

PROCESSO - A. I. Nº 017464.0001/12-2
RECORRENTE - COMERCIAL DE ESTIVAS MATOS LTDA. (SUPERMERCADO MARIA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0254-01/12
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 11.09.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0333-13/13

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. **b)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. MULTAS. 2. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDA. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DE SAÍDAS NÃO ESCRITURADAS; **b)** OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** MATERIAIS DE USO E CONSUMO; **b)** BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 5. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. 6. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 7. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infrações caracterizadas. Razões recursais insuficientes para modificar a Decisão, pois se limita a negar as imputações sem, contudo, apresentar provas documentais de suas alegações. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 1ª JF - através do Acórdão JF nº 0254-01/12 - após julgamento pela Procedência do Auto de Infração acima epigrafo, lavrado em 30/03/2012 para exigir o débito de R\$ 400.196,19, apurado em razão da constatação de dezesseis infrações, objeto deste Recurso, a seguir transcritas:

1. Multa, no valor de R\$33,40, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias não tributáveis entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro, julho, agosto, novembro e dezembro de 2007;
2. Deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS no valor de R\$ 962,94, referente às operações não escrituradas, à alíquota de 7%, apuradas nas Reduções “Z”, no mês de janeiro de 2007;
3. Deixou de recolher ICMS de R\$ 984,46, em razão de ter praticado operações com mercadorias tributadas à alíquota de 17% como não tributadas, regularmente escrituradas, em dezembro/07;
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS de R\$ 105.380,54, valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de setembro e outubro de 2007;

5. Deixou de recolher ICMS no valor de R\$ 3.213,00, 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, nos meses de janeiro e julho de 2007;
6. Deixou de recolher ICMS no valor de R\$ 3.941,41, decorrente da diferença de 10% entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, agosto a outubro e dezembro de 2007;
7. Multa, no valor de R\$140,00, por ter declarado incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal de ICMS), em dezembro 2007;
8. Deixou de recolher ICMS devido por antecipação parcial, no valor de R\$ 180.224,80, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas à comercialização, nos meses janeiro a dezembro de 2007;
9. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação tributária, no valor de R\$ 96.420,22, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA, nos meses de fevereiro a dezembro de 2007;
10. Multa, no valor de R\$7.888,53, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias sujeitas à tributação entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro e julho a dezembro de 2007;
11. Deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS no valor de R\$ 459,77, referente às operações não escrituradas, à alíquota de 17%, apuradas nas Reduções “Z”, em janeiro de 2007;
12. Deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS no valor de R\$ 12,29, referente às operações não escrituradas, à alíquota de 27%, apuradas nas Reduções “Z”, em janeiro de 2007;
13. Deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS no valor de R\$ 62,61, referente às operações não escrituradas, à alíquota de 12%, apuradas nas Reduções “Z”, em janeiro de 2007;
14. Deixou de recolher ICMS de R\$ 54,14, em razão de ter praticado operações tributáveis à alíquota de 27% como não tributáveis, regularmente escrituradas, no mês de dezembro de 2007;
15. Deixou de recolher ICMS de R\$ 5,18, em razão de ter praticado operações tributáveis à alíquota de 7% como não tributáveis, regularmente escrituradas, no mês de dezembro de 2007;
16. Deixou de recolher ICMS no valor de R\$ 412,90, decorrente da diferença de 5% entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de julho e outubro de 2007.

A Decisão recorrida foi pela Procedência do Auto de Infração, após ressaltar que o procedimento administrativo fiscal obedece aos princípios do devido processo legal, do amplo direito de defesa e do contraditório, diante das seguintes considerações:

Em relação às infrações 1 e 10, as quais tratam da incidência da multa de 1% e 10% do valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação e sujeita à tributação, respectivamente, entradas no estabelecimento e sem o devido registro na escrita fiscal, a JJF transcreve dispositivo legal que autoriza a exigência das multas e cita que os demonstrativos, às fls. 16/17, discriminam as notas fiscais não registradas na escrita fiscal, tendo o autuado os recebido e se insurgido, cuja discordância deveria vir acompanhada de provas, o que não ocorreu. Assim a JJF mantém as exigências.

Quanto às infrações 2, 11, 12 e 13, as quais exigem o ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, diz a JJF que o demonstrativo fiscal de fls. 19 descreve as saídas de mercadorias tributadas, obtidas através da Redução “Z”, e a arguição defensiva é, apenas, de que

houve equívoco fiscal e que os impostos respectivos foram pagos de forma global. Concluiu o órgão julgador que, através do livro Registro de Saída, às fls. 89 a 91, que os valores das Reduções Z, ínsitas no demonstrativo, sequer foram registrados na escrita fiscal. Mantém as exigências.

Inerente às infrações 3, 14 e 15, as quais exigem ICMS em razão de o autuado ter praticado operações tributadas, regularmente escrituradas, como não tributadas, aduz a JJF que no demonstrativo, à fl. 18, discrimina as notas fiscais de saída, emitidas sem a devida tributação, sendo que o autuado alega tão somente que não consta de seus arquivos e nos documentos fiscais a falta de recolhimento de operações mercantis que sejam tributadas, sem apresentar quaisquer comprovantes de recolhimento ou justificativa para a falta de tributação das operações listadas pelo Fisco. Assim, a JJF as considera caracterizadas.

Na infração 4, cuja irregularidade apontada é que o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, no valor total de R\$ 105.380,54, conforme demonstrativo, às fls. 21/22, discriminando os documentos fiscais que deram origem à exigência, tendo o autuado reclamado falta de clareza na cobrança sob a alegação de que os créditos utilizados estão permitidos no dispositivo legal. Concluiu o órgão julgador que restam comprovados os créditos considerados indevidos, conforme cópias das notas fiscais acostadas aos autos (fls. 144 a 192), a escrituração fiscal do autuado (fls. 120 a 139), visto que o autuado aproveitou de forma integral os créditos relativos às aquisições de produtos beneficiados com redução da base de cálculo, em desacordo com o estabelecido no art. 93, §§ 2º e 5º ao determinar que o crédito fiscal deverá ser escriturado pelo seu valor nominal. Mantém a infração.

No tocante às infrações 5, 6 e 16, as quais exigem o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, tendo o autuado dito que o fisco ignorou a documentação que lhe fora entregue, onde constam todos os pagamentos relativos aos tributos devidos e que nada deve, no tocante a esta acusação, a JJF concluiu que os demonstrativos da Auditoria da Diferença de Alíquotas/Ativo Imobilizado e da Auditoria da Diferença de Alíquotas/Uso e Consumo, às fls. 41/42, discriminam as respectivas notas fiscais, devidamente escrituradas no LRE, e apuram a obrigação tributária, em comento. Assim, como o autuado não apresenta qualquer elemento de prova e a afirmação de recolhimento da exigência não se sustenta, pois não existe qualquer pagamento do autuado com a rubrica ou código de receita vinculado ao ICMS diferencial de alíquota, conforme relação de DAE, fls. 66/79, extraída dos Sistemas da própria SEFAZ, tampouco a escrita fiscal do contribuinte demonstra a escrituração dos valores relativos à apuração do ICMS diferencial de alíquotas, a JJF conclui pela subsistência das citadas infrações 5, 6 e 16.

Já na infração 7, na qual se exige a multa pela declaração incorreta dos dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), no período janeiro/dezembro de 2007, nos termos do art. 333, § 1º, II, RICMS/BA, tendo o sujeito passivo alegado apenas que não houve dolo, fraude ou simulação, bem como não houve falta de recolhimento de tributo, do que pede a aplicação do art. 158, RPAF/BA, a JJF entende que o descumprimento da obrigação tributária acessória, de fato, ocorreu, conforme se observa da Auditoria de Comparação Apuração de ICMS x DMA, à fl. 43, com relação aos valores informados no Registro de Apuração de ICMS, independente da presença de dolo ou fraude, restando caracterizada a multa, sendo incabível a aplicação da redução ou cancelamento da multa, prevista no art. 158 do RPAF, pois é condicionada ao pagamento regular do ICMS devido, o que não ocorreu, no presente caso.

A infração 8, que exige o ICMS por antecipação parcial, tendo o autuado alegado que houve equívoco do fisco ao não atentar na documentação apresentada e nos dados dos pagamentos da antecipação parcial do contribuinte constante na SEFAZ, onde constam todos os recolhimentos efetuados, a JJF concluiu que no demonstrativo de fls. 23/36, constam apenas as aquisições de mercadorias para comercialização, oriundas de outras unidades da federação e cujo ICMS não fora recolhido, cuja cópia foi fornecida ao contribuinte, conforme recibo à fl. 550, o qual caberia provar sua afirmação, conforme prescreve o art. 123, RPAF/99. Mantém a infração 8.

Por fim, quanto à infração 9, que exige o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente a aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no anexo 88, o sujeito passivo também simplesmente alega que os pagamentos exigidos foram feitos e constam do sistema de pagamento da Fazenda Estadual. Contudo, a JJF aduz que a exigência tem fundamento no art. 371 do RICMS/97, vigente à época, e que no demonstrativo de débito, às fls. 37 a 40 dos autos, apura a falta de recolhimento do ICMS-ST, no exercício 2007, discriminando analiticamente cada produto sujeito à substituição tributária e a respectiva MVA, cuja cópia o autuado recebeu (fl. 550), porém não fez prova em favor da sua alegação, conforme prescreve o art. 123, RPAF BA. Mantém a infração 9.

Inconformado com a Decisão proferida pela 1ª JJF, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, às fls. 605 e 606 dos autos, onde aduz que *“A douta decisão referida deverá ser reformada pela Câmara de Julgamento Fiscal, haja vista que o órgão julgador de primeira instância não trouxe aos autos nada de novo no sentido de contrariar os fatos e fundamentos apresentados na impugnação.”*, para em seguida asseverar que *“...sem, contudo, observar os fatos e fundamentos contidos na impugnação apresentada pela autuada, a que ora requer que esse douto Conselho de Fazenda faça constar como parte integrante deste recurso, a impugnação de fls. e fls. apresentada no processo acima citado.”* (sic), do que reafirma que procedeu a todos os recolhimentos constantes da autuação, não havendo que se falar em infrações cometidas pela autuada, sem qualquer fundamentação. Diz inexistir clareza e precisão com relação aos fatos e fundamentos. Pede a improcedência do Auto de Infração.

Às fls. 625 a 628, a PGE/PROFIS, através de sua Procuradora, Dr.^a Maria José Coelho Sento-Sé, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, uma vez que o contribuinte não colaciona provas documentais capazes de elidir as exigências. Assim, da análise das peças processuais, considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do acórdão recorrido, pois, compulsando os autos, verifica-se à saciedade que as imputações fiscais estão claramente descritas e tipificadas na legislação tributária estadual, como o lançamento atende a todos os requisitos descritos no art. 39 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, visto que os demonstrativos fiscais indicam os montantes do imposto devido e a forma de apuração da base de cálculo.

Salienta que o sujeito passivo formula alegações genéricas sem enfrentar o mérito da autuação, logo, inexistente contestação acerca dos valores apurados no lançamento de ofício, não tendo o contribuinte logrado colacionar provas capazes de elidir a presunção de legitimidade das infrações, do que conclui inexistir na Decisão recorrida qualquer lacuna, eis que aprecia criteriosamente os fundamentos invocados pelo recorrente em sua impugnação inicial. Assim, em consonância com o art. 123 do RPAF, é assegurado ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento, por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, o que não ocorreu, pois o recorrente apenas alega ter realizado os pagamentos, sem, contudo, colacionar aos autos provas materiais. Cita o art. 142 do RPAF, o qual prevê que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Assim, ante as considerações acima expendidas, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª instância, no que tange a todas as infrações do lançamento de ofício.

Inicialmente, comungo do entendimento do opinativo exarado pela PGE/PROFIS de que o contribuinte limita-se a alegar, de forma infundada e genérica, suas razões de defesa, apenas negando o cometimento das infrações que lhe são imputadas, não logrando êxito em elidir as exigências, cujas acusações fiscais foram devidamente tipificadas, descritas, demonstradas e

fundamentadas, conforme documentos às fls. 16 a 546 dos autos, tendo o sujeito passivo recebido cópia de todos os papéis de trabalho, consoante prova o documento à fl. 550, do que se conclui que o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa ou ao contraditório.

Assim, concluo que, igualmente à peça de defesa, o Recurso Voluntário não traz qualquer fato novo capaz de modificar a Decisão recorrida, a qual se encontra devidamente fundamentada, sendo naquela oportunidade apreciadas todas as alegações de defesa, as quais se restringem em negar o cometimento das infrações, de forma genérica e desprovida de prova documental, ao alegar que:

“A recorrente procedeu a todos os recolhimentos constantes da autuação, dentro do que prescreve a legislação pertinente. Não há que se falar em infrações cometidas pela autuada como quer crer a autuante e infelizmente, sem qualquer fundamentação, confirmada pela junta julgadora.”

“Não houve recolhimento a menor ou falta de recolhimento de qualquer que seja o tributo; utilização de crédito que não seja o de direito; declaração de dados à Sefaz que não os previstos em lei.”

Como se tratam de alegações sem a devida comprovação e não tendo o sujeito passivo demonstrado existir qualquer equívoco cometido pela autuante, entendo insuficientes as razões recursais para elidir as acusações fiscais, as quais estão fundamentadas em demonstrativos analíticos, nos quais foram considerados os documentos apresentados pelo contribuinte, a exemplo de notas fiscais e DAE, como também os pagamentos do ICMS efetuados e constantes no sistema de dados da SEFAZ, remanescendo, após tais considerações, os valores exigidos vinculados a documentos fiscais específicos, a exemplo da: Auditoria de Crédito Indevido, às fls. 21 e 22, relativa à infração 4, com ICMS exigido de R\$ 105.380,54; Auditoria da Antecipação Parcial do ICMS, às fls. 23 a 36, relativa à infração 8, com ICMS exigido de R\$ 180.224,80, e Auditoria da Substituição Tributária do ICMS, às fls. 37 a 40 dos autos, relativa à infração 9, com ICMS exigido de R\$ 96.402,22, valores de maior expressão monetária, cujos demonstrativos foram entregues cópia ao autuado, não tendo o mesmo apresentado qualquer prova, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, conforme previsto no art. 123 do RPAF, cuja recusa em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da acusação fiscal (art. 142/RPAF). Logo, concluo como verdadeiros os números apurados e subsistente o Auto de Infração, nos mesmos termos do Acórdão recorrido.

Do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida.

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 **017464.0001/12-2**, lavrado contra **COMERCIAL DE ESTIVAS MATOS LTDA. (SUPERMERCADO MARIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$392.134,26**, acrescido das multas de 60% sobre R\$390.636,65 e 70% sobre R\$1.497,61, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “f”; III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$8.061,93**, previstas nos incisos IX, XI e XVIII, “c”, art. 42, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de agosto de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ROSANA JEZLER GALVÃO - REPR. DA PGE/PROFIS