

A. I. N º - 207093.0005/07-6
AUTUADO - COMERCIAL GOOD SUPERMARKET LTDA.
AUTUANTE - JUVÊNCIO RUY CARDOSO NEVES
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 13.11.2007

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0315-02/07

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA 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, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário, por antecipação, sobre o valor determinado pela legislação, no momento da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado, se o autuado não possuir Regime Especial para pagamento em data posterior. Não acolhida a argumentação de nulidade. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa de 10% sobre o valor das mercadorias não escrituradas. Contribuinte não comprovou que as notas fiscais objeto da autuação foram registradas. Rejeitado o pedido de diligência. Infração caracterizada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM OMISSÃO DOS REGISTROS TIPO 54, 60R e 74. Descumprimento de obrigação acessória. A legislação estabelece aplicação da multa de 1% sobre o valor das operações realizadas. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/2007, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$320.481,52, em decorrência de:

- 1- Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$542,64, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA.
- 2- Multa no valor de R\$9.729,52, em razão de ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis e sem o devido registro na escrita fiscal.

3- Multa no valor R\$310.209,36, por ter fornecido informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) das saídas do estabelecimento em cada período. Consta da acusação que os arquivos magnéticos foram entregues com ausências dos Registros 54, 60R e 74.

O autuado apresentou defesa às folhas 243 a 257, impugnando o lançamento tributário, requerendo a nulidade da infração 01, alegando que desconhece a operação, não reconhece o valor constante da nota, não formalizou tal pedido, de forma que não pode ser apenada por entrada que não promoveu, pois não adquiriu qualquer mercadoria que corresponda ao valor informado.

Aduz que a simples emissão de notas fiscais em nome do contribuinte não comprova o recebimento da mercadoria, conforme já foi decidido por este Conselho de Fazenda, pela 2ª Câmara, mediante Resolução nº 348/86, transcrevendo Ementa e trecho do voto do conselheiro Carlos Fernando Amaral, na referida resolução.

Diz que não é exigível a prova negativa do contribuinte, pois, como bem asseverou o conselheiro Carlos Fernando Amaral, não é possível realizar prova “de que as mercadorias não foram recebidas, simplesmente porque quando não se recebe uma mercadoria que não foi comprada não se fica com qualquer prova deste não recebimento”.

Assevera que nem é preciso dizer que, no presente caso, não houve qualquer prova de que a mercadoria realmente entrou no estabelecimento do autuado, não houve a juntada do comprovante de recebimento fornecido pela transportadora, um levantamento quantitativo de estoque, uma diligências junto ao fornecedor.

Ressalta que enviou correspondência com AR, conforme cópia acostada à defesa, onde o autuado expressamente afirma que “não reconhecendo a compra”, requer cópia do pedido de acordo entre o vendedor x comprador, e do setor de cobrança a comprovação do respectivo pagamento efetuado.

Em relação à infração 02, argumenta que boa parte das notas fiscais foram registradas, conforme pode ser constatado na cópia do livro Registro de Entradas por diligência fiscal que requereu. Em relação à outra parte, reitera suas argumentações no sentido de que não comprou tais mercadorias, que ora se demonstra pelos anexos comprovantes dos correios de que os “fornecedores” foram realmente notificados, pelo que focaram cientes da discordância do autuado em relação aos inúmeros “pedidos” que efetivamente não foram feitos pelo estabelecimento autuado.

Reitera, ainda, que existem outros meios à fiscalização a fim de comprovar sua acusação, uma vez existem elementos que provam o eventual recebimento das mercadorias, como dito, o próprio comprovante de recebimento do transportador, o levantamento quantitativo de estoques e verificações junto ao fornecedor.

Ainda sobre a infração 02, o autuado entende descabida a aplicação de 10% sobre o valor de algumas mercadorias consideradas tributáveis pela fiscalização, mas que, em verdade, devem ser consideradas não tributáveis. Explica que, em certos casos, algumas entradas não registradas são de bens destinados ao uso e consumo e ativo permanente do estabelecimento. Outras notas são de mercadorias sujeitas ao regime de tributação. Desde modo, deveria ter sido realizado um trabalho identificando as mercadorias não registradas, pois algumas são realmente tributáveis, ensejando a aplicação da multa de 10%, mas parte não é tributável, exigindo uma multa de 1%.

Relativamente a infração 03, assevera que, em que pese a veracidade dos fatos, discorda da pesada multa aplica, sendo confiscatória, desproporcional e irrazoável, pois o registro que faltaram não foi por culpa do autuado, mas sim em razão da falta de habilitação por parte da empresa contratada.

Salienta que não deixou de recolher um único centavo de ICMS e que entregou todos os livros e documentos solicitados pela fiscalização.

Argumenta o autuado que seria o caso de se aplicar o quanto disposto no §7º do artigo 42 da Lei 7.014/96, para se reduzir ou cancelar a multa, pois está comprovado que a alegada infração não foi praticada com dolo (foi causada, confessadamente, pela empresa responsável pela manutenção do sistema).

Aduz que será feito justiça se forem canceladas as infrações 02 e 03 dos autos, resultante de uma infelicidade do contribuinte, que não resultou em evasão fiscal. Noutro giro, caso este Conselho entenda prudente a redução da multa, vale como parâmetro o Acórdão CJF nº 0206-12/05, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal e Acórdão JJF nº 0186-01/02, da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, transcrevendo as Ementas dos acórdãos.

Argumenta que, caso ultrapassados todos os demais argumentos defensivos, o autuado discorda do valor da multa cobrada no lançamento fiscal, pois o autuante considerou como base de cálculo da imputação toda a movimentação do estabelecimento, e não apenas as saídas tributáveis, conforme determina este CONSEF, citando o Acórdão JJF nº 0273-04/02.

Reitera o pedido de diligência fiscal, a ser realizada por auditor estranho ao feito ou pelo próprio autuante, para se encontrar o valor correto da multa, caso ela porventura persista, culminando na procedência parcial das infrações 02 e 03.

Ao final, requer a improcedência ou nulidade do Auto de Infração.

Na informação fiscal às folhas 523/524, em relação a infração 01, o autuante diz que as alegações defensivas são frágeis diante da prova apresentada, folha 15 dos autos, onde acostou a 3ª via da Nota Fiscal nº 11109, capturada em Posto Fiscal de fronteira, emitida por Industrial e Comercial Jandaia Ltda., estabelecida no Estado do Ceará. Destacando o fato de que constam na nota fiscal os dados da empresa transportadora.

Quanto ao argumento da negativa do contribuinte, que busca amparo numa “decisão do CONSEF” (desconhecida pelo autuante), entende que a prova maior está no fato da nota fiscal ter sido capturada num Posto Fiscal.

Em relação infração 02, aduz que o autuado não informou qual ou quais notas fiscais teriam sido escrituradas, não identificou nenhuma, constante no demonstrativo de folhas 16 e 17 do PAF.

Relativamente a argumentação contra a aplicação do percentual de 10%, folhas 249 e 250, chega ser pueril, quando relata que se referem a bens destinados ao uso e consumo e ativo permanente do estabelecimento. Quanto às mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária basta verificar os documentos fiscais para comprovar que não houve, em nenhum caso, retenção na fonte pelo fornecedor.

No tocante a infração 03, não é competência do autuado discorrer sobre a legalidade da Lei que comina penalidade. Inclusive, entende que o CONSEF, também, não seja a instância competente para tal. Ao autuante cabe, exclusivamente, aplicar à penalidade prevista na legislação tributária, aplicável à transgressão apurada.

Ao finalizar, opina pela manutenção das infrações.

VOTO

O presente lançamento exige ICMS decorrente de 03 (três) infrações, as quais passo a analisar.

As infrações 01 e 02 encontram-se embasadas em notas fiscais capturadas pelo Sistema CFAMT da Secretaria da Fazenda, cujas cópias foram entregue ao autuado.

Na Infração 01 é imputada ao autuado a falta de 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 no Anexo 88 do RICMS/BA. Já na infração 02, é aplicada multa pela falta de registros das notas fiscais na escrita fiscal do autuado.

Em sua peça defensiva o autuado requerer a nulidade da infração 01, alegando que desconhece a operação, não reconhece o valor constante da nota, não formalizou tal pedido, de forma que não pode ser apenada por entrada que não promoveu, pois não adquiriu qualquer mercadoria que corresponda ao valor informado.

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que nas vias das notas fiscais capturadas nos Postos Fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia constam os dados do contribuinte autuado como destinatário das mercadorias. Constam do referidos documentos a Razão Social, o CNPJ, Inscrição de Estadual e o endereço do contribuinte autuado, dados estes que entendo que são suficientes para caracterização da infração.

Este órgão julgador, nos últimos anos, já consolidou o entendimento de que estando acostadas aos autos uma via das notas fiscais objeto da autuação, e nelas constando os dados do sujeito passivo, tais como a Razão Social, o CNPJ, Inscrição de Estadual e o endereço, é prova suficiente para caracterização de que o contribuinte adquiriu as mercadorias, independentemente da juntada de qualquer diligência no estabelecimento do fornecer ou comprovante do transportador, como alegou o autuado. A decisão citada pelo autuado não reflete o entendimento consolidado pelo CONSEF, trata-se de uma decisão isolada e muitos anos passados, ou seja, de 1986, portanto não reflete a posição atual deste órgão julgador.

A correspondência enviada ao fornecedor das mercadorias pelo autuado, não é capaz de elidir a infração, pois não trata-se de uma prova efetiva de que não tenha adquirido as mercadorias. Conforme pronunciamento da Procuradoria Fiscal, consignado no Acórdão JJF Nº 0143-04/04, ao analisar juridicamente o argumento defensivo de que não teria realizado às aquisições consignadas nas notas fiscais e que teria ingressado com ação judicial contra o emitente, ressaltou o art. 121 do CTN diz que o Sujeito Passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, seja por obrigação própria como na infração 2 ou por substituição como na infração 1, ambas com previsão legal. Consta ainda do citado parecer, que acaso a autuada, ao final das ações que propôs contra as empresas que alega terem responsabilidade pelo cometimento das infrações aduzidas(os remetentes das mercadoria) obtenha êxito, deve agir regressivamente contra elas nas esferas cível ou penal, conforme o caso. Concluindo, ressalta que a responsabilidade tributária tem caráter objeto, logo, o PAF deveria ser processado e julgado as infrações nele consignadas da forma que se apresentam, com as provas e evidências que configurem a relação jurídica tributária que deu origem ao presente lançamento. Abaixo transcrevo o referido Parecer da PROFIS, para um melhor entendimento.

“4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0143-04/04

A PROFIS, em parecer às fls. 710 e 711, posiciona-se nos seguintes termos:

“”1 – A concomitância de ações judiciais com o processo administrativo fiscal está regulamentada no RPAF/99 a partir do art. 117, de onde se depreende algumas normas, sob luz das quais responderemos a indagação.

2 – Apenas ações cíveis teriam condições de interferirem no julgamento administrativo do presente PAF, e mesmo assim dentro dos limites impostos na legislação, só suspenderiam o

curso do PAF se suspendessem a exigibilidade do crédito tributário conforme hipóteses previstas no C.T.N., onde haveria encerramento da via judicial.

3 – Por outro lado, a propositura de ações judiciais contra o FISCO implicariam em renúncia ou desistência do processo administrativo, este seria encerrado e remetido à PGE que ajuizaria ou não a cobrança judicial, a depender de estar suspensa ou não a exigibilidade do crédito fiscal.

4 – Em relação às ações indicadas pela autuada, estas não foram proposta contra o FISCO e sim contra pessoas jurídicas outras, as quais a autuada alega terem responsabilidade sobre o ilícito cometido.

5 – Diz o art. 121 do CTN que o Sujeito Passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e neste caso é a pessoa indicada no presente auto de infração, seja por obrigação própria como na infração 2 ou por substituição como na infração 1, ambas com previsão legal.

6 – Acaso a autuada, ao final das ações que propôs contra as empresas que alega terem responsabilidade pelo cometimento das infrações aduzidas, obtenha êxito deve agir regressivamente contra elas nas esferas cível ou penal, conforme o caso.

Concluindo, vale ainda considerar que a responsabilidade tributária tem caráter objeto, logo, o presente PAF deve ser processado, e julgado as infrações nele consignadas da forma que se apresentam, com as provas e evidências que configurem a relação jurídica tributária que deu origem ao presente lançamento.””

A defesa alegou, em relação a infração 02, que algumas notas estavam escrituradas e outras seriam não tributáveis, entretanto não indicou quais seriam as respectivas notas fiscais, tem simplesmente alegado, sem apresentar qualquer prova. Ressalto que o artigo 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no artigo 143, do mesmo regulamento. Ficando, inclusive, prejudicado a análise dos Acórdão CJF nº 0206-12/05 e JJF nº 0186-01/02 citados pelo autuado, uma que, repito, o autuado não indicou as notas fiscais que seriam de mercadorias isentas ou não tributáveis, nem indicou e não acostou cópia do livro fiscal comprova o registro dos referidos documentos.

Saliento que acolho integralmente o Parecer da PROFIS exarado em processo idêntico ao presente, no qual o contribuinte fora autuado por idênticas infrações consignadas no Auto de Infração em tela, nas infrações 01 e 02.

Assim, entendo que as infrações 01 e 02 restaram caracterizadas.

Na infração 03, é imputado ao autuado o fato de ter fornecido informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) das saídas do estabelecimento em cada período. Consta da acusação que os arquivos magnéticos foram entregues com ausências dos Registros 54, 60R e 74.

Em sua defesa o autuado reconhece o cometimento da infração, entretanto, não concorda com a multa aplicada por entender que é muito pesada.

Analizando os elementos que instruem o PAF, constatei que o auditor aplicou a multa de 1%, por ter o autuado deixado de apresentar os arquivos magnéticos com os registros 54, 60R e 74, apesar

de devidamente intimado dando um prazo de 30 (trinta) dias para regularizar, fazendo uma comunicação que seria praticamente impossível a confecção dos arquivos.

Na presente lide restou comprovado e até mesmo reconhecido pelo autuado, que o mesmo deixou de entregar os arquivos magnéticos como os Registros Tipo 54, 60R e 74, os quais constam os seguintes dados:

REGISTRO Tipo 54 – são consignadas as operações de entradas e saídas, identificando cada remetente e cada destinatário, além dos demais dados de cada nota fiscal. Foi instituído pela redação original com efeitos de 28.06.95 a 31.12.02, sendo apenas alterada a redação do campo 07, pelo Convênio ICMS 69/92.

REGISTRO Tipo 74 – são consignados os lançamentos constantes do livro Registro de Inventário, foi instituído pelo Convênio ICMS 69/02, com efeitos a partir de 01.01.03, logo, não sendo possível exigir a apresentação do referido registro na presente lide. Entretanto, o valor do inventário não gerou qualquer implicação na apuração da base de cálculo da autuação, a qual foi apurada através da soma das operações de entradas e saídas de mercadorias.

Por sua vez o art. 708-B, do RICMS/97, determina que o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético quando intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos. O arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria.

Nesta situação, determina o 6º do art. 708-B, do RICMS/97:

“§ 6º A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “g” do inciso XIII-A do art. 915 deste regulamento.”

Logo, entendo que não resta qualquer dúvida quanto ao acerto do procedimento do autuante, ao aplicar a multa prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, pois trata de multa específica para situação em tela, não sendo possível qualquer redução na multa aplicada.

Quanto ao pedido de cancelamento das multas aplicadas nas infrações 02 e 03, também não pode ser acatado por falta de previsão legal, pois o art.158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte, uma que restou comprova a falta de recolhimento do ICMS exigido na infração 01. Assim entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 2070930005076, lavrado contra **COMERCIAL GOOD SUPERMARKET LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$542,64, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais além das multas por descumprimento de obrigação

acessória no valor total de **R\$319.938,88** previstas no inciso IX e XIII-A “g” do mesmo artigo e lei, e dos acréscimos moratórios, conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE
ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR
JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR