

A. I. Nº - 206766.0003/05-0
AUTUADO - SUPERMERCADOS IRMÃOS RONDELLI
AUTUANTE - URBANO FERRAZ SANTOS
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 18/05/06

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0164-03/06

EMENTA: ICMS: 1) ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. 2) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) RECOLHIMENTO A MENOS. b) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. 3) CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DOCUMENTOS INIDÔNEOS. EMITENTES COM AIDF FALSO. Trata-se de documento emitido pelo remetente com inscrição cancelada em data anterior à aquisição das mercadorias pelo autuado. O crédito é ilegítimo. b) MERCADORIAS SUBMETIDAS AO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É ilegítimo o crédito fiscal utilizado referente a mercadorias adquiridas com o pagamento do imposto por substituição. 4) ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. Autuado não atendeu a intimação no prazo regulamentar sujeitando-se a exigência de multa no percentual de 1%, prevista no artigo 42 XIII-A “g” da Lei 7.014/96. 6) DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO FISCO, ESTANDO REGULARMENTE INTIMADO. Multa por descumprimento de obrigação acessória. Infração subsistente. Preliminar de nulidade rejeitada. Pedido de diligência indeferido. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 21/12/2005, reclama ICMS no valor de R\$93.562,86, com aplicação de multas de 100%, 70% e 60%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$50.284,77, assim discriminados:

Infração 01- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no valor de R\$79.054,79.

Infração 02- Recolheu a menor o ICMS antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e relacionadas nos anexos 69 e 88, no valor de R\$688,12.

Infração 03- Deixou de fornecer arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, no valor de R\$50.194,77.

Infração 04- Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documento fiscal falso, ou inidôneo, no valor de R\$10.204,94.

Infração 05- Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária, no valor de R\$82,39.

Infração 06- Deixou de apresentar comprovantes das operações ou prestações contabilizadas quando intimado, no valor de R\$90,00.

Infração 07- Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária, no valor de R\$1.290,72.

Infração 08- Deixou de recolher ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e relacionadas nos anexos 69 e 88, no valor de R\$2.241,90.

Inconformado, o autuado apresenta impugnação, tempestivamente, (fls 2513 a 2521), requerendo preliminarmente a nulidade do auto de infração, argüindo que os fatos não estão susceptíveis de tributação e ainda amparados de elementos precários e inseguros decorrentes de uma presunção. No mérito, reconhece as Infrações 02, 05, 06, 07 e 08. Insurge-se contra o lançamento de ofício quanto às Infrações 01, 03 e 04. Quanto à Infração 1, declara que o autuante deve ter colhido os documentos não registrados, através do sistema SINTEGRA nos postos fiscais de fronteira ou junto a pesquisas feitas a diversos fornecedores. Argüi, que a falta de registro dos citados documentos na sua escrita fiscal, indica, apenas, a possibilidade de existência de ilícito tributário. Cita o ilustrado tributarista Roque Antonio Carrazza, para respaldar as suas afirmações de que a presunção é “a suposição de um fato desconhecido, por consequência indireta e provável de outro conhecido”. Argumenta, ainda, a necessidade do fisco comprovar a efetiva entrada das mercadorias, como ocorre no caso de levantamento quantitativo de estoque de mercadorias, levantamento este, não realizado pelo autuante apesar de estar na posse de todos os livros e documentos fiscais necessários à constatação das referidas omissões. No caso em exame, estaria sendo ferido o princípio da segurança jurídica, numa verdadeira inversão do ônus da prova, que segundo o deficiente, é dever do fisco.

Para comprovar a não aquisição das mercadorias, o impugnante junta aos autos cópias de interpelações judiciais ajuizadas contra empresas emitentes das notas fiscais destinadas ao autuado, considerando ser prova concludente de que a empresa jamais adquiriu produtos constantes da citada documentação. Pede a improcedência deste item. Com relação à Infração 03, considera descabível a lavratura da do Auto de Infração, tendo em vista que o Governo do Estado da Bahia, através do decreto 9426/05 dispensou os usuários de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados (SEPD) da entrega dos arquivos magnéticos correspondentes ao período de Janeiro de 2000 à 31/12/2005, e que a empresa está enquadrada nas hipóteses descritas no citado Decreto Estadual. Salienta, que a sua situação se adequa às disposições contidas no art. 3º, inciso I alínea “a” do aludido ato normativo, e, portanto, estaria dispensado legalmente de apresentar os arquivos magnéticos ao fisco. Ressalta que o art. 106 do CTN ampara as suas pretensões, tendo em vista que trata da retroatividade benigna da lei tributária. Conclui, requerendo a nulidade do

levantamento realizado, como também no mérito, seja o auto de infração julgado improcedente. Requer, ainda, a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, a fim de serem constatadas as alegações defensivas contidas na impugnação.

Ataca a Infração 04, argumentando a existência de equívocos e irregularidades na lavratura do lançamento de ofício, porquanto a autorização para impressão de documentos fiscais é ato interno da administração fiscal, e, por conseguinte, “Ninguém pode ter conhecimento do número da AIDF que lhe foi autorizada pelo fisco para impressão de seus documentos”. Salienta, que o adquirente de uma mercadoria não pode ter conhecimento se a aludida AIDF de seu fornecedor é falsa ou verdadeira, só quem pode dispor dessa informação é a própria SEFAZ. Questiona, se a cada aquisição de mercadoria o adquirente do produto teria que procurar a unidade fazendária da jurisdição de seu fornecedor para obter informações da falsidade da referida autorização. Ademais, como se trata de documento protegido pelo sigilo fiscal, a própria SEFAZ não disponibilizaria tal informação. Requer improcedência desse item. Pede, ainda, a realização de diligência por fiscal estranho ao feito a fim de serem constatadas as alegações defensivas contidas na impugnação.

O autuante, por sua vez, apresenta informação fiscal às folhas 2687 a 2692, argüindo que o autuado já é bastante conhecido na prática de sonegação fiscal, diz que a Rede de Supermercados Rondelli instalou-se no Estado da Bahia, originário do Estado do Espírito Santo, imaginando que neste Estado poderia operar comercialmente sem o cumprimento das disposições da legislação do ICMS. Quanto à Infração 01, entende que as interpelações judiciais apresentadas pelo defendant, não valem como prova da inexistência de aquisições das mercadorias, pois as aludidas interpelações ainda se encontram *sub judice*. Declara que o impugnante é sonegador contumaz, tendo sido lavrado anteriormente pelo mesmo autuante, o AI 2067660008/03-5, onde foi detectado além de outras infrações, a omissão de saídas de mercadorias decorrente do cotejo entre o valor das saídas registradas no LRSM e o valor das vendas diárias registradas nos diversos relatórios do razão analítico apreendidos via Mandado de Busca e Apreensão judicial em seu estabelecimento sede na cidade de Eunápolis, omissão esta, provocada pelo uso irregular dos seus Equipamentos de Controle Fiscal- ECF, ou seja, saídas não registradas, e que este Auto de Infração já se encontra em fase de Execução Judicial. Cita, julgados do CONSEF, sobre decisões contra o defendant. Alega que a empresa omite de registros, tanto as saídas de mercadorias, quanto às entradas. Reafirma, que o defendant não registrou em sua escrita fiscal as notas fiscais constantes dos demonstrativos acostados aos autos, às folhas 26 a 698. Salienta, que a Distribuidora Multifrios, IE 56.363.737 NO, foi constituída pelo defendant como “laranja” na cidade de Eunápolis, emitiu 12 notas fiscais destinadas ao autuado e por essa razão não há interpelação judicial contra o referido remetente. Cita artigo do jurista Alexandre Henrique Salema Ferreira sobre o ônus da prova no Direito Tributário, como também a Norma Brasileira de Contabilidade, NBC T 2, que dispõe sobre escrituração contábil, além dos artigos 195 e 97 do CTN, para amparar a sua acusação. Ratifica o Auto de Infração lavrado, afirmando que o autuado não apresentou qualquer prova material concreta do registro das aquisições das mercadorias constantes nos documentos fiscais coletados no CFAMT, sendo que as aludidas mercadorias transitaram por rodovias baianas, para entrega no endereço do estabelecimento do defendant.

Quanto à Infração 03, informa que à luz do artigo 3º I alíneas “a”, “b” e “c” do Decreto 9.426, o autuado está dispensado apenas da apresentação dos arquivos magnéticos que contenham os Registros 60R e 61R, tendo em vista que utiliza SEPD para emissão de cupom fiscal e escrituração de livros fiscais. Todavia, no período correspondente à intimação (11/2003 a 06/2004), não apresentou os arquivos magnéticos com os Registros 10, 11, 90, 50, 60M, 74 e 75, que estava obrigado. Confirma, portanto a aplicação de multa de 1% sobre as operações de saídas, consoante disposto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei 7.014/96 alterada pela Lei 9.159/04. Com

relação à Infração 04, argüi que restou comprovado que o autuante utilizou crédito indevido oriundo de documentos fiscais inidôneos em várias lojas da sua rede de supermercados. Declara que a falta de autorização para impressão (AIDF) pela SEFAZ, pode ser verificada pelo cotejo entre o nº da AIDF do documento fiscal desconsiderado (990070041202004) e o nº da autorização correta (174100439720002 e 99410161172005), e que as originais das referidas notas fiscais inidôneas foram anexadas ao relatório de Denúncia Crime encaminhado em 06/02/2006. Conclui, requerendo a procedência da autuação.

VOTO

Preliminarmente, rejeito a nulidade pretendida pelo autuado, pois estão presentes todos os pressupostos de validação do processo. O Auto de Infração foi lavrado com a observância das exigências regulamentares, notadamente o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, em seu artigo 18.

Indefiro o pedido de diligência suscitado pelo defendant, pois considero suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, consoante disposto no art. 147 I “a” do RPAF.

No mérito, considero procedentes as infrações, 02, 05, 06, 07 e 08, uma vez que, o autuado, reconheceu como devido o imposto exigido, inexistindo, portanto, controvérsias.

Com relação à infração 01, as notas fiscais anexadas aos autos servem de prova material da aquisição das mercadorias nelas constantes, não cabendo simplesmente a alegação do autuado de que não as adquiriu. A juntada de documentação pelo defendant, alegando o ajuizamento de Interpelação Judicial contra os remetentes das mercadorias, não descharacteriza a presunção da existência de pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de realização de operações anteriores com recursos também não contabilizados, previstas no inciso IV do § 3º do artigo 2º do RICMS-BA.

§ 3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

- I - saldo credor de caixa;*
- II - suprimento a caixa de origem não comprovada;*
- III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;*
- IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;*

A presunção legal é *juris tantum*, ou seja, admite prova em contrário. No caso em apreço, caberia ao impugnante exibir as provas do não cometimento da infração, imputada no lançamento de ofício. A simples negativa da aquisição das mercadorias e a Interpelação Judicial ajuizada, não maculam a exigência fiscal em comento, outrossim, não tem o condão de descharacterizar a ocorrência de presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas não registradas.

Ademais, havendo contencioso tributário, não poderá ser negado ao contribuinte o direito pleno de defesa, podendo o mesmo se utilizar todos os meios de prova admitidos em lei, aliás, neste caso inverte-se o ônus da prova, passando exclusivamente ao contribuinte a responsabilidade da apresentação dos elementos de provas que demonstrem as inverdades apuradas através de procedimento administrativo tributário que, por sinal, obedece a esquemas rígidos através de técnicas aceitas contábil e juridicamente, apresentando uma boa dose de veracidade pela preponderância de fatores de ordem técnica, tornando pouco provável a adulteração de valores e

quantidades, oferecendo, assim, maior possibilidade de apreciação objetiva e segura quanto às conclusões extraídas de seus resultados, de tal sorte que as provas produzidas sejam realizadas em toda a sua extensão e amplitude, assegurando amplas prerrogativas e garantias de defesa ao contribuinte.

Da análise das peças processuais, constato que, segundo o autuante, os remetentes são fornecedores habituais do autuado e as mercadorias adquiridas estão inseridas no rol de produtos comercializados pelo defendant, fato não contestado nas suas alegações defensivas. Nas notas fiscais estão indicadas os dados do autuado, na condição de adquirente, como: endereço e inscrição estadual. Verifico que nos documentos fiscais também estão indicados a razão social do transportador e carimbos de Postos Fiscais, provando a circulação física das mercadorias. Ademais, este CONSEF tem decidido de forma reiterada que as notas fiscais emitidas em nome do adquirente são suficientes para caracterizar a infração. Mantida a exigência fiscal.

Relativamente à Infração 03 (falta de apresentação de arquivos magnéticos exigido mediante intimação), verifico à luz dos elementos constantes nos autos (fl. 10 a 15), que o autuante expediu 03 intimações no prazo legal, para que o defendant providenciasse a regularização dos arquivos magnéticos entregues, não sendo atendida a sua pretensão no prazo estipulado, sendo que a intimação acostada aos autos à folha 14, exige a regularização dos arquivos magnéticos, conforme diagnóstico. É evidente que o Fisco Estadual concedeu prazo legal para que o defendant atendesse à solicitação para a entrega e retificação dos arquivos magnéticos. Por outro lado, não assiste razão ao autuado em alegar que o Governo do Estado da Bahia, através do Decreto 9426/05 dispensou o impugnante usuário de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados (SEPD) da entrega dos arquivos magnéticos correspondentes ao período de Janeiro de 2000 à 31/12/2005, haja vista que a empresa não está enquadrada nas hipóteses descritas no citado Decreto Estadual. O impugnante não possui SEPD para a emissão de NOTA FISCAL FATURA, sendo feitas de forma manual, entretanto, possui autorização para emissão de cupom fiscal e escrituração de livros fiscais através de meio eletrônico. A dispensa prevista no Decreto 9.426/2005, não se aplica ao autuado, tendo em vista que o citado Decreto dispensa apenas o usuário de não apresentar os arquivos magnéticos de suas operações, contendo os registros 60 R e 61 R, sendo obrigatória a entrega dos arquivos magnéticos contendo os demais registros.

Quanto à Infração 04, restou comprovada a utilização indevida de crédito fiscal das notas fiscais nºs 368 e 370 (fls. 28 e 29), emitidas pela CARI- INDÚSTRIA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE COMP. PLÁSTICOS LTDA. Em que pese a argüição do defendant de que o controle de emissão de AIDF é de competência exclusiva da SEFAZ, não sendo acessível a qualquer contribuinte informações protegidas por sigilo fiscal, entendo, que o autuado não comprovou o pagamento das aquisições, seja através de faturas, duplicatas, cópias de cheques e outros documentos que servissem de prova para a efetiva aquisição da mercadoria. Além disso, outra questão a ser observada, é que constata-se a inexistência de indicação do transportador nas referidas notas fiscais ou registro da circulação das mercadorias através da aposição de carimbo pelos postos fiscais do percurso da mercadoria, principalmente levando-se em conta a distância entre o Município de Salvador e o Município de Eunápolis. Poderia, ainda, o adquirente, acostar aos autos cópia do LRSM do fornecedor, contendo o registro das notas fiscais impugnadas. Ademais, à época da emissão da nota fiscal, o remetente das mercadorias encontrava-se com sua situação cadastral irregular, ou seja, em 01/08/2000 sua inscrição foi desabilitada pelo Edital de Cancelamento nº 30/2000, por conseguinte, a partir desta data, as notas fiscais de sua emissão não poderiam gerar crédito fiscal ao adquirente, sendo este fato de conhecimento público, não só pela publicação do referido Edital no Diário Oficial, como também pela consulta aos registros do SINTEGRA. Portanto, considero subsistente a infração imputada.

Em face de todo o exposto, concluo, pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206766.0003/05-0 lavrado contra **SUPERMERCADOS IRMÃOS RONDELLI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor total de **R\$93.562,86**, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.303,13, 70% sobre R\$79.054,79 e 100% sobre R\$10.204,94, previstas nos artigos 42 II “c” “d”, III, IV “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais além das multas no total de **R\$50.284,77**, previstas no art. 42 XIII-A “g”, XX “a” da mencionada Lei, e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2006.

ARIVALDO SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR