

PROCESSO - 147794.0003/03-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ÓTICA ERNESTO LTDA.
RECORRIDOS - ÓTICA ERNESTO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0467-02/03
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 24.03.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0033-12/04

EMENTA: 1. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE EXIBIÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. Infração elidida com a comprovação da legitimidade dos créditos utilizados, conforme informação fiscal. Entretanto, houve cometimento de infração à obrigação acessória vinculada à imputação, sendo devida a multa de R\$640,00 por falta de atendimento a três intimações solicitando a exibição dos documentos fiscais. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS EXISTENTES EM ESTOQUE. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. O Decreto nº 8.087/01, que introduziu a Alteração nº 29 no RICMS, determinou que fosse recolhido, por antecipação, o imposto incidente sobre o estoque em 31/12/01, em 24 parcelas mensais. O débito declarado pelo sujeito passivo só ensejou o pagamento da primeira parcela. Neste caso, como não se formalizou o processo de Denúncia Espontânea de Débito, a lavratura do Auto de Infração só seria possível se precedido de intimação específica ao contribuinte para o pagamento do débito remanescente. Remessa à INFAZ de origem para que intime o recorrente à efetuar o pagamento do débito, mediante fixação de prazo, sendo que, incorrendo o pagamento, deverá ser lavrado o Auto de Infração correspondente. Reformada a Decisão. Item **NULO**. 3. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA. Infração comprovada. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. **a)** OMISSÃO DE DADOS. MULTA. A legislação prevê aplicação de multa em decorrência de informações divergentes dos documentos fiscais correspondentes ou omissão de dados em arquivos magnéticos. **b)** FALTA DE ENTREGA. MULTA. A legislação prevê aplicação de multa pelo não fornecimento de arquivos magnéticos. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime em relação ao item 2. Vencido o relator em relação às infrações 4 e 5. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 2ª JJF, através do Acórdão nº 0467-02/03, que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração em epígrafe, a teor do art. 169, Inciso I, “b”, do RPAF - Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e alterações posteriores.

Cuida a ação fiscal, através de Auto de Infração lavrado em 27/08/2003 de exigência de imposto e multas no valor R\$146.892,57 em decorrência de seis infrações imputadas ao recorrente.

O Julgamento realizado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, pois entendeu que a infração 1 (utilização indevida de crédito), foi elidida pelo contribuinte em relação ao pagamento do imposto lançado, porém restou caracterizado o descumprimento de obrigação acessória vinculada à imputação. A infração 2 (falta de comprovação de pagamento de parcela de substituição tributária sobre o estoque), não foi contestada pelo recorrente. A infração 3 se refere a extravio de livros e documentos fiscais, a qual a 2ª JJF também julgou Procedente, pois o contribuinte não elidiu a acusação. Em relação às demais infrações, todas se referem a irregularidades na entrega de arquivos magnéticos, omissão de dados e falta de entrega dos referidos arquivos, o que também constituem descumprimento de obrigação acessória e nesse particular, diz o D. relator de 1ª Instância, o contribuinte também não elidiu a ação fiscal.

Inconformado com esta Decisão, o recorrente interpõe o presente Recurso Voluntário. Pleiteia através do mesmo, (fls. 71/78) a reforma da Decisão *a quo*, ao fundamento de que teria ela sido proferida em manifesta infringência aos dispositivos legais e constitucionais que regulam a matéria.

Ressalta, o recorrente que: “É muito importante que se registre, de início, que a fiscalização não constatou qualquer irregularidade no recolhimento do tributo devido, pois a ora recorrente vem cumprindo corretamente com a sua obrigação principal, ou seja, o pagamento do imposto devido (ICMS), o que pode ser comprovado pelas competentes autuantes. E outro fato que merece registro é que os únicos itens que permanecem referem-se à multas, de valores bastantes elevados.”

Em seguida demonstra mais ainda, sua irresignação, afirmando que: “As penalidades impostas não podem ter o caráter confiscatória, não podendo conformar-se com as inúmeras penalidades impostas (multas) nas infrações (2, 4 e 5) das obrigações acessórias, uma vez que o objeto da ação fiscal não é a pena em si do sujeito passivo, mas o cumprimento da obrigação por parte do mesmo, e é por isso que o recorrente passa a contestá-la por ordem:

INFRAÇÃO 2 - ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. - (falta de comprovação do pagamento das parcelas relativas à antecipação tributária devidas sobre o estoque declarado em 01.02.2002, conforme determina o Decreto nº 8.087/2001. Pagamento de parcela de substituição tributária sobre o estoque). Autuado não contestou, reconhecendo que houve falta de recolhimento da antecipação tributária conforme estabelecido na legislação. desde a sua defesa inicial, porém sem a imposição de qualquer penalidade. Invoca ao art. 96 do RICMS/97 em seu favor.

O recorrente informou que não discorda dos fatos, (admitiu pagar), mas não concorda com a quantificação da multa, por entender que a penalidade deve ser aplicada por livro extraviado e não por exercício.

INFRAÇÃO 4 (Arquivos magnéticos): Repetindo o que já foi afirmado na defesa, o recorrente, diz que, neste item, há uma grande confusão de informações, tornando a acusação vaga e

contraditória. Aduz que o lançamento se inicia afirmando que o autuado “forneceu informações” através de arquivos magnéticos, mas com a “omissão de operações” ou “com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes” Destaca que, onde há descrição padrão da infração, nada se pode extrair de concreto, pois não se aponta qual foi a “omissão” e muito menos quais foram “os dados divergentes”. Mais adiante informa que os arquivos magnéticos foram apresentados, para em seguida, se contradizer dizendo que a autuada “deixou de apresentar” os arquivos com os registros pertinentes (R54; R60A; R60M; R61 e R75).

Que, ao final verdadeira confusão se instala, pois o lançamento individualiza e concretiza a infração, com a seguinte expressão “Pela falta de apresentação dos registros 60M e R61, aplicamos a multa de 5% sobre as operações de saídas realizadas”. E assim, desde NOVEMBRO DE 2001, a autuação aplicou 5% sobre todas as saídas mensalmente, até JANEIRO de 2002.

Ou seja, pelas simples “falta de apresentação” de apenas dois registros (60M, que identifica o equipamento fiscal e R61, que registra as notas fiscais D-1 (ao consumidor), não emitidas por equipamentos fiscais, a autuação apenas o recorrente com a absurda multa de 5%, englobando, indiscriminadamente, todas as operações de saídas. Diz o recorrente, que a multa é arbitrária, indevida e ilegal, pois o citado art. 915, inc. XIII-A, alínea “f” do RICMS, assevera que a multa deve ser aplicada sobre o “valor das operações realizadas”, que tenham sido “omitidas” dos arquivos magnéticos ou “neles informados com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes.” Que o caso em discussão se enquadraria na primeira situação, que trata de operações omitidas de arquivos, nos meses de novembro de 2000 a janeiro de 2002.

Por fim, diz que, como a autuação reclama a apresentação de apenas dos registros 60M e R61, não poderia alcançar todas as saídas realizadas nos períodos.

Por tais razões, afirma, este item não pode sobreviver, por absoluta insegurança no método de cálculo. Ressalta, inclusive que a partir do ano 2001, a autuada nem tinha obrigatoriedade de apresentar o registro R61, uma vez que não emitiu notas fiscais D-1 (ao consumidor), como pode ser comprovado pelas próprias autuantes.

INFRAÇÃO 5 (Arquivos magnéticos): Diz o recorrente que a infração aqui é de não ter a mesma fornecido arquivos magnéticos nos meses de agosto e setembro de 2000, e a penalidade aplicada foi de 1% calculado sobre uma base não informada pela fiscalização. Que o lançamento limitou-se a mencionar a “base de cálculo”, mas não informa de onde tirou tais números. A interpretação que se tem dado a expressão “valor das operações ou prestações realizadas no período constante do dispositivo legal citado, (art. 41, inc. XII-A, letra “g”) é a de englobar tão somente as operações de saídas efetuadas pelo recorrente, excluídas as operações ou prestações realizadas por terceiros, entendimento conforme Acórdão CJF nº 0054-12/02, que aborda a mesma matéria. Aduz que a penalidade não foi corretamente aplicada, pelo que merece ser revista.

Submetidos os autos à análise da PGE/PROFIS, esta, em Parecer de fl. 88, diz entender que os argumentos recursais são os mesmos já analisados em 1ª Instância, a qual está correta e proferida com embasamento legal, efetivamente o descumprimento da obrigação acessória relativa a irregularidades dos arquivos magnéticos foi caracterizado, sendo correta a aplicação da multa imputada, pois está conforma a legislação vigente, razão pela qual opina pelo Improvimento do Recurso.

VOTO (VENCIDO INFRAÇÕES 4 e 5)

Da análise dos elementos que compõem o presente Processo Administrativo Fiscal, à luz legislação do RPAF e do RICMS vigentes, chego à seguinte conclusão:

O Recurso de Ofício, refere-se à Infração 1, onde restou comprovado a improcedência da exigência fiscal, posto que os créditos fiscais são válidos. A exigência foi elidida com a comprovação da legitimidade dos créditos. Mantenho, portanto, a Decisão recorrida, quanto a este item e voto pelo Não Provimento do Recurso de Ofício.

No que se refere ao Recurso Voluntário vejo que, em relação a Infração 2 (falta de comprovação do pagamento das parcelas relativas á antecipação tributária devidas sobre o estoque declarado em 01.02.2002, conforme determina o Decreto nº 8.087/2001), admitiu o recorrente em pagar desde a sua defesa inicial, porém sem a imposição de qualquer penalidade.

Esta é uma questão já pacificada no âmbito do CONSEF, através de reiteradas Decisões, cujo entendimento é no sentido de que seja declarado Nula a exigência fiscal do presente item. Considerando que possuo entendimento idêntico aos julgados anteriores, peço vênica para reproduzir o Voto constante em recente julgamento, sobre idêntica questão, o qual prevalece em relação ao presente:

“(…)

De fato, o Decreto nº 8.087 de 28/12/2001, que introduziu a Alteração nº 29 no RICMS/BA, estabeleceu em seu art. 9º que os contribuintes varejistas de produtos ópticos deveriam, para fim de ajuste em seus estoques às regras de substituição tributária, efetuar a antecipação tributária sobre os estoques existentes em 01/01/2002. O valor apurado, caso não fosse compensado com saldo credor eventualmente existente na sua escrita fiscal, seria recolhido, a título de imposto devido, em até 24 (vinte e quatro) parcelas mensais, vencíveis a primeira parcela no dia 30/03/2002.

Em 11/03/2002 foi publicada a Portaria nº 174 do Sr. Secretário da Fazenda, que estabelece em seu art. 1º o seguinte:

“Art. 1º Os contribuintes que, nos termos do art. 9º do Decreto nº 8.087/01 estiverem obrigados a realizar a antecipação tributária sobre os produtos ópticos existente no estoque em 31/12/01, deverão apresentar, até o dia 18/03/02, na Inspetoria Fazendária de seu domicílio fiscal:

(…)

II – caso tenham optado pelo pagamento parcelado do imposto, declaração de opção pelo parcelamento e a “Autorização para Débito em Conta de Prestações de Parcelamento”, devidamente preenchida e abonada pela agência bancária de sua opção, conforme modelo previsto no anexo único desta Portaria”.

Apesar do recorrido ter reconhecido, expressamente, em sua peça de defesa, “que a acusação central realmente procede”, insurge-se contra a imposição da multa através da autuação.

A questão que vejo em relação ao presente PAF é que ocorreu uma falha na origem, pois, a própria INFAZ não cuidou, ao meu ver, da correta formalização dos procedimentos inerentes aos recolhimentos mensais, tanto que não consta nos autos qualquer providência partindo da repartição fazendária objetivando o cumprimento pelo recorrido da norma estabelecida pela Portaria 174 acima transcrita. E mais, deixou transcorrer um período enorme sem que tenha ocorrido recolhimento das referidas parcelas mensais pelo recorrido e, mesmo assim, não adotou qualquer providência visando a concretização ou a normalização dos pagamentos. Portanto, nas condições postas, não se justifica a lavratura imediata do Auto de Infração sem uma prévia intimação ao recorrido para regularizar a pendência”.

Concluo, portanto, que o presente item do Auto de Infração deve ser julgado Nulo, enquanto que deverá a Repartição Fiscal adotar as providências pertinentes ao pagamento do débito relativo à antecipação pelo recorrente, concedendo-lhe prazo para tal procedimento.

Infrações 4 E 5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. a) OMISSÃO DE DADOS. MULTA. b) FALTA DE ENTREGA. MULTA. O contribuinte efetivamente apresentou os arquivos em meio magnético solicitados.

Quanto a questão dos arquivos magnéticos, concordo que é péssima a redação do texto contido na autuação. Sem sombra de dúvidas isto causou ao recorrente grande confusão, o que prejudicou o exercício pleno da sua defesa, pela falta de clareza e precisão.

Logo, não assiste razão às autuadas em quererem aplicar a pena de 5% sobre todas as operações efetuadas, nem 1% como foi aplicada.

Desse modo, considero que a infração nos itens 4 e 5 não está devidamente caracterizada, sendo indevida a imposição da multa nos moldes como foi calculada, não estando em conformidade com o previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “f” e “g”, da Lei nº 7.014/96.

Voto pelo PROVIMENTO DO RECURSO para julgar NULA a Decisão referente aos itens 4 e 5.

VOTO VENCEDOR (INFRAÇÕES 4 e 5)

Peço vênica para posicionar-me de forma diversa da adotada pelo ilustre Conselheiro Relator em relação as infrações 4 e 5, já que, quanto ao Recurso de Ofício e no que tange à infração 2, objeto do Recurso Voluntário, concordo com o seu posicionamento.

Entendo correta a Decisão emanada da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, não se podendo, em hipótese alguma, cogitar-se da Nulidade da mesma, já que, naquilo que pertine a infração 4, restou comprovado que o recorrente prestou as informações através de meios magnéticos, no período abrangido pela ação fiscal, com omissão dos dados das operações alusivas aos registros 54, 60A, 60M, 61 e 75. A multa aplicada corresponde a 5% sobre as operações de saídas através de ECF e Notas Fiscais D-1, omitidas nos Registros 60M e 61, conforme previsão no art. 42, XIII, “f” da Lei 7.014/96. O demonstrativo juntado à fl. 26 dos autos, comprova que a multa não abrangeu a totalidade das operações enquanto que a omissão dos dados acima referidos não se confunde com falta de apresentação conforme advoga o ilustre patrono do recorrente. Mantida a penalidade aplicada em relação ao presente item.

Quanto a infração 5, situação semelhante se repete, já que, está dito, de forma clara, na descrição dos fatos do Auto de Infração, que o recorrente não apresentou os arquivos magnéticos referentes as operações realizadas nos meses de agosto e setembro do ano de 2000. A base de cálculo consignada está de acordo com as operações de entradas e de saídas realizadas pelo recorrente nos referidos meses, conforme comprovam as cópias reprográficas do livro RAICMS, elaborado pelo próprio recorrente, juntadas aos autos às fls. 29 e 30. Desta maneira, a base de cálculo está consignada e demonstrada de forma correta, abrange as operações de entradas e de saídas realizadas em cada período, ou seja, a totalidade das operações realizadas pelo sujeito passivo, e, não apenas, as operações de saídas, conforme pretende o patrono do recorrente. Aliás, esta é uma questão já pacificada neste CONSEF, não existindo qualquer dúvida em relação a isto, pois está em consonância com o dispositivo legal.

Do exposto, voto pelo Não Provimento do Recurso de Ofício e pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, no sentido de que seja julgada Nula a exigência fiscal pertinente à infração 2

e mantidas inalteradas as multas aplicadas em relação às infrações 4 e 5, únicos itens que foram objeto do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão unânime (item 2) e por maioria, com o voto de qualidade do presidente (itens 4 e 5), **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **147794.0003/03-0**, lavrado contra **ÓTICA ERNESTO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento das multas no valor total de **R\$51.249,70**, sendo R\$10.150,15, atualizado monetariamente, e R\$41.099,55, com os respectivos acréscimos legais, mais as multas fixas no valor de R\$8.920,00, previstas no art. 42, XIII-A, “f” e “g”, XIV, XIX, “a” e XX, “a”, “b” e “c”, da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, devendo a Repartição Fiscal de origem adotar as providências pertinentes ao imposto devido e indicado na infração 2, julgada Nula.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2004.

Votos Vencedores (Infrações 4 e 5): Conselheiros Tolstoi Seara Nolasco, César Augusto da Silva Fonseca e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

Votos Vencidos (Infrações 4 e 5): Conselheiros José Raimundo Ferreira dos Santos, Fauze Midlej e José Antonio Marques Ribeiro.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS – RELATOR / VOTO VENCIDO (INFRAÇÕES 4 e 5)

TOLSTOI SEARA NOLASCO (VOTO VENCEDOR INFRAÇÕES (4 e 5)

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS