

A. I. Nº - 001597.6011/05-9
AUTUADO - LCS REINA SOBRINHO
AUTUANTE - OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA
ORIGEM - INFAS BONOCÔ
INTERNET - 06/10/05

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0066-05/05

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Infração não elidida 2. LIVROS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA. Fato não contestado pelo sujeito passivo 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE DADOS QUANDO DA APRESENTAÇÃO DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS (REGISTRO 60R). DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração comprovada. De acordo com as normas regulamentares, o contribuinte é obrigado a apresentar ao fisco os arquivos magnéticos com todos os registro fiscais dos documentos emitidos quanto às suas operações comerciais 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO FISCAL. Infração caracterizada. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 30/6/2005, o Auto de Infração exige ICMS no valor de R\$622.931,09 acrescido das multas de 60% e 70%, mais a multa no valor de R\$88.446,94 em decorrência das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do imposto, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas anteriores de mercadorias e também não contabilizados (exercício de 2003) - R\$29.685,80;
2. Multa pelo extravio de livros fiscais (Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências e Registro de Inventário) – R\$1.840,00;
3. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas (exercícios de 2002 e 2003). Multa no valor de R\$86.606,94;
4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito no exercício de 2001 – R\$593.245,29.

O autuado apresentou impugnação ao lançamento fiscal (fls.293/203), inicialmente descrevendo todas as infrações a ele imputadas. Em seguida, requereu a nulidade da autuação uma vez que a autuante não buscou a verdade material dos fatos e a efetiva infração à legislação tributária. Desconsiderou, sem explicação, os valores reais devidos e recolhidos pela empresa, as provas documentais que confirmam que em qualquer momento o tributo estadual fora sonegado, bem como, descharacterizou a sua contabilidade em desobediência à sua boa técnica contábil. Assim, disse, a fiscalização foi realizada de forma irregular, sem a observância dos ditames do art.174, da Constituição Federal que concede aos Estados o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica, porém em submissão à lei. Com este argumento, afirmou que a autuante, antes da lavratura do Auto de Infração, deveria efetuar diligência fiscal.

Prosseguindo nesta argumentação, citou o art.5º, LV, da Constituição Federal, o art.18, do RPAF/99 e decisões deste Colegiado para requerer a nulidade do lançamento fiscal por vícios insanáveis, em decorrência de imprecisão e falta de coerência na determinação das irregularidades apuradas e, consequentemente, com cerceamento do seu pleno direito de defesa.

Como questão de mérito, trouxe, novamente, as mesmas questões levantadas sobre a inconsistência do lançamento fiscal, transcrevendo novas decisões deste Colegiado, do Estado da Paraíba e entendimentos de juristas.

Atacando a infração 3 (falta de entrega dos arquivos magnéticos ao fisco), transcreveu, na íntegra, os art.686 e 708-B, do RICMS/97 para afirmar que estas determinações não estão amparadas em lei, apenas em convênio, o que violava o princípio constitucional da legalidade. Neste sentido transcreveu as determinações do art.113, do CTN e entendimentos de juristas sobre a matéria. Ressaltou que os convênios são meros acordos entre as unidades federadas, não criando isenções nem obrigações tributárias, que somente nascem através de lei. Assim, os convênios, para surtirem efeito devem ser ratificados ou rejeitados pelo Poder Legislativo.

Neste contexto, continuou, embora a multa atacada esteja prevista em lei, ela é inócuia, pois baseada em previsão ilegal. Além do mais, emite notas fiscais manuais, bem como, mantém, regularmente, sua escrituração fiscal.

E, para a infração de caráter acessório, invocando o § 7º, do art.42, da Lei nº 7.014/96, requereu a sua dispensa por não ter havido falta de pagamento do imposto, nem simulação ou má-fé, bem como pela mesma ter caráter confiscatório com desvio de finalidade, violando o princípio da moralidade pública e da razoabilidade.

Por fim, requerendo revisão fiscal, pugnou pela nulidade ou improcedência da autuação, ou a aplicação das disposições contidas no § 7º, do art.42, da Lei nº 7.014/96.

A autuante prestou sua informação fiscal (fls. 297/312), inicialmente relatando como foi realizada a fiscalização, os dispositivos legais para este fim atendidos, os documentos em que se baseou e a entrega, comprovada, de todos os demonstrativos produzidos, parte integrante do Auto de Infração. Assim, não via causa para a argüição de cerceamento de defesa, nem, tampouco, irregularidades no procedimento fiscal.

Em relação à infração 1, observou que a mesma está documentalmente comprovada, conforme levantamentos de fls.17/62 do PAF, fotocópias dos Livros Registro de Inventários 2002 e 2003 (fls.81/100), assim como, documentos fiscais apresentados pelo contribuinte, atinentes ao exercício de 2003. Além do mais, o sujeito passivo recebeu cópias de todos os levantamentos efetuados, como comprovam os recibos que assinou (fls.18, 19, 21, 24, 25, 31, 50, 57, 59 e 62) e não apresentou qualquer dado contrário à autuação.

Quanto à infração 2, as intimações para apresentação dos livros fiscais estão apensadas às fls.10/12 e à fl.15 existe a declaração do autuado de que os havia extraviado.

No que concerne á infração 3, citando os documentos comprobatórios da irregularidade cometida, quais seja: a) Intimação para entrega dos arquivos magnéticos de janeiro de 2002 a dezembro de 2003 (fl.9); b) levantamento mensal de 2002 e de 2003, com o cálculo percentual da multa por cada mês e a soma total lançada no Auto de Infração (fl.16); c) fotocópias do Livro Registro de Saídas de 2002 e 2003 (fls.145/164 e 223/245); d) fotocópias do Livro Registro de Apuração de ICMS de 2002 e 2003 (fls. 165/190 e 246/ 271), ressaltou que Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, que transcreveu, dar completa base legal á autuação. Inclusive, o Decreto Estadual nº 4.361, de 6/7/1995 ratificou o Convênio ICMS 57/95. Além do mais, o CTN prevê o cumprimento de obrigação acessória definida por Decreto, apenas exigindo-se lei para a imposição e a majoração de tributo.

Por fim, na infração 4, o autuado não comprovou a utilização dos créditos fiscais glosados, conforme documentos que anexou aos autos, ou seja: a) Tabela demonstrativa dos créditos fiscais usados indevidamente, sem a devida comprovação pelo contribuinte, com o recibo do contribuinte da sua ciência (fl.16); b) fotocópia do Livro Registro de Entradas de 2002 , onde estão escrituradas as notas fiscais não apresentas ao fisco, apesar de três vezes intimado (fls.116/144), c) fotocópia do Livro Registro de Apuração de ICMS de 2002, onde foram lançados e utilizados os supostos créditos escriturados (fls.165/190); d) intimações para apresentação das notas fiscais de entradas do exercício de 2002 (fls.10/12); e) Declaração de Extravio das notas fiscais de entradas do exercício de 2002 (fl.15).

Além de não trazer aos Autos provas da legitimidade de qualquer crédito que usou em 2002, o contribuinte silenciou a respeito, em sua impugnação, ao lançamento fiscal.

Após dissertar sobre o fato da empresa ser ou não ser contumaz na sonegação do tributo em lide, ratificou o procedimento fiscal.

VOTO

O autuado levantou questões de nulidade ao lançamento fiscal que, preliminarmente, devo me pronunciar.

Primeiro afirmou que a autuante não buscou a verdade material dos fatos para comprovar infração à legislação tributária, desconsiderando valores do imposto recolhidos, provas documentais e descharacterizou sua contabilidade, que conforma não ter havido, que em qualquer momento, sonegação do imposto, em completa desobediência ao art. 5º, LV e 174, da Constituição Federal, bem como ao art. 18, do RPAF/99.

Analizando o procedimento fiscal, razão não assiste ao impugnante. Ele foi feito com submissão á norma que rege as matérias em questão, inclusive sendo dado ao autuado todos os levantamentos fiscais produzidos. Não houve qualquer imprecisão e ou mesmo falta de coerência na determinação das irregularidades apuradas. Não vejo causa para ser alegado cerceamento do seu pleno direito de defesa.

Como segunda preliminar, e neste caso, especificamente sobre a infração 3 (falta de entrega dos arquivos magnéticos ao fisco) o autuado afirma que sem base legal, pois não existe lei que determine que o contribuinte está obrigado a entregar ao fisco, quando intimado, os arquivos magnéticos. Ressaltou, ainda, que os convênios são meros acordos entre as unidades federadas, não criando isenções nem obrigações tributárias, que somente nascem através de lei, que deve ser ratificada, ou rejeitada, pelo Poder Legislativo. Indo além, entendeu que a Lei nº 7.014/96 era inócuia no que tange a penalidade nela determinada para a falta de entrega dos arquivos magnéticos já que com base ilegal.

Em primeiro lugar, ressalto que este foro administrativo não tem competência de discutir a ilegalidade ou constitucionalidade da legislação tributária vigente. Apenas observo que o art.

100, do CTN determina:

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

O Decreto Estadual nº 4.361, de 6/7/1995 ratificou o Convênio ICMS 57/95 e o RICMS-BA disciplinou, no âmbito do Estado deste Estado, as determinações do Convênio em discussão.

Assim, não vejo causa para se alegar ilegalidade das determinações dos art.686 a 708-B, do RICMS/97, nem tampouco, as determinações do art.42, XIII-A, "g", da lei nº 7.014/96.

No mérito, infração 1 exige o ICMS pela falta de seu recolhimento constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entradas - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício.

A autuante com base no livro Registro de Inventário dos exercícios de 2002 e 2003, bem como de todas as notas fiscais (entradas e saídas) apresentadas pelo sujeito passivo procedeu à auditoria fiscal, conforme fls.17/62 dos autos, cujas cópias dos levantamentos foram entregues ao contribuinte (fls.18, 19, 21, 24, 25, 31, 50, 57, 59 e 62). Quanto de sua defesa, não houve impugnação das diferenças encontradas nem, tampouco, dos valores apurados. Na situação, somente posso concluir pela manutenção da autuação no valor de R\$29.685,80.

Na infração 2, foi cobrada multa pelo extravio dos livros Registro de Inventário do exercício de 2001 e do livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências.

O contribuinte foi por três vezes (31/5/2005, 3/6/2005 e 8/6/2005 – fls.10/12), intimado para apresentar ao fisco os referidos livros. Em 30/6/2005 (fl.15) assinou declaração informando os seus extravios.

Estando confessado o extravio, determina o art.42, XIV, da Lei nº 7.014/96:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

XIV - R\$920,00 (novecentos e vinte reais), por livro extraviado, inutilizado ou mantido fora do estabelecimento, em local não autorizado;

O contribuinte, embora não tenha se reportado, especificadamente, a esta infração, requereu o cancelamento das penalidades acessórias aplicadas no presente Auto de Infração. Assim, para que não paire qualquer dúvida, entendo que seu pedido, também, a esta infração se referiu e me posiciono para negar seu pedido, tendo em vista:

1. o extravio do livro Registro de Inventário é situação que causa sérios prejuízos à fiscalização, pois sem ele diversos roteiros de auditoria não podem ser aplicados;
2. não houve comunicação, antes da ação fiscal, deste extravio, conforme determina a legislação tributária. Somente após ser intimado por três vezes para a sua apresentação é que o autuado assinou declaração neste sentido;
3. existe multa específica, determinada em lei, para a irregularidade cometida.

Diante da situação, a multa aplicada é mantida no valor de R\$1.840,00.

A infração 3 trata da aplicação de multa acessória pela falta de entrega os arquivos magnéticos,

exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas pelo estabelecimento autuado, nos exercícios de 2002 e 2003.

Em sua impugnação, o autuado, tacitamente, confessa que não havia entregado ao fisco os arquivos magnéticos (nem nos prazos regulamentares, nem quando intimado) já que sua defesa se restringiu a requerer a nulidade do lançamento fiscal por entender que não existe previsão legal para este procedimento, conforme já explanado acima e que ficou esclarecido ser um equívoco do impugnante.

No mais, observo que de acordo com o Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, que dispõe sobre a emissão de documentos fiscais e a escrituração de livros fiscais por contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, o contribuinte é obrigado a apresentar, em arquivo magnético, todos os dados referentes às suas operações de entradas e saídas de mercadorias, cujas determinações a ele concernentes estão ali insertas. Também foi confeccionado, apensado a este Convênio, Manual de Orientação, onde estão estabelecidas todas as instruções de formas e procedimentos aos arquivos magnéticos afetos. Estas determinações e orientações foram inseridas no RICMS/97 e no seu Anexo, que trata desta questão nos seus art.708-A e 708-B e a Lei nº 7.014/96, no seu art.42, XIII-A, "g", determina textualmente (redação atual da aliena "g" dada pela Lei nº 9.430, de 10/2/2005, efeitos a partir de 11/2/2005):

Art. 42

XIII-A - nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados:

g) 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;

Com a competência legal que dispõe, o fisco estadual solicitou a apresentação dos arquivos magnéticos (fl.9), inclusive com os Registros 54 e 60R. O contribuinte não cumpriu as determinações legais. Com base nos livros Registro de Saídas e de Apuração do ICMS, a autuante realizou o levantamento das saídas mensais dos referidos exercícios, cuja cópia foi entregue ao defensor.

Quanto à solicitação do defensor de que fosse reduzida ou cancelada a multa, com base no art.158, do RPAF/99, este pleito não pode ser atendido, uma vez que existe multa legal específica para a infração cometida. E, em relação às decisões deste Colegiado trazidas como paradigmas ao pedido, as situações nelas discutidas podem ter sido de natureza diversa à presente.

Como observação final, ressalto que a autuante embora tenha calculado a multa por mês, procedimento que é o correto, ao lançá-la, o fez com a data de 16/6/2005. Como esta situação beneficiou o contribuinte, não modifíco a situação.

Por tudo exposto, subsiste a ação fiscal no valor de R\$86.606,94.

A infração 4 exige o ICMS pela utilização indevidamente crédito fiscal sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito no exercício de 2002. O autuado foi intimado para apresentar todas as notas fiscais de aquisições do citado ano (fls.10/12). Pela informação contida no Termo de Arrecadação de Livros e Documentos Fiscais (fls.13/14) somente foram entregues aquelas do exercício de 2003. A autuante glosou todos os créditos fiscais lançados no livro Registro de Entradas, cuja cópia apensou aos autos e elaborou

demonstrativos de tais créditos (fl.16). Também anexou ao processo cópia do livro Registro de Apuração do ICMS comprovando que tais créditos foram utilizados no conta corrente fiscal da empresa.

Quando de sua impugnação, o autuado além de não contestar especificamente esta infração, não apresentou qualquer documento que pudesse desconstituir o procedimento fiscal, conforme art. 123, do RPAF/99, irregularidade esta que se encontra embasada no art.91, do RICMS/97 (Decreto nº 6.284/97) que textualmente dispõe:

Art. 91. O direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, é condicionado a que as mercadorias recebidas pelo contribuinte ou os serviços por ele tomados tenham sido acompanhado de documento fiscal idôneo, no qual conste o destaque do imposto anteriormente cobrado, emitido por contribuinte em situação regular perante o Fisco, e se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

Pelo exposto, a infração é mantida no valor de R\$593.245,29.

Voto pela procedência da ação fiscal para exigir o imposto no valor de R\$622.931,09 mais as multas por obrigação acessória no valor total de R\$88.446,94.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 001597.6011/05-9, lavrado contra **LCS REINA SOBRINHO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$622.931,09**, acrescido das multas de 70% sobre R\$29.685,80 e 60% sobre R\$593.245,29, previstas, respectivamente, no art.42, incisos III e VII "a", da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas no total de R\$88.446,94, previstas no art.42, incisos XIV e XIII-A, "g", da mesma lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2005.

MÔNICA MARIA ROTERS- PRESIDENTE/RELATORA

CLAUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR