

PROCESSO - A. I. N° 293259.1202/06-5
RECORRENTE - RONDELI & RONDELI LTDA. (SUPERMERCADOS RONDELLI)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0082-03/08
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 06/03/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0012-12/09

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. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO E PARA O ATIVO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao ativo e ao uso ou consumo do estabelecimento. Infração caracterizada. 3. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo, visando reformar a Decisão proferida pela 3ª JJF, que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual imputa ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações a legislação do ICMS:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entrada de mercadorias não registradas, durante o exercício de 2005. Valor do débito R\$66.031,11;
2. Recolhimento a menor de ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS. Valor do débito R\$15.851,17;
3. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Valor do débito R\$9.190,18;
4. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento. Valor do débito R\$2.654,28;
5. Deixou de fornecer arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Valor da infração R\$168.721,31.

O sujeito passivo inconformado com a imputação das referidas infrações, ingressou com defesa administrativa, requerendo preliminarmente a nulidade do lançamento de ofício, e no mérito pugna pela improcedência do Auto de Infração.

A JJF ao analisar as razões da defesa do autuado, afastou a preliminar de nulidade / cerceamento

de defesa, por entender que o presente Auto de Infração preenche todos os requisitos legais, não havendo qualquer macula que pudesse causar a anulação da imputação fiscal.

Quanto ao mérito da infração 1 – omissão de saídas -, aduziu que o autuado não conseguiu elidir a presunção legal, prevista no § 4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96, no qual presume a omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, quando for constatado a entrada de mercadorias não contabilizadas no estabelecimento do autuado.

No que concerne a infração 2, aduz que como o autuado não impugnou esta infração considera a mesma subsistente.

A infração 3 e 4 - antecipação parcial -, afirma que não acata as alegações trazidas pelo recorrente, uma vez que as mesmas se constituem em mera negativa de cometimento da infração, não desonerando o sujeito passivo de elidir a presunção da legitimidade da autuação. Diz que as infrações são subsistentes, *“haja vista que a legislação prevê a incidência da diferença de alíquotas em decorrência da entrada, efetuada por contribuinte do imposto, em operação interestadual iniciada em outra unidade da federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento”*.

Em relação à infração 5 – arquivos magnéticos – o julgador de Primeira Instância asseverou que: *“Considerando que o procedimento fiscal foi efetuado observando os requisitos estabelecidos na legislação, quanto à necessidade de intimação específica ao contribuinte para a necessária correção dos arquivos, conforme acima exposto, ou seja, após a constatação de inconsistências o contribuinte foi intimado para que fossem providenciados os novos arquivos a salvo das incorreções, e se as inconsistências não foram resolvidas, equivale à falta de entrega dos arquivos. Assim, concluo pela subsistência da exigência fiscal, estando a multa aplicada de acordo com a previsão regulamentar”*.

Ao final do Acórdão, afasta a preliminar suscitada e julga o Auto de Infração Procedente.

Irresignado com a Decisão proferida pela JJE, o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário, reiterando todos os termos das argumentações trazidas na impugnação apresentada em primeira instância. Tendo em vista que o recorrente praticamente reproduz no Recurso Voluntário as razões da sua impugnação, transcrevo partes do relatório elaborado pelo julgador de Primeira Instância, que destaca, com muita maestria, os principais argumentos defensivos.

“...quanto à omissão de saídas decorrente da falta de registro de notas fiscais de aquisição de mercadorias (infração 01), que o autuante deve ter colhido os documentos fiscais objeto da autuação através dos sistemas SINTEGRA e CFAMT, ou ainda, possivelmente junto a diversos fornecedores. O defendente apresenta o entendimento de que a falta de registro de notas fiscais, por si só, não pode constituir-se em ilícito tributário. Cita ensinamentos do tributarista Roque Antônio Carraza quanto à presunção legal, e diz que em relação à suposta falta de escrituração de notas fiscais no livro Registro de Entradas ou a existência de notas fiscais no sistema SINTEGRA, é necessário que o Fisco comprove a efetiva entrada das mercadorias, como ocorre no caso de levantamento quantitativo de estoques, e neste caso, o levantamento correto constitui prova inequívoca, mas não se cuidou de proceder ao mencionado levantamento, embora o autuante estivesse de posse de todos os livros e documentos fiscais que lhe permitiram, sem nenhum questionamento a sua consecução. Reafirma que o Estado deve comprovar a existência da ocorrência, ou seja, provar o efetivo ingresso das mercadorias na empresa, e agindo diversamente estar-se-ia exigindo do contribuinte a produção de provas negativas. Assim, estaria comprometendo o princípio da segurança jurídica, numa verdadeira inversão do ônus da prova. Diz que, não havendo nos autos nenhuma prova da efetiva entrada das mercadorias elencadas nas notas fiscais constantes no demonstrativo do autuante, não se poderá exigir o tributo do contribuinte autuado, salientando que o impugnante somente tomou conhecimento da existência de tais notas fiscais quando da presente autuação fiscal. Assegura que, no caso de omissão de entradas, por se tratar de estabelecimento classificado no ramo de supermercados, é impossível de se aplicar a presunção de omissão de registro de notas fiscais de entradas, haja vista que todo supermercado, por determinação legal, deve promover suas saídas através de registro em máquinas registradoras ou em equipamento emissor de cupom fiscal. Assim, ainda que o estabelecimento tenha omitido registro de entrada, jamais poderia sair sem ser oferecido à tributação, jamais gerar a presunção de omissão de saídas das mercadorias correspondentes, pois estas sairiam sempre com tributação. Por isso, entende que é improcedente a exigência fiscal, em face da impossibilidade de se lançar mão da presunção de omissão de saídas em tais casos. Prosseguindo, o defendente argumenta, ainda, que no caso de se exigir o imposto por presunção de omissão de saídas, terminar-se-ia por violentar o princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS, e neste caso, deixou-se de conceder ao autuado o direito ao crédito do ICMS destacado nas notas fiscais em questão.”

“Quanto às infrações 03 e 04, diz que os argumentos apresentados são pertinentes para descaracterizar a

infração, haja vista que os motivos são os mesmos para invocar a inaplicabilidade da presunção de omissão de saídas aos supermercados, aplicando-se também em relação à cobrança de diferença de alíquotas, em face de notas fiscais de entradas não registradas.”

“Em relação à falta de entrega de arquivos magnéticos (infração 05), o defendente alega que é impossível juridicamente a aplicação das multas. Diz que antes da lavratura do Auto de Infração, foi editado o Decreto nº 9.426, de 17/05/2005, que dispensou os usuários do Sistema Eletrônico de Processamento de Dados, nos exercícios de 2000 a 2005. O contribuinte assegura que está enquadrado nas situações descritas no citado decreto estadual, portanto, estaria dispensado legalmente de apresentar ao Fisco os ditos arquivos magnéticos, e o art. 106 do CTN estabelece a retroatividade benigna, toda vez que a lei posterior vier a abolir infração tributária. Portanto, em se tratando de fato ainda não definitivamente julgado, é hipótese de ser aplicada ao caso em exame. Apresenta o entendimento de que o julgador deve, de ofício ou a requerimento da parte, proferir a Decisão, conforme art. 462 do CPC, devendo a infração ser anulada por este órgão julgador em face a manifesta afronta ao direito legal do contribuinte. O defendente transcreve o art. 3º do mencionado Decreto 9.426/05, e diz que embora tivesse autorização para operar com o sistema, utilizava-se dele, apenas para emissão de cupom fiscal, e a norma tributária não fala em estar autorizado, mas sim, “que se utilize”, ou seja, não é autorização e, sim, a efetiva utilização ou não do sistema autorizado. Assim, entende que é improcedente este item da autuação fiscal.”

Instada a se manifestar no feito, a PGE/PROFIS opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, aduzindo, que a JJF *“...apreciou criteriosamente todos os fatos e fundamentos de direito apresentados pelo recorrente na defesa, não apontando o recorrente, agora, em sede de Recurso, qualquer fato novo que exija manifestação própria”*.

No tocante a infração 1 diz que a mesma encontra-se correta e que a alegação do recorrente de que não adquiriu mercadorias desamparadas de documentos fiscais não são suficientes para elidir a infração, isto porque nas hipóteses de sanção fiscal através de presunção legal, o ônus da prova é invertido, cabendo ao autuado colacionar as provas que julgue necessárias para elidir a imputação.

Assevera que o autuado praticamente reproduziu as razões de sua defesa e que o CONSEF tem jurisprudência consolidada no sentido de considerar as notas fiscais adquiridas no CFAMT como documento hábil para fins de embasar a acusação fiscal.

Alega que as mercadorias descritas nas notas fiscais recolhidas no CFAMT encontram-se no rol de mercadorias comercializadas pelo autuado e que os dados constantes nos citados documentos fiscais o identificam claramente.

No que se refere à alegação de que as mercadorias tiveram as suas saídas registradas no ECF aduz que é perfeitamente possível que o estabelecimento dê saída de mercadoria sem passar pelo registro da máquina, não sendo este argumento razoável para rebater o lançamento em tela, face a extensão e o equívoco desta tese.

Assevera que não há violação ao princípio da não-cumulatividade e que a JJF além de ser bem elucidativa ao decidir, orientou o recorrente de que poderá fazer a regularização de sua escrita referente às notas fiscais incluídas no levantamento fiscal, não escrituradas anteriormente e requerer a utilização extemporânea dos respectivos créditos, não havendo qualquer prejuízo ao sujeito passivo.

No tocante as infrações 3 e 4 alega que as razões de defesa não procedem, isto porque o art. 4º, XV, da Lei nº 7.014/96, determina pagamento de diferença de alíquotas de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente.

Em relação à infração 5, inicia afirmando que a exigência da multa por falta de entrega dos arquivos magnéticos, sem os registros 54 e 60R está amparada na lei, não merecendo reforma a Decisão hostilizada. Diz que a entrega dos arquivos magnéticos se justifica pela necessidade de realização de auditorias fiscais e de controles fiscais e a falta da entrega, ou sua entrega incompleta não permite se apurar se o imposto recolhido pelo contribuinte corresponde ao efetivo movimento de mercadorias e serviços com incidência do ICMS.

Afirma que o recorrente estava obrigado a apresentar os arquivos magnéticos contendo os registros 60R e 54, em que pese o autuado houvesse autorização para emitir nota fiscal por

processamento de dados, conforme o previsto no Decreto nº 9.426/2005.

Alega que no caso em análise, a SEFAZ ao perceber que os arquivos magnéticos enviados pelo Contribuinte se encontravam com inconsistências, realizou a intimação ao mesmo para que fizesse as devidas correções, no prazo de 30 dias, tendo o recorrente se quedado inerte.

Ao final diz que a imputação fiscal encontra-se absolutamente clara, devidamente tipificada e alicerçada na Legislação tributária estadual, bem como o lançamento atendeu todos os requisitos previstos no art. 39 do RPAF, não havendo qualquer motivo para reformar a Decisão hostilizada, opinando, destarte, pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O sujeito passivo ingressou com o presente Recurso Voluntário visando reformar a Decisão de Primeira Instância que julgou o Auto de Infração totalmente procedente.

Inicialmente cumpre destacar que não se verifica nos autos qualquer vício insanável capaz de anular o Auto de Infração em lide, pois, conforme se pode verificar, o lançamento de ofício preencheu todos os requisitos legais.

O recorrente no seu Recurso Voluntário não trouxe qualquer argumento ou fato novo que possa ocasionar a reforma do acórdão proferido pelos Julgadores *a quo*. Como se vê, praticamente repete no seu Recurso Voluntário todos os argumentos trazidos na sua impugnação.

Analisando a Decisão proferida pela JJF, não é necessário maior digressão para se constatar que a mesma merece permanecer intocável, uma vez que analisou todos os argumentos trazidos pelo Autuado, bem como todas as provas colhidas durante o lançamento fiscal.

A Infração 1 acusa o autuado de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. As notas fiscais que originaram a autuação foram coletadas através do sistema CFAMT. Em que pese o recorrente argumentar de que não recebeu tais mercadorias, não é isto que demonstram as provas colhidas, isto porque as mercadorias indicadas nas notas fiscais são as mesmas que o autuado comercializa, bem como os seus dados constam corretamente no item destinatário.

Não tendo o recorrente colacionado aos autos documentos que pudessem comprovar o alegado, a presunção legal aplicada no presente caso deve subsistir.

No tocante a alegação de que a presunção não poderia ser aplicada no presente caso, porque o autuado registra as saídas das mercadorias através do ECF, também não merece prosperar, pois conforme destacou o fiscal autuante na informação fiscal, é perfeitamente possível que o sujeito passivo dê saídas de mercadorias sem passar pelo registro da máquina.

A infração 2 não foi impugnada, motivo pelo qual considero que o autuado reconheceu o cometimento da mesma.

As infrações 3 e 4, por tratarem de falta de pagamento de ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais, passo a analisá-las em conjunto.

Como dito alhures, o autuado, deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, sendo as mercadorias indicadas na infração 3 destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento e as mercadorias indicadas na infração 4 referentes a uso e consumo do estabelecimento.

No Recurso Voluntário assevera que os motivos para invocar a inaplicabilidade da presunção da infração anterior também se aplicam à cobrança de diferença de alíquotas, em face de notas fiscais de entradas supostamente não registradas.

Ao contrário do que afirma o recorrente, as infrações em análise se restaram devidamente caracterizadas, isto porque, as mercadorias indicadas nas notas fiscais que originaram as infrações 3 e 4 estão sujeitas ao pagamento do ICMS devido por diferença de alíquota, conforme prevê a Legislação do ICMS deste Estado, e que não foram registradas pelo Autuado, tampouco recolheu os impostos devidos.

Não tendo o sujeito passivo trazido aos autos fatos e provas que pudessem elidir a presunção

legal, a Decisão proferida em Primeira Instância administrativa deve permanecer inalterada.

Quanto à infração 5 na qual acusa o autuado de ter deixado de fornecer os arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, a mesma deve se manter intocável.

O autuado sustenta a tese de que a multa pelo descumprimento de obrigação acessória não poderia ser exigida no presente caso, porque o Governo Estadual editou o Decreto nº 9.426/05, que dispensou os usuários de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados, no período de 1 de janeiro de 2000 a 31 de dezembro de 2005, da entrega dos citados arquivos magnéticos. Argumenta, ainda, que não utiliza nota fiscal por processamento de dados, possuindo, apenas, a autorização para emití-la.

Analisando toda a legislação pertinente à matéria, percebe-se que equivocado é o entendimento do recorrente. Inicialmente, cumpre esclarecer que o recorrente não se encontra entre os usuários de processamento de dados dispensados de apresentar os arquivos magnéticos ao Fisco Estadual, isto porque a mesma possui autorização para emitir nota fiscal por processamento de dados.

O Decreto citado pelo recorrente para fundamentar a sua tese defensiva apenas prevê a dispensa da entrega dos arquivos magnéticos para os usuários do Sistema Eletrônico de Processamento de Dados nos exercícios de 2000 a 2005 exclusivamente para a emissão de cupom fiscal.

Conforme bem destacou o julgador de Primeira Instância, no caso em análise resta suficientemente comprovado que o recorrente tem autorização e emite nota fiscal por processamento de dados (fls. 10), e o citado decreto não dispensa os contribuintes que emitem nota fiscal por processamento de dados.

Desta forma, não acolho a alegação de que o recorrente encontrava-se dispensado de entregar os arquivos magnéticos.

Quanto a falta de entrega dos arquivos magnéticos, a autuação também se encontra correta.

Compulsando os autos, observo que o autuado entregou os arquivos magnéticos solicitados pelo Fiscal autuante com inconsistências. Ao ser intimado para regularizar os arquivos entregues com inconsistências o Autuado não o fez dentro do prazo legal, o que impossibilitou a realização da ação fiscal.

Ressalte-se, que o recorrente não trouxe aos autos qualquer argumento que pudesse alterar a Decisão proferida em Primeira Instância. A multa aplicada encontra-se devidamente correta e prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96.

Desta forma, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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** o Auto de Infração nº **293259.1202/06-5**, lavrado contra **RONDELI & RONDELLI LTDA. (SUPERMERCADOS RONDELLI)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$93.726,74**, acrescido das multas de 60% sobre R\$27.695,63, e 70% sobre R\$66.031,11, previstas no art. 42 incisos II, alíneas “b” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$168.721,31**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da mencionada lei, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS