

A. I. N° - 207104.0011/04-6
AUTUADO - ESPAÇO & FORMA MÓVEIS E DIVISÓRIAS LTDA.
AUTUANTE - LUIZ GONZAGA ALVES DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 29/10/2004

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0417-01/04

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas, através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor de maior expressão monetária. Infração reconhecida como devida. **2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. APRESENTAÇÃO INCOMPLETA E EM PADRÃO DIFERENTE DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA.** Infração não elidida. Retroatividade benéfica por alteração da lei. Multa de 1% sobre o valor das saídas do período. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitadas as preliminares argüidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2004, exige ICMS, no valor de R\$ 23.974,05, além da multa no valor de R\$ 44.480,70, pelos motivos abaixo relacionados:

Infração 01 – falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferença 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, no exercício de 2001, no valor de R\$ 23.974,05;

Infração 02 – Apresentação dos arquivos magnéticos referente às operações mensais de entradas e saídas de mercadorias ocorridas durante o exercício de 2002, sem observar o padrão e sem conter todos os registros exigidos pela legislação, contrariando o disposto no art. 686, § 5º e art. 708-A, do RICMS/97, nos meses de fevereiro a dezembro de 2002, multa de 1% no valor de R\$ 44.480,70.

O autuado, às fls. 116 a 145, através de seus representantes legalmente constituídos, reconheceu, inicialmente, a procedência do lançamento relativo a infração capitulada no item 01 do Auto de Infração, informando que requereu o parcelamento do montante exigido, tendo já pago a 1ª parcela.

Protestou quanto a infração 02, dizendo que demonstrará a sua nulidade, bem como a inaplicabilidade da referida multa. Que a conjugação da descrição da infração e dos

demonstrativos apontados como infringidos redundam na indeterminação da acusação fiscal, impedindo o direito de defesa do impugnante. Transcreveu o art. 18, II e IV, do RPAF/99, bem como o art. 5º, LV, da CF/88.

Alegou que diante da generalidade da descrição da infração e dos dispositivos legais apontados pelo autuante (art. 686, § 5º, 708-A e 708-B, do RICMS/BA) é impossível inferir qual a infração a ele imputada. Também, disse ter o autuante apontado penalidade não existente no RICMS ao se referir ao art. 915, XII-A, “g”.

Asseverou que a multa incidente sobre as entradas e saídas havidas em dezembro de 2002, embora integre formalmente o item em referência, foi calculado de forma individualizada, aparentemente com o objetivo de atribuir um novo enquadramento, contudo, os dispositivos citados nada têm a ver com a apresentação dos arquivos magnéticos.

Protestou, ainda, em relação a multa de 70% prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, para a competência de dezembro de 2002, do valor do imposto não recolhido, afastando-se completamente do cálculo elaborado no Demonstrativo de Débito que apura penalidade a 1% da soma das entradas e saídas havidas no período fiscalizado,

Disse que as imprecisões aqui apontadas tanto na descrição da infração como no enquadramento legal não foram supridas por qualquer demonstrativo anexado à autuação. Citou o art. 41 do RPAF/99.

Requeru a declaração de nulidade do item 01 do Auto de Infração, tendo em vista a preterição de requisito essencial, qual seja a descrição precisa e inequívoca da infração incorrida pelo impugnante, impossibilitando o exercício de seu direito de defesa.

No mérito, o autuado alegou que embora tenha apresentado os arquivos magnéticos compreendidos entre janeiro e dezembro de 2002, o fisco alega que os mesmos apresentam inconsistências que não foram devidamente descritas na peça acusatória. Assim, disse que mesmo sem saber do que está sendo acusado, se alguma infração foi cometida não decorreu de conduta dolosa, fraudulenta ou simulada, tampouco implicou em falta de recolhimento do imposto no período, o que legitima o questionamento da penalidade de 1% do valor das saídas no período (art. 915, XIII-A, “g”, do RICMS/97).

Alegou que embora o preceito normativo que estipula a aplicação da exorbitante multa de 1% do valor das saídas realizadas no período para a entrega de arquivos magnéticos fora do padrão previsto na legislação deve ser levada em conta, sob pena de desnortear o propósito universal da aplicação da multa que é punir o infrator na exata medida de sua culpabilidade. E, que o art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, dá ao órgão julgador o poder de dosar a penalidade ao contribuinte infrator em função do grau de sua culpabilidade e dos prejuízos causados ao Erário. Disse que ao ser informado de que os arquivos que haviam sido entregues à SEFAZ apresentavam inconsistências, protocolou petição requerendo a concessão de prazo para averiguar as eventuais falhas cometidas na intenção de saná-las, pedido que não foi apreciado pelo aludido órgão fazendário.

Argumentou, que todas as operações realizadas, no ano de 2002, foram escrituradas nos livros fiscais próprios, o que elide a hipótese da mesma ter agido de forma dolosa, ainda que se admita que tenha deixado de registrar algumas operações nos arquivos magnéticos em comento.

Que cotejou todos os valores devidos, com base nos seus livros fiscais e DAEs, o que comprova que todo o imposto devido foi recolhido aos cofres públicos, o que, ao seu ver, atende a todos os requisitos impostos pelo § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, de forma que cabe ao Conselho, na hipótese de não reconhecer a nulidade da infração, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, cancelar a multa exorbitante aplicada.

Também alegou ilegalidade da aplicação da multa sobre o valor das entradas havidas em 2002, já que o autuante somou o total das entradas e saídas e aplicou o percentual de 1%. Que o art. 915, XIII-A, “g”, do RICMS/97, com redação dada pelo Decreto nº 9.152/04, não admite que as entradas sejam utilizadas como base para a aplicação da penalidade, no caso em exame deve-se ao quanto estatuído no CTN que consagra, o seu art. 106, a retroatividade benigna. Assim, o cálculo elaborado pelo autuante majorou indevidamente a multa imposta em R\$ 18.926,22, tendo em vista que 1% do total das saídas equivale a R\$ 25.554,55.

Requeru que se reconheça a nulidade do item 01 do Auto de Infração e, se por absurdo, não for reconhecida a nulidade que lhe seja cancelada a multa com base no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Por fim, na hipótese de não serem atendidos os pedidos precedentes que seja ajustada a base de cálculo da penalidade, para excluir o valor das entradas relativas ao exercício de 2002.

O autuante, às fls. 193 a 198, informou que o autuado concordou com a exigência apresentada no item 01 da autuação, solicitando parcelamento do débito reconhecido e impugnou o item 02 da acusação fiscal.

Esclareceu que a penalidade impugnada decorreu da falta de observação de sua obrigação de apresentar os arquivos magnéticos contendo o registro de todas as operações de entradas e saídas. Como utiliza sistema eletrônico de processamento de dados está obrigado a observar o que determina o § 5º do art. 686, com redação dada pelo Dec. 7.842/00 e art. 708-A introduzido no mesmo RICMS, pelo Dec. 7.886/00, que transcreveu.

Disse que através da relação dos arquivos recepcionados (fls. 110 a 112), que o autuado embora tenha apresentado algum arquivo, é certo que em relação às operações realizadas no exercício de 2002 não foram apresentados os registros 54 e 60-A, sendo aplicada a penalidade prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96.

Que os argumentos do defendente de que ficou prejudicado no seu direito de ampla defesa são inconsistentes, já que no texto da infração 02 está dito que a multa resulta da entrega dos arquivos magnéticos a que está obrigado o autuado, sem o conteúdo na forma exigida pelo § 5º do art. 686, do RICMS/97. Também foi citado o art. 708-A que indica conteúdo e periodicidade com que devem ser apresentados os arquivos magnéticos.

Disse, o autuante, que o sujeito passivo pretende que se cancele a multa, alegando que o fato que lhe deu causa não implicou na falta de recolhimento do ICMS devido no período e, que a mesma seja calculada somente sobre as entradas. No entanto, entendeu o autuante que tal alteração só foi introduzida pela Lei nº 9.152/04 e que a não apresentação dos arquivos magnéticos limita a ação do fisco, que fica impossibilitado de fazer um exame mais detalhado da real movimentação da empresa, em face do que se constatou em relação ao exercício anterior.

Opinou pela manutenção da autuação.

O autuado, à fl. 201, requereu cópia da informação fiscal, sendo atendido o solicitado, conforme se verifica do Termo de Vistas, à fl. 203, entregue cópias dos documentos às fls. 192 a 198 dos autos.

VOTO

Rejeitada a preliminar de nulidade argüida, em relação a infração 02, uma vez que não vislumbro nos autos nenhuma das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, haja vista que na descrição da infração o autuante narra os fatos de forma clara e precisa, inclusive apontando os dispositivos do enquadramento e aplicação da multa, com base no disposto no RICMS/97, não havendo generalidade da descrição da infração como alega o autuado.

Observo, inclusive, que o argumento defensivo de que no campo do Auto de Infração, em relação a indicação da multa aplicada, o autuante teria indicado equivocadamente o inciso XII-A, alínea “g”, em vez de apontar o inciso XIII-A, alínea “g”, do art. 915 do citado regulamento, bem como, o lançamento no mês de dezembro de 2002, da citada penalidade, que apesar de constar citação de enquadramento e multa aplicada diversa, em ambas as situações não vislumbro o cerceamento do direito de ampla defesa do contribuinte, até porque a descrição da infração, como dito anteriormente, foi feita de forma clara, não deixando dúvida quanto a irregularidade apurada, além de o autuado ter recebido cópia do demonstrativo de cálculo da multa que detalha mês a mês os valores das operações de entradas e saídas omitidas, fazendo constar naquele demonstrativo a citação do correto dispositivo do RICMS/97.

Quanto a alegação do autuado de que a multa seja exorbitante, observo que o autuante fundamentou a infração e indicou a multa com base na Lei nº 7.014/96, vigentes à época da ocorrência dos fatos, e no caso em questão não vislumbro a aplicação do previsto no § 7º do art. 42 da citada lei, haja vista que a não apresentação dos arquivos magnéticos dificulta podendo, dependendo do caso, até impedir ao fisco a realização dos roteiros normais de fiscalização. No caso aqui em exame se verifica que, no exercício anterior em que os arquivos magnéticos foram apresentados, a fiscalização realizou Auditoria de Estoques apontando diferenças tanto por omissão de entradas quanto por omissão de saídas, irregularidade que foi, inclusive, reconhecida como devida pelo impugnante. O que demonstra não se ter certeza quanto ao montante do imposto devido em relação ao exercício em que foram emitidos registros nos arquivos magnéticos, um dos requisitos básicos para que o julgador, analisando os princípios da capacidade contributiva, da proporcionalidade e da razoabilidade, possa se posicionar no tocante a redução ou cancelamento da multa por descumprimento de obrigação acessória. Assim, rejeitada a solicitação de cancelamento da multa relativa a infração 02.

Observo que o autuado ao se referir a infração 02 do Auto de Infração, já que é o item da autuação que está sendo objeto de impugnação, equivocadamente, faz referência como sendo o item 01 da autuação. No entanto, pela matéria impugnada não resta dúvida que se trata do segundo item da acusação fiscal, ou seja, aplicação de multa, em relação aos arquivos magnéticos.

No mérito, a ação fiscal decorreu da exigência de ICMS constatado através de levantamento quantitativo de estoques, no exercício de 2001, tendo sido identificada diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, além de exigência de penalidade pela apresentação dos arquivos magnéticos referente às operações mensais de entradas e saídas de mercadorias ocorridas durante o exercício de 2002, sem observar o padrão e sem conter todos os registros exigidos pela legislação.

Em relação a infração 01, que se refere ao resultado apurado mediante a realização do roteiro de Auditoria dos Estoques, o autuado reconheceu proceder a exigência do crédito tributário, solicitando, inclusive, parcelamento do valor devido. Mantida a ação fiscal.

No tocante a infração 02, o autuado contrariando o disposto no art. 686, § 5º e art. 708-A, do RICMS/97, foi penalizado com a aplicação da multa de 1%, no valor de R\$ 44.480,70, calculada sobre o valor das operações e prestações de entradas e saídas de mercadorias, no exercício de 2002.

Com a alteração da Lei nº 7.014/96, dada pela Lei nº 9.152/04, a alínea “g”, do inciso XIII-A do art. 42, passa a ter a seguinte redação:

Alínea “g” – 1% (um por cento) do valor das saídas do estabelecimento em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entradas e de saídas e das

prestações de serviços efetuadas e tomadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;

Apesar da aplicação da penalidade se referir a período anterior a alteração da Lei nº 7.014/96, que exclui do cálculo da multa os valores das entradas do estabelecimento, já que a ação fiscal diz respeito ao exercício de 2002, no caso de penalidade, a lei retroage para beneficiar o sujeito passivo, disposição prevista no art. 106, II, “c”, do CTN, bem como no art. 164, § 2º do COTEB:

CTN

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

....

II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:

...

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

COTEB

Art. 164. O poder Executivo regulamentará a presente Lei até 31/ de dezembro do corrente ao.

...

§ 2º. Tratando-se de penalidade, esta Lei só retroagirá para beneficiar o sujeito passivo.

Desta forma, a penalidade a ser exigida na presente ação fiscal corresponde a 1% do valor das saídas em cada período de apuração, passando o valor do débito a ser exigido para R\$ 25.554,50, conforme abaixo demonstrado:

Mês/ano	Valor das saídas	1% multa
01/2002	236.444,08	2.364,44
02/2002	196.492,38	1.964,92
03/2002	229.194,55	2.291,94
04/2002	224.749,39	2.247,49
05/2002	260.563,47	2.605,63
06/2002	149.062,25	1.490,62
07/2002	206.077,82	2.060,77
08/2002	245.788,35	2.457,88
09/2002	194.389,39	1.943,89
10/2002	208.762,38	2.087,62
11/2002	237.875,84	2.378,75
12/2002	166.055,02	1.660,55
TOTAL		25.554,50

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207104.0011/04-6**, lavrado contra **ESPAÇO & FORMA – MÓVEIS E DIVISÓRIAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 23.974,05**, acrescido da multas de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$ 25.554,50**, prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da mesma lei, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR