

PROCESSO - A. I. Nº 206948.0004/06-2
RECORRENTE - COMERCIAL GOOD SUPERMAKET LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0078-03/07
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 10/08/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0260-11/07

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADA DE MERCADORIA. 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. Autuado comprova parte das notas fiscais, por isso, os cálculos foram refeitos, ficando reduzido o imposto originalmente exigido. 2. ARQUIVO MAGNÉTICO. FALTA DE ENTREGA. CONTRIBUINTE REGULARMENTE INTIMADO. MULTA. A legislação prevê aplicação de multa pela falta de entrega dos arquivos magnéticos, ou em decorrência de sua apresentação com informações divergentes dos documentos fiscais correspondentes ou omissão de dados. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário por meio do qual o contribuinte, através de patrono legalmente constituído, apresenta o seu inconformismo com a Decisão da Junta de Julgamento que declarou a Procedência Parcial do Auto de Infração, lavrado em 19/06/2006, para exigência de ICMS, com origem nas seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Valor do débito: R\$3.911,59, acrescido da multa de 70%;
2. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, sendo aplicada multa no valor total de R\$213.557,74, por descumprimento de obrigação acessória.

O sujeito passivo, por seu advogado, apresentou defesa (fls. 55 a 78), arguindo a nulidade da **infração 1**, sob a alegação de cerceamento de defesa, fundamentada em duas preliminares:

- b) falta de entrega das notas fiscais arrecadadas pelo CFAMT;
- c) inexistência de prova de que as mercadorias ingressaram no seu estabelecimento.

Em seguida, aduziu o entendimento do CONSEF no sentido de que para validar uma ação fiscal dessa natureza se faz necessária a apresentação das notas fiscais arrecadadas junto ao CFAMT, a fim de possibilitar o exercício da ampla defesa, bem como a necessidade de se saber se a operação corresponde a mercadoria tributável ou não, informação que considera indispensável para determinação da multa.

Além disso, assevera que desconhece todas as operações registradas no CFAMT e que não reconhece as transações constantes das notas fiscais, pois não formalizou nenhum pedido,

sustentando que não há qualquer prova de que as mercadorias relacionadas ingressaram em seu estabelecimento.

Reafirma sua tese de que mesmo se apresentados os documentos fiscais, não reconheceria as informações constantes no levantamento fiscal baseados no CFAMT, uma vez que não realizou nenhum pedido de compra, desconhecendo os dados referentes às notas fiscais relacionadas na autuação.

Afirma que a simples existência de notas fiscais constando o seu nome como destinatário das mercadorias não comprova a entrada delas no seu estabelecimento, uma vez que, caso tivessem sido entregues, o transportador exigiria o respectivo comprovante de recebimento, prova essa que entende caber à fiscalização obtê-la, mediante diligência junto ao fornecedor ou através de levantamento quantitativo de estoque, transcrevendo, para amparar o seu posicionamento, a ementa e parte do voto da Resolução da 2ª Câmara nº 348/86 sobre o ônus da prova.

Quanto à **infração 2**, admitiu o autuado a veracidade dos fatos narrados no Auto de Infração, porém discordou da multa aplicada, por considerá-la confiscatória, desproporcional e irrazoável, porque os arquivos magnéticos foram entregues e se faltaram alguns registros não foi por sua culpa, mas sim, em razão da falta de habilitação adequada por parte da empresa responsável.

Argumenta que, mesmo diante da ausência dos registros apontados, não deixou de recolher o ICMS devido no período, o que, no seu entender, ficou implicitamente reconhecido pelo autuante, na medida em que todos os livros foram apresentados e não foi mencionada qualquer falta de pagamento de tributo estadual.

Ressalta o caráter confiscatório na aplicação da penalidade de 1% calculado sobre o total de todas as saídas, incluindo transferências, devoluções, bonificações, saídas de mercadorias isentas e com fase de tributação encerrada, salientando que o dispositivo legal quando se refere a “saídas de mercadorias”, retrata as saídas tributadas.

Afirma que a penalidade deve ser adequada, excluindo as saídas que não correspondam às saídas de mercadorias tributáveis, e que, por não estar comprovada a prática da infração com dolo e nem implicar na falta de pagamento do imposto, pede que a multa seja reduzida ou cancelada, nos termos do disposto § 7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Prossegue, assegurando que houve preterição ao seu direito de defesa, em face da autuação certificada na infração 2 ter desrespeitado o princípio da segurança jurídica, já que a descrição dos fatos, como o não fornecimento de arquivos magnéticos, não condiz com a realidade, uma vez que, na verdade, houve a entrega com omissão de dados, se apresentando a imputação incerta, por inexistirem elementos suficientes para determinar com segurança a infração.

Aduz que a irregularidade encontrada nos arquivos magnéticos não resultou de ato intencional, entendendo que neste caso seria aplicável o § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, a exemplo das decisões emanadas nos Acórdãos CJP nº 0206-12/05; JJP nº 0186-01/02 e JJP nº 0206-12/05, onde foram reduzidas as multas por restar demonstrado que os contribuintes naqueles processos recolheram o imposto devido, incorrendo qualquer prejuízo ao Fisco Estadual.

Finalmente, o defendente requereu a realização de diligência fiscal por auditor estranho ao feito ou pelo próprio autuante, a fim de ser encontrado o valor correto da multa, caso ela persista e conclui, pedindo a improcedência ou nulidade do Auto de Infração sob comento.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 82 a 85), esclareceu a origem das infrações e rebateu os argumentos defensivos, na linha adiante resumidamente exposta.

INFRAÇÃO 1: Justificou ter sido ela apurada com base na execução do Roteiro de Auditoria AUDIF-202 – Auditoria em Documentos e Lançamentos Fiscais, tomando por base o cruzamento da relação das notas fiscais de entradas constantes do sistema de Controle Fiscal Automatizado de Mercadoria em Trânsito (CFAMT) com as notas fiscais efetivamente registradas nos livros de

Registro de Entradas de Mercadorias, resultando no levantamento das notas fiscais não registradas. Salienta que ditas notas foram acostadas aos autos às fls. 24 a 41.

Argumenta que, constatada a falta de registro de notas fiscais de entradas de mercadorias, este fato, segundo o art. 2º, § 3º, inciso IV, do RICMS/97, configura omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Ressalta que caberia ao autuado, para elidir a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apresentar os documentos de natureza contábeis capazes de comprovar os pagamentos das entradas não registradas.

Nesse sentido, certifica que, como se tratam de notas fiscais de fornecedores, o autuado foi intimado a apresentar a discriminação da conta “Fornecedores”, com as respectivas duplicatas, tendo afirmado a impossibilidade de atendimento, em razão da elevada quantidade de fornecedores e da falta de conclusão dos mapas de conciliação das contas Bancos e Fornecedores.

Esclareceu, outrossim, que, em virtude do estabelecimento praticar operações de saídas com diversas alíquotas, o valor das omissões constatadas em cada período foi rateado entre as diversas alíquotas, na mesma proporção em que se verificaram as saídas tributadas registradas, tomando por base os valores constantes nos arquivos de saídas (LRS) do período fiscalizado, conforme demonstrativo à fl. 17 do Auto de Infração.

INFRAÇÃO 2: Atesta que o fato de o contribuinte deixar de atender intimação, configura não fornecimento do arquivo magnético, sujeitando o infrator à multa estabelecida na alínea “g”, do inciso XIII-A, do art. 915, do RICMS/97.

Esclarece que, com base nos arquivos magnéticos existentes na base de dados da SEFAZ, após uma análise preliminar, constatou diversas inconsistências, relativamente aos meses de janeiro de 2001 a dezembro de 2002 e que não foram informados os Registros 54, 60M, 60A, 60R, 74 (janeiro a dezembro) e 75.

O autuado devidamente intimado a regularizar as falhas apuradas, não apresentou os arquivos magnéticos retificados.

Em atenção às alegações defensivas, o autuante afirma que a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF Nº 0065-12/06, ao analisar Recurso Voluntário do estabelecimento matriz do contribuinte Comercial Good Supermarket Ltda, envolvendo a mesma penalidade, decidiu pela aplicação da multa, considerando como base de cálculo apenas as operações de vendas, excluindo outras saídas que não representassem efetivo ingresso de recursos financeiro no caixa da empresa. Em razão de se tratar da mesma empresa, a fiscalização, mantendo a coerência, considerou como base de cálculo da penalidade, apenas os valores relativos às operações de vendas, resultando no demonstrativo de fls. 42 e 43 do PAF.

Encerra com a assertiva de que contesta integralmente os argumentos apresentados pelo autuado.

A JJF, de plano, atendendo as alegações do autuado de que não lhe foram fornecidos os documentos arrecadados pelo CFAMT, converteu o processo em diligência à INFAZ de origem para intimar o autuado e lhe fornecer todas as cópias de notas fiscais objeto da primeira infração e da informação fiscal, reabrindo o prazo para defesa.

Assim, intimado à fl. 96, com a entrega das cópias das notas fiscais e da informação fiscal, o defendente apresentou nova impugnação (fls. 99 a 102), ratificando que, conforme já dito anteriormente, não adquiriu as mercadorias constantes das notas fiscais coletadas pelo CFAMT, nesse passo não reconhecendo as informações do levantamento fiscal, porque não realizou os pedidos das mercadorias, bem como confirma desconhecer os dados referentes aos mencionados documentos.

Salienta que entregou os arquivos magnéticos, apesar de reconhecer que, por questões técnicas, faltaram alguns deles. Assegura que está acostando aos autos inúmeras correspondências enviadas aos diversos fornecedores, nas quais o autuado atesta não reconhecer a compra e, por isso, solicita da empresa uma posição quanto ao pedido, canhoto e pagamento das notas fiscais.

Nesse quadro, o defendente aduz que não procede a alegação do autuante de que não foram apresentadas provas quanto à falta de aquisição das mercadorias ou às suas devoluções. Diz, ainda, que está comprovando, com a documentação anexada, que parte substancial das notas fiscais foi registrada em outra loja do recorrente (Rua Nilo Peçanha, Calçada) e, em decorrência, não cabe a acusação de falta de registro, ficando evidenciada a inexistência de entrada das notas fiscais no estabelecimento autuado.

Também junta ao feito os comprovantes dos Correios de que os fornecedores foram notificados quanto aos pedidos que não foram feitos pelo estabelecimento autuado, salientando que há notas fiscais que foram canceladas e, conseqüentemente, não chegaram ao estabelecimento autuado.

Com relação à multa, informa que acosta à procedimentalidade cópia de declarações das empresas que cuidavam do SINTEGRA à época, justificando perante o Fisco as eventuais omissões de alguns arquivos, em razão das dificuldades, principalmente em relação ao Cupom Fiscal nos anos de 2002 a 2005, e também pela complexidade da legislação.

Revalida o pedido de realização de diligência fiscal, a ser realizada por auditor estranho ao feito ou pelo próprio autuante, para encontrar o valor correto da multa, caso ela persista, requerendo, por fim, que o Auto de Infração seja julgado improcedente ou nulo.

Em nova informação fiscal, o autuante, às fls.147 a 150, quanto à **infração 1**, destaca que o CONSEF, por meio de diversos acórdãos, já consolidou jurisprudência em relação à aplicação da presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sempre que a escrituração indicar entradas de mercadorias ou bens não registrados.

Atesta que, no levantamento fiscal de fl. 15, foram relacionadas dezoito Notas Fiscais, mas o defendente conseguiu juntar ao processo provas somente em relação a três, a seguir identificadas:

- Nota Fiscal nº 197396, de 29/08/2005, no valor de R\$1.055,20: ficou esclarecido que se tratava de operação de venda cancelada e anulada, mediante a emissão das Notas Fiscais de Entradas pelo Fornecedor Danone Ltda., de números 8936 e 8937, ambas de 30/08/2005, nos valores de R\$533,71 e R\$521,49, respectivamente;
- Nota Fiscal nº 2684, de 01/11/2005, no valor de R\$1.132,65: ficou esclarecido que se tratava de operação de venda cancelada e anulada mediante a emissão da Nota Fiscal de Entrada pelo Fornecedor Flashbel Comercial Cosméticos Ltda., de número 003600 de 26/12/2005, no valor de R\$1.132,65;
- Nota Fiscal nº 752206, de 24/03/2005, no valor de R\$739,03: ficou esclarecido que se tratava de operação de venda cancelada e anulada mediante a emissão da Nota Fiscal de Entrada pelo Fornecedor Arcom S/A, de número 796803 de 31/03/2004, no valor de R\$793,03.

O autuante informa, ainda, que fiscalizou todas as inscrições estaduais da Comercial Good Supermarket Ltda., tendo examinado os livros de Registro de Entradas dos estabelecimentos fiscalizados e, por isso, afirma que as demais notas fiscais do levantamento de fl. 15 não foram registradas em nenhuma das outras seis inscrições da empresa.

Logo, excluindo as três notas fiscais, sobre as quais restaram comprovados os cancelamentos das vendas, o valor do débito originalmente apurado deve ser reduzido de R\$3.911,59 para R\$3.496,12.

INFRAÇÃO 2: Reafirma que o contribuinte foi intimado, em 24/04/2006, a regularizar as falhas encontradas, mas não apresentou os arquivos retificados, sendo o fato de o contribuinte deixar de atender à intimação regularmente efetuada, configuração do não fornecimento.

Confirma, de igual sorte, que o CONSEF, ao analisar Recurso Voluntário, referente ao PAF de nº 206948.0013/05-3, cujo recorrente foi o estabelecimento matriz do autuado, em matéria envolvendo a mesma penalidade, decidiu pela aplicação da multa, considerando como base de cálculo apenas as operações de vendas, excluindo as saídas que não representavam efetivo ingresso de recursos financeiros no caixa da empresa. Assim, mantendo a coerência do julgamento anterior, foi adotada a mesma base de cálculo da multa, tendo sido considerados apenas os valores relativos às operações de vendas, conforme demonstrativo de fls. 42 e 43 do caso em discussão.

O autuante se posiciona pela manutenção integral da multa aplicada, até porque essa irregularidade também foi apurada em todos os estabelecimentos do contribuinte autuado, os quais, após regularmente intimados, não adotaram qualquer providência tendente à regularização dos arquivos magnéticos.

À fl. 164 e 167 do PAF, o autuado foi intimado para ficar ciente da informação fiscal e demais documentos acostados aos autos pelo autuante, não tendo sido localizado pelo Correio, conforme Avisos de Recebimento (fls. 165/168), o que ocasionou a publicação do Edital de Intimação (fl. 169), constando, à fl. 170, a comprovação, assinada por preposto do contribuinte, de que recebeu cópia da mencionada informação fiscal e respectivos demonstrativos e documentos.

Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou.

A Decisão recorrida, proferida pela 3ª JJF, julgou parcialmente procedente a autuação, inicialmente rejeitando a preliminar de nulidade, observando que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não havendo qualquer violação ao devido processo legal e tampouco à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, tendo o autuado obtido cópias de todos os elementos informativos utilizados na ação fiscal.

No mérito, ao analisar o primeiro item do Auto de Infração, destacou que se refere à presunção de omissão de saídas decorrente de entradas não registradas, com suporte na Lei nº 7.014/96, no artigo 4º, § 4º, cabendo ao contribuinte comprovar a não ocorrência do fato gerador do ICMS. O autuado, em sua defesa, alegou que não adquiriu quaisquer mercadorias referentes aos valores informados pelo CFAMT.

A JJF não acolheu a argumentação defensiva, justificando que as notas foram coletadas em postos fiscais, consignando o autuado como destinatário das mercadorias, estando comprovada a sua circulação e caracterizada a infração relativa à aquisição de mercadorias sem o devido registro na escrita do estabelecimento autuado, não cabendo ao Fisco obter outras provas.

Aduz a JJF que, embora o autuado tenha solicitado dos fornecedores documentação que comprovasse as suas alegações, em tal sentido somente foram conseguidas três Notas Fiscais dentre as dezoito relacionadas pelo autuante, o qual confirma em sua informação de fls. 147 a 150, a devolução das mercadorias constantes das referidas notas.

Conclui a Junta de Julgamento Fiscal que, de acordo com os documentos fiscais apresentados pelo defendente, fica reduzido o débito referente ao mês 03/2004 para R\$107,04 e excluídos os débitos relativos aos meses de agosto e novembro de 2005, alterando o total do débito exigido no item 1 do Auto de Infração de R\$3.911,59 para R\$3.496,12, mantida a multa de 70%, restando a infração subsistente em parte.

Na apreciação da infração 2, a JJF manifesta-se pela inexistência de dúvida de que o autuado entregou os arquivos magnéticos com inconsistências e quando intimado a regularizá-los, não o fez, o que torna cabível a aplicação da multa prevista na legislação de 1% sobre o valor das saídas.

Tangente à alegação defensiva de que houve ofensa aos princípios da isonomia e do não confisco, entende a JJF que, de acordo com o art. 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96, a falta de fornecimento de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, ou sua

entrega em padrão diferente do previsto na legislação, ou ainda em condições que impossibilitem a sua leitura, sujeita o contribuinte ao pagamento da multa de 1% do valor das operações ou prestações realizadas, não devendo, neste caso, ser aplicado o disposto no § 7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96, como pretende o defendente.

Salientou a JJF que, conforme esclarecimento do autuante, na apuração da base de cálculo da penalidade foram considerados apenas os valores relativos às operações de vendas, consoante revela o demonstrativo de fls. 46/47 do PAF.

É também considerado o fato de que, após a constatação de inconsistências, o contribuinte foi intimado para que providenciasse novos arquivos a salvo das incorreções e, como as irregularidades não foram resolvidas, equivale à falta de entrega dos arquivos, nos termos do § 6º, do art. 708-B, do RICMS/97, concluindo pela subsistência da exigência fiscal, por se encontrar a multa exigida de acordo com a previsão regulamentar.

Assim decide a JJF, por unanimidade, julgar Procedente em Parte o Auto de Infração.

Dentro do prazo legal, o autuado interpôs o Recurso Voluntário de fls. 194 a 213, postulando a reforma da Decisão de primeira instância, para julgar improcedente o Auto de Infração lavrado contra si, na medida em que não recebeu e muito menos pediu as mercadorias constantes das notas fiscais “capturadas” pelo CFAMT. Outrossim, com relação à multa tipificada na infração 2, apresenta declarações das empresas que cuidavam do seu SINTEGRA, onde justificam, perante o fisco, as eventuais omissões de alguns arquivos, em razão de dificuldades e, também, pela “complexidade da legislação”.

Afirma o recorrente ser necessário reproduzir as suas razões de defesa, que foram mal analisadas pela Egrégia JJF, ratificando os principais pontos da impugnação, ou seja:

Não pode ser sancionada por operações que não promoveu e que a simples emissão de notas fiscais em nome do contribuinte não comprova o recebimento da mercadoria.

Alega que caberia à fiscalização comprovar a sua acusação, pois existem elementos capazes de provar o recebimento de mercadorias, tais como o comprovante de recebimento do transportador, o levantamento de estoques, assim como diligência junto ao fornecedor, ressaltando que a prova negativa é absolutamente inviável, pois impossível demonstrar que não houve recebimento da mercadoria.

É admitida, no Recurso Voluntário, a veracidade dos fatos inseridos na peça acusatória, quais sejam, que deixou de entregar os arquivos magnéticos com os registros 54, 60M, 60ª, 60R, 74 e 75, exigidos mediante intimação. Todavia, contesta o valor da multa aplicada, sob a justificativa de que é totalmente apartada da realidade da empresa, a qual não apresenta, sequer, margem de lucro no percentual de 1%. Em razão dessa circunstância se insurge contra a exigência fiscal por entender que é confiscatória, desproporcional e irrazoável. Afirma que os arquivos magnéticos foram entregues, porém sem alguns registros, atribuindo a responsabilidade à falta de habilitação adequada da empresa responsável. Declara que a desproporcionalidade da multa fica evidente quando, a despeito da falta dos registros nos arquivos magnéticos, recolheu os impostos devidos à Fazenda Estadual. Além disso, argumenta que nenhum livro ou documento fiscal ou contábil deixou de ser apresentado ou posto à disposição da fiscalização, de forma que as omissões existentes nos registros magnéticos poderiam ser supridas com o exame da documentação fiscal. Alerta que o caráter confiscatório da penalidade se evidencia em razão da mesma incidir sobre todas as saídas do estabelecimento, aí incluídas as transferências, devoluções, bonificações, operações isentas ou com fase de tributação encerrada. Teceu considerações em torno da não razoabilidade da cobrança, alegando que o descumprimento da obrigação acessória não causou falta de pagamento de tributo, sustentando, ainda, que a penalidade se constitui em novo tributo, calculado sobre o faturamento, necessitando de adequação para incidir apenas sobre as saídas de mercadorias tributáveis.

O contribuinte manifestou o entendimento de que o caso em exame demandaria a aplicação do quanto disposto no § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, pedindo que a Câmara de Julgamento Fiscal promova a redução ou o cancelamento da penalidade, pois a infração não teria sido praticada com dolo, pois fora causada pela empresa responsável pela manutenção do sistema de processamento de dados do recorrente. Reiterou, ainda, que a falta de entrega dos arquivos com os registros solicitados pela fiscalização não implicou na falta de pagamento de tributo.

Questionou, também, o que denominou de “equivoco de enquadramento”, transcrevendo as determinações do art. 42, XIII-A, “f” e “g”, da Lei nº 7.014/96, afirmando ser a autuação incoerente e insegura, pois a descrição dos fatos não condiz com a realidade, cerceando, assim, seu pleno direito de defesa. Traz, no bojo da defesa, Decisão deste CONSEF, através do Acórdão nº 0324-04/04, afirmando ser a posição deste foro administrativo, concluindo que, diante das determinações do art. 18, IV, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), a autuação deveria ser declarada nula.

Pugna, por último, pela realização de uma diligência fiscal, para se determinar o valor correto da multa, caso ela ainda persista, culminando na procedência parcial da infração 2.

A Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS), ao exarar Parecer nos autos, observou, inicialmente, que os argumentos apresentados em Recurso Voluntário já foram aduzidos na defesa inicial e se resumem a contestar o julgamento da 3ª JJF, e que o autuado alega pretender ver suas razões de defesa reapreciadas pela Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, por ser incabível o não acolhimento das razões esposadas.

Em relação à primeira imputação, a representante da PGE/PROFIS entende que o ônus de provar o não cometimento da infração apontada pela fiscalização é do contribuinte e nesse sentido nada foi trazido ao feito para atestar que as mercadorias não foram recebidas pelo sujeito passivo, sendo a simples negativa insuficiente para desconstituir a acusação.

Referindo-se a infração 2, a PGE/PROFIS fixa o entendimento de que restou provado no processo que o autuado foi intimado para regularizar o padrão de entrega dos arquivos, a fim de possibilitar o fornecimento de dados para verificação da fiscalização, o que não ocorreu, gerando impedimento ao fisco, comprovando o descumprimento da obrigação acessória.

Conclui a Procuradoria, opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário, pois as razões oferecidas pelo recorrente não proporcionam a modificação do julgamento.

VOTO

Trata o caso em discussão de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, visando reformar a Decisão proferida pela 3ª JJF, que julgou procedente em parte o Auto de Infração em análise, composto de duas imputações.

Inicialmente, ressalto que a infração rotulada como 1 cuida da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, cujos documentos fiscais foram colhidos junto ao Sistema CFAMT da Secretaria de Fazenda, ou seja, a autuação foi amparada na presunção de operações anteriores de saídas de mercadorias tributadas, decorrente da falta de registro de notas fiscais de entrada na escrita do contribuinte, conforme determina o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96.

Assim, a presunção legal tem a finalidade de lançar imposto incidente na saída das mercadorias, que, no caso, se deu anteriormente, permitindo que o sujeito passivo obtivesse Recurso Voluntário para realizar aquisições não registradas. Portanto, qualquer aquisição a título oneroso e não contabilizada, não importando sua natureza, deve ser incluída no levantamento fiscal, já que houve desembolso e a presunção diz respeito à ocultação de receitas. Esta é uma das poucas situações em que a lei inverte o ônus da prova, cabendo ao sujeito passivo provar que não houve a ocorrência dos fatos elencados pela lei.

Quanto ao entendimento do defendente de que a prova material da presunção do fisco somente poderia ser realizada através dos pedidos de compras feitos pela empresa ou dos comprovantes de recebimentos dos transportadores, ou de diligências junto aos fornecedores, ou ainda pela verificação dos seus estoques, ressalto o posicionamento deste Conselho de Fazenda na linha de que cabe ao contribuinte o ônus de demonstrar a não ocorrência do fato gerador, ou seja, desconstituir o fato no qual se ampara a presunção legal.

In casu, o recorrente conseguiu afastar a cobrança do imposto relativa a apenas três notas fiscais, quando comprovou a devolução das mercadorias ao estabelecimento remetente.

No tocante às demais notas fiscais, o sujeito passivo não logrou êxito na comprovação de que as mercadorias não entraram no seu estabelecimento, sendo insuficiente, para afastar a exigência fiscal, a simples negativa do cometimento da infração, em consonância com o art. 143 do RPAF, que dispõe “*A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*”.

Nesse contexto, o recorrente não trouxe aos autos qualquer documento capaz de afastar a presunção legal quanto às notas fiscais remanescentes, ressaltando que elas foram coletadas no sistema CFAMT, o que, por si só, sinaliza a existência de circulação, sendo as mercadorias compatíveis com a atividade exercida pelo autuado.

Pelo visto e revisto, inexistem fundamentos capazes de amparar a pleiteada reforma da Decisão proferida pela JJF em relação à infração tipificada como 1.

O segundo item da autuação versa sobre arquivos magnéticos e diz respeito à falta de fornecimento ao Fisco dos mencionados arquivos com informações das operações ou prestações realizadas pela empresa. Por tal infração foi exigida a multa de 1% sobre o valor das saídas, conforme determina o art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado alegou nulidade da ação fiscal por cerceamento de defesa, em razão de ter havido equívoco no enquadramento legal, justificando que a realidade fática foi a entrega dos arquivos magnéticos ao fisco com a omissão de registros e não a falta de sua entrega. Assim, o enquadramento correto da multa aplicada não seria o art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, e, sim, o deste mesmo artigo e inciso, porém insere na alínea “f”.

Sucedendo que o argumento não pode prosperar, na medida em que o autuado entendeu, sem margem à discussão, inclusive reconhecendo a irregularidade a ele imputada, que estava sendo acusado, conforme reza o art. 708-B, § 6º do RICMS/97, pela entrega de arquivo magnético fora das especificações e requisitos previstos pela legislação, configurando não fornecimento sujeito à penalidade.

Diante da norma regulamentar e pelos fatos realmente ocorridos, o enquadramento legal foi corretamente indicado, incorrendo qualquer motivação justificadora da decretação da nulidade do lançamento fiscal.

No que tange à alegação de que a multa aplicada tem cunho confiscatório, é desproporcional e irrazoável, face inexistir falta de pagamento do imposto, bem como terem sido apresentados os livros e documentos fiscais, não pode, ela, prosperar neste foro administrativo, porquanto a exigência fiscal se encontra totalmente amparada na legislação vigente, a qual não pode deixar de ser aplicada pelos órgãos que compõem a Administração Pública.

Finalmente, em relação à sustentada tese de que houve erro na quantificação da penalidade, tanto pelos documentos acostados aos autos e entregues ao impugnante, quanto pela informação prestada pelo autuante, inexistiu qualquer equívoco, uma vez que as operações de transferências, devoluções e bonificações não foram incluídas no levantamento das saídas. Os valores, conforme demonstrativo acostado às fls. 46/47, se restringiram exclusivamente às vendas realizadas, não havendo, destarte, justificativa para deferimento do pedido de diligência fiscal, a fim de verificar o valor utilizado para aplicação da multa.

De todo o exposto, voto pelo **NÃO PROVIMENTO** do Recurso Voluntário, mantendo na íntegra a Decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, por se encontrar em estrita consonância com os ditames legais.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **206948.0004/06-2**, lavrado contra **COMERCIAL GOOD SUPERMARKET LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.496,12**, 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\$213.557,74**, prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de julho de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTECOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS