

PROCESSO - A. I. Nº207104.0011/04-6
RECORENTE - ESPAÇO & FORMA - MÓVEIS E DIVISÓRIAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0417-01/04
ORIGEM - INFAP BONOCÔ
INTERNET - 24/02/2005

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0021-12/05

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. APRESENTAÇÃO INCOMPLETA E EM PADRÃO DIFERENTE DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. O procedimento fiscal não foi efetuado de acordo com os requisitos legais. Não foi concedido ao contribuinte o prazo regulamentar para apresentação dos arquivos magnéticos. A infração é nula, devendo ser refeita a ação fiscal. Modificada a decisão. Recurso **PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração. O Recurso Voluntário reporta-se apenas à infração 2, pela apresentação dos arquivos magnéticos referentes 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, com aplicação da multa de 1% no valor de R\$ 44.480,70.

O recorrente insurge-se contra essa exigência arguindo a sua nulidade, em virtude da falta de requisito essencial, qual seja a descrição precisa e inequívoca da infração que se pretendia imputar à recorrente, dificultando o seu direito de ampla e defesa, e, subsidiariamente, a inaplicabilidade da pena que lhe foi imposta, por ofensa aos princípios de razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista que sua conduta, a despeito de ter sido infrator, não decorreu de dolo, fraude ou simulação e não gerou falta de recolhimento de ICMS devido, o que propicia, nos termos do §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, o seu cancelamento, bem como, a impossibilidade de aplicar a multa exigida sobre as entradas havidas em 2002, tendo em vista que a legislação em vigor impõe a incidência da aludida penalidade apenas sobre as saídas ocorridas não período autuado.

Diz ainda que, apesar dos sólidos argumentos apresentados pela ora recorrente, a JJF, tendo rejeitado a preliminar de nulidade argüida em relação ao item 2, julgou parcialmente procedente a autuação, apenas para excluir a parcela de multa incidente sobre as entradas havidas no ano de 2002, para reconhecer a retroatividade benéfica da redação conferida pela Lei nº 9.152/04 ao artigo 915, XIII, alínea “g” do RICMS. Denegou, por outro lado, o pedido de cancelamento da penalidade em tela, pela inaplicabilidade do dispositivo ao caso em exame. Pede o cancelamento ou a redução da penalidade, em face das seguintes alegações: (I) indeterminação da infração capitulada no item 2; (II) o autuante, ao estabelecer a multa aplicável, referiu-se ao art. 915, XII – A, “g”, do RICMS, que não existe; (III) a multa foi calculada de forma individualizada, mas os dispositivos citados não têm nada a ver com a apresentação dos arquivos magnéticos fora do padrão de que trata a infração em referência; (IV) a multa capitulada para a competência de dezembro 2002, prevista no art 42, III, da Lei nº 7.014/96, corresponde a 70% do valor do imposto

não recolhido, afastando-se e do cálculo elaborado no Demonstrativo, que apura a penalidade de 1% da soma das entradas e saídas.

Requer finalmente, a nulidade do item 2 do Auto de Infração ou, se não reconhecida, a sua redução, com base no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, tendo em vista os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, rejeitando inicialmente a preliminar de nulidade, pois os fatos estão narrados de forma clara e precisa, com enquadramento legal e aplicação de multa corretas. Acrescenta que a alegação de inaplicabilidade da penalidade não se sustenta, pois o fato indicado impediu a atuação da fiscalização, e não ficou provada nos autos a ausência de intenção do autuado.

VOTO VENCIDO

Rejeito a preliminar de nulidade argüida, uma vez que não vislumbro nos autos nenhuma das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99. As alegações do recorrente foram devidamente enfrentadas pela JJF no voto do ilustre relator, que adoto como razão de decidir.

Quanto ao pedido de cancelamento de redução da multa, ficou evidenciado no processo que a fiscalização, apurou em exercício anterior, através de arquivos magnéticos, diferenças por omissão de entradas e por omissão de saídas, reconhecida como devida pelo impugnante. A infração apurada no item 1 do presente Auto de Infração foi reconhecida pelo recorrente e teve o seu pagamento efetuado em decorrência dessa autuação, caracterizando-se como falta de pagamento do imposto para efeito do disposto no § 7º do art. 42 do RICMS. Não estão presentes, portanto, nem este nem os demais requisitos previstos no citado dispositivo legal.

Por todas essas razões, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida em todos os seus termos.

VOTO VENCEDOR

Em relação à infração objeto do Recurso Voluntário, ressalto que, de ofício, nos termos do art. 20 do RPAF/99, duas questões preliminares devem ser analisadas, conforme passo a me pronunciar.

De acordo com o art. 708-A do RICMS-BA, *O contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar o arquivo de que trata este capítulo, referente ao movimento econômico de cada mês, a partir do mês de outubro de 2000, inclusive, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas.* No caso em lide, os arquivos foram entregues, porém não foi observado o padrão previsto e nem incluídos todos os registros exigidos pela legislação, conforme está descrito no Auto de Infração.

Por seu turno, o § 4º do citado art. 708-A, prevê que *O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético cancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspeção Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.*

Examinando o Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Convênio ICMS 57/95, constato que os itens 26.1 e 26.2 do referido Manual prevêem que:

26.1 - O arquivo magnético será recebido condicionalmente e submetido a teste de consistência;

26.2 - Constatada a inobservância das especificações descritas neste manual, o arquivo será devolvido para correção, acompanhado de Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas. A listagem será fornecida em papel ou meio magnético, de acordo com a conveniência da Repartição Fazendária.

Com base no acima transcrito, entendo que, como os arquivos apresentados estavam fora das especificações, os mesmos deveriam ser devolvidos ao recorrente para correção, com a indicação das irregularidades encontradas, o que não restou comprovado nos autos. Desse modo, considero que a ação fiscal foi desenvolvida sem observar os requisitos previstos na legislação pertinente. Esse vício viola o princípio do devido processo legal e macula de nulidade a exigência fiscal.

Além do vício citado acima, verifico que na única intimação constante nos autos (fl. 8) não foi respeitado o prazo de cinco dias úteis para apresentação dos arquivos solicitados, expressamente previsto no art. 708-B, do RICMS-BA. Desse modo, a intimação efetuada pelo autuante é nula e, em consequência, também é nula a exigência fiscal dela resultante.

Nos termos do art. 21, do RPAF/99, represento à autoridade competente para que seja providenciada nova ação fiscal referente à infração 2, a salvo de falhas.

Em face do acima exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para julgar a infração 2 Nula, nos termos do art. 18, II, e por inobservância do devido processo legal.

VOTO EM SEPARADO

Divirjo do Douto relator do voto vencedor, tendo em vista que de acordo com o art. 708-A do RICMS-BA, *o contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar o arquivo magnético referente ao movimento econômico de cada mês, a partir do mês de outubro de 2000, inclusive, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas.* No caso em lide, os arquivos foram entregues, porém não foi observado o padrão previsto e nem incluídos todos os registros exigidos pela legislação, conforme está descrito no Auto de Infração. Disso resulta que, embora tenha havido a iniciativa de fazer a entrega, o contribuinte incidiu na infração, posto que o arquivo, com o conteúdo com o qual foi entregue, não atende às exigências da legislação.

A disposição do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Convênio nº ICMS 57/95 para que, constatada a inobservância das especificações descritas naquele manual, o arquivo seja devolvido para correção, não afasta a desobediência incorrida pelo contribuinte. Efetivamente ele deixou de entregar os arquivos, nas especificações exigidas dentro do prazo regulamentar.

Entendo que, como os arquivos apresentados estavam fora das especificações, os mesmos deveriam ser devolvidos ao recorrente para correção, com a indicação das irregularidades encontradas, independente da aplicação da penalidade prevista na lei. O fato de estar o contribuinte obrigado à correção não impede a aplicação da multa.

Similarmente, se o contribuinte deixar de pagar o ICMS relativo a um determinado mês, apurado em sua escrita fiscal, ao ser intimado a recolher o imposto sofrerá ele a multa aplicável.

Por outra vertente observo que não cabe ao fiscal, nem ao administrador a que estiver vinculado, nem mesmo ao Chefe do Poder Executivo, afastar a aplicação de pena prevista em lei, quando caracterizada a infração.

Desse modo, considero que a ação fiscal foi desenvolvida com observância dos requisitos previstos na legislação pertinente, não viola o princípio do devido processo legal e não macula de nulidade a exigência fiscal.

Verifico que a penalidade é aplicada por cada mês em que não foi obedecida a entrega dos arquivos magnéticos e não a penalidade pela falta de entrega *quando solicitado*. Por isso, é irrelevante que na única intimação constante nos autos (fl. 8) não tenha sido respeitado o prazo de cinco dias úteis para apresentação dos arquivos solicitados, expressamente previsto no art. 708-B, do RICMS-BA.

Em face do acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do presidente, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e 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 recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 23.974,05**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Devem ser homologados os valores comprovadamente pagos e renovado o procedimento fiscal o que tange a ocorrência descrita na infração 2.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, José Carlos Barros Rodeiro e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiros (as) Fauze Midlej, César Augusto da Silva Fonseca e Maria do Carmo Santana Marcelino Menezes.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR/VOTO VENCIDO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA – VOTO EM SEPARADO

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS