a sua desconsideração por parte do órgão julgador não implica em cerceamento do direito de defesa, nem na obrigatoriedade de converter o processo em diligência para comprovação das alegações do contribuinte.

Observo que o recorrente pretende comprovar sua alegação de que as mercadorias constantes das Notas Fiscais de nº: 1125; 157030; 020333; 020338 e 4761 foram devolvidas, sem sequer serem recebidas, apresentando notas fiscais as quais substituíram as anteriores, quando da realização de novas remessas.

São precárias as provas apresentadas na impugnação, pois no caso de retorno de mercadoria não entregue ao destinatário, o art. 654 do RICMS prevê que o remetente emita nota fiscal para documentar a entrada, fazendo referência à nota fiscal originária, escriturando-a no Livro Registro de Entrada.

Portanto, verifica-se que só a comprovação do lançamento da operação de devolução da mercadoria na escrita do fornecedor é que irá elidir a acusação imputada ao contribuinte, uma vez que a apresentação de outras notas fiscais, em substituição às originalmente emitidas, não comprova a devolução das mercadorias ou o desfazimento da operação, podendo ensejar a dúvida de se tratar de outra operação, assim como entendeu a JJF, uma vez que se trata de bens fungíveis, sem identificação própria.

O recorrente, em suas razões recursais, reitera as mesmas alegações suscitadas em sua defesa, carreando aos autos, como prova de suas alegações, os documentos às fls. 165 a 206, na tentativa de comprovar que:

1. A Nota Fiscal nº 1125, emitida em 06/04/2000, não foi aceita por estar em desacordo com o contrato, sendo cancelada pelo fornecedor, conforme Livro Registro de Saídas e Livro Registro de Entradas, e substituída pela Nota Fiscal nº 1195, emitida em 04/05/2000 (fls. 165 a 177).

Verifico que no verso da Nota Fiscal nº 1125 está consignada a recusa do recebimento pelo destinatário, como determina a legislação, como também que o fornecedor a lançou no seu Livro Registro de Entradas, a título de “*NF Cancelada (Estorno do ICMS)*”. Deste modo, apesar do procedimento não está devidamente correto, pois não foi emitida a nota fiscal de entrada, deve-se considerar como comprovado o desfazimento da operação.

2. A Nota Fiscal nº 4761, emitida em 07/06/2003, não foi aceita por constar em único documento produtos de contratos diferentes, sendo cancelada pelo fornecedor e substituída pelas Notas Fiscais nºs 4785 e 4786, de 09/06/2003, as quais fazem referência à substituição da Nota Fiscal nº 4761 (fls. 178/183).

Por ficar comprovada a substituição do documento fiscal original, inclusive com referência ao mesmo nos documentos substitutos, também se deve considerar como comprovada a alegação do recorrente.

3. A Nota Fiscal nº 157030, emitida em 02/08/2000, não foi aceita por estar em desacordo com o contrato, sendo cancelada pelo fornecedor conforme Nota Fiscal de Entrada nº. 014197, de 06/10/2000, e substituída pela Nota Fiscal de nº. 165743, de 06/10/2000 (fls. 184/195).

Procedimento conforme previsto na legislação para o caso concreto. Elidida a penalidade.

4. As Notas Fiscais nºs 020333 e 020338, emitidas em 02/07/2002, não foram aceitas por estarem em desacordo com o contrato, sendo emitidas as Notas Fiscais nºs 020865 e 020870, em 08/08/2002, em substituição às originais e emitidas as Notas Fiscais de Entradas nºs 032151 e 032152, em 23/02/2006, para a regularização dos lançamentos (fls. 196/205).

Observo que as Notas Fiscais nºs 020865 e 020870 foram emitidas em substituição às notas fiscais originais, inclusive com referência aos mesmos nos documentos substitutos, devendo ser acatados.

5. Por fim, referente à Nota Fiscal nº 003353, emitida em 18/09/2002, aduz o recorrente que foi extraviada, só sendo registrada no dia 24/02/2006 (fls. 206/210), cujo valor de R\$339,92 foi pago em 28/04/2005.

Concordo com o Parecer da PGE/PROFIS de que a escrituração feita após o início da ação fiscal, inclusiva da lavratura do Auto de Infração, não elide a penalidade por não escriturar a citada nota fiscal.

Assim, subsiste em parte a infração, no valor de R\$339,92, devendo-se homologar o valor recolhido, conforme DAE à fl. 210 dos autos.

No tocante à segunda infração, o recorrente limita-se, tão-somente, a alegar a exigüidade do prazo que lhe foi concedido para complementar os arquivos magnéticos correspondentes a janeiro de 2001 e janeiro a junho de 2002. Assim, comungo com o Parecer da PGE/PROFIS de que *“...não há qualquer argumento jurídico a ser enfrentado, salvo a exigüidade do prazo concedido pelo fiscal autuante”*.

Devo ressaltar que à época da lavratura do Auto de Infração, 31/03/2005, não havia previsão legal para concessão do prazo de 30 dias ao contribuinte para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, conforme previsto no § 5º do art. 708-B do RICMS-BA, o qual foi introduzido através da Alteração nº 63 (Decreto nº 9.426, de 17/05/05), prevalecendo o prazo de cinco dias úteis, contados da data do recebimento da intimação, conforme previsto no caput do referido art. 708-B do RICMS.

Observo que foi dado ao contribuinte apenas o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para retificar os Arquivos Magnéticos, conforme intimação às fls. 11 e 12 dos autos, datada de 17/02/2005, relativas às inconsistências relacionadas às fls. 13 a 19 do PAF, cuja intimação foi renovada em 21/03/2005, sendo-lhe concedido nesta oportunidade o prazo de 72 (setenta e duas) horas, conforme intimação às fls. 26 e 27, o que denota uma concessão do prazo bem superior ao legalmente previsto à época da ação fiscal, e mesmo assim os arquivos magnéticos não foram regularizados, fato controverso.

Assim, deve-se manter a exigência fiscal.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida apenas quanto à primeira infração, cujo valor remanescente é de R\$339,92, referente a 09/2002.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 110391.0001/05-3, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento das multas no total de **R\$301.220,69**, previstas, respectivamente, no art. 42, IX e XIII-A, “f”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor, comprovadamente, já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de setembro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS