

PROCESSO - A. I. Nº 206948.0008/06-8
RECORRENTE - COMERCIAL GOOD SUPERMARKET LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0391-01/06
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 24/07/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0234-11/07

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIAS DO IMPOSTO. Não sendo verossímeis as alegações do autuado de que jamais realizou as operações consubstanciadas nas notas fiscais colhidas no sistema CFAMT, deve prevalecer a presunção legal de que as mercadorias ingressaram em seu estabelecimento, principalmente porque existem nos autos outros elementos probatórios que a robustecem. Infração caracterizada. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA INCOMPLETA. INCONSISTÊNCIA NA APLICABILIDADE DA MULTA. A entrega de arquivos magnéticos com insubsistência enseja a aplicação da multa prevista no art, 42, XII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, cuja redução só é admitida quando o contribuinte comprova a inexistência de dolo ou má-fé e, ainda, não há prejuízo para o Fisco. A simples alegação de confiscatoriedade não é suficiente para autorizar o julgador administrativo a reduzir a penalidade, tendo em vista que é vedado ao CONSEF apreciar a constitucionalidade de lei, nos termos do art, 167, I, do RPAF/99. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso voluntário interposto contra Decisão proferida pela 1ª JJF – Acórdão 0391-01/06 -, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS em razão da apuração das seguintes infrações:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Período: Janeiro de 2002 a março de 2006. R\$10.502,08. Multa 70%.
2. Deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Multa de 1% sobre o valor das inconsistências. Período: Janeiro de 2002 a fevereiro de 2006. R\$227.839,59.

A Decisão recorrida, inicialmente, rejeitou a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, argumentando que o contribuinte teve prévio conhecimento das notas fiscais colhidas no sistema CFAMT que foram utilizadas na apuração das irregularidades noticiadas na infração 1, consoante se observa dos documentos de fls. 17/81.

Quanto à confiscatoriedade da multa aplicada na infração 2, a JJF aduziu que a matéria não pode ser apreciada na esfera administrativa, tendo em vista a vedação contida no art. 167, I, do RPAF/99. Salientou, ainda, que a autuação encontra-se revestida das formalidades legais e que a multa foi aplicada com supedâneo nos dispositivos legais pertinentes da Lei nº. 7.014/96.

Em relação à alegação de que houve equívoco no enquadramento legal da infração 2, a Decisão primária aduziu que o contribuinte entendeu claramente do que estava sendo acusado, tendo, inclusive, reconhecido a irregularidade que lhe foi imputada, não se podendo, sequer, falar que a acusação fiscal foi confusa. Afirmou que, consoante dispõe o art. 708-B, §6º, do RICMS, a entrega do arquivo magnético foras das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95 configura o não fornecimento do mesmo.

No mérito, asseverou que o posicionamento do CONSEF é no sentido de que as notas fiscais colhidas através do sistema CFAMT fazem prova da irregularidade apontada na infração 1, mormente quando tais documentos encontram-se revestidos de todas as formalidades legais e foram emitidos por estabelecimento regularmente inscrito nos órgãos fazendários, comprovando, inclusive a circularização da mercadoria, como na espécie.

Atribui à presunção legal o caráter relativo, impondo ao contribuinte o dever de comprovar a sua insubsistência, o que não ocorreu no presente processo, tendo em vista que o contribuinte não apresentou qualquer elemento que pudesse elidir a acusação fiscal.

Discorre sobre o intuito da previsão legal contida no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, asseverando que a Resolução nº 348/86, do CONSEF, invocada pelo contribuinte, ao dispor não ser exigível do contribuinte a prova negativa do ingresso da mercadoria, estava completamente dissociada da realidade atual, tendo em vista que foi editada há mais de 20(vinte) anos, quando ainda não existia o ICMS, nem os mecanismos de controle hoje vigentes.

Concordou com a forma de apuração do imposto utilizada pelo autuante, pois, em virtude do contribuinte realizar operações com mercadorias de alíquotas diversas, o rateamento dos valores mensais das omissões apuradas atende à justiça fiscal e beneficia o contribuinte.

O pedido de diligência referente à infração 01 foi indeferido, tendo em vista que caberia ao próprio autuado trazer aos autos as provas de suas alegações, *ex vi* do art. 147, I, “a”, do RPAF/99.

No que concerne à infração 2, a Decisão recorrida embasou a multa aplicada nos seguintes dispositivos legais nos arts. 42, XII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, 708-A e 708-B, do RICMS, segundo os quais o contribuinte é obrigado a apresentar, quando solicitado, documentação minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição, gabarito de registro dos arquivos, listagem dos programas e as alterações ocorridas no registro de apuração, sob pena de pagamento da multa de 1% sobre o valor das saídas. No caso em apreço, verificou que houve a intimação prévia legalmente estabelecida para correção das insubsistências, no prazo de 30 (trinta) dias, razão pela qual manteve a multa aplicada.

Quanto à alegação de que a multa deveria restringir-se às mercadorias tributáveis, esclareceu que a penalidade foi adequada às operações de saídas que representaram efetivos ingressos de Recursos na empresa autuado, com exceção das outras saídas que não representaram ingresso de Recurso financeiro no estabelecimento.

Deixou de reduzir a multa com base no art. 42, §7º, da Lei nº 7.014/96, pois o autuado não trouxe ao PAF nenhuma prova de que o inadimplemento da obrigação acessória não resultou na falta de pagamento do tributo, nem apresentou comprovação quanto à ocorrência de dificuldades técnicas na geração de novos arquivos magnéticos.

Ao final, concluiu pela procedência da autuação.

Inconformado, o autuado interpôs o Recurso Voluntário de fls. 152/171, através do qual reiterou, quase que integralmente, a defesa apresentada, aduzindo, quanto à infração 1, que jamais pediu ou recebeu as mercadorias constantes dos documentos fiscais colhidos no CFAMT. Afirmou que a simples emissão de notas fiscais não comprova o recebimento das mercadorias, consoante já decidiu este Conselho, na Resolução nº 348/86, cabendo ao Fisco a produção de outras provas tendentes a demonstrar a entrada dos produtos no estabelecimento autuado, a exemplo da

juntada dos comprovantes de recebimento fornecidos pela transportadora, levantamento quantitativo de estoques, diligências junto ao fornecedor, etc.

Diz que o contribuinte não pode ser obrigado a fazer prova negativa e que o autuante acomodou-se com as informações prestadas pelo CFAMT. Nestes termos, pugna pela nulidade da infração 1.

Com relação à infração 2, aduz que a multa aplicada é confiscatória, desproporcional e irrazoável, especialmente porque os arquivos magnéticos foram entregues e não foi verificada a sonegação de imposto.

Aduz, ademais, que a multa de 1% não poderia ter sido aplicada sobre todas as saídas, porquanto acabou por englobar saídas não tributadas.

Reitera a alegação defensiva de que houve equívoco no enquadramento da infração 2, tendo em vista que a conduta do contribuinte está enquadrada na alínea “f”, do inciso XII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e não na alínea “g”, indicada na autuação. Ressalta que não houve omissão na apresentação dos arquivos, mas apenas faltaram alguns registros, o que torna insegura e incorreta a descrição fática, razão pela qual também deve ser declarada nula a infração 2.

Pugna pela aplicação do §7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, para que seja reduzida a multa aplicada, tendo em vista que a conduta do contribuinte não foi intencional, mas consistiu em mera falha operacional de terceiros.

Pede a realização de diligência fiscal, para quantificação adequada da multa aplicada, que deverá considerar apenas as saídas tributáveis, pedindo, ao final, pelo Provimento do Recurso Voluntário.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 176/178, opinou pela rejeição da preliminar suscitada, tendo em vista que o auto se reveste das formalidades legais e, no mérito, pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto, pois o contribuinte não comprovou suas alegações, devendo, assim, prevalecer à presunção legal de omissão de saídas.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo contribuinte, porquanto o presente Auto de Infração não contém qualquer um dos vícios gizados no art. 18, do RPAF/99, bem assim, da simples leitura das infrações apuradas pode-se entender, perfeitamente, a acusação fiscal e o seu enquadramento legal.

Da mesma forma, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo recorrente, tendo em vista que suas alegações são inverossímeis e o processo contém os elementos necessários à instrução da acusação fiscal, que se revela certa e segura.

Consoante relatado, a infração 1 refere-se à presunção de omissão de saídas de mercadorias decorrente da apuração de entradas de produtos não registrados no estabelecimento autuado, encontrando lastro legal no art. 4º, parágrafo 4º, da Lei nº 7.014/96, que giza:

*“§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de **entrada de mercadorias não contabilizadas** ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”*

A lei de regência trouxe para o ordenamento jurídico vigente uma presunção em matéria tributária, que, via de regra, é relativa, cabendo ao contribuinte o ônus de comprovar que o fato gerador, no particular, não aconteceu. Na hipótese dos autos, entretanto, o Recorrente não trouxe

aos autos nenhum documento para dar lastro probatório à alegação de que não efetuou as transações materializadas por conduto dos documentos fiscais colhidos no sistema CFAMT, tornando, assim, de todo insubsistentes suas assertivas.

As alegações do contribuinte, quando despidas de provas, em nada acrescentam ao processo administro fiscal, como dispõe o art. 143, do RPAF/99, *in verbis*:

“Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Registre-se que não se trata de impor ao contribuinte o difícil ônus da prova negativa, como aduz o recorrente. Conquanto seja evidente que é árdua a tarefa de demonstrar que jamais realizou as transações que lhe são imputadas no lançamento de ofício, ao Fisco não resta outra alternativa a não ser exigir que os contribuintes cerquem-se de cuidados nas suas relações comerciais e adotem medidas severas contra aqueles que, no intuito de praticar fraudes fiscais, emitem documentos que não retratam a realidade.

Nestes termos, pode o contribuinte, valer-se de instrumentos jurídicos contra aqueles fraudadores, tais como interpelações e notificações judiciais e extrajudiciais, queixa-crime pela prática de condutas delituosas, denúncias nos próprios órgãos fazendários, etc., tudo no intuito de conferir credibilidade e verossimilhança às alegações de que tais transações jamais foram efetuadas, o que não foi feito pelo Recorrente.

A par da falta de provas acerca do não ingresso das mercadorias no estabelecimento do recorrente, milita em desfavor da tese recursal o fato de as notas fiscais terem sido colhidas no trânsito, porquanto resta materializada a circularização de bens sujeitos à tributação pelo ICMS. Ademais, as mercadorias transportadas guardam relação com a atividade comercial desenvolvida pelo Recorrente e, por fim, não é crível que diversos estabelecimentos comerciais tenham deliberado, concomitantemente, em emitir documentos fiscais indicando o Recorrente como destinatário, com o intuito de sonegar impostos.

Nas circunstâncias, agiu com acerto o órgão julgador de primeiro grau, ao julgar inteiramente procedente a infração 1.

Com relação à infração 2, faz-se necessário esclarecer que a acusação fiscal está correta ao enquadrar a irregularidade apurada no art. 42, XII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, que dispõe acerca da entrega de arquivos magnéticos com dados incompletos:

“g) 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;”.

Assim, não existe o erro de enquadramento apontado pelo recorrente.

Quanto à descrição fática, o preposto fiscal foi absolutamente claro ao informar que os arquivos magnéticos foram fornecidos, entretanto, estavam incompletos, na medida em que lhe faltavam informações acerca de alguns de seus registros, não encontrando, assim, respaldo nos autos qualquer alegação tendente a qualificar como dúbia a imputação.

Esclareça-se, ainda, que foi fornecido ao contribuinte o prazo de 30 (trinta) dias previsto na legislação estadual para correção das insubsistências apuradas, o que não foi feito pelo recorrente, legitimando a aplicação da multa em questão.

No mérito desta infração, não obstante seja evidente que o valor total da multa aplicada representa uma exação gravosa para o contribuinte, a este Conselho é vedada a apreciação de incostitucionalidade de dispositivo regulamentar, por expressa previsão do art. 167, I, do

RPAF/99. Apenas o Poder Judiciário poderá avaliar a questão com base nos preceitos constitucionais aplicáveis à espécie, decidindo, ou não, pela validade da sanção fiscal aplicada em desfavor do contribuinte.

Desta forma, é impossível, em sede administrativa, reduzir a multa aplicada ou mesmo evitar a sua incidência sob a alegação de confiscatoriedade. Apenas nos casos elencados no parágrafo 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, pode o julgador administrativo, atenuar ou afastar a multa de 1% sobre os dados inconsistentes apresentados pelo contribuinte.

In casu, todavia, o contribuinte não trouxe aos autos nenhuma prova de que sua conduta está desprovida de dolo ou má-fé e, ainda, de que não houve prejuízo para o FISCO Estadual. A simples afirmação de que o equívoco deveu-se à atuação de terceiro não é suficiente para afastar a imposição, até mesmo porque compete aos estabelecimentos comerciais o dever de fiscalizar o trabalho realizado por seus prepostos e contratados, respondendo por erros praticados no desenvolvimento das atividades que lhe foram confiadas, mostrando-se, por tais razões, correta a Decisão recorrida, que concluiu pela subsistência da Infração 2.

Por derradeiro, esclareça-se que a multa aplicada restringiu-se às operações que representaram efetivo ingresso de recursos na empresa recorrente, afastando-se as saídas que não geraram entrada em pecúnia nos cofres do estabelecimento.

Ante o exposto, meu voto é no sentido de NÃO PROVER o Recurso Voluntário interposto, mantendo-se a Decisão primária por estes e pelos seus próprios fundamentos.

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 Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206948.0008/06-8**, lavrado contra **COMERCIAL GOOD SUPERMARKET LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.502,08**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$227.839,59**, prevista no inciso XIII-A, alínea “g”, do artigo e lei acima citados, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de julho de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS