

A. I. N° - 300201.0004/11-7
AUTUADO - CLARO S.A.
AUTUANTE - VANIA FERRARI RAMOS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET 16.01.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0005-04/13

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Valor reduzido por constatação de registro tempestivo de algumas das notas fiscais objeto da infração. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Valor reduzido por constatação de registro tempestivo de algumas das notas fiscais objeto da infração. 2) DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada, mas com valor foi reduzido em face de erro no cálculo da DIFAL. Rejeitada a preliminar de decadência e não acolhido pedido de redução de penalidade de caráter acessório. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/12/11, exige o valor de R\$ 1.048.178,51, referente às seguintes irregularidades:

01. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de R\$ 520.653,81. Período: novembro e dezembro 2006, março a junho e dezembro 2007, janeiro, março, abril, agosto e outubro a dezembro 2008, abril a dezembro 2009 e janeiro a abril 2010;
02. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de R\$ 29.800,72. Período: março, maio a dezembro 2007, janeiro a novembro 2008, janeiro, fevereiro, abril a julho e outubro a dezembro 2009 e março 2010;
03. Deixou de recolher ICMS no valor de R\$ 497.723,98, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Período: novembro e dezembro 2006, março a junho e dezembro 2007, janeiro, março, abril, agosto, outubro a dezembro 2008, março a dezembro 2009, janeiro a abril 2010. Multa: 60%.

Às fls. 256 a 274 o autuado impugna o lançamento. Reconhece que parte dos valores se mostra devida. Transcrevendo os artigos 156, V e VII, 150, §4º do CTN, 129-A do COTEB e doutrinas a respeito, pleiteia a extinção de parte dos créditos cujos fatos geradores ocorreram entre 1º janeiro a 27 de dezembro 2006, em face da decadência do direito tendo em vista que a ciência da autuação se deu em 28 de dezembro 2011.

Com relação às infrações 1 e 2, também pleiteia a exclusão de diversas notas fiscais que relaciona tendo em vista estarem devidamente escrituradas no livro Registro de Entradas, conforme cópia que junta aos autos (Doc. 05, fls. 317-341). A despeito disso, mesmo reconhecendo a não escrituração das demais notas fiscais, destacando que elas se referem à entrada de insumos no estabelecimento que dão direito a crédito, portanto, diminuindo o valor a ser pago na apuração do ICMS, a falta de escrituração das notas fiscais não gera prejuízo ao Erário Estadual, mas, sim, à Impugnante, razão pela qual não pode ser penalizada com a atribuição de multa por conduta praticada sem dolo.

No que se refere à infração 3, alega que a exigência se mostra eivada por erro de cálculo na composição dos valores exigidos, mais propriamente quanto aos valores relativos aos períodos março e abril 2010 (Anexo 10). Alega que o Anexo 10, embora decline os valores corretos das notas fiscais sobre as quais incide o DIFAL, aponta o percentual de 50% de alíquota, ao invés de 5%. Por isso, das notas fiscais de março 2010, cujo montante é R\$ 54.244,22, apontou-se devido R\$ 27.122,11. O mesmo ocorreu no montante de abril (R\$ 53.924,11) que aponta devido R\$ 26.962,06.

Observa que tais erros aparentam corrigidos no demonstrativo do débito que detalha os valores em cobrança, pois a alíquota para esses meses mostra-se 5%, contudo, a base de cálculo se mostra equivocada, por estar multiplicada por dez (R\$ 542.442,20 e R\$ 539.241,20, respectivamente). Em face disso, ao tempo que carreia cópia das notas fiscais, aborda que o DIFAL devido para esses meses é da ordem de R\$ 5.408,42.

Transcreve o art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, para tratar da falta de proporcionalidade entre a multa proposta e a infração cometida, pois o critério utilizado desconsidera as circunstâncias do fato, a situação do contribuinte e sua atividade, bem como qualquer outro parâmetro razoável para balizar o cálculo da penalidade.

Ressalta que, em não havendo intenção de fraudar, a multa deve ter o condão de advertir e orientar o contribuinte e não a efetiva punição mediante carga pecuniária elevada. Deve imperar a proporcionalidade entre a infração e a multa correspondente. Nesse sentido, transcreve trecho doutrinário e ementa do STF para pedir a diminuição da multa a 2%, uma vez que o percentual de 60% é abusivo e confiscatório.

Requerendo que as intimações sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado que assina a defesa, conclui que: a) as ocorrências dos meses de janeiro a dezembro 2006 foram alcançados pela decadência; b) parte das notas fiscais de entrada foi escriturada e que, ainda que não tivesse sido, a multa proposta deve ser afastada, pois a falta de escrituração das notas fiscais de entrada, somente trazem prejuízo ao autuado, que não tomou o crédito fiscal respectivo; c) há erro de cálculo quanto aos valores exigidos pela infração 3 nos meses março e abril 2010, devendo ser cancelada a autuação na parte que extrapola o percentual de 5% sobre o total da notas fiscais; d) a multa de 60% mostra-se abusiva e merece ser reduzida para guardar proporcionalidade com a infração praticada.

A autuante presta informação fiscal às fls. 344-347.

Sobre o argumento defensivo da extinção dos créditos tributários em face da decadência, diz que o art. 173 do COTEB estabelece que o direito de constituição do crédito extingue-se após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Quanto às multas, ressaltando que mesmo não havendo dolo, a falta de escrituração das notas fiscais causa prejuízo ao Erário, informam serem as previstas para os casos.

Concorda quanto ao erro no cálculo dos valores dos meses março e abril 2010 da infração 3 que corrige, conforme demonstrativo de fl. 348, razão pela qual o valor da autuação passa de R\$ 1.048.178,51 para R\$ 999.502,76, como demonstra à fl. 347.

Às fls. 352-354, constam extratos de pagamentos relativos ao Auto de Infração.

Às fls. 356-359, o autuado se manifesta informando o recolhimento de R\$ 1.491.440,36, conforme os extratos citados. Contudo, embora tenha sido acolhida a impugnação relativa à infração 3, alega persistir a necessidade de afastar a multa proposta pelas infrações 1 e 2, relativa às diversas notas fiscais que relaciona, tendo em vista estarem registradas no LRE, conforme cópia que junta às fls. 361-370.

Como pedido à fl. 378, o PAF foi convertido em diligência à autuante para pronunciar sobre a manifestação do contribuinte e, confirmando-se a alegação defensiva, excluir da autuação as notas fiscais comprovadamente escrituradas antes da ação fiscal, ajustando o lançamento com novo demonstrativo de débito.

Às fls. 379-381, a autuante produziu informação fiscal. Resalvando apenas que a Nota Fiscal nº 34254, cujo valor é R\$ 18.386,38 (fl. 100) consta escriturada com o valor de R\$ 10,00, informa os valores impugnados acolhidos produzindo demonstrativo do débito ajustado, reduzindo o valor corrigido por ocasião da primeira informação fiscal (R\$ 999.502,76) para R\$ 970.159,54.

Informado do ajuste efetuado pela autuante por conta da diligência fiscal deferida (fl. 388) e instado a se manifestar, querendo, o contribuinte permaneceu silente.

VOTO

O Auto de Infração acusa o cometimento das infrações acima relatadas.

Informando ciência do Auto de Infração em 27.12.2011, o Impugnante alegou decadência do direito de exigência do crédito tributário para os débitos do período 01 a 27.12.2006.

Com relação ao período para homologação das obrigações do ICMS, observo que este CONSEF tem sedimentado entendimento que o prazo para decadência do direito de constituir crédito se opera de acordo com o art. 173 e não com o art. 150, § 4º, do CTN, contados até a lavratura do Auto de Infração (AC 232-11/03, AC 234-11/03, AC 320-11/03, AC 337-11/03, AC 352-11/03 e AC 015-11/03).

Em que pese parte da doutrina conceber que tal fixação somente se dá para estabelecer interstícios temporais menores do que o do art. 150, § 4º, observo que esse mesmo artigo confere à Lei competência para fixar prazo de homologação. Ante isso, o art. 28 da Lei 3.956/81 (COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia), no seu § 1º, reza o início da contagem a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, com dispositivo correspondente nos artigos 90 e 965, I do RICMS/97.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/1981 (COTEB), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu § 5º dispõe que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 05 (cinco) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Considerando que a ocorrência mais antiga do Auto de Infração é 29/11/2006, sua decadência se operaria em 31/12/2011. Sendo o Auto de Infração lavrado em 27/12/2011, não há falar em decadência do lançamento tributário de ofício em lide.

Rejeitada, por conseguinte, a preliminar de decadência.

Compulsando os autos, vejo que o procedimento fiscal cumpriu o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39, 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF, bem como o processo se conforma nos artigos 12, 16 e 22 do mesmo regulamento. As infrações estão claramente descritas, determinadas com segurança, foram corretamente tipificadas com identificação do infrator e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais contidos nos autos, cujas cópias foram entregues ao contribuinte, tendo ele exercido o direito de ampla defesa e contraditório demonstrando pleno conhecimento dos fatos arrolados no Auto de Infração.

Defendendo-se das infrações 1 e 2, embora expressamente reconhecendo o cometimento, além da argumentação de decadência do direito de exigência dos valores relativos aos fatos geradores anteriores a 18.07.2007 que já foi superada na apreciação preliminar, o Impugnante também pleiteia a exclusão de diversas notas fiscais que relaciona tendo em vista estarem devidamente escrituradas no livro Registro de Entradas, conforme cópia que junta aos autos (Doc. 05, fls. 317-341). A despeito disso, destacando que elas se referem a entrada de insumos no estabelecimento que dão direito a crédito, portanto, diminuindo o valor a ser pago na apuração do ICMS, aduziu que a falta de escrituração das NF's não gera prejuízo ao Erário Estadual, mas, sim, ao autuado, razão pela qual não pode ser penalizada com a atribuição de multa por conduta praticada sem dolo, pelo que pediu sua redução para 2% do valor exigido.

Sobre a exclusão das notas fiscais escrituradas, conforme cópia do LRE juntado pelo Impugnante, observo que o lançamento foi ajustado pela diligência fiscal deferida, conforme informação fiscal de fls. 379-381 e os demonstrativos refeitos (fls. 382-387), cujas cópias foram entregues ao contribuinte que, instado a tanto, não se manifestou sobre os valores exigidos ajustados. Assim, considero que o silêncio do autuado representa a satisfação da exclusão pedida e com fundamento no art. 140 do RPAF, acolho como devido para a infração 1 o valor ajustado de R\$ 520.653,81 para R\$ 498.547,26, e para a infração 2 o valor de R\$ 29.800,72 para R\$ 22.664,05.

Em face dos ajustes, no demonstrativo de débito da infração 1, faço o seguinte ajuste: a) as ocorrências de 31.05.2007 e 31.12.2008, restam excluídas; b) a ocorrência de 30.06.2007 passa de R\$ 56.150,10 para R\$ 55.413,59; c) a ocorrência de 31.10.2008 passa de R\$ 22.930,52 para R\$ 10.384,60; d) a ocorrência de 31.12.2009 passa de R\$ 34.015,43 para R\$ 30.862,53.

Em face dos ajustes, no demonstrativo de débito da infração 2, faço o seguinte ajuste: a) a ocorrência de 31.03.2007 passa de R\$ 561,49 para R\$ 513,07; b) a ocorrência de 31.05.2007 passa de R\$ 2.786,21 para R\$ 2.184,07; c) a ocorrência de 30.06.2007 passa de R\$ 7.943,21 para R\$ 1.489,92; d) a ocorrência de 30.11.2007 passa de R\$ 1.669,47 para R\$ 1.653,97; e) a ocorrência de 31.12.2007 passa de R\$ 52,13 para R\$ 34,81.

As penalidades propostas pelas infrações 1 e 2 são as legalmente previstas e não compete este órgão apreciar o alegado caráter de confisco da multa proposta (inconstitucionalidade). Não acolho o pedido de redução das multas, pois tendo destaque de ICMS à alíquota de 7% na maioria das notas fiscais, ao contrário do alegado pelo Impugnante, a falta de escrituração fiscal dos documentos implicou em falta de recolhimento de tributo, fato que impede a redução pleiteada.

Portanto, caracterizadas as infrações, elas restam subsistentes nos valores ajustados.

Infrações procedentes em parte.

No que se refere à infração 3, o Impugnante alegou que a exigência se mostra eivada por erro de cálculo na composição dos valores exigidos, mais propriamente quanto aos valores relativos aos períodos março e abril 2010 (Anexo 10). Alegou que o Anexo 10, embora decline os valores corretos das notas fiscais sobre as quais incide o DIFAL, aponta o percentual de 50% de alíquota, ao invés de 5%. Por isso, das notas fiscais de março 2010, cujo montante é R\$ 54.244,22, apontou-se devido R\$ 27.122,11. O mesmo ocorreu no montante de abril (R\$ 53.924,11) que aponta devido R\$ 26.962,06.

Por ocasião da informação fiscal (fls. 344-347), acatou integralmente a alegação defensiva, a autuante corrigiu a autuação refazendo o Anexo 10 (fl. 348) ajustando o valor devido de R\$ 497.723,98 para R\$ 449.048,23, valor que foi confirmado pelo Impugnante na manifestação sobre a informação fiscal (fl. 357). Assim, acolho o valor devido ajustado, fazendo a seguinte correção no demonstrativo de débito original: a) a ocorrência de 30.03.2010 passa de R\$ 27.122,11 para R\$ 2.712,21; b) a ocorrência de 29.04.2010 passa de R\$ 26.962,06 para R\$ 2.696,21.

Infração procedente em parte.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor já recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº 300201.0004/11-7, lavrado contra CLARO S.A., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$449.048,23**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multas por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$521.211,31**, previstas no art. 42, IX e XI, do artigo e lei citados e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de janeiro de 2013.

PAULO DANILLO REIS LOPES – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR