

PROCESSO - A. I. N °206935.0002/05-1
RECORRENTE - CARQUEIJA & PEREIRA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0272-01/05
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 28/12/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0456-11/05

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. CONTRIBUINTE USUÁRIO DE SEPD PARA EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A apresentação dos arquivos magnéticos sem conter todos os registros caracteriza a falta de sua apresentação, tendo em vista a natureza condicional do seu recebimento. Infração caracterizada. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. 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 parcialmente subsistente. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado em defesa ao presente Auto de Infração, lavrado em 04/02/2005, imputando ao autuado as seguintes infrações:

1. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração de Apuração Mensal do ICMS), com omissão de dados praticada através do fornecimento de informações pela Internet com utilização do programa validador Sintegra para envio de DMA, mensalmente, sem os respectivos registros 54, 75 e 90 a que estava obrigado, no período de dezembro de 2002 a dezembro de 2003, ensejando a aplicação de multa no valor de R\$140,00;
2. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, contendo a totalidade das informações das operações ou prestações realizadas, no período de junho de 2002, a dezembro de 2004, ensejando a aplicação de multa no valor de R\$32.380,14;
3. Recolheu a menor ICMS em decorrência do desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de maio e novembro de 2000, junho de 2002, fevereiro, abril, junho e agosto de 2003 e agosto de 2004, exigindo ICMS no valor de R\$687,02;
4. Recolheu a menor ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de julho de 2000, abril, junho, agosto a outubro e dezembro de 2001, março, abril e junho de 2002, julho a dezembro de 2003 e janeiro a outubro de 2004, exigindo ICMS no valor de R\$2.409,52;

5. Omitiu saída de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de janeiro, abril a outubro e dezembro de 2000, janeiro e maio a dezembro de 2001, fevereiro, abril, julho e outubro a dezembro de 2002, abril, maio e julho a setembro de 2003 e maio, agosto e setembro de 2004, exigindo ICMS no valor de R\$12.162,90.

Relatam os ilustres julgadores observarem nos autos a apresentação de defesa tempestiva (fls. 79 a 89), suscitando a nulidade da autuação por ter ocorrido fora do seu estabelecimento, (na INFAZ ITABUNA), e ainda que o autuante não lhe intimou a prestar os esclarecimentos da origem ou das causas da falta de recolhimento do imposto, não entendendo porque o autuante não quis realizar a auditoria de estoque, de vez que tinha à sua disposição todos os arquivos magnéticos necessários, exceto livro Registro de Inventário.

Resumem ao início, que o presente processo exige ICMS do autuado por ter recolhido imposto a menor que o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, por divergência entre os valores lançados no LRS e no LRAICMS e ainda por omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, além da multa pela declaração incorreta de dados nas DMA's e pelo fornecimento de arquivos magnéticos não contendo a totalidade das informações das operações ou prestações realizadas.

Informam os ilustres julgadores que o autuado suscitou a nulidade da autuação, conforme seu entendimento, dado que a lavratura não poderia ter ocorrido fora do seu estabelecimento, mas a norma aplicável a espécie em comento é o Decreto nº 7.629/99, que aprovou o RPAF, o qual dispõe que a lavratura do Auto de Infração poderá ser efetuada no estabelecimento do infrator ou na repartição fazendária – art. 39, §1º do RPAF/99. Assim, rejeitam as arguições de nulidade.

Passam a análise da infração 1 e verificam que a autuante não anexou nenhuma DMA aos autos e que todas as DMAs acostadas pelo autuado estão em consonância com o seu livro Registro de Apuração do ICMS, e que as observações do autuante quanto à falta dos registros 54, 75 e 90 somente têm pertinência quanto aos arquivos magnéticos. E entendem esta infração não estar caracterizada.

Abordam o art.708-A do RICMS/97 em relação à infração 2, pois este contribuinte usuário de SEPD para emissão de documentos fiscais e/ou livros fiscais, deveria entregar o arquivo magnético do movimento econômico de cada mês, a partir do mês de outubro de 2000, inclusive, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas. No presente caso os mesmos foram entregues, porém não incluídos todos os registros exigidos pela legislação, conforme está descrito no Auto de Infração. Transcrevem o §4º do citado art. 708-A, ressaltando que a falta de entrega de qualquer registro do arquivo magnético é considerada como omissão de entrega do respectivo arquivo, por impedir a realização da auditoria por este meio: diferentemente da omissão de documentos fiscais no arquivo que é, inclusive, penalizado com uma multa mais alta - percentual de 5%. Realçam que independentemente da entrega mensal prevista no art. 708-A do RICMS/97, o autuado também é obrigado a entregar, quando intimado, os referidos arquivos, conforme a previsão do art. 708-B do RICMS/97, também transcrito em seu julgamento.

Concluem pela correção da intimação, e consideram que a ação fiscal foi desenvolvida com a observação dos requisitos previstos na legislação pertinente, sendo subsistente a infração

Com respeito ao Decreto nº 9.332/05, dizem o mesmo não se aplicar ao autuado, pois conforme demonstrado nos autos, não utiliza SEPD exclusivamente para emissão de cupom fiscal, mas também para emissão de nota fiscal e para escrituração de livros fiscais. E a sua situação no regime normal, também não permite a dispensa de entrega disposta no recente Decreto nº 9.426/05.

Aduzem os i.julgadores que o autuado comprovou a inexistência de dolo, fraude ou simulação, nem houve falta de recolhimento de tributo, condições necessárias para que haja a redução ou o

cancelamento de multas por descumprimento de obrigação acessória, e que apresentou todas as cópias dos DAE's e das folhas do seu livro Registro de Apuração do ICMS relativos ao período autuado na infração 3, demonstrando não haver desconformidade entre os valores do imposto recolhido e escriturado. Julgam que os equívocos porventura existentes nos arquivos magnéticos devem ser objeto de penalidade específica para tal infração, mas não descaracterizam os livros fiscais, pelo que concluem que a infração foi elidida.

Passam a análise da infração 4, e argumentam que da mesma forma que na infração anterior, o autuado apresentou todas as cópias das folhas dos seus livros Registro de Saídas e de Apuração do ICMS relativos ao período autuado, demonstrando correção entre os valores escriturados nos referidos livros fiscais, exceto em relação ao mês 06/2002, pois foi lançado o valor de R\$8.605,75 no livro Registro de Saídas e o valor de R\$8.605,67 no livro Registro de Apuração do ICMS, sendo neste lançamento parcialmente subsistente a infração, e no valor de R\$0,08.

Com relação à infração 5, o autuado a reconheceu no que tange às Notas Fiscais nºs 65.571, de 03/01/2000, 188.685, de 27/07/2001, 129.330, de 27/02/2002, 2.573, de 26/04/2002 e 7.505, de 02/07/2003, alegando que algumas notas fiscais não lhe foram entregues pelo agente autuante, outras foram lançadas no livro Registro de Entradas, duas se referem a mercadorias não recebidas e que não há tributação em relação às demais. Expõe os senhores julgadores que as notas fiscais não acostadas aos autos, deveriam ter sido anexadas no momento da lavratura do Auto de Infração, pois o autuante, em sua informação fiscal, requereu prazo para anexá-las, mas não cumpriu. Assim, entendem que, caso existam as Notas Fiscais nºs 267.645, 16.490, 38.618, 97.898, 330.085, 23.697, 79.205, 7.055, 114.389, 117.306, 121.924, 501.900, 501.901, 6.419, 94.801, 36.905, 44.767, 3.239, 19.465, 18.941, 39.340, 66.304, 31.635, 88.689, 954.705, 344.975, 64.063, 68.072, 49.210, 4.682, 2.824, 105.474, 23.119 e 193.686, as mesmas deverão ser objeto de outra ação fiscal.

Afirmam não poder ser exigido imposto relativo às Notas Fiscais nºs 83.031, 8.159, 268.355 e 59.583 - as primeiras, por se tratarem de operações de simples remessa, e a última, por ter sido faturada por engano, tendo o autuado apresentado declaração do fornecedor acompanhada da baixa do título bancário.

Com respeito as demais Notas Fiscais nºs 555.632, 738, 1.284 e 94.935, a falta de contabilização de suas entradas indica que o sujeito passivo utilizou recursos oriundos de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Vê-se pelo do exposto, não importa se as mercadorias são isentas ou estejam com a fase de tributação encerrada, restando a infração parcialmente caracterizada e elaboram demonstrativo dos débitos resultantes:

Mês / Ano	Nota Fiscal	Valor	Alíquota	ICMS Devido
01/2000	65.571	4.043,59	17%	687,41
05/2001	555.632	407,95	17%	69,35
07/2001	738	954,00	17%	162,18
07/2001	188.685	619,87	17%	105,38
Valor Devido no mês 07/2001				267,56
02/2002	129.330	568,50	17%	96,65
04/2002	2.573	1.239,05	17%	210,64
12/2002	1.284	350,40	17%	59,57
07/2003	7.505	384,00	17%	65,28
08/2004	94.935	1.417,50	17%	240,98
Valor Total Devido na Infração 05				1.697,44

Ao final de seu julgamento, os ilustres membros da JJF votam pela Procedência em Parte do Auto de Infração no valor de R\$34.077,66, sendo parcialmente subsistentes as infrações 4 e 5, nos valores respectivos de R\$0,08 e R\$1.697,44, caracterizada a infração 2 e elididas as demais infrações.

O Recurso Voluntário apresentado pelo recorrente, somente quanto às infrações 2 e 5 contém em seu teor:

INFRAÇÃO 2 – Reitera os argumentos oferecidos na defesa anterior, de que em virtude das dificuldades no sistema de informática, a empresa não pode atender ao fornecimento de informações fiscais, e que procurou evidenciar, portanto, inexistência de dolo, fraude ou simulação no descumprimento da obrigação acessória.

Realça as dificuldades principalmente do contribuinte que tem seu foco nas vendas, em absorver e se adequar às exigências do fisco estadual, relativamente ao SINTEGRA.

Contratou empresa especializada para fornecimento de dados, e manutenção de seu sistema de informática, entretanto o programa desenvolvido não foi capaz de fazê-lo.

Em sua sustentação do quanto alegado para confirmar cumprimento da obrigação principal, anexou relatório SEFAZ com a indicação dos recolhimentos do ICMS de 2000 a 2004, mais a certidão positiva (com efeitos negativos) onde em aberto somente há o valor de R\$ 0,08 discutido na infração 4 dos autos anexos a presente. Aduz desta forma restar comprovada a ausência de dolo, de fraude ou de simulação, pelo que faz jus ao estabelecido no art. 42, XXI, § 7º da Lei nº 7014/96 e art. 158 do RPAF. E citem em apoio a seu recurso, os Acórdãos nos. CJF nº 0098-11/05 e CJF nº 0206-12/01, requerendo ao final cancelamento da multa imputada a infração 2.

INFRAÇÃO 5 – Alegam que as Notas Fiscais nºs 555632, 738 e 1284 chegaram as suas mãos após tributadas pelo regime de substituição tributária. E as de nos. 65571, 188685, 129330, 2573 e 7505 já tiveram a penalidade aplicada quitada após reconhecimento do recorrente. Elaboram planilha a folhas 441 e dizem ser ínfima a quantidade de notas fiscais não registradas e relacionadas nessa planilha, frente ao todo fiscalizado.

Ao final requer em seu Recurso Voluntário, o Provimento do presente, reforma da Decisão da Primeira Instância em relação aos itens de infrações nºs 02 e 05 e processando o cancelamento das multas consoante art. 158 do RPAF/99.

O Parecer exarado pela PGE/PROFIS através Douta procuradora Dra. Manuela Tapioca de Rezende Maia, diz do acerto da Decisão recorrida porquanto fulcrada nos arts. 708-A e 708-B do RICMS quanto a exigência da apresentação mensal dos arquivos magnéticos por parte de contribuinte usuário de SEPD. E a punição prevista no art. 915, inciso XIII, alínea g, é de 1% aplicado sobre o valor comercial das saídas do estabelecimento, em cada período de apuração.

Relata que embora intimado, o contribuinte não forneceu a totalidade dos documentos ou justificado sua falta. O INC a folha 350 do PAF, revela este contribuinte ser contumaz nesta ocorrência infracional.

Nos autos restou comprovado o contribuinte não ser apenas usuário do SEPD para emissão de cupons fiscais, mas também para notas fiscais e para escrituração de livros fiscais, além de ostentar a condição de empresa normal (NO).

E entende a n. procuradora estar caracterizada perfeitamente a infração 2.

Já com referência a Infração 5 –omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por falta de registro de entradas-, e de Parecer quanto a merecer reforma a Decisão recorrida, dado que verificação as folhas 452 a 457 dos autos, este débito foi quitado e referente as Notas Fiscais nºs 65571, 188685, 129330, 2573 e 7505. E que a Nota Fiscal nº 94935 deve ser considerada, cujo CPOF 69949, fora da linha de comercialização do recorrente, por tratar de aquisição de produto para uso exclusivo da empresa, não cabendo portanto a cobrança do ICMS de R\$240,98: em virtude de não ter sido escriturada, deverá ser aplicada multa por não cumprimento de obrigação acessória.

No exame das Notas Fiscais nºs 555632, 738 e 1284 e de parecer quanto ao acerto do julgamento da JJF, e que as duas primeiras notas referem-se a produtos da linha comercial do recorrente,

enquadradas no regime de substituição tributária, e a de nº 1284 referir-se a brindes adquiridos para distribuição a clientes, também sob o regime de substituição tributária é passível do pagamento do imposto. As faltas de registro dessas notas fiscais no livro próprio, gera a presunção de que o contribuinte as quitou com recursos advindos de operações anteriormente realizadas e não registradas, conforme o art. 2º, § 3º inciso IV do RICMS. Por esta causa é devido o pagamento do imposto, seja qual for o regime de tributação adotado na aquisição dessas mercadorias.

Emite parecer pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, face ao pagamento parcial da infração 5, e pela conversão em multa fixa do valor cobrado a título de imposto na Nota Fiscal nº 94935, devendo ser mantida a decisão do Conselho quanto à infração 2, e quanto às Notas Fiscais nºs 655632, 738 e 1284 relativas à infração 5.

Em Despacho proferido sobre o Parecer acima exposto, pela ilustre Procuradora Dra. Maria Olívia T. Almeida, a folhas 466 do PAF, esta incisivamente posto que em relação a infração 5 não merece reparo a Decisão recorrida tendo em vista a quitação do débito, pois a folhas 452 e 453 esta demonstrado que o recorrente requereu parcelamento do débito, tendo o parcelamento sendo finalizado em 20/06/2005, data da ultima prestação. Este fato não faz que a infração devesse ser julgada Improcedente pela ilustre JJF, ao contrário, tanto foi procedente que reconhecida e paga.

Assim, a nobre procuradora julga acertada a Decisão da JJF no sentido da procedência, bastando que a Câmara de Julgamento Fiscal determine a homologação dos valores pagos.

Nos demais tópicos, acompanha em seu Despacho o entendimento expresso no Parecer em comento e notadamente com relação a Nota Fiscal nº 94935, pela aplicação de penalidade fixa pelo descumprimento de obrigação acessória, único ponto que merece reparo a Decisão recorrida.

VOTO VENCIDO

Na verificação do Recurso Voluntário apresentado pelo recorrente, observo alusão no mesmo apenas quanto à contestação de duas infrações, as de números 2 e 5.

Reconhece e cita dificuldades no sistema de informatização de sua empresa, base indispensável para a geração e fornecimento de dados a SEFAZ, e procura tornar evidente, o que é logrado conforme se depreende do julgamento dos ilustres membros da JJF, de suprir as condições precedentes previstas no art. 158 do RPAF/99, para ser beneficiado com o cancelamento da multa relativa à infração 2.

Com respeito à infração 5 –omissão de saídas pelo não registro de notas fiscais de entradas- a alegação de regime de substituição tributária que alberga suas aquisições, não exaure ou elide esta infração, a exceção da Nota Fiscal nº 94935, no valor de R\$1.417,50 sobre a qual também julgo caber ou merecer a aplicação de penalidade fixa, e exclusão do ICMS no valor de R\$240,98, pois se tratou de compra de produto para uso e consumo do próprio estabelecimento.

O meu voto é pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário em comento, mantendo-se procedente a infração 2, porém com o cancelamento da multa aplicada, e Procedente em Parte a infração 5 no valor de R\$1.456,54, devendo ser homologados os recolhimentos efetuados e indicados às folhas 452 a 457 dos autos.

VOTO VENCEDOR

Discordo, *data venia*, do voto do eminente Relator.

A infração 2, que exige penalidade pela falta de entrega de arquivos magnéticos, contendo a totalidade das operações de entrada e saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas,

mesmo após a intimação feita pelo autuante, está devidamente caracterizada, como bem ressaltou o órgão julgador de Primeira Instância, nos termos do artigo 708-A, § 4º, do RICMS/97, considerando que os arquivos magnéticos foram entregues, porém não foram incluídos todos os registros exigidos pela legislação.

Saliento que, independentemente da entrega mensal prevista no artigo 708-A, do RICMS/97, o contribuinte também é obrigado a entregar à fiscalização, quando intimado, os arquivos magnéticos, conforme a previsão do artigo 708-B, do RICMS/BA, e a falta de entrega de qualquer registro do arquivo magnético (como, por exemplo, os registros 54, 75 e 90, como se verifica nesta autuação às fls. 47 a 51) é considerada como omissão de entrega do respectivo arquivo, pois impede a realização da auditoria por este meio, diferentemente da omissão de documentos fiscais no arquivo que é apenada com uma multa mais alta (5%).

Por outro lado, o disposto nos Decretos nºs 9.332/05 e 9.426/05 não se aplicam ao autuado, porque ele não utiliza o sistema eletrônico de processamento de dados (SEPD) exclusivamente para emissão de cupom fiscal ou exclusivamente para escrituração de livros fiscais e porque não está inscrito na condição de microempresa - SimBahia (artigos 686, § 4º e 683, § 4º, inciso II, do RICMS/BA).

Finalmente, o sujeito passivo não comprovou a inexistência de dolo, fraude ou simulação, nem a falta de recolhimento de tributo, condições necessárias para que haja a redução ou o cancelamento de multas por descumprimento de obrigação acessória, como sugerido pelo digno Relator, razão pela qual entendo que deve ser mantida a Decisão recorrida, pela cobrança da multa de R\$32.380,14, por descumprimento de obrigação acessória.

A infração 5 exige o ICMS, em decorrência da presunção legal insculpida no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, porque foi constatada a ocorrência de entradas de mercadorias no estabelecimento do autuado sem o lançamento em sua escrituração.

O órgão julgador *a quo* decidiu reduzir o valor do débito em razão dos seguintes motivos:

- a) alguns documentos fiscais não foram acostados ao PAF pelo autuante;
- b) outras notas fiscais eram referentes a operações de simples remessa;
- c) uma das notas fiscais foi faturada por engano, tendo o autuado apresentado declaração do fornecedor, acompanhada da baixa do título bancário.

Quanto aos documentos remanescentes, a Junta de Julgamento Fiscal considerou procedente a presunção legal de que *“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, não se referindo às mercadorias constantes das notas fiscais não registradas”* e que *“diante do exposto, não importa se as mercadorias são isentas ou estejam com a fase de tributação encerrada”*.

O posicionamento do órgão julgador de Primeira Instância, em meu entendimento, está absolutamente correto e, não obstante a reconhecida competência da PGE/PROFIS, não há como se acatar a sugestão de aplicação de penalidade formal pelo descumprimento de obrigação acessória, ao invés de cobrança do imposto, pelo fato de a Nota Fiscal nº 94935 (não escriturada) ser relativa à aquisição de produto não destinado a comercialização.

Ora, como bem salientado na Decisão recorrida, não importa a destinação a ser dada às mercadorias adquiridas e não contabilizadas pelo contribuinte, nem se os produtos adquiridos são isentos, imunes ou tributados antecipadamente, uma vez que a legislação presume que, ao deixar de registrar em seus livros fiscais e contábeis a entrada de mercadorias, o contribuinte efetuou o pagamento dessas entradas com a receita de operações de saídas de mercadorias tributáveis anteriormente realizadas e não oferecidas à tributação e, portanto, a presunção legal nada tem a ver especificamente com as mercadorias adquiridas que não foram registradas na escrituração do

contribuinte. Pelo exposto, considero que também não merece retificação a Decisão recorrida no que se refere à infração 5 do lançamento.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, para manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, homologando-se os recolhimentos efetuados e indicados às fls. 452 a 457 dos autos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206935.0002/05-1**, lavrado contra **CARQUEIJA & PEREIRA LTDA. (EPP)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.697,52**, acrescido das multas de 60% sobre R\$0,08 e 70% sobre R\$1.697,44, previstas no art. 42, II, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, bem como da multa no valor de **R\$32.380,14**, prevista no art. 42, XIII-A, “g”, do citado diploma legal, devendo ser homologados o valor efetivamente recolhido.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Denise Mara Andrade Barbosa, Fernando Antônio Brito de Araújo e Antônio Ferreira de Freitas.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Oswaldo Ignácio Amador, Eduardo Nelson de Almeida Santos e Marcos Rogério Lyrio Pimenta.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR/VOTO VENCIDO

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS