

A. I. Nº - 293259.0103/08-0
AUTUADO - PORTO MIX COM. DIST. DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ RAIMUNDO RIBEIRO DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 25/11/2008

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0341-03/08

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. Infração subsistente. 2. ARQUIVO MAGNÉTICO. a) 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. b) APRESENTAÇÃO DO ARQUIVO MAGNÉTICO SEM A TOTALIDADE DAS OPERAÇÕES. MULTAS. De acordo com o RICMS o contribuinte que utiliza o sistema de processamento de dados para emissão de documentos fiscais, está obrigado a apresentar o arquivo magnético contendo a totalidade das operações. O autuado não apresentou a totalidade das operações, restando inconsistente o arquivo apresentado. Restou comprovado que o autuado não atende as exigências do Decreto nº 9.426/05 para dispensa de apresentação dos arquivos magnético, pois é usuária de SEPD, emite nota fiscal, escritura livros fiscais e emite cupom fiscal.. Infrações subsistentes. 3. 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. Infração subsistente. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 31/03/2008, foram imputadas ao sujeito passivo as infrações que seguem:

- 1- Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação, sendo exigido o valor de R\$32.839,69 e aplicada a multa de 60%;
- 2- Forneceu informações através de arquivos magnéticos, exigidos na legislação tributária estadual, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, sendo

aplicada a multa no valor de R\$44.228,73, limitada a 1% do valor das saídas do estabelecimento em cada em cada mês no período apurado de janeiro a setembro de 2005;

3- Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, sendo aplicada a multa de 1%, que resultou na exigência do valor de R\$109.331,54, no período apurado de outubro de 2005 a dezembro de 2006;

4- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entrada de mercadorias não registradas, sendo exigido o valor de R\$24.593,53 e aplicada a multa de 70%.

Constam dos autos: intimações para entrega de documentos e livros fiscais e arquivos magnéticos: fl.08, - 24/07/07, fl. 09 16/10/07, para entrega de arquivos magnéticos com prazo de 30 dias - 03/08/07, fl. 10, fl.16, 05/12/07, com prazo de 30 dias, para fornecimento de relatório de inconsistências dos arquivos magnéticos, fl. 17 – fls. 11 e 15, relação de arquivos recepcionados, recibo de entrega das notas fiscais capturadas pelo CFAMT, fl. 78, notas fiscais capturadas pelo CFAMT, fls. 28 a 61, demonstrativos de apuração da infração 04 - fls. 26 e 27, demonstrativos de apuração infração 01 - fls. 22 e 23 e demonstrativo de apuração infrações 02 e 03 - fls. 24 e 25.

O autuado por meio de seu advogado, devidamente constituído, fl. 84, impugna, tempestivamente, o presente Auto de Infração, fls. 85 a 92, aduzindo as seguintes argumentações.

Infração 01 - Afirma que o autuante procedeu à um levantamento equivocado. Diz que em virtude de extravios de alguns documentos de arrecadação não pode comprovar diversos pagamentos realizados e que resultaram nos créditos fiscais devidamente apropriados pela empresa. Atribui a esse extravio à constatação equivocada da fiscalização de utilização a maior de crédito fiscal, quando na verdade os créditos utilizados se referiram a efetivos recolhimentos. Ressalta que caberia ao autuante, diante dos extravios de seus documentos de arrecadação, confrontar os valores dos créditos com seus extratos de recolhimentos através do sistema informatizado da SEFAZ, para verificar se nos meses considerados não ocorreram os recolhimentos que resultou no crédito fiscal apropriado a maior e exigido nessa infração. Pede que a infração seja julgada improcedente.

Infrações 02 e 03 - Diz que o Auto de Infração impõe multas no valor global de R\$247.437,26, referentes aos exercícios de 2003 e 2004, em virtude da alegada falta de fornecimento de arquivos magnéticos, inclusive, do registro 54 do Sintegra. Ressalta ser impossível juridicamente a aplicação das referidas multas, tendo em vista que antes da lavratura do Auto de Infração foi publicado o Decreto Estadual nº 9.426 de 17/05/2005, o qual transcreve à fl. 87, dispensando os usuários de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados – SEPD, no período de 1º de janeiro de 2000 até 31 de dezembro de 2005, da entrega dos citados arquivos magnéticos. Observa que no caso em apreço, encontra-se exatamente enquadrado nas situações descritas no referido decreto, já que sua situação se adequa às disposições contidas no art. 3º, inciso I, alínea “a”, por isso estaria dispensados legalmente de apresentar ao Fisco os arquivos magnéticos, ora exigidos. Transcreve o art. 106 do CTN, para corroborar seu argumento, aduzindo que como se trata de fato ainda não definitivamente julgado, a hipótese é de ser aplicada ao presente caso, já que, consoante os estritos termos da lei tributária, somente não seria aplicável a retroação benigna se o caso já tivesse sido definitivamente julgado. Ressalta ainda o autuado a redação da alínea “a” do inciso I, “ que utilize SEPD exclusivamente para emissão de cupom fiscal”. Pois, afirma que era, exatamente o seu caso, vez que, apesar de possuir autorização para operar com o sistema, somente utilizava para emissão de cupom fiscal, esclarecendo que a norma não exige autorização, mas, sim, de que se utilize. Conclui requerendo a improcedência dessa infração, sob a alegação de que, mesmo autorizado para outros fins, somente utiliza o SEPD para emissão de cupom fiscal e por consequência está enquadrado na dispensa estatuída pelo referido decreto.

Infração 04 - Afirma que a constatação da existência de notas fiscais oriundas de postos fiscais ou arrecadas em empresas fornecedoras, sem o devido registro na escrita fiscal indica apenas a possibilidade de ilícito tributário, ou seja, tal indício, por si só, não se constitui em ilícito

tributário. Transcreve definição de presunção do tributarista Roque Antônio Carrazza para corroborar sua argumentação. Ressalta que é necessário que o fisco comprove a efetiva entrada das mercadorias em seu estabelecimento, como é o caso de levantamento quantitativo de estoques, nesses casos, sim, estando corretos os levantamentos a prova é inequívoca. Enfatiza que, comprovar a existência da ocorrência que provocará a imposição tributária é um dever incontornável, pois agindo diversamente, estar-se-ia exigindo do contribuinte a produção de prova negativa. Observa que, nesse caso, a inversão do ônus da prova compromete o Princípio da Segurança Jurídica. Ressalta que no caso de omissão de entradas, quando se tratar de estabelecimento com regime de tributação antecipada é impossível aplicar-se a presunção pretendida, pois, jamais ocorrerá a omissão de saídas das mercadorias correspondentes, vez que, estas sairão, sempre, com tributação já antecipada. Aduz ainda que no caso de empresas com tributação antecipada, a falta de registro de entradas de mercadorias, resultará sempre em prejuízo ao contribuinte e nunca para o Estado, posto que, sendo a saída irremediavelmente registrada, o contribuinte é que estará pagando mais imposto, pois não terá a possibilidade de se creditar pelo imposto das entradas não registradas. Revela que deve ser observado, caso existisse a presunção de saídas de mercadorias, terminar-se-ia por violentar o princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS, tendo em vista que se deixou de conceder o crédito do imposto destacado nas aludidas notas fiscais.

Conclui o autuado requerendo a improcedência do Auto de Infração.

Ao prestar informação fiscal, fls. 99 a 101, o autuante, depois de transcrever as infrações e reproduzir as razões de defesa apresentadas pelo autuado, alinha as ponderações a seguir sintetizadas.

Infração 01 – Afirma que os valores pagos referentes ao ICMS devido por antecipação parcial pela autuada foram obtidos exatamente do Sistema de Arrecadação da SEFAZ. Acrescenta que, conforme demonstrado à fl. 22, cujos valores recolhidos estão totalizados mensalmente no demonstrativo à fl. 23, restou caracterizado que o autuado se creditou em valor maior do que o efetivamente recolhido.

Infrações 02 e 03 – Observa que o autuado não se encontra entre os usuários de processamento de dados SEPD dispensados da entrega dos arquivos, tendo em vista que a dispensa não se aplica, aos casos em que os contribuintes possuem autorização para emitir nota fiscal por processamento de dados. Ressalta que não procede a alegação do autuado de que apenas utiliza o Sistema de Processamento de Dados para emitir cupom fiscal. O autuado tem autorização e, de fato, emite nota fiscal por processamento de dados, conforme prova o documento à fl. 76, ou seja, a nota fiscal de nº 19.704 emitida pelo autuado por processamento de dados. Esclarece ainda o Decreto 9.426/2005 não dispensou os contribuintes que emitem nota fiscal por processamento de dados, pois, o autuado é usuária de SEPD, emite nota fiscal, escritura livros fiscais e emite cupom fiscal. Ressalta que intimou o autuado, em 03/08/2007, conforme documento, à fl. 10, informando que os arquivos do período de 10/2005 a 12/2006 não foram transmitidos, enfatizando que alertou no campo “Observações” que a empresa estava obrigada a apresentar o registro 54. Diz que fez outra intimação em 05/12/2007, fl. 16, cobrando novamente a entrega dos arquivos do período de 10/2005 a 12/2006, solicitando, inclusive que fossem feitas correções nos arquivos do período de 01/2005 a 10/2005, pois os mesmos foram transmitidos com omissões de informações. Informa que junto com a intimação de 05/12/2007, entregou cópia do demonstrativo da auditoria realizada nos arquivos transmitidos, por ter detectado inconsistência nos valores das entradas e das saídas, conforme documento à fl. 17. Por fim, esclarece que em todas as intimações concedeu o prazo legal de trinta dias úteis para que a autuada sanasse as irregularidades. A autuada não regularizou a situação.

Infração 04 – Diz que a legislação prevê que, em relação às aquisições de mercadorias, a escrituração deve ser efetuada no livro Registro de Entradas, por ordem cronológica, e os lançamentos devem ser feitos documento por documento, haja vista que o mencionado livro se

destina a registrar as entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento - art. 322, do RICMS-BA/97. Pontifica que de acordo com o art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96, a ocorrência de entradas de mercadorias não contabilizadas autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Assevera que as notas fiscais anexadas aos autos, fl. 28 a 61, servem de prova material da aquisição das mercadorias nelas constantes, e foram obtidas através do Sistema de Controle de Mercadorias em Trânsito - CFAMT. Ressalta ainda que, todas as notas fiscais foram emitidas por fornecedores habituais do autuado, cujas mercadorias adquiridas estão inseridas no rol dos produtos por ele comercializados, e os elementos identificadores do destinatário nelas consignados identificam claramente seus dados cadastrais constantes do CAD-ICMS-BA, tais como, Razão Social, Endereço, Inscrição Estadual e CNPJ. Redargui que não procede a alegação defensiva de que somente trabalha com mercadorias antecipadas, tendo em vista que grande parte de seu movimento econômico é de mercadorias com saída tributada, enfatizando que a lei estabelece que a falta de registro de entrada de mercadorias autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Informa que no exercício de 2005 as entradas de mercadorias tributadas do autuado alcançaram R\$3.501.661,34 e as entradas com mercadoria isentas ou não tributadas ou antecipadas perfizeram o total de R\$3.272.388,40. Esclarece que em relação à utilização do crédito fiscal relativo ao imposto destacado nas notas fiscais que embasam a Auto de Infração, o autuado deverá proceder de acordo o estabelecido no art. 101 do RICMS/BA, que estabelece procedimento próprio para o creditamento extemporâneo, observado o prazo decadencial.

Conclui o autuante mantendo a ação fiscal.

VOTO

Através do Auto de Infração em lide, foram imputadas ao sujeito passivo 04 infrações distintas: 01 - Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação; 02 - forneceu, através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações; 03- deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas e 04 - omissão de mercadorias tributáveis apurada através de entrada de mercadorias não registradas.

Em relação à infração 01, o autuado argumenta que a fiscalização equivocou-se pelo fato de ter sido extraviado diversos documentos de arrecadação, e por esse motivo é que foi constatada a diferença apurada pela fiscalização indicando a utilização a maior de crédito fiscal, quando na verdade os créditos utilizados decorreram de efetivos recolhimentos. Assevera que caberia ao autuante, diante dos extravios de seus documentos de arrecadação, confrontar os valores dos créditos com seus extratos de recolhimentos através do sistema informatizado da SEFAZ.

O autuante informa que os valores recolhidos apontados nos demonstrativos de apuração das diferenças encontradas, fls. 22 e 23, foram extraídos do Sistema de Arrecadação da SEFAZ.

Da análise dos elementos constantes dos autos, relativos a essa infração, verifico que as diferenças apuradas pela fiscalização e discriminadas nos demonstrativos que fundamentam essa infração restaram devidamente comprovadas, portanto, a simples alegação da defesa de que teve alguns de seus documentos de arrecadação extraviados é insuficiente para elidir a infração. Ademais a referida alegação em nada afetou o levantamento fiscal, vez que os recolhimentos considerados pelo autuante foram, justamente, obtidos no sistema de arrecadação da SEFAZ, o que significa dizer, que os recolhimentos efetivamente realizados pelo autuado e ingressados na arrecadação foram considerados. Portanto, não tendo o autuado carreado aos autos comprovação alguma de sua alegação para de forma inequívoca contraditar o levantamento fiscal, considero caracterizada a infração 01 do Auto de Infração.

Quanto às infrações 02 e 03, que exige multa em decorrência da entrega com omissão de dados e a falta de entrega de arquivos magnéticos mediante intimação específica, verifico que essas

infrações foram devidamente instruídas, pois, tanto a comprovação do cometimento, bem como os demonstrativos de apuração e débito encontram-se acostados aos autos.

Em sua defesa o autuado não contesta o cometimento das infrações, entretanto invoca tão-somente a aplicação da retroatividade benigna prevista no art. 106 do CTN, invocando a dispensa prevista no Decreto 9.426/2005.

Portanto não procede a alegação de que a autuada apenas utiliza o Sistema de Processamento de Dados para emitir cupom fiscal, pois o autuado além de possuir autorização, de fato emite nota fiscal por processamento de dados, conforme prova o documento à fl. 76 - nota fiscal de nº 19.704 emitida pela autuada, bem como escritura livros fiscais por processamento de dados, fls. 62 a 75. Por isso concluo que a autuada é usuária de SEPD, emite nota fiscal, e livros fiscais e cupom fiscal. Não se enquadrando, portanto nos requisitos de dispensa exigidos pelo decreto.

Como se depreende da transcrição do aludido dispositivo legal que não dispensou os contribuintes que emitem nota fiscal por processamento de dados.

Art. 3º Os usuários de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados – SEPD, ficam dispensados, no período de 1º de janeiro de 2000 até 31 de dezembro de 2005, da entrega, em arquivo magnético, das seguintes informações:

I - das exigidas no Capítulo I do Título IV do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997, tratando-se de contribuinte:

- a) que utilize SEPD exclusivamente para emissão de cupom fiscal;*
- b) inscrito no CAD-ICMS na condição de empresa de pequeno porte;*

II - dos Registros 60 R e 61 R, tratando-se de contribuintes que utilize SEPD somente para emissão de cupom fiscal e escrituração de livros fiscais;

Parágrafo único. O tratamento previsto neste artigo não autoriza a restituição ou compensação de importâncias já recolhidas por descumprimento das obrigações acessórias dispensadas.

Agiu, portanto, corretamente o autuante quando exigi a multa em consonância com o descumprimento da obrigação acessória.

Por tudo isso, por entender que é descabida aplicação do aludido decreto ao presente caso, tendo em vista que restou comprovado nos autos que o autuado não atende às exigências nele contidas para a dispensa de entrega dos arquivos magnético no período fiscalizado, considero subsistentes as infrações 02 e 03.

No que diz respeito à infração 04 que cuida da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entrada de mercadorias não registradas. As cópias das notas fiscais que fundamentaram a apuração da presunção omissão de saídas encontram-se colacionadas aos autos às fls. 28 a 61, foram entregues ao autuado, fl. 78.

O autuado insurge-se da acusação fiscal sob o pretexto de que somente as notas fiscais que tem seus dados cadastrais como destinatários coletadas pelo CFAMT é insuficiente para recair sobre ele a exigência fiscal. Entende ser necessário que o fisco comprove que as mercadorias constantes das notas fiscais, efetivamente, ingressaram em seu estabelecimento.

A legislação prevê que em relação às aquisições de mercadorias, a escrituração deve ser efetuada no Registro de Entradas, haja vista que o mencionado livro se destina a registrar as entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento, art. 322, do RICMS-BA/97, e de acordo com o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, a ocorrência de entradas de mercadorias não contabilizadas autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

Ressalto que considero as provas constantes dos autos suficientes de que tais mercadorias foram enviadas e, por conseguinte, foram entregues, pois se tratam de vias das notas fiscais consignando número do pedido, número da duplicata mercantil, dados do transportador e todos os dados cadastrais do autuado na condição de adquirente dos produtos, emitidas por fornecedores contumazes e consignando mercadorias condizentes com seu ramo de atividade comercial.

Assim, entendo que a destituição dessas provas, devidamente coligidas nos autos, somente pode ocorrer com contraprova do próprio contribuinte. Aliás, esse tem sido o entendimento do CONSEF, consoante reiteradas decisões, a exemplo os Acórdãos CJF, 094-12/07, 105-11/07 e 199-11/07, nos quais consideram como comprovação da aquisição e entradas das mercadorias no estabelecimento, as notas fiscais constando os dados cadastrais do destinatário e capturadas pelo CFAMT nos postos fiscais, ou seja, no trajeto para o estabelecimento do contribuinte.

Em relação à pretensão do autuado relativa ao direito de utilizar os créditos constantes das notas fiscais em questão, verifico que não é cabível, tendo em vista que a exigência fiscal não decorreu das operações lastreadas nas aludidas notas fiscais, e sim, na omissão de receitas oriunda do fato de não terem sido elas devidamente registradas. Portanto, no presente caso, não há que se falar, em utilização do crédito constantes das notas fiscais e muito menos em ofensa ao princípio da cumulatividade do ICMS. Entretanto, recolhendo o débito apurado no presente Auto de Infração, poderá o autuado, consoante previsão estatuída no art. 101 do RICMS-BA/97, utilizar os referidos créditos devidamente escriturados.

Quanto à alegação de forma superficial, subjetiva e sem qualquer comprovação aduzido pelo autuado de que por se tratar de “estabelecimento com regime de substituição antecipada” é impossível aplicar-se a presunção, ora em lide, e que, por isso a autuação é improcedente, contato que caso tivesse carreado aos autos comprovação efetiva da condição alegada poder-se-ia aplicar a proporcionalidade prevista na Portaria nº 56/07. Entretanto, restou inviabilizada a análise dessa matéria, ante a total ausência, nos autos, de elementos comprobatórios da alegação apresentada que estão na posse do próprio contribuinte e poderiam ser colacionados aos autos, conforme estabelece o art. 123 do RPAF/99.

Portanto, não tendo o autuado comprovado a improcedência da presunção legal, ora em lide, a teor do art. 4º da Lei nº 7.014/96, e como restou evidenciado nos autos a falta de registro das notas fiscais de entradas, considero subsistente a infração 04.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração 293259.0103/08-0, lavrado contra **PORTO MIX COMÉRCIO E DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor R\$57.433,22, acrescido das multas de 60% sobre R\$32.839,69 e de 70%, sobre R\$24.593,53, previstas, nos incisos VII e III, do art. 42 da Lei nº. 7014/96, e das multas por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$153.560,27**, previstas, respectivamente, nas alíneas “f” e “g” do inciso XIII-A, do referido diploma legal e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2008.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA