

PROCESSO - A. I. Nº 300766.0006/12-3
RECORRENTE - MARIA DA SALETE FREIRE FERREIRA (MS DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS)
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0062-02/13
ORIGEM - INFAZ PAULO AFONSO
INTERNET - 17.09.2013

3ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0347-13/13

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Comprovado tratar-se de valores escriturados no livro de apuração e não recolhido. Fato demonstrado. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM DIVERGÊNCIAS DOS VALORES ESCRITURADOS EM SEUS LIVROS FISCAIS. Descumprimento de obrigação acessória. A legislação estabelece aplicação da multa de 1% sobre o valor das operações realizadas. Infração caracterizada. Não acatado o pedido para redução da multa. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria quanto à infração 5.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário contra Decisão da Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 27/09/2012, o qual exige crédito tributário no valor de R\$28.096,66, sendo objeto deste recurso apenas às infrações abaixo relacionadas, uma vez que as demais foram reconhecidas quando da defesa inicial:

INFRAÇÃO 1 - deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros próprios, nos meses de setembro a dezembro de 2007 e maio de 2008, no valor de R\$4.392,94, acrescido da multa de 50%;

INFRAÇÃO 5 - forneceu informações através de arquivos magnéticos do SINTEGRA divergentes dos valores escriturados nos seus livros fiscais, nos meses de abril a junho e setembro de 2008, sendo aplicada multa de 5% sobre o valor das divergências, nos termos do inciso XIII-A, alínea “i” da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$6.715,18.

Nos autos, o i. Relator inicia seu julgamento apontando que na defesa o sujeito passivo insurge-se apenas quanto às infrações 1 e 5, reconhecendo o cometimento das infrações 2, 3 e 4, as quais ficam mantidas, em vista de não existir lide sobre as mesmas.

Adentra ao mérito, citando que para a infração 1 o autuado reconhece o cometimento da mesma, no entanto requer que seja considerado os créditos fiscais referentes às notas fiscais de entradas de mercadorias conforme relaciona fls.112/118, que deixaram de ser escrituradas tempestivamente nos livros fiscais próprios.

Diz observar que cabe ao autuado direito ao crédito corretamente destacado nas notas fiscais de entradas de mercadorias em seu estabelecimento. Entretanto, esta providência não pode ser tomada nesta fase do processo, de conformidade com a regra do art. 101 do RICMS/BA, enquanto não decair seu direito de fazê-lo. Conclui que a infração 1 está devidamente caracterizada.

Passando ao comentário da infração 5, que se refere a divergências contidas nos arquivos magnéticos do Sintegra, comparativamente aos registros fiscais, aduz que o impugnante não contesta os cálculos realizados pelo auditor fiscal, e inclusive reconhece ter encaminhado os arquivos do SINTEGRA com divergências. Apela pela redução ou cancelamento da multa aplicada

sob o argumento de que a acusação fiscal não comprovou que o cometimento da infração tenha decorrido de dolo, fraude ou simulação.

Alude que na análise do PAF, observou que a autuante ao constatar divergências entre os arquivos magnéticos encaminhados à SEFAZ e as operações registradas nos livros próprios, o intimou para que procedesse às devidas correções no prazo regulamentar de 30 dias. E restou demonstrado nos autos que decorreu o prazo concedido, e o contribuinte não atendeu a mencionada intimação.

Por esse fato, o motivo determinante para a aplicação da multa foi o descumprimento de obrigação acessória por ter o contribuinte fornecido arquivos em meio magnético com as inconsistências constantes nos papéis de trabalho às fls. 09/14. Igualmente consta às fls. 07/08 a intimação devidamente assinada pelo preposto do autuado, solicitando dentro do prazo de 30 (trinta dias), a correção das inconsistências verificadas nos arquivos magnéticos.

Conforme a legislação do ICMS, a qual recepcionou as disposições contidas no Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, o usuário de sistema eletrônico de processamento de dados é obrigado a apresentar, quando solicitado, a documentação minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição, gabarito de registro (*layout*) dos arquivos, listagem dos programas e as alterações ocorridas no exercício de apuração, relativamente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias ou das prestações realizadas (art. 685, combinado com os art. 708-A e 708-B, do RICMS/97).

Destaca i. Relator que a autuação obedeceu ao devido processo legal, sendo precedida da intimação ao contribuinte, solicitando e especificando a falta das informações e inconsistências, sendo-lhe entregue informes das omissões e inconsistências constatadas, e concedido o prazo de 30 dias úteis para correção, sem que tenha providenciado a respeito.

Quanto ao pedido para redução ou cancelamento da multa aplicada sob a alegação de que a infração foi cometida sem a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, não o acolhe tendo visto que o autuado não logrou comprovar esta justificativa nos autos, e nem mesmo até a presente data tomou a iniciativa de regularizar as divergências apontadas em seus arquivos magnéticos.

Realça que a inobservância dessa importante obrigação acessória, provoca prejuízos operacionais ao fisco, pois a falta das informações contidas nos arquivos magnéticos dificulta e, em alguns casos, impede a aferição da regularidade fiscal do estabelecimento fiscalizado, pelo que mantém a infração acentuada.

Emite julgamento pela Procedência do Auto de Infração.

Recurso Voluntário apensado por preposto do autuado alude ao direito ao crédito sobre materiais de uso e consumo, dizendo que a limitação à data de 01 de janeiro de 2011 esbarra na inconstitucionalidade, eis que a CF/88 deu à Lei Complementar apenas o direito de regular regime de compensação de imposto, não tendo as LCs autorização constitucional para limitar os efeitos da não-cumulatividade.

Explicita considerações sobre o tema da lavra dos eméritos Roque A. Carrazza, citando Carlos Maximiliano quanto à interpretação estrita que devem sofrer os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição.

Transcreve entendimento adotado pelo TJ do Rio Grande do Sul quanto ao direito do crédito nas aquisições de bens, na Apelação nº 70028812816 da 2ª Câmara Cível daquele Estado.

Adentra à nulidade da autuação, considerando que a penalidade aposta no presente caso corresponde ao arbitramento, manifesta violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Revela que a multa pecuniária na percentagem de 200% do valor do crédito principal, evidencia o caráter confiscatório conforme extensa doutrina jurídica referida em seu Recurso.

Cuidando do mérito com relação unicamente à infração 1, aduz o recorrente que o Auto de Infração demonstra de forma inequívoca o não recolhimento do ICMS, porém algumas notas fiscais de entrada e de retorno, as quais anexas, todas de set/2007, não teriam sido lançadas em seus Livros fiscais, o que iria reduzir o débito em exigência.

No tocante à infração 5, aduz impugnar o lançamento da multa aplicada tendo em vista não refletir dolo, fraude ou simulação, pois os livros apresentados e a DMA apontam os respectivos valores, refletindo a integridade e a veracidade dos mesmos, elaborados consoante arquivo Sintegra. Adicionalmente transcreve sobre esse mister o art. 158 do Decreto nº 7629/99.

Em seu pedido, indica a anulação do PAF como um todo, em consequência decretar a nulidade do Auto de Infração em comento, pedindo acolhimento das razões fáticas para julgá-lo totalmente improcedente. Alternativamente considera que o valor da infração é parcialmente procedente à luz dos créditos não lançados na infração 1, e na infração 5 requer o cancelamento da multa imposta e a improcedência desta Infração.

VOTO (Vencido quanto à Infração 5)

O Recurso Voluntário manejado pelo recorrente brande pela nulidade da sujeição passiva, sem, no entanto apresentar razões que fundamentassem essa preliminar.

Às alegações do aspecto confiscatório das multas, destaco que a estipulação das mesmas cumpre os requisitos legais, sendo indicados em cada lançamento os enquadramentos na lei e os percentuais cabíveis.

No mérito, apenas se reporta às infrações 1 e 5, cujas acusações foram:

INFRAÇÃO 1. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros próprios, nos meses de setembro a dezembro de 2007 e maio de 2008, no valor de R\$4.392,94 acrescido da multa de 50%;

INFRAÇÃO 5. Forneceu informações através de arquivos magnéticos do SINTEGRA divergentes dos valores escriturados nos seus livros fiscais, nos meses de abril a junho e setembro de 2008, sendo aplicada multa de 5% sobre o valor das divergências, nos termos do inciso XIII-A, alínea “i” da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$6.715,18.

Com referência à infração 1, na Planilha Audif – Auditoria da c/corrente ano 2007, à fl. 15 não há o registro de créditos quaisquer, onde caberiam os R\$1.826,45 de ICMS (Notas Fiscais nºs 848610 e 851164), mais os créditos de R\$23,96 (Retornos conforme Notas Fiscais nºs 245555,245532,245216, 244954 e 245564) todas datadas de set/07 conforme cópias nos autos, fls. 112 a 118. Então se compensados esses valores teríamos:

A) Autuação meses 09, 10 e 11/2007	=	R\$ 2.344,73
B) (-) Créditos não escriturados 09/2007	=	R\$ 1.826,45
C) (-) Créditos não escriturados (Retornos) 09/2007	=	R\$ 23,96
D) Virtual valor de parte da infração 1 em 30/11/2007.....=		R\$ 494,32

No entanto o recorrente não atendeu aos requisitos determinantes do art. 101, § 1º, II, “a” do RICMS/BA, Decreto nº 6.284/97, vigente na época dos fatos arrolados, o qual exigia para a escrituração extemporânea do crédito fiscal de exercício já encerrado, além da comunicação por escrito à repartição fiscal da circunscrição do contribuinte, ainda observar o prazo de 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, que as mercadorias tenham sido objeto de tributação ou permaneçam em estoque inventariado, devendo registrar o crédito diretamente no livro RAICMS no quadro “Crédito do imposto – Outros Créditos”.

Observe que a infração 1 foi demonstrada às fls. 15 a 20 do PAF, sendo que de setembro a dezembro de 2007, o valor acusado foi o mesmo apurado pelo próprio contribuinte, conforme escriturado no seu livro RAICMS Nº 04, cópias anexas às fls. 69 a 76 do PAF.

Consumada a decadência do direito a esses crédito, por não exercitados a tempo, consoante disposições legais, resta caracterizada a infração 1 nos termos em que foi lançada.

Passando a análise da infração 5, que cuida da divergência nos arquivos magnéticos do Sintegra, requeridos mediante intimação, em confronto com os valores escriturados nos seus livros fiscais, nos meses de abril a junho e setembro de 2008, conforme demonstrativos anexos ao PAF à fl. 24, sendo aplicada a multa especificada no Art. 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96.

A multa decorrente da divergência entre os livros Fiscais e Arquivos do Sintegra foi lançada em 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais, sendo a referida multa limitada a 1% (um por cento) do valor das saídas realizadas em cada período, e aplicada sobre o valor das divergências.

Na informação, a i. autuante rebate o argumento defensivo de que a infração foi praticada sem dolo, fraude ou simulação e que não implicou falta de recolhimento do imposto, aludindo que não se pode ter a certeza do enunciado, pois com as divergências nos arquivos magnéticos, alguns roteiros de fiscalização deixaram de ser executados, a exemplo do roteiro de estoques, pois como os dados dos arquivos não transmitiam inteira confiabilidade, a fiscalização ficou em parte prejudicada.

Concordo que a fiscalização ficou parcialmente tolhida em seus roteiros de auditoria, mas como o próprio auditor se pronunciou, *não se pode ter a certeza* dos princípios alegados pelo recorrente, portanto conclamando o “*in dubio pro réu*”, voto, de ofício, por reduzir a multa aplicada para 20% do valor lançado, restando para esta infração 5 o valor de R\$1.343,04.

As demais infrações não foram tratadas pelo Recurso, entendendo tacitamente aceitas e assim, caracterizadas como subsistentes.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso apresentado.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Infração 5)

Acompanho o bem fundamentado voto do ilustre relator, no entanto peço vênias para divergir de seu posicionamento apenas no que tange à redução da multa indicada para a Infração 5.

Efetivamente, o disposto no §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 faculta a este colegiado a redução ou dispensa de multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, porém esse dispositivo legal condiciona a concessão do benefício à comprovação de que “*as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto*”.

Da análise dos autos, não vislumbro como se afirmar, com segurança, que a irregularidade descrita na autuação não tenha implicado falta de recolhimento de imposto, uma vez que no mesmo período o recorrente incorreu em diversas irregularidades que acarretaram descumprimento de obrigação principal, a exemplo das Infrações 1 a 4. Dessa forma, não está presente nos autos uma das condições previstas na lei para a redução da multa.

Também não se pode olvidar que as divergências existentes nos arquivos magnéticos impedem a realização de alguns roteiros de auditoria, a exemplo do levantamento quantitativo de estoques. Esse fato deixa claro o prejuízo operacional causado à fiscalização pela inobservância da obrigação acessória em comento.

Considerando que não restou comprovado o atendimento de um dos requisitos previstos na lei para a redução da multa por descumprimento de obrigação acessória, mantenho inalterada a penalidade indicada no Auto de Infração, no valor de R\$ 6.715,18.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à infração 5, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **300766.0006/12-3**, lavrado contra **MARIA DA SALETE FREIRE FERREIRA (MS DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$21.381,48**, acrescido de multa de 50% sobre R\$4.392,94 e 60% sobre R\$16.988,54, previstas nos inciso I, “a” e II, alíneas “b” e “f”, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$6.715,18**, prevista no inciso XIII-A, “i”, do mesmo diploma legal, alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Infração 5) – Conselheiros(as): Álvaro Barreto Vieira, Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DIVERGENTE (Infração 5) – Conselheiros: Oswaldo Ignácio Amador, Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo e Leonardo Baruch Miranda Souza.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR/VOTO VENCIDO (Infração 5)

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR (Infração 5)

ROSANA JEZLER GALVÃO – REPR. DA PGE/PROFIS