

A. I. N.º - 102148.0028/07-7  
AUTUADO - PBKIDS BRINQUEDOS LTDA.  
AUTUANTES - MARCOS VENÍCIUS BARRETO MAGALHÃES  
ORIGEM - INFRAZ VAREJO  
INTERNET - 13. 11. 2008

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N.º 0380-01/08**

**EMENTA:** ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A multa em discussão decorre do fato de o contribuinte não ter informado o chamado “Registro 54” do exercício de 2005. Rejeitadas as arguições de nulidade. Não ficou demonstrado que houve cerceamento da defesa, ou mesmo foi comprovada a entrega do aludido registro. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 10% e de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações acatadas pelo autuado. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 4. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS NÃO COMPROVADAS. Não foram atendidas as condições previstas no RPAF/BA, para certificação da ocorrência das devoluções. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/03/2008, traz a exigência do ICMS, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 78.340,13, conforme infrações a seguir imputadas:

Infração 01 – deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Multa no valor de R\$ 46.760,64, relativo ao exercício de 2005;

Infração 02 - deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 700,35, relativo ao mês de março de 2005;

Infração 03 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias não sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 95,48, relativa aos meses de março, abril, julho, novembro e dezembro de 2005;

Infração 04 - deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 78,76, acrescido da multa de 60%, relativo aos meses de janeiro, março e novembro de 2005;

Infração 05 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS a título de devolução de mercadorias, efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação. ICMS no valor de R\$ 30.712,88, acrescido da multa de 60%, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2005.

O autuado, às fls. 304 a 318 dos autos, apresenta a impugnação ao auto de infração, alegando a improcedência da infração 01, tendo em vista que, apesar da autoridade fiscal afirmar que o impugnante teria apresentado os arquivos magnéticos sem o registro 54, com a oportunidade para retransmitir os dados com a devida retificação, o que não teria sido feito, segundo o autuado, revela-se em equívoco, haja vista não ter havido a falta da apresentação dos arquivos magnéticos, uma vez que os mesmos foram devidamente encaminhados à autoridade fazendária. Argumenta que após a intimação efetuada em 14/01/2008, e, com a prorrogação de prazo para o dia 28/02/2008, houve nova transmissão dos arquivos magnéticos, com todas as informações devidas.

Assevera que, se, por acaso, houve algum equívoco quanto da retransmissão dos dados, não foi em razão da vontade do autuado.

Entende que a imputação tributária é elidida na sua presunção face à comprovação de que tais arquivos foram sim enviados, conforme confessa a Auditoria Fiscal e que tal imputação não teria sequer sido imposta se quando do momento da fiscalização a Auditoria Fiscal estivesse imbuído do senso investigativo e fiscalizatório, e não unicamente do ofício de promover a lavratura do Auto de Infração.

Alega que não falha nos recolhimentos dos seus impostos e requer diligência fiscal/perícia no estabelecimento da autuada a fim de constatar a verdade material dos fatos e a inocorrência de fato gerador da imputação fiscal em apreço.

Consigna que estão à disposição da Fazenda Pública, para realização de DILIGÊNCIA FISCAL, in loco, todos os documentos fiscais da impugnante que deram ensejo à alegação fiscal de omissão de apresentação dos registros contidos nos arquivos magnéticos.

Alega que se trata de mero erro material que não enseja prejuízo ao erário, nem decorre de má-fé da Impugnante.

Por fim, requer o benefício contido no comando do art. 915, § 4º, que de maneira clara aduz que as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelos órgãos julgadores administrativos, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Argumenta que não pode ser penalizada pois não causou qualquer prejuízo ao Erário. O ICMS sobre todas as saídas de mercadorias efetivadas foi acompanhada de respectivo recolhimento fiscal.

Aduz que os Agentes Fiscais quando das fiscalizações e que eventualmente apurem possíveis equívocos de escrituração, devem concluir o Mandado de Procedimento Fiscal, pela orientação ao contribuinte para que corrija a sua escrituração dentro dos parâmetros exigidos pelas normas contábeis, facultando-lhe prazo para tanto.

Entende que, por mais que assuma caráter punitivo, a multa não pode gerar a incapacidade de agir economicamente, deveria ela ser antes proporcional e corresponder a um valor compatível com a realidade dos fatos. Portanto, lembra que a nossa Carta Magna, em seus artigos 145, § 1º, e 150, IV, prescreve a vedação do confisco que, embora dirigidos literalmente aos impostos, se espalham por todo o sistema tributário, atingindo por inteiro o crédito tributário na sua acepção mais lata, vinculando, por isso, inclusive a seara previdenciária.

Cita o mestre Aliomar Baleeir e faz referência à decisões dos tribunais brasileiros, inclusive o Supremo Tribunal Federal, têm excluído multas em casos especiais. (Ver S.T.F.R.E. n.º 55.906, Galotti, 27-5-65, Pleno, R.T.J., 33/647; R.E. n.º 57.904, Lins, 25-4-66, 1a Turma, R.T.J., 37/296; 28 Turma: Ag. N.º 40.319, 22-8-67; R.E. n.º 60.476, Lins, 28-11-67; R.E. n.º 60.902, Baleeiro, 7-3-67; R.E. n.º 61.160, Lins, 19-3-68, R.T.J., 44.661; R.E. n.º 60.964, Baleeiro, 7-3-67, R.T.J., 41/55)".

Conclui por restar clara e explicitamente configurado o caráter confiscatório e abusivo da aplicação da multa, que chega a valores exorbitantes, motivo pelo qual devem ser corrigidas como ora se requer.

Com relação às infrações 02, 03, e 04, reconhece a pertinência das imputações.

Quanto à infração 05, argumenta que houve equívoco ou falta de bom senso da fiscalização, haja vista que de todas as devoluções verificadas pelo nobre auditor, foram emitidas as respectivas notas fiscais de entrada, com os consumidores finais e itens de mercadorias devidamente identificados, e, ainda, devidamente escriturados na escrita fiscal do contribuinte, fato devidamente comprovado pela auditoria fiscal.

Entende que se houvesse uma investigação maior a exigência tributária não teria sido efetuada.

Requer diligência fiscal e contábil no estabelecimento da autuada, assim como apresentar prova testemunhal dos consumidores finais por livre escolha dessa secretaria, a fim de constatar a verdade material dos fatos, através dos respectivos lançamentos contábeis registrados nos livros do contribuinte, tais como o livro Razão e o Livro de Inventário, e a inocorrência de fato gerador da imputação fiscal em apreço.

Traz a lume, neste diapasão, entendimento do prof. Roque Carrazza, ao discorrer sobre o tema: "Assim, não cabe ICMS, quando simplesmente as mercadorias saem do estabelecimento comercial e a ele retornam, por não se ter concretizado, na compra e venda, a imprescindível tradição" (in, ICMS, 48 Ed., Malheiros, p. 44).

Por fim, requer que seja julgado improcedente e cancelado o presente Auto de Infração, face às irregularidades antes elencadas, com a imprescindível declaração de inexistência da pretensa relação jurídica obrigacional, ficando a Impugnante exonerada do liame tributário em discussão.

O autuante, às fls. 335 a 337, apresenta a devida informação fiscal, asseverando, quanto a infração 01, que no dia 14/01/2008 foi realizada a primeira intimação para apresentação dos arquivos magnéticos do exercício de 2005, visto que foi observado a falta dos registros 54, 60A, 60M e 74, conforme consta das intimações às fls. 18 e 19 dos autos, onde estão os relatórios indicando a falta dos aludidos arquivos. Afirma que após esta intimação o autuado solicitou prorrogação do prazo de entrega dos arquivos e o Inspetor autorizou para 28/02/2008.

Assevera o autuante que, disto destes fatos e, considerando que se verificou que o registro 54, continuou não sendo apresentado, conforme consta do Relatório dos Totais por Registro do SINTEGRA, às fls. 55 a 63, inviabilizando o levantamento quantitativo por espécie de mercadoria, razão pela qual lavrou o Auto de Infração, exigindo a multa, conforme art. 42, inciso XIII-A, "g", da Lei 7014/96, e artigos 686 e 708-B DO RICMS-BA.

Registra que, em relação às infrações 02, 03 e 04, o autuado reconheceu a imputação.

Quanto à infração 05, argumenta que o autuado efetuou devoluções sem constar a declaração de devolução do consumidor final, o número da nota fiscal ou cupom fiscal de venda ao consumidor, além de não ter adicionado a própria nota fiscal ou cupom fiscal que deu origem a venda ao consumidor. Assim, entende que, uma vez não atendida estas condições previstas no RICMS/BA, não caberia a utilização dos respectivos créditos.

## VOTO

O presente Auto de Infração traz a exigência tributária, relativa à imputação de 05 infrações, das quais são combatidas apenas as infrações 01 e 05, visto que as demais o autuado reconhece as respectivas imputações.

Ficam, preliminarmente, rejeitadas as nulidades argüidas direta ou indiretamente pelo autuado, uma vez que a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, bem como foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa; foram obedecidos os prazos previstos legalmente e a intimação efetuada para a apresentação dos arquivos magnéticos constam dos autos. Assim, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal.

O impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os elementos que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual. Assim, não havendo óbice à manifestação da defesa e com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, não necessidade de análise contábil ou fiscal, bem como a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a se produzir.

As alegações de que as multas aplicadas têm caráter confiscatória ou ferem o princípio da proporcionalidade ou mesmo da razoabilidade, não cabe pertinência. É importante lembrar que o art. 150, IV da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Alinho meu entendimento ao da Professora Mizabel Derzi, em notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7º edição, à fl. 519, quando afirma que o referido dispositivo constitucional não impede, entretanto, a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissão que trouxe danos ao fisco, prejudicando os superiores interesses da coletividade.

Observo que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos, não só à aplicação das aludidas multas, como também em relação aos atos normativos considerados constitucionais pelo autuado, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Em relação à infração 01, que imputa multa ao sujeito passivo por falta de apresentação de arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, verifico caber razão para tal exigência, visto que, conforme afirma o autuante, o sujeito passivo foi intimado no dias 14/01/2008 para apresentação dos arquivos magnéticos do exercício de 2005, visto que foi observado a falta dos registros 54, 60A, 60M e 74 (que já deveriam ter sido apresentados, no momento próprio, em sua completude), conforme consta das intimações às fls. 18 e 19 dos autos, onde estão os relatórios indicando a falta dos já mencionados registros. Na presente intimação foi concedido o prazo de 30 dias para que o autuado apresentasse tais arquivos. O autuado solicitou prorrogação do prazo de entrega e o Inspetor autorizou para 28/02/2008. Neste prazo foram entregues os arquivos faltando o registro 54, conforme consta do Relatório dos Totais por Registro do SINTEGRA, ÀS FLS. 55 à 63.

Diante de tais fatos, considero que foi oferecido ao autuado um prazo até maior do que fixado no art. 708-B do RICMS/BA, que é de apenas 05 dias para a entrega dos arquivos magnéticos. Assim, além de o autuado solicitar a ampliação do prazo para entrega dos arquivos que já tinham sido fornecidos faltando os já mencionados registros, apresentou os arquivos sem o registro 54, indispensável ao roteiro de fiscalização de levantamento quantitativo por espécie de mercadoria,

que, considerando a atividade do autuado “comercio varejistas de brinquedos e artigos recreativos”, tem grande importância para a verificação da completa satisfação da exigência tributária. Razão pela qual, não considero pertinente o acolhimento da redução da multa aplicada, bem como verifico que é pertinente à exigência relativa à infração 01, tendo em vista as obrigações albergadas nos artigos 686 e 708-B do RICM/BA. Cabendo a aplicação da multa prevista o art. 42, inciso XII-A, aliena “i”, da Lei 7014/96, alterada pela Lei 10847/07.

As infrações 02, 03 e 04 que tratam respectivamente: 1- entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal; 2- entrada no estabelecimento de mercadorias não sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal; e recolhimento a menos ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, foram reconhecidas as respectivas imputações em sua defesa, conforme consta à fl. 315 dos autos. Considerando que não há óbices legais a suas exigências, considero-as procedentes.

Quanto à infração 05 - utilização indevidamente crédito fiscal de ICMS a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação, não resta duvidas quanto ao acerto da imputação, pois o autuado não demonstrou que efetuou as devoluções com a declaração do consumidor final, o número da nota fiscal ou cupom fiscal de venda ao consumidor, além de não ter adicionado a própria nota fiscal ou cupom fiscal que deu origem a venda ao consumidor. Considero o não atendimento das aludidas condições um elemento de fragilização do sistema de controle implantado, através das obrigações acessórias, por atos normativos, visando assegurar ao Estado a ocorrência das mencionadas devoluções, visto que as mesmas resultam em aproveitamento de crédito e, por conseguinte, a redução do recolhimento do ICMS aos cofres do Estado.

Verifico que não foi comprovado o atendimento das devidas obrigações acessórias, não assegurando ao Estado a ocorrência das aludidas devoluções, considero caracterizada a infração 05.

Voto pela Procedência total do presente Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração 102148.0028/07-7, lavrado contra **PBKIDS BRINQUEDOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$30.783,66**, acrescido da multa de 60%, prevista nos incisos II, alínea “f” e VII, alínea “a”, do art. 42 da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$47.556,47**, previstas nos incisos XIII-A, “i”, IX e XI, todos do mesmo artigo e lei, e dos acréscimos moratórios, de acordo norma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões CONSEF, 05 de novembro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR