

PROCESSO - A. I. Nº 232889.0020/08-6
RECORRENTE - ÓTICA DINIZ LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JFJ nº 0351-05/09
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 30/03/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0043-11/11

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE SISTEMA ELETRÔNICO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA AO FISCO MEDIANTE INTIMAÇÃO. ARQUIVOS ENTREGUES COM INCONSISTÊNCIAS. MULTA. Comprovado que as intimações foram realizadas nos termos do parágrafo 3º do art. 708-B do RICMS/BA. Infração caracterizada. 2. LIVROS E DOCUMENTO FISCAIS. MULTAS. a) EXTRAVIO. b) FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. Infrações comprovadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JFJ nº 0351-05/09), que concluiu pela Procedência do presente Auto de Infração, através do qual foram atribuídas ao sujeito passivo as seguintes irregularidades:

1. Forneceu informações através de arquivo magnético exigido na legislação tributária, requerido mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes. Multa de 5%, no valor de R\$9.738,84.
2. Extraviou o livro fiscal. Multa fixa de R\$ 920,00.
3. Deixou de apresentar livro fiscal, quando regularmente intimado. Multa fixa no valor de R\$460,00.

A Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu a lide administrativa posta à sua apreciação, *in verbis*:

“Rejeito a preliminar de nulidade arguida, quanto à infração 2, tendo em vista que não houve cerceamento de defesa pois o contribuinte desde o início da ação fiscal estava ciente de qual livro foi extraviado, inclusive prestando declaração a esse respeito. Ademais, no corpo do Auto de Infração, relativa à descrição da infração, consta a referência ao livro fiscal.

Quanto ao pedido de redução das multas aplicadas, entendo que não pode ser atendido, haja vista a impossibilidade de aplicação de outros roteiros de fiscalização, e por tratar-se de empresa reincidente na falta de entrega de livros e documentos fiscais, pois outros estabelecimentos já foram autuados, na mesma matéria, a exemplo do Auto de Infração nº 170623003609-0, julgado recentemente por esta Junta de Julgamento Fiscal.

No mérito, consta na infração 1 a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória em decorrência de fornecimento de informações por meio de arquivos magnéticos, com omissão de operações, com o valor da multa limitado a 1% do total das operações de saídas realizadas no estabelecimento no período fiscalizado, calculando-se a mesma sobre o valor das operações omitidas.

Esta exigência encontra amparo nas Cláusulas 27 e 28 do Convênio ICMS 57/95, e no art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/96, que estabelece a penalidade de 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem com das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos

fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso.

Consta nos autos a Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, decorrente das inconsistências verificadas nos arquivos magnéticos, fato que resguardou o contribuinte de qualquer medida fiscal que não lhe tivesse sido cientificado e dado-lhe a oportunidade de efetuar as devidas correções, o que preserva o contraditório da relação processual tributária, e obedece aos ditames do art. 708-B, § 3º do RICMS/97.

Verifico que no Termo de Intimação entregue ao contribuinte em 23/04/2009, anexo ao PAF às fls. 7/8, constam as seguintes irregularidades:

- Os arquivos magnéticos dos meses de janeiro a dezembro/07 e janeiro a dezembro/08 foram apresentados sem o Registro 74 (inventário);*
- Os arquivos magnéticos dos períodos de 01/01/2007 a 31/12/2008 foram apresentados sem os seguintes registros: R 60R e 60M de Maio e Junho/2007;*
- Não foram apresentados os Registros 50 das entradas nos meses de Julho e Outubro/2007 e dos meses de Janeiro, Fevereiro, março, Junho e Outubro/2008 e os Registros 60ª das saídas dos meses de Maio e Junho/2007;*
- DMA com valores zerados nas entradas nos meses de Janeiro, Fevereiro, Março, Junho, Outubro e Dezembro/2008.*
- Notas Fiscais com valores totais divergentes entre REGISTRO 50 x REGISTRO 54 nos exercícios de 2007 e 2008;*
- Notas Fiscais sem itens no Registro 54 (exclusos CFOP de energia e comunicação) nos exercícios de 2007 e 2008;*
- Inconsistências nos valores do arquivo nos Registros 50 e 70 – entradas e Registro 60A e 61 – saídas em relação às DMA's apresentadas nos exercícios de 2007 e 2008;*
- Inconsistências nos valores do arquivo Registro 54, Reg50 – Comunicação, Reg50 – energia – entradas e nos Registro 54 e 60R – saídas em relação aos valores declarados nas DMA's, exercícios de 2007 e 2008.*

Após várias tentativas de correção das inconsistências, com o pedido de prorrogação de prazo efetuado pelo contribuinte, este por último manifestou-se no sentido de que não havia possibilidade de entregar os arquivos devidamente corrigidos, consoante correspondência de 19/06/2009, endereçada ao Inspetor Fazendário da INFAZ Varejo/DAT Metro, anexo às fls. 34 deste PAF, informando que não foi possível a entrega na totalidade, dos documentos solicitados pela referida repartição nas Intimações datadas em 23/04/2009 e 15/05/2009, não tendo condições de apresentar no prazo determinado o livro Registro de Inventário e o arquivo magnético – SINTEGRA.

Diante das informações prestadas pela empresa, coaduno com a manifestação do autuante no sentido de que diante deste cenário de falta de apresentação e regularização dos documentos e livros fiscais, a fiscalização ficou impedida de lançar mão de métodos alternativos para verificação e apuração de impostos pagos e/ou devidos pelo contribuinte, haja vista que nenhum roteiro de fiscalização pode ser executado, devido à falta de apresentação dos documentos, livros e registros fiscais, não restando outra alternativa aos fiscais, senão a lavratura do Auto de Infração com a aplicação da penalidade cabível no art. 42, inciso XIII-A, alínea "i", da Lei nº 7.014/96 alterada pela Lei nº 10.847/07.

Quanto à afirmação do sujeito passivo, de que negocia preponderantemente com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, este fato não invalida a aplicação da penalidade decorrente da falta de entrega de arquivos magnéticos, haja vista que a fiscalização, além disso não recebeu os demais livros e documentos fiscais, que possibilitariam a aplicação dos principais roteiros de fiscalização, para verificar a regularidade das operações mercantis. Ademais, o fato de existir mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária não afasta a verificação dos estoques e outros roteiros de fiscalização.

Na infração 2, está sendo exigida a multa face ao extravio de livro fiscal.

Ocorre que o contribuinte protocolou, após o início da ação fiscal, Processo nº 074318/2009-5, fls.27/ 28, informação sobre o extravio dos Livros de Inventário referente aos exercícios de 2004 a 2006.

Contudo, houve a falta de comunicação dos extravios, nos prazos determinados, e da falta de escrituração de novo livro de inventário, sendo que estas omissões acarretaram prejuízos à fiscalização, posto que inviabilizou a elaboração do roteiro de levantamento quantitativo de estoques do período, já que não foi informado as quantidades iniciais e finais, em estoque, das mercadorias comercializadas nos exercícios sob fiscalização.

Portanto, independente da intenção do impugnante, o prejuízo ao Erário Estadual ocorreu, na medida em que os prepostos fiscais ficaram impedidos de apurar o imposto efetivamente devido pelo contribuinte. Deste modo, entendendo que não cabe a redução da multa aplicada, ao apelo do estatuido no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96.

Infração mantida, com a aplicação da multa tipificada no art. 42, XIV da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$ 920,00 (novecentos e vinte reais), por livro extraviado, inutilizado ou mantido fora do estabelecimento em local não autorizado.

Na infração 3 a acusação versa sobre a falta de apresentação de livro fiscal, quando regularmente intimado, sendo aplicada a multa fixa no valor de R\$ 460,00.

Na fl. 33, consta ofício da empresa referente à falta de entrega dos documentos fiscais para atendimento a intimação do auditor fiscal, na qual a empresa reitera que não pode apresentar os Livros de Inventário dos exercícios de 2007 e de 2008, uma vez que necessita retificar os registros contemplados no arquivo SINTEGRA desses exercícios e para isso precisa estar em posse de tais documentos.

Infração mantida, com a aplicação da multa tipificada no art. 42, XV, “d” da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais), por falta ou atraso na escrituração de livro fiscal.

Auto de Infração PROCEDENTE”.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 134/142, deduzindo a seguinte argumentação:

Infração 1: Diz que a multa é elevada e desproporcional. Sustenta que a autuação trata de descumprimento de obrigação acessória, não havendo qualquer débito decorrente da obrigação principal. Salieta que a irregularidade não resultou de ato intencional, mas de falha operacional sua. Afirma que deve ser aplicado ao caso concreto o §7º, do art. 42, da Lei do ICMS do Estado da Bahia, uma vez que não houve dolo e a falta constatada não implicou falta de recolhimento do tributo, sobretudo em se considerando que, durante a maior parte do período fiscalizado, os produtos comercializados estavam enquadrados na substituição tributária. Invoca precedentes da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal nesse sentido.

Infrações 2 e 3: Afirma, também nessas infrações, que a exigência é de multa, não havendo qualquer cobrança decorrente de descumprimento de obrigação principal. Repete os argumentos deduzidos no Recurso Voluntário quanto à infração 1, especialmente no que concerne à incidência do §7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Acrescenta que foram cobradas duas multas em virtude da mesma situação – extravio do livro Registro de Inventário –, sendo que a infração 02 refere-se à própria comunicação do extravio, enquanto a 3 refere-se à não apresentação do mencionado livro. Defende, nesses termos, que a multa imposta na infração 2 absorve a penalidade da infração 03.

Pugna, ao final, pelo provimento do apelo interposto, para reduzir ou cancelar as multas aplicadas, julgando procedente em parte a autuação.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo, consignou que o cometimento da infração 1 é fato incontroverso, pois o recorrente reconhece que apresentou os arquivos com divergências, cabendo ao CONSEF analisar o pedido de redução da multa. Ressaltou que a JJF aponta ser o recorrente reincidente nessa infração.

Com relação às infrações 2 e 3, a PGE/PROFIS entende que não merece ser acolhida a alegação recursal de absorção das multas, pois a infração 2 exige multa por extravio do livro de Inventário dos exercícios de 2004 a 2006, enquanto a infração 3 exige multa por falta de apresentação de livros fiscais dos exercícios de 2007 e 2008.

VOTO

Consoante relatado, o recorrente pugna pela aplicação do §7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, com o objetivo de que sejam reduzidas ou canceladas as penalidades aplicadas em todas as três infrações que compõem a presente autuação. Vejamos o dispositivo legal:

“§ 7º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão

Julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.”

Consoante se extrai da leitura da norma, tem o sujeito passivo o direito de obter a redução ou o cancelamento da multa por descumprimento de obrigação acessória sempre que ficar comprovada a inexistência de dolo, fraude ou simulação. Cumulativamente, também deve ser provado que a conduta infracional não implicou falta de recolhimento do imposto.

Quanto ao primeiro requisito, merece pequena ressalva a atecnia do dispositivo legal. É que o ordenamento jurídico não permite que se presuma dolo, fraude ou simulação. Logo, é do Fisco o ônus da prova quanto à ocorrência de um desses três vícios de conduta, até mesmo porque a imposição de prova negativa ao contribuinte também não encontra amparo nas normas gerais sobre distribuição do *onus probandi* – isso representaria a combatida “*prova diabólica*”.

Feito esse breve comentário, verifico, da análise dos autos e, sobretudo, da Decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal, que o Recorrente apresentou os arquivos magnéticos relativos aos exercícios de 2007 e 2008 com uma série de inconsistências nos registros das entradas e das saídas e nos valores das mercadorias, as quais deixo de repetir para não tornar desnecessariamente longo o presente voto.

Foi outorgada ao recorrente a possibilidade de corrigir esses registros, mas ele não o fez, com o que tornou inviável a realização dos roteiros de auditoria por parte do preposto fiscal.

Isso quer dizer que a Administração tributária ficou impedida de verificar se os impostos recolhidos pelo sujeito passivo estavam ou não corretos; a verificação da escrita do contribuinte, essencial à homologação ou não do ICMS recolhido, restou inviabilizada.

Com relação às multas impostas nos itens 2 e 3, o mesmo raciocínio se aplica. Além das irregularidades objetivas constatadas na conduta do contribuinte, que comunicou o extravio a destempo e não cuidou de escriturar novos Livros de Inventário de 2004 a 2006 (infração 2), bem como recusou-se a entregar os livros dos exercícios de 2007 e 2008 (infração 3), o fato é que, sem esses registros, a fiscalização ficou impedida de realizar o roteiro do levantamento quantitativo de estoques de mercadorias. Vale registrar que essa auditoria é imprescindível para se verificar a regularidade das operações realizadas pelo sujeito passivo.

A par disso, cumpre salientar que a alegação recursal de que tantas irregularidades, relativas a cinco exercícios distintos, decorreram de mera “*falha operacional*”, no meu entendimento, não ameniza a situação do sujeito passivo; ao revés, agrava, pois é inescusável que uma empresa do porte do recorrente não cuide da regularidade de seus registros fiscais, e que sua conduta simplesmente inviabilize a fiscalização. Agrava também a situação do recorrente o fato de ser reincidente, com diversos autos de infração lavrados tendo como fundamento o descumprimento das mesmas obrigações acessórias objeto deste feito.

Assim, entendo que o pedido de cancelamento ou de redução das multas impostas não pode ser acatado, diante da falta de comprovação por parte do recorrente de que, do descumprimento das obrigações acessórias, não adveio descumprimento de obrigação principal. Vale o registro de que, o simples fato de se tratarem de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária não desonera o sujeito passivo do cumprimento dos deveres instrumentos estabelecidos na legislação tributária, nem atenua a probabilidade de evasão fiscal, pois a movimentação física dessas mercadorias em estoque, por exemplo, pode revelar omissões de saídas anteriores de mercadorias tributáveis. Isso, contudo, não pôde ser verificado...

Por derradeiro, anuo com o Parecer da PGE/PROFIS quanto ao pedido de absorção da infração 3 pela infração 2. Trata-se de exercícios distintos, logo, as multas podem subsistir, sem que se vulnere qualquer princípio, norma ou regra de direito tributário.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser homologados os valores pagos com os benefícios da lei nº 11.908/10, conforme documentos de fls. 156/157.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **232889.0020/08-6**, lavrado contra **ÓTICA DINIZ LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$11.118,84**, previstas no art. 42, incisos XIII-A, “i”, XIV e XX, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02 e pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores pagos com os Benefícios da Lei nº 11.908/10, conforme documentos de fls. 156/157.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de março de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS