

A. I. Nº - 206766.0005/05-2
AUTUADO - RONDELI & RONDELLI LTDA.
AUTUANTE - URBANO FERRAZ SANTOS
ORIGEM - INFAZ VITORIA DA CONQUISTA
INTERNET - 26. 05. 2006

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0175-04/06

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE REGISTRO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES ANTERIORES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de registro de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. **Infração não elidida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) RECOLHIMENTO A MENOS. b) FALTA DE RECOLHIMENTO.** 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, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. **Infrações não impugnadas. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA AO FISCO QUANDO INTIMADO. MULTA.** Os contribuintes do ICMS autorizados ao uso de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados para Emissão de Documentos Fiscais e/ou Escrituração de Livros Fiscais (SEPD) deverão entregar, ao Fisco, quando intimado, os arquivos magnéticos com registro fiscal (por item de mercadoria) dos documentos emitidos por qualquer meio, contendo a totalidade das operações de entradas, de saída e das prestações efetuadas. **Infração mantida. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) UTILIZAÇÃO DE DOCUMENTO FALSO OU INIDÔNEO. Infração confirmada. b) AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração reconhecida. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Infração reconhecida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 21/12/2005, para exigir o ICMS no valor de R\$ 46.926,27, acrescido das multas de 60%, 70 e 100%, além das multas, por descumprimento de obrigação acessória, no montante de R\$ 106.441,15, em função das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas. Valor R\$ 31.614,35.
2. Efetuou o recolhimento a menor do 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. Valor do débito: R\$ 434,91.
3. Falta de apresentação dos arquivos magnéticos, mediante intimação, com as informações das operações ou prestações realizadas. Multa no valor de R\$ 106.351,15.
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal, no valor de R\$ 8.351,99, referente a documento fiscal falso ou inidôneo.
5. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária – R\$4.058,14.
6. Deixou de apresentar comprovante das operações ou prestações contabilizadas quando regularmente intimado. Multa no valor de R\$ 90,00.
7. Deixou de efetuar o recolhimento do 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. Valor do débito: R\$ 2.466,88.

O autuado apresenta impugnação por meio de advogado (fls. 883 a 889), contestando as infrações 01, 03 e 04 da seguinte forma:

Infração 01. Argumenta que a constatação da existência de notas fiscais, oriundas de postos fiscais ou arrecadadas em empresas fornecedoras, sem o devido registro na escrita fiscal indica apenas a possibilidade de existência de ilícito tributário. Porém, tal indício, por si só, não poderá constituir-se em ilícito tributário. Em seguida, afirma que é necessário que o fisco comprove a efetiva entrada das mercadorias, como ocorre no caso de levantamento quantitativo de mercadorias. No caso em lide, não se cuidou de proceder ao referido levantamento, mesmo estando com todos os livros e documentos que lhe permitiria a consecução de uma auditoria de estoques.

Ressalta que o Estado deve comprovar a existência da ocorrência que provocará a imposição tributária, ou seja, provar o efetivo ingresso das mercadorias na empresa. Agindo diversamente, estar-se ia exigindo do contribuinte a produção de provas negativas, as ditas “diabólicas”. Ademais estaria comprometendo o Princípio da Segurança Jurídica numa verdadeira inversão do ônus da prova, que neste caso, é dever do fisco. Assim, afirma que não se pode exigir o tributo decorrente de presumida omissão de saídas.

Salienta que a empresa somente tomou conhecimento da existência de tais notas fiscais, quando da presente autuação e justamente, por não ter adquirido ditas mercadorias, já está acionando judicialmente as empresas fornecedoras para que esclareçam o motivo de ter emitido notas fiscais tendo como destinatário dos produtos a empresa ora autuada, conforme cópias das interpelações judiciais anexas.

Continua a sua defesa informando que não haveria interesse da empresa em sonegar a entrada de notas fiscais, uma vez que todas as operações envolvendo os produtos comercializados pela defendente são devidamente registradas em máquinas registradoras, e com isso, a empresa estaria abrindo mão do crédito fiscal a que legitimamente teria direito. Por outro lado, na relação das notas fiscais, consta a entrada de produtos isentos e outros submetidos ao regime de antecipação tributária, o que retiraria qualquer possibilidade de tributação de tais produtos por via da presente autuação, sob pena de ofender-se princípios básicos de tributação.

Infração 03. Assevera que antes da lavratura do Auto de Infração, foi editado pelo Governo Estadual o Decreto nº 9.426/2005 que dispensou os usuários de Sistema Eletrônico de Processamento de

Dados-SEPD, no período de 01/01/2000 até 31/12/2005, da entrega dos citados arquivos magnéticos. Em seguida transcreve o referido texto legal.

Aduz que o caso em apreço está exatamente enquadrado nas situações descritas no citado decreto estadual, já que sua situação se adequa às disposições contidas no art. 3º, inciso I, alínea “a” do aludido ato normativo. Portanto, estaria dispensado legalmente de apresentar ao fisco ditos arquivos magnéticos. Cita artigo 106 do CTN que estabelece a retroatividade benigna da lei tributária toda vez que a lei posterior vier a abolir infração tributária e conclui que a infração deva ser anulada em face de manifesta afronta ao direito legal do contribuinte.

Infração 04. Explica que a autorização para impressão de documentos fiscais é ato interno da Administração fiscal e, portanto, ninguém, exceto o próprio contribuinte que a solicita, pode ter conhecimento do número da AIDF que lhe foi autorizada pelo fisco para a impressão de seus documentos. Pergunta: como pode o adquirente de uma mercadoria ter conhecimento se a AIDF de seu fornecedor é falsa ou verdadeira, se só quem dispõe desta informação é a própria Secretaria da Fazenda? Questiona ainda se a cada aquisição o adquirente do produto teria de procurar a unidade fazendária da jurisdição de seu fornecedor para saber se a AIDF era falsa? Diz que impedir o uso de crédito fiscal, neste caso, é impor ao adquirente a penalidade por ato que jamais cometeu.

Ao final, reconhece as infrações 05 e 06, conforme documento anexo à folha 896 deste PAF, requer a nulidade no que concerne ao levantamento fiscal realizado e no mérito, seja julgado o Auto de Infração totalmente improcedente e caso este órgão julgador considere conveniente, requer seja designada diligência a ser efetivada por fiscal estranho ao feito, a fim de serem constatadas as alegações contidas nesta peça de impugnação.

Quanto à infração 01, o autuante, em informação fiscal (fls. 994 a 999), esclarece que a autuada, já é bastante conhecida nesta prática de sonegação fiscal. Entende que as interpelações judiciais apresentadas, por si só, não são provas de que a empresa não adquiriu as mercadorias constantes das notas fiscais emitidas pelos diversos fornecedores, pois as mesmas carecem de decisão do Juiz.

Ressalta que em 30/09/2003 fora lavrado o AI nº 299134.0103/03-7 contra a defendente, onde além de outras infrações foi detectada a omissão de saídas decorrente do cotejo entre o valor das saídas registradas no seu LRS e o valor das vendas diárias registradas nos diversos relatórios de razão analíticos apreendidos via mandado de busca e apreensão judicial em seu estabelecimento sede, em Eunápolis. Tal omissão foi provocada pelo uso irregular de ECF, ou seja, saídas não registradas. Por isso, nem tudo que a empresa comercializa registra em suas máquinas registradoras, como alega em sua defesa. Acrescenta que o referido Auto já se encontra em fase de Inscrição na Dívida Ativa do estado e em seguida transcreve as ementas nº 2790304 e 2131205 da 3ª JJF e 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Ainda com relação à interpelação judicial contra as empresas emitentes das citadas mercadorias, observa que não houve interpelação judicial por parte da impugnante contra a empresa DISTRIBUIDORA MULTI-FRIOS LTDA, porque a mesma se trata de uma empresa situada na cidade de Eunápolis, constituída em nome de terceiros “laranjas”, a fim de facilitar a sonegação fiscal da autuada.

O autuante reafirma sua autuação, informando que a impugnante em momento algum apresentou qualquer prova material concreta de que registrou as entradas das mercadorias constantes nos documentos fiscais onde encontra-se como destinatária, tendo ainda as referidas mercadorias transitado pelas rodovias da Bahia, passando por Postos Fiscais, para a entrega no endereço ali constante.

Em relação à infração 03, diz que a penalidade foi aplicada pela falta de entrega dos arquivos magnéticos e apresentação dos referidos arquivos com os registros 54 e 60 R, aos quais estava obrigada à apresentação referente ao período de 04/2003 a 12/2004, conforme intimações específicas,

dando-se um prazo legal de 30 dias para retificação dos arquivos apresentados e relatórios diagnósticos, conforme anexos.

Salienta que como pode ser observado no inciso I, alíneas “a, b e c” do art. 3º do Decreto 9.426, foram dispensados da apresentação dos arquivos magnéticos somente os contribuintes:

- a) Que utilize SEPD exclusivamente para emissão de cupom fiscal;
- b) Inscrito no CADS-ICMS na condição de empresa de Pequeno Porte;
- c) Dos Registros 60 R e 61 R, tratando-se de contribuintes que utilizem SEPD somente para emissão de cupom fiscal e escrituração de livros fiscais.

Ressalta que a autuada não se enquadra em nenhuma das alíneas acima mencionadas, pois a mesma utiliza SEPD também para emissão de notas fiscais fatura, conforme extrato à folha 875. Entende que a empresa está obrigada a apresentação dos arquivos magnéticos também com os registros 54 e 60 R, por isso é devida a aplicação da multa de 1% sobre as saídas do período.

Na infração 04, afirma que ficou provado que a autuada utilizou no mesmo período e em várias lojas da sua rede de supermercados, crédito indevido oriundos dos referidos documentos fiscais inidôneos onde além da falta de autorização (AIDF) por parte da SEFAZ, para a impressão dos referidos documentos, no rodapé dos mesmos consta a numeração 0201 a 0300 e os documentos considerados inidôneos contêm a seguinte numeração: 0366, 0367, 0393, e 0397 cuja AIDF é de nº 99070041202004, e as AIDFs autorizadas pela SEFAZ para a empresa CARI INDÚSTRIA E COMÉRCIO E REPRES. DE COMP. PLÁSTICOS LTDA, são de nº 17410043972002 em 03/09/2002, para a impressão das notas fiscais série 1 nº 251 a 750 e 99410161172005 em 12/01/2005 para impressão das notas fiscais sem série nº 251 a 600, conforme cópias anexas fls. 825 a 830 dos autos, tendo os originais das referidas notas sido anexadas ao relatório de Denúncia Crime encaminhado em 06/02/2006.

Finaliza solicitando que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

Às fls. 1002 e 1003 dos autos foram juntadas informações e extratos dos sistemas SIDAT e INC, indicando a ocorrência de pagamento no principal de R\$4.148,14, em 09.02.2006.

VOTO

O presente Auto de Infração reclama diversas irregularidades, porém, ressalto que o autuado reconheceu as infrações: as infrações 05 e 06, conforme documento anexo à folha 896 deste PAF, portanto, não existe lide em relação às mesmas, razão pela qual devem ser mantidas na autuação. Inicialmente, rejeito o pedido de diligência formulado pelo autuado, haja vista que se encontram nos autos, todos os elementos necessários à formação de minha convicção como julgador, a teor do que dispõe o art. 147, I, do RPAF/99.

Quanto às alegações pertinentes à inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, ressalto que tal matéria, de acordo com o artigo 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador.

Em relação às infrações 02 e 07, referentes à substituição tributária, de acordo com o art. 371 do RICMS/BA: “Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do [art. 355](#), nos prazos previstos no [art. 125](#)”. Na defesa, o autuado não se manifestou sobre as supracitadas infrações, o que implica na concordância tácita com o cometimento das mesmas.

Na infração 01, que trata da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, o contribuinte entende que a simples constatação de notas fiscais não lançadas na escrita fiscal não constitui ilícito tributário. É preciso que o fisco comprove a entrada das mercadorias no estabelecimento.

Salienta que não haveria interesse da empresa em sonegar a entrada de notas fiscais, uma vez que todas as operações envolvendo os produtos comercializados são devidamente registradas em máquinas registradoras, e com isso, a empresa estaria abrindo mão do crédito fiscal, além do que na relação das notas fiscais, consta a entrada de produtos isentos e outros submetidos ao regime de antecipação tributária, o que retiraria qualquer possibilidade de tributação de tais produtos.

Da análise dos elementos constitutivos do PAF, constatei que as notas fiscais apuradas pelo autuante e anexas às folhas 27 a 664, não foram registradas no livro Registro de Entradas e livro Caixa da empresa e de acordo com o art. 4º, § 4º, da Lei n.º 7.014/96, “O fato de a escrituração indicar saldo credor de Caixa, suprimidos a Caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entradas de mercadorias não contabilizadas, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”

Entendo que as notas fiscais acostadas aos autos foram emitidas por fornecedores do contribuinte, regularmente inscritos, tendo como destinatário o sujeito passivo, e por serem contratos de fornecimento de mercadorias, são válidas como prova de circulação das mesmas e do seu respectivo ingresso no estabelecimento destinatário. As interpelações judiciais contra as empresas emitentes apresentadas pelo impugnante, por si só, não são suficientes para elidir a ação fiscal.

Descabe o argumento do autuado de que as notas fiscais referentes às mercadorias isentas e/ou submetidas ao regime de antecipação tributária não deveriam constar do levantamento, bem como teria direito à créditos fiscais, já que o imposto exigido nos autos não se refere a aquisições não registradas, mas sim, às operações de saídas anteriores não registradas que geraram receitas para a aquisição de tais mercadorias. Dessa forma, a presunção legal acima descrita é de que o sujeito passivo, ao deixar de registrar as referidas aquisições, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos de operações anteriores também não registradas. Assim, entendo que a infração restou caracterizada.

Quanto à infração 03, o impugnante sustenta que o Decreto nº 9.426 de 17/05/2005 dispensou os usuários de SEPD, no período autuado, da entrega dos arquivos magnéticos. Aduz que sua situação se adequa às disposições contidas no art. 3º, inciso I, alínea “a” do aludido ato normativo e conclui que a infração deva ser anulada em face de manifesta afronta ao direito legal do contribuinte.

De acordo com o art. 3º, inciso I, alínea “a” do Decreto 9.426 : “estão dispensados da entrega de informações em arquivos magnéticos, no período de 01/01/2000 até 31/12/2005, os contribuintes que utilizem SEPD exclusivamente para emissão de cupom fiscal”, entretanto, conforme extrato do INC anexo à folha 875 do PAF, a empresa também utiliza a emissão de notas fiscais fatura, não se enquadrando no referido Decreto. Portanto, como o contribuinte não cumpriu as determinações legais contidas na legislação, considero legítima a aplicação da multa de 1% indicada na infração em exame, de acordo com o que dispõe o art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, haja vista que apesar de regularmente intimado, o autuado deixou de entregar à fiscalização os arquivos magnéticos com os dados referentes aos Registros 54 e 60 R das operações de entradas e saídas do período em exame.

A infração 04 acusa o impugnante de ter utilizado indevidamente o crédito fiscal do ICMS referente a documento fiscal falso ou inidôneo. O art. 97, inciso VII do RICMS/BA diz que: “É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, qualquer que seja o regime de apuração ou de pagamento do imposto”.

Inciso VII - quando se tratar de documento fiscal falso ou inidôneo, nos termos do [art. 209 e seu parágrafo único](#), admitindo-se, porém, a utilização do crédito depois de sanada a irregularidade, ou se, não obstante o vício do documento houver comprovação de que o imposto nele destacado foi efetivamente recolhido ou lançado.

No caso em lide, constatei que nas notas fiscais anexas às páginas 827 a 830 deste processo, emitidas

pela empresa CARI IND. COM. E REP. DE COMP. PLÁSTICOS LTDA, a AIDF nº 99070041202004 autoriza a impressão de talonário fiscal de serie 0201 a 0300, enquanto que os referidos documentos fiscais são de nº 366, 362, 393 e 394, dessa forma, são considerados inidôneos pela legislação tributária estadual e não foi comprovado nos autos que o imposto neles lançados foram efetivamente recolhidos. Assim, considero legítima a exigência fiscal.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206766.0005/05-2**, lavrado contra **RONDELI & RONDELLI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$46.926,27**, acrescido das multas de 70% sobre R\$31.614,35, 60% sobre R\$6.959,93 e de 100% sobre R\$8.351,99, previstas no art. 42, III, II, “d”, VII, “a” e IV, “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no montante de **R\$106.441,15**, previstas no art. 42, incisos XIII-A, “g” e XX, da lei supra citada, e dos acréscimos moratórios correspondentes, de acordo com a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2006

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA