

A. I. N° - 206882.0906/07-7

AUTUADO - DISBEM DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.

AUTUANTE - LÍCIA MARIA ROCHA SOARES

ORIGEM - INFAC ATACADO

INTERNET - 22.12.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0333-02/08

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS 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, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração caracterizada. 2. OPERAÇÃO TRIBUTADA DECLARADA COMO NÃO TRIBUTADA. FALTA DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. APRESENTAÇÃO INCOMPLETA E EM PADRÃO DIFERENTE DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração caracterizada. 4. LIVRO FISCAL. REGISTRO DE SAÍDAS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração não impugnada. Não acolhidas arguições de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/03/2007, para constituir o crédito tributário no valor de R\$1.282.021,57, em decorrência de:

1- Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$1.160.737,01, em caso de erro da aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88. Consta ainda da acusação que o contribuinte não discrimina as respectivas Notas Fiscais nos DAE's de antecipação tributária, efetuando o recolhimento de maneira global por período, não apresentando demonstrativo analítico, razão pela qual apurou o valor devido mensalmente, conforme demonstrativos acostado aos autos.

2- Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$1.119,17, “em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.” Consta ainda da acusação que o contribuinte deixou de recolher o ICMS relativo a aquisição de mercadorias sujeitas a antecipação tributária, ainda que na condição de brindes (CFOP-6910) – art. 564 a 567 do RICMS/BA.

3- Multa no valor de R\$119.245,39, 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 limitada a 1% (um por cento) das saídas do estabelecimento em cada período, conforme Demonstrativo Mensal acostado aos autos, baseado nas informações contidas nas DMA's.

4- Multa no valor de R\$920,00, por deixar de apresentar o livro fiscal Registro de Saída devidamente escriturado, quando regularmente intimado.

O autuado impugnou parcialmente o lançamento tributário, fls. 1377 a 1392, argüindo nulidade do Auto de Infração, sob a alegação de irregularidade na constituição à luz do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, que no artigo 46 determina que na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, ser-lhe-ão fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante que não lhe tenham sido entregues no encerramento da ação fiscal e que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto, inclusive dos elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros de que porventura o contribuinte não disponha, as quais em nenhum momento foram fornecidas ao sujeito passivo, conforme prescreve o diploma legal, cerceando seu direito de defesa, citando doutrina e jurisprudência sobre o tema.

Requer, ainda a nulidade, por entender que a multa aplicada é confiscatória.

No mérito, em relação a infração 01, lega o autuado que verificou nos demonstrativos que lhe foram apresentados que não constam as deduções de todos os pagamentos efetivamente efetuados pelo impugnante, gerando uma diferença a pagar muito superior à efetivamente devida. Ademais, o M.V.A. aplicado nos cálculos efetuados pela representante do fisco, refere-se a aquisição exclusivamente nas industrias (40%), quando efetivamente deveria ter sido aplicado o M.V.A. relativo às operações junto ao atacado 30 (%), já que a atividade desempenhada pelo autuado é de comércio atacadista, e, cabendo a ele efetuar a antecipação que deveria utilizar este parâmetro.

Aduz que, deduz do exposto, que não tendo o procedimento administrativo fiscal em questão, motivação albergada pelo direito, já que os motivos em que se escudou o ato são inexistentes, segue que a constituição do crédito público restou nula, por falta de motivação do ato administrativo.

Assevera que, no que tange ao fato concreto em exposição, vê que inexiste a prova direta pré-constituída, ainda que a administração fiscal tenha investigado livremente a verdade material, baseando-se autuação na constatação de diferenças entre os cálculos da antecipação tributária devida e o recolhimento efetuado pelo autuado, apurando-se pelo encontro desses valores um suposto recolhimento a menor do ICMS por antecipação. Todavia, pela análise das peças e demonstrativos, verificou que foram incluídas notas, possivelmente relacionadas no Relatório CFAMT, que eventualmente não teriam sido contabilizadas pelo Autuado. Frisa que, tais notas, deveriam ter suas origens pesquisadas, pois seguramente não circularam, nem foram adquiridas pelo Autuado, tendo o mesmo sido, possivelmente, vítima de uma quadrilha organizada, que clona cartões de inscrição estadual e outros atos do gênero, no sentido único de fraudar e prejudicar o legítimo comerciante baiano, que à sua revelia descobre que vem involuntariamente servindo de “laranja”, para que empresários inescrupulosos, utilizem de suas inscrições, para comprarem dos grandes fornecedores.

No tocante a infração 02 aduz que, conforme consta no próprio escopo do Auto de Infração em questão, trata-se de brinde e não mercadoria para comercialização, portanto não cabendo o pagamento do ICMS sobre sua saída, salvo na condição de diferencial ou complementação de alíquota, o que não ficou devidamente esclarecido na acusação, razão pela qual pugna dela nulidade deste item em razão da questionável descrição do fato. Ressaltar que o requerente sempre efetuou o pagamento de todos os diferenciais e complementação de alíquota em todas as operações realizadas junto à aquisição de brindes e outros itens não destinados à comercialização razão pela qual esta infração não pode prosperar.

Relativamente a infração 03, lembra que o *caput* do artigo 708-B do RICMS/BA prevê que o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de sua movimentação na

forma do Convênio 57/95. Se os arquivos magnéticos forem incompletos ou em padrão diferente do previsto na legislação em vigor, como descreve a autuante, deveria o contribuinte, sob pena de nulidade, ter sido intimado na forma do § 5º do artigo 708-B, que prevê: que o contribuinte terá o prazo de 30 dias úteis contados da data do recebimento da intimação para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo para tanto a autuante apresentar Relatório de Inconsistências, objetivando a retificação total de arquivo. Basta uma análise sucinta dos autos, para verificar que não consta de que a autuante tivesse intimado o contribuinte a regularizar dentro do prazo hábil de 30 dias, os seus arquivos, mediante apresentação do necessário Relatório de Inconsistências/Divergências, conforme prevê o dispositivo regulamentar.

Registra que reapresentou, por recomendação da autoridade fazendária, os seus arquivos magnéticos em 30 de outubro de 2006, portanto a menos de 30 dias da própria lavratura do Auto de Infração, o que demonstra a inexistência da concessão do prazo para regularização dos arquivos após a apresentação dos Relatórios de Inconsistência.

Transcreve Ementa do Acórdão nº 0159-12/05, para embasar sua alegação de nulidade, *in verbis*:

“ACORDÃO CJF Nº 0159-12/05

...
ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. APRESENTAÇÃO INCOMPLETA E EM PADRÃO DIFERENTE DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. O procedimento fiscal no tocante ao presente item não foi efetuado de acordo com os requisitos legais. A infração é nula, devendo ser refeita a ação fiscal. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”

Ao final, requer a nulidade do Auto de Infração, em consonância com a argüição preliminar, por entender que à sua constituição estar alicerçada em desacordo aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, bem como o direito a apreciação da prova e da expressa previsão em lei - reserva legal e por estar alicerçado em prova ilegítima. Requer ainda, caso não seja acatada a preliminar suscitada, que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Na informação fiscal, fls. 1397 e 1398, a autuante contestou os argumentos defensivos, inicialmente em relação a argüição de nulidade, asseverando que não procede a alegação de que não teria sido entregue ao sujeito passivo cópia de todos os demonstrativos e demais documentos elaborados pela fiscalização, pois existe em destaque, a ciência do preposto do autuado em todos os demonstrativos que integram o Auto de Infração, conforme pode ser observado nas folhas 0001 a 0066 dos autos. Ressalta ainda, que às folhas 13 e 14, contam declarações/recibos do impugnante, afirmando o recebimento de cópia de todos os documentos e demonstrativos que integram o procedimento, bem como a devolução de todos os documentos arrecadados.

Com relação à natureza confiscatória da multa aplica, diz não concordar com o alegado, tendo em vista que a mesma é prevista no ordenamento legal, sendo legítima e pertinente à vista da infração cometida.

Com relação a infração 01, aduz que os demonstrativos que integram o PAF comprovam que os cálculos foram corretamente efetuados, ademais a alegação do autuado não está embasada em qualquer elemento probatório capaz de elidir a acusação fiscal.

No tocante a infração 02, assevera que, apesar de se tratar de brindes, tais mercadorias estão sujeitas ao pagamento da antecipação tributária.

Relativamente a infração 03, afirma que o contribuinte foi intimado a regularizar os seus arquivos magnéticos, o que não fez. Apresentando-os de forma imprestável e em desconformidade com a

legislação vigente, o que justificou a aplicação da multa pelo descumprimento da obrigação acessória.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

O PAF foi convertido em diligência, para que fosse entregue cópia dos levantamentos e documentos que embasaram a autuação e que foram acostados às folhas 67 a 1.374.

Em nova manifestação defensiva o autuado reiterou os argumentos da defesa apresentada anteriormente.

Em nova informação fiscal a autuante ressaltou que o contribuinte não trouxe aos autos novos elementos defensivos.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS em decorrência de 04 (quatro) infrações, as quais passo a analisar.

Inicialmente afasto as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, tendo em vista os motivos abaixo expostos.

Inicialmente em relação as argüições de nulidades do Auto de Infração, por entender o sujeito passivo que à sua constituição do lançamento tributário foi alicerçada em desacordo aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, bem como o direito a apreciação da prova e da expressa previsão em lei - reserva legal e por estar alicerçado em prova ilegítima, entendo que não pode ser acolhidas.

Não é verdade que o tributário estar alicerçado em desacordo aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, pois apesar do contribuinte ter afirmado que não teria recebido cópia de todos os elementos que embasaram a autuação, ao analisar os elementos acostados aos autos, observei que consta nos referidos documentos e demonstrativos a declaração expressa o próprio sujeito passivo que recebeu cópia dos mesmos. Ademais, às folhas 13 e 14 dos autos, constam declarações do contribuinte comprovando o recebimento de cópia de todos os documentos e demonstrativos que embasaram a autuação. Tais provas evidenciam que o direito da ampla defesa e do contraditório foi assegurado ao sujeito passivo.

De igual modo, o direito a apreciação da prova também foi garantido ao autuado, uma vez que recebeu todos os elementos que embasaram a autuação, restou comprovada garantia do referido direito, possibilitando ao contribuinte, no prazo legal previsto para defesa, 30 dias, apreciar detalhadamente os demonstrativos e documentos, caso assim, houve interesse.

Em todas as infrações consignadas no Auto de Infração há previsão legal, para embasar a autuação, conforme consta no campo específico da peça acusatória, ou seja, no campo denominado “Enquadramento”.

Assim, entendo que as argüições de nulidade, levantadas em caráter geral em relação ao Auto de Infração, foram afastadas. Quanto as preliminares argüidas pela defesa ao tratar do mérito de cada infração, serão tratadas quando da apreciação das referidas infrações.

Na infração 01 é imputado ao autuado lançamento o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, em caso de erro da aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88. Consta ainda da acusação que o contribuinte não discrimina as respectivas Notas Fiscais nos DAE's de antecipação tributária, efetuando o recolhimento de maneira global por período, não apresentando demonstrativo analítico, razão pela qual apurou o valor devido mensalmente, conforme demonstrativos acostado aos autos.

Em sua defesa o autuado alega que verificou nos demonstrativos que lhe foram apresentados que não constam as deduções de todos os pagamentos efetivamente efetuados pelo impugnante, gerando uma diferença a pagar muito superior à efetivamente devida. Tal alegação não é capaz de elidir a autuação, uma vez que o autuado recebeu cópia dos demonstrativos detalhados do levantamento fiscal, assim, deveria apontar de forma objetiva os supostos valores não considerados, indicado a data dos supostos recolhimentos, acostando cópia dos referidos documentos e não simplesmente negar o cometimento da infração.

Devo ressaltar que o art. 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 art. 143, do mesmo regulamento.

Também não pode ser acolhida a alegação defensiva que, por exercer a atividade atacadista, a M.V.A. deveria ser de 30%, uma vez que as mercadorias foram adquiridas juntas a estabelecimentos industriais, sendo correta a aplicação da M.V.A. de 40%. Somente seria devida a margem de valor agregado pleiteada pelo sujeito passivo, se as aquisições fossem realizadas junto a estabelecimentos comerciais atacadistas, o que não é o caso em tela.

Pelo acima exposto, entendo que houve motivação para a constituição do lançamento tributário em lide, não vendo razão para nulidade da infração em tela, com argüiu o autuado.

Em relação a notas fiscais obtidas mediante o programa CFAMT, 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 o Conselho de Fazenda entende 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 fornecedor ou comprovante do transportador, como alegou o autuado.

Logo, entendo que a infração em tela restou caracterizada.

Na infração 02 é imputado ao autuado a falta de recolhimento do ICMS, “em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”, relativa as aquisições de brindes.

O autuado registrou as aquisições de brindes como operação não tributada.

Entendo que a argüição de nulidade não pode ser acolhida, uma vez que a descrição da infração foi realizada de forma satisfatória o que possibilitou ao autuado entender que a mesma decorre do registro de operações com brindes declaradas como não tributada, tendo o autuado se defendido do fato.

No mérito, de acordo com o art. 565, incisos I e II, o contribuinte que adquirir brindes para distribuição direta a consumidor ou usuário final deverá lançar a Nota Fiscal emitida pelo fornecedor no Registro de Entradas, com direito a crédito do imposto destacado no documento fiscal e emitir, no ato da entrada da mercadoria no estabelecimento, Nota Fiscal com lançamento do imposto, incluindo no valor da mercadoria adquirida o IPI eventualmente lançado pelo fornecedor e fazendo constar, no local destinado à indicação do destinatário, os mesmos dados do emitente da nota fiscal, bem como a seguinte expressão no corpo do documento fiscal:

“Emitida nos termos do art. 565 do RICMS-BA”, procedimento que não foi observado pelo autuado, uma vez que declarou que estava realizando operação não tributada.

Logo, entendo que a infração em tela restou caracterizada.

Na infração 03 é aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória, decorrente da imputado ao autuado 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 limitada a 1% (um por cento) das saídas do estabelecimento em cada período, conforme Demonstrativo Mensal acostado aos autos, baseado nas informações contidas nas DMA's.

Em sua defesa o contribuinte lembra que o *caput* do artigo 708-B do RICMS/BA prevê que o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de sua movimentação na forma do Convênio 57/95. Se os arquivos magnéticos forem incompletos ou em padrão diferente do previsto na legislação em vigor, como descreve a autuante, deveria o contribuinte, sob pena de nulidade, ter sido intimado na forma do § 5º do artigo 708-B, que prevê: que o contribuinte terá o prazo de 30 dias úteis contados da data do recebimento da intimação para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo para tanto a autuante apresentar Relatório de Inconsistências, objetivando a retificação total de arquivo, o que não teria sido observado pela fiscalização, tendo transcrita a Ementa do Acórdão nº 0159-12/05, para embasar sua alegação de nulidade.

Ocorre que a autuante adotou os procedimentos previsto nos dispositivos acima mencionados, ou seja, intimou o sujeito passivo na forma prevista no § 5º do artigo 708-B, concedendo o prazo de 30 dias para correção das inconsistências, tendo entregue relatório das mesma. Entretanto, o autuado não adotou as providencias para regularização, sendo devida a multa aplicada. Sendo totalmente diferente da situação consta do Acórdão citado pela defesa.

Logo, entendo que a infração em tela é procedente.

Na infração 04 é imputado ao autuado deixar de apresentar o livro fiscal Registro de Saída devidamente escriturado, quando regularmente intimado.

A infração em tela não foi impugnada pelo autuado, razão pela qual, entendo que houve o reconhecimento tácito da mesma. Logo, restou caracterizada.

Diante do 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 206882.0906/07-7, lavrado contra **DISBEM DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.161.856,18**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, I, “b”, e 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\$120.165,39**, prevista nos incisos XIII-A, “i” e XX, “b” do mesmo artigo, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JUGADOR