

PROCESSO - A. I. Nº 113837.0013/11-4
RECORRENTE - EDINHO SUPERMERCADO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – 4ª JJF nº 0148-04/12
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
INTERNET - 04.07.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0248-13/13

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDOS CREDORES. PRESUNÇÃO DE OPERAÇÕES NÃO DECLARADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 10% e de 1% do valor comercial das compras não escrituradas. Os elementos constantes dos autos comprovam as entradas no estabelecimento autuado. Infrações 01 a 04 caracterizadas. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. AUTORIZADO O USO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. INFORMAÇÕES PRESTADAS COM DADOS DIVERGENTES DOS CONSTANTES DOS DOCUMENTOS FISCAIS CORRESPONDENTES. MULTA. O art. 42, XIII-A, “i” da Lei 7.014/1996 estatui a multa de 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes dos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) da cifra correspondente às operações de saídas e às prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o montante das operações ou prestações omitidas ou sobre as divergências, conforme o caso. Infração 5 caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pleito de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou procedente o Auto de Infração que exige ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor histórico total de R\$ 67.744,66, sob a acusação do cometimento das irregularidades abaixo discriminadas.

INFRAÇÃO 1 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldos credores de caixa (demonstrativos 01 a 06). Está dito que foi aplicada a proporcionalidade. ICMS de R\$ 26.847,50 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 2 – Falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias originárias de outras unidades da Federação, adquiridas para comercialização (demonstrativo 07). ICMS de R\$ 630,59 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 3 – Entradas de mercadorias tributáveis sem registro na escrita (demonstrativos 08 e 10). Multa de R\$ 8.315,15, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 4 – Entradas de mercadorias não tributáveis sem registro na escrita (demonstrativos 09 e 11). Multa de R\$ 1.866,75, prevista no art. 42, XI da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 5 – Não fornecimento de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações sobre as operações ou prestações realizadas (demonstrativos 12 e 13). Consta que o sujeito passivo foi intimado no dia 14/07/2011 e as informações requeridas referem-se a 2007 e 2008. Multa de R\$ 30.084,67, prevista no art. 42, XII-A, “g” e “j” da Lei nº 7.014/1996.

Em Primeira Instância, a 4ª JJF rejeitou a preliminar de nulidade suscitada:

Os pressupostos de validade do procedimento fiscal foram devidamente observados, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, que se mostram perfeitamente compreensíveis, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico.

Portanto, nada existe que possa macular o lançamento de ofício de nulidade. Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação.

Com fundamento nos arts. 28, I e II, RPAF/1999 e 138, § único, CTN, entendo que, independentemente de quem a assinou, a intimação de fato deu início à ação fiscal, pois constitui procedimento administrativo e medida de fiscalização. Todavia, o escoamento do prazo de 90 dias outorga ao fiscalizado tão somente o direito de pagar sem multas, ou seja, à denúncia espontânea. Enquanto não for formalmente encerrada a fiscalização, não sendo o caso de decadência, o fisco possui o direito de tomar as providências iniciais no sentido da constituição definitiva do crédito tributário.

O pedido de diligência fiscal foi indeferido, pois os Ilustres Julgadores de primeira instância não vislumbraram “omissões, obscuridades ou contradições que ensejem a necessidade de qualquer esclarecimento”.

Quanto ao mérito, a 4ª JJF analisou as infrações 01 a 04 conjuntamente.

No mérito, o fundamento de defesa das infrações 01 a 04 é de que as aquisições registradas nos levantamentos do autuante não ocorreram.

Relativamente ao fornecedor ABREVO DO BRASIL DISTRIBUIDORA LTDA., restou comprovado na cópia do livro Registro de Entradas de fl. 981 que o mesmo faz parte da LISTA DE CÓDIGOS DE EMITENTES do estabelecimento autuado.

No tocante aos demais, foram apresentadas pelo auditor fiscal fartas provas em desfavor de tal alegação, inclusive meios de pagamento: por exemplo, às fls. 723 a 725 (COMPANHIA LECO DE PRODUTOS QUÍMICOS), 745 a 747 (CAFÉ TANGARÁ), 752 a 757 (MACRO ATACADISTA), 758 a 760 (INDÚSTRIAS ANHEMBI S/A), 761 a 762 (MACRO REAL DE ESTIVAS LTDA.), 763 a 862 (BRASKOL DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.), 863 a 874 (COMERCIAL CENTRO SUL DE CEREAIS LTDA.), 875 a 878 (MG3 DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.) e 883 a 886 (HONDA AUTOMÓVEIS DO BRASIL LTDA.).

Infrações 01 a 04 caracterizadas.

Quanto à infração 5, concluíram pelo seguinte:

O sujeito passivo foi intimado no dia 14/07/2011 para apresentação de informações em meio magnético, com a indicação das inconsistências encontradas referentes aos registros 50, 54, 60A, 60R, 61R, 61, 70, 74 e 75 (infração 05; fls. 07 a 15).

Observo às fls. 18 a 21 que o estabelecimento transmitiu arquivos magnéticos entre 2006 e 2009. Por isso, encontra-se obrigado a fazê-lo corretamente, pois a ninguém pode ser dado o benefício da sua própria conduta irregular e o art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/1996 estatui a multa de 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes dos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) da cifra correspondente às operações de saídas e às prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o montante das operações ou prestações omitidas ou sobre as divergências, conforme o caso.

Portanto, o texto legal é claro e reclama a aplicação da penalidade nas omissões de informações em arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária ou neles informados com divergências, cuja ocorrência ficou demonstrada.

Concluo então que não cabe ao defendente transmitir dados incorretos ou com inconsistências e posteriormente alegar que não estava obrigado a fazê-lo por não ser usuário de SEPD (sic).

Infração 05 caracterizada.

Inconformado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário.

Disserta o Recorrente sobre o fenômeno da incidência tributária, sobre o princípio da verdade material e sobre o princípio da inquisitorialidade. Diz que não são verossímeis os fatos elencados pelo Fiscal Autuante no Auto de Infração em questão, especialmente a infração 3, que se trata de uma obrigação acessória.

Requer a nulidade absoluta da Decisão recorrida, por cerceamento do direito de defesa, pois alega não lhe ter sido disponibilizado o documento de fls. 981 e não o reconhece como originário de sua contabilidade. Diz que é um documento apócrifo.

Argumenta que, segundo o rito processual administrativo, deveria ter sido intimado para apresentar a manifestação sobre o referido documento antes do julgamento, o que não aconteceu. Frisa que a Decisão recorrida se fundamentou neste documento.

Alega ter prova incontestável capaz de elidir a presunção legal da infração 01. Diz que tal prova é a falta de comprovação da efetiva realização da operação comercial pelas empresas.

Aduz que notificou todas as empresas no sentido de comprovar a legitimidade das supostas operações que deram origem ao lançamento em questão. E, nenhuma delas apresentou provas das operações que deram origem ao lançamento em questão, tais como cópias do pedido; comprovantes de pagamentos (cópias de cheques ou boletos); comprovante de entrega das mercadorias (fotocópia do canhoto); comprovante da entrega da mercadoria (conhecimento de transporte rodoviário).

Requer o encaminhamento à INFIP no sentido de diligenciar junto a todas as empresas a legitimidade das supostas operações. Alega que sequer existe prova de circulação das citadas mercadorias, as quais foram objeto de fundamentação da lavratura do Auto de Infração.

Com relação à infração 2, o Recorrente reafirma que esta não se configura, considerando que se trata de lançamento de imposto devido por antecipação parcial com base nas notas fiscais emitidas pela empresa ABRAVO DO BRASIL DIST. LTDA; as quais, segundo sua defesa, não foram adquiridas pelo recorrente. Frisa que nunca comercializou com a citada empresa. Requer diligência da INFIP junto às citadas empresas no sentido de legitimar a acusação que lhe é imputada.

Quanto às infrações 3 e 4, diz que estas estão relacionadas à infração 1. Frisa que a infração 01 decorre da suposta omissão de saídas apuradas pelo refazimento do caixa incluindo todas as notas que foram objeto de lançamento nas infrações 3 e 4. Requer a aplicação do §5º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 para que as multas por descumprimento de obrigação acessória sejam absorvidas pela infração 1.

No pertinente à infração 5, diz que está autorizada ao uso da nota fiscal de processamento de dados, formulário contínuo, porém, nunca utilizou. Defende que não emitiu nenhuma nota fiscal

formulário contínuo e que, portanto, não seria usuário do SPED, estando, no seu entender, desobrigada de fornecer o arquivo 54. Aduz que não consta na base de dados itens de mercadorias.

Alega, coma base no art. 708-A do RICMS/BA, que a obrigatoriedade do fornecimento dos arquivos é para os contribuintes usuários do SPED (o que entende que não é o seu caso).

Disserta sobre o ônus da prova no processo administrativo fiscal, dizendo que esta cabe ao fisco, e não ao contribuinte. Diz que as presunções tributárias, quando atribuem ao contribuinte o ônus da prova no processo administrativo fiscal violam o princípio da verdade material.

Alega que não há indícios concretos de ocorrência do fato gerador da presente obrigação tributária, e que deve ser desconstituído o Auto de Infração impugnado.

Disserta sobre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Em Parecer de fls. 1093/1094, a PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

Rejeita a preliminar de nulidade, pois entende que as acusações foram feitas de forma clara e fundamentada em documentos e levantamentos que foram entregues ao contribuinte.

Diz que na informação fiscal o autuante traz aos autos cópias dos livros fiscais do autuado, o que não ensejou a abertura de “vistas”, uma vez que se trata de documentos que estão em poder da própria empresa autuada.

Argumenta que as infrações 3 e 4 exigem multa formal por falta de escrituração de nota fiscal de entrada e, portanto, não se relacionam com as infrações 1 e 2 que tratam da exigência do ICMS pela presunção de omissão de saídas anteriores.

Quanto à infração 5, diz que tal infração é referente à multa por entrega de arquivos magnéticos com inconsistência e que não é razoável e nem plausível que quem deu causa a tais erros alegue posteriormente que não está obrigado a transmitir tais arquivos.

VOTO

Quanto à arguição de nulidade da Decisão recorrida, observo que o documento de fl. 981 se trata de cópia de parte do Livro de Entrada do próprio Recorrente, ou seja, documento cujo original está em seu poder, logo, ele não precisa ser intimado para se manifestar sobre documento que já conhece. Acaso o contribuinte quisesse provar que a cópia juntada aos autos do processo não corresponde com a original, bastaria ele trazer aos autos do processo o documento original, o que não fez. Face ao exposto, rejeito a preliminar de nulidade.

Quanto ao pedido de diligência, indefiro com base no art. 147, I, do RPAF, pois, entendo que a matéria é exclusivamente de mérito e não há necessidade de diligência para obtenção de provas.

Quanto à infração 1, restou comprovado a ocorrência do fato que dá ensejo à presunção legal de omissão de saídas, que no caso foi o saldo credor de caixa, ou seja, foram constatadas mais despesas do que receitas, dando ensejo à presunção de que o contribuinte omitiu receitas decorrentes de saídas de mercadorias tributáveis.

Não tem cabimento a alegação recursal de que a ausência de respostas das empresas fornecedoras do recorrente seria prova suficiente para elidir a presunção legal. Não houve prova contrária ao saldo credor de caixa. Infração mantida.

Quanto à infração 2, também restou comprovado que o contribuinte comercializa sim com a empresa ABREVO DO BRASIL DIST. LTDA, conforme documento de fl. 981 não tendo qualquer cabimento a alegação recursal. Infração mantida.

No pertinente às infrações 3 e 4, observe-se que se tratam de multas pelo descumprimento da obrigação acessória de registrar as entradas das mercadorias. A tese recursal somente teria

cabimento acaso a presunção de omissão de saídas decorresse da falta de registro das entradas de mercadorias, no entanto, como decorreu da ocorrência do saldo credor, não cabe a aplicação do § 5º do art. 42 da Lei nº 7014/96. Infrações mantidas.

Por fim, quanto à infração 5, noto que o contribuinte enviou os arquivos magnéticos com inconsistências nos registros 50, 54, 60A, 60R, 61R, 61, 70, 74 e 75 e foi devidamente intimado para corrigi-las, não o fazendo e dando ensejo à aplicação da multa. A alegação de que não está obrigado a transmitir o arquivo 54, além de descabida, pois está autorizado a emitir a nota fiscal em formulário em processamento eletrônico de dados (fl. 16), não seria capaz de elidir a infração por não ter corrigido todas as inconsistências verificadas.

Infração 5 mantida.

Observo que a data de ocorrência da infração não são as contidas no Auto de Infração, e sim 30 dias após a intimação, ou seja, 14/08/2011. Portanto deve ser corrigida a data de ocorrência da infração, o que acarretará grande redução dos encargos moratórios aplicáveis à infração.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª 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 **113837.0013/11-4**, lavrado contra **EDINHO SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$27.478,09**, acrescido das multas de 70% sobre R\$26.847,50 e 60% sobre R\$630,59, previstas no art. 42, incisos III e II, “f”, da Lei nº 7.014/1996; e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$40.266,57**, previstas no art. 42, incisos IX, XI e XII-A, “g” e “j”, da citada Lei, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/2005.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de junho de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS