

PROCESSO - A. I. Nº 206766.0001/06-5
RECORRENTE - ECONOMIA DO LAR SUPERMERCADO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0252-03/06
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 27/03/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0047-11/07

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES DE SAÍDAS 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. Não comprovada a ilegitimidade da presunção. Razões recursais insuficientes para modificar a Decisão recorrida. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. APRESENTAÇÃO COM INCONSISTÊNCIAS, REFERENTES ÀS INFORMAÇÕES DE OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES REALIZADAS, QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. Comprovada a apresentação do arquivo magnético com inconsistência nos Registros “54” e “60R”. Infração caracterizada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo recorrente contra a Decisão da 3ª JF - Acórdão JF nº. 0252-03/06 - que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual fora lavrado para exigir o valor de R\$ 306.501,93, em razão dos seguintes fatos:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de pagamentos não registrados, referente a notas fiscais emitidas por diversos fornecedores, capturadas pelo CFAMT, inerente aos exercícios de 2.001 a 2.005, com ICMS devido de R\$ 21.307,99.
2. Utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$ 8.207,77, referente à aquisição de material de consumo do estabelecimento, no período de julho de 2.001 a abril de 2.004.
3. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, no valor de R\$ 212,76, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária, conforme notas fiscais emitidas pela empresa Café Maratá Ltda.
4. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 213,09, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária.
5. Multa no valor de R\$ 3.334,88, correspondente a 60% do imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária parcial, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com saída posterior tributada normalmente.
6. Multa de 1% sobre as saídas realizadas, no valor de R\$ 272.465,70, por ter deixado de fornecer arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou

prestações realizadas, conforme demonstrativo, intimações, relatórios diagnósticos e cópias dos livros RAICMS.

7. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, no valor de R\$ 759,74, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária, referente ao mês de janeiro de 2004.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente, diante das seguintes considerações:

1. Inicialmente, rejeita a nulidade do Auto de Infração sob o entendimento de que as infrações foram descritas de forma satisfatória, com a indicação dos dispositivos infringidos e o contribuinte apresentou sua impugnação aos fatos narrados, não havendo nenhum cerceamento de seu direito de defesa ou prejuízo ao princípio do contraditório.
2. Ressalta que na defesa apresentada o autuado não contestou as infrações 3, 4 e 7, logo, devem ser mantidos integralmente os valores exigidos nas mesmas.
3. Quanto à infração 1, salienta que todas as notas fiscais acostadas aos autos indicam como destinatário o estabelecimento autuado, com indicação de transportadores, pedidos, tipo de cobrança (cheque ou banco), indicação do vendedor etc. Destaca que o autuado não apresentou qualquer prova que destituíssem as existentes nos autos. Entende caracterizada a infração.
4. Relativamente à infração 2, se constatou pela descrição dos bens relacionados nos demonstrativos e cópias das notas fiscais (fls. 3866/4014), que se referem à compras de: Diesel, gasolina, lubrificante, etiquetas, botijão, bobinas e fitas de ECF, etiquetador e outros. Assim, por se tratar de estabelecimento com atividade de supermercado, estes produtos se caracterizam como material de uso ou consumo e não geram direito ao crédito, nos termos do art. 93, V, “b” do RICMS/BA.
5. Inerente à infração 5, se verificou que foi aplicada multa de 60% sobre o valor do imposto que deveria ter sido pago a título de ICMS antecipação parcial, sendo que no presente lançamento não consta nenhuma infração exigindo imposto a título de antecipação parcial, motivo pelo qual não pode ser acolhido o pleito de que ao mesmo tempo está sendo exigido o imposto e imputado multa. Conclui que o contribuinte efetuou o lançamento do débito do ICMS antecipação parcial e se creditou no mês subsequente, sem ter recolhido o imposto no prazo regulamentar. Assim, entende correta a multa aplicada tipificada no art. 42, II, “d” c/c o § 1º do mesmo artigo da Lei 7.014/96. Também deixa de acolher o pedido de dispensa da multa, uma vez que, nos termos do art. 158 do RPAF, as multas por descumprimento de obrigações acessórias só poderão ser reduzidas ou canceladas, se ficar provado que as infrações praticadas não tenham implicado na falta de recolhimento de tributo, o que ocorreu na situação presente. Conclui subsistente esta infração.
6. No tocante à infração 6, aduz que o documento juntado à fl. 4.259, comprova que o contribuinte obteve autorização em 28/08/00, para utilizar SEPD na emissão de Nota Fiscal e escrituração de livros de Registro de Entradas e Saídas de Mercadorias, e livro de Registro de Apuração do ICMS, como também, em 24/07/02, foi autorizado escriturar o livro Registro de Inventário. Logo, sendo usuário de SEPD para emissão de nota fiscal desde o exercício de 2000, o contribuinte não atende ao disposto no inciso I, “a”, “b” e II do art. 3º do Decreto nº. 9.426/05, não podendo ser acolhido o argumento defensivo de que preenchia os requisitos da dispensa da entrega dos arquivos magnéticos, nas situações previstas no citado Decreto. Ressalta que, tendo sido intimado para corrigir as inconsistências contidas nos arquivos magnéticos entregues à fiscalização e não tendo feito as correções devidas, mediante intimações, é considerado como não entregue os arquivos magnéticos (art. 708-B, § 6º do RICMS/BA) e por isso, está correta a aplicação da multa de 1% sobre as saídas do período fiscalizado, devendo ser retificado o enquadramento para o art. 42, XIII-A, “g” da Lei nº. 7.014/96. Mantém subsistente a Infração.

No Recurso Voluntário, às fls. 4.350 a 4.357 dos autos, inicialmente, o recorrente reitera todos os termos das argumentações de sua impugnação, por entender que a JJF não procedeu à apreciação devida, por concluir pela validade de um procedimento viciado e inconsistente.

Em seguida, passa a sustentar, quanto à primeira infração, que na defesa inicial observou que não há qualquer prova razoável de que tenha havido a efetiva entrada de tais mercadorias. Aduz caber ao fisco fazer a prova dos fatos que alega, não podendo a autuação basear-se em meros indícios ou presunções. Salienta que embora já demonstrada a inexistência de tais entradas, em virtude das interpelações ajuizadas, o recorrente, ainda assim, demonstra de que jamais poderia ocorrer a infração descrita na autuação, em face dos seguintes motivos:

1. A impossibilidade da presunção de omissão de saídas (por falta de registro de entradas), quando se tratar de supermercados, os quais, por determinação legal, devem promover suas saídas através de registro em máquinas registradoras ou em equipamento emissor de cupom fiscal.
2. Do direito ao crédito do imposto em autuações desta natureza, sob pena de violentar o princípio constitucional de não-cumulatividade do ICMS.

Em relação à infração consistente na falta de apresentação dos arquivos magnéticos, também sustenta ser equivocada a Decisão recorrida, em face dos seguintes motivos:

1. Como já havia sido afirmado em sua impugnação: “No caso em apreço, o contribuinte 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. E, portanto estaria dispensado legalmente de apresentar ao Fisco ditos arquivos magnéticos”.
2. Salienta que o fato de ter solicitado dita autorização não implica em não estar enquadrado na dispensa do mencionado decreto, pois embora tivesse autorização desde 2000, não se utilizava do sistema (SEPD) a não ser para emissão do cupom fiscal, consoante previsão legal, cuja norma tributária não fala em estar autorizado, mas, sim, de que se utilize.

Por fim, requer que a Decisão recorrida seja totalmente reformada no tocante às questões objeto da presente irresignação, para o fim de pretender o julgamento da improcedência ou, se for o caso, da própria nulidade da autuação, dando-se integral Provimento ao Recurso Voluntário.

O Parecer PGE/PROFIS, às fls. 4.360 a 4.361 dos autos, é pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, visto que o recorrente apresenta contestação genérica, assim como identidade dos argumentos já discutidos e apreciados pelo órgão *a quo*, como também por inexistência de lastro probatório, pois repetiu as argumentações consignadas na defesa, não trazendo à pretensão de reexame nenhum argumento novo ou, ao menos, qualquer documento que elidisse as infrações imputadas no presente lançamento de ofício.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância, precisamente quanto às infrações 01 e 06 do Auto de Infração.

De pronto, observo que as razões do Recurso Voluntário já haviam sido propostas pelo recorrente quando da sua impugnação ao Auto de Infração, sendo analisadas pela JJF, em Decisão fundamentada. Tal entendimento também foi preconizado no Parecer da PGE/PROFIS, onde ressalta que o recorrente apresenta, em suma, os mesmos argumentos já expostos em sede de defesa administrativa.

Devo ressaltar que os argumentos do Recurso Voluntário são insuficientes para provocar a reforma da Decisão recorrida, uma vez que o recorrente não apresenta qualquer argumento novo a ser apreciado, nem provas capazes de elidir estas imputações.

Também, há de se salientar, quanto à primeira infração, que a via da nota fiscal, colhida pelo

fisco no trajeto das mercadorias remetidas ao recorrente, consignando todos os dados cadastrais do autuado, é prova suficiente de que tais produtos lhe foram enviados e, por conseguinte, lhe foram entregues, salvo contraprova de ônus do próprio contribuinte que venha destituir as existentes nos autos, conforme inúmeras decisões deste colegiado.

Quanto ao entendimento do recorrente de que, por atuar no ramo varejista de supermercados e ser usuário de máquinas registradoras ou de equipamento emissor de cupom fiscal, está isento da presunção legal de omissão de saídas, entendo não proceder, pois, tais equipamentos substituem os documentos fiscais, porém, todos, indistintamente, devem ser utilizados nas operações de vendas, o que não implica ser, efetivamente, o que sempre ocorre.

Inerente ao pleito do direito ao crédito fiscal, cabe ao contribuinte através de rito processual próprio, requerer junto à repartição fiscal de sua jurisdição a utilização extemporânea dos créditos fiscais, os quais dizem respeito a operações distintas do objeto desta infração.

No que diz respeito à sexta infração, ratifico em todos os termos a Decisão recorrida, a qual se encontra devidamente fundamentada, sendo naquela oportunidade apreciadas todas as alegações de defesa, cujas inconsistências foram comprovadas, sendo intimado o contribuinte a corrigi-las, sem, contudo, fazê-las.

Devo ressaltar que descabe a alegação do recorrente de que está enquadrado nas disposições contidas no art. 3º, inciso I, alínea “a”, do Decreto nº 9.426/05, e, portanto, estaria dispensado legalmente de apresentar ao Fisco ditos arquivos magnéticos, pois não utilizava o sistema (SEPD) a não ser para emissão do cupom fiscal. Verifico que o contribuinte utiliza tal sistema para emissão de nota fiscal, desde o exercício de 2000, conforme consubstanciado na Decisão recorrida, como também, mantém ainda a autorização para emissão de documentos fiscais, conforme constatado atualmente pelo sistema da SEFAZ, inclusive com números de formulários avançados.

Diante do exposto, acompanho o Parecer da PGE/PROFIS e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206766.0001/06-5**, lavrado contra **ECONOMIA DO LAR SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$30.701,35**, acrescido da multa de 70% sobre R\$21.307,99 e 60% sobre R\$9.393,36, previstas no art. 42, III, II “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$275.800,59**, previstas no art. 42, II, “d”, § 1º e XIII-A, “g”, da citada lei, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de fevereiro de 2007.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

LEILA VON SOHSTEN RAMALHO – REPR. PGE/PROFIS