

PROCESSO - A.I. N° 206878.0008/04-9
RECORRENTE - PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE DISPENSA DE MULTA – Acórdão 2^a CJF n° 0211-12/05
ORIGEM - INFAC BONOCÔ
INTERNET - 18/11/2005

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS N° 0024-21/05

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. NOTAS FISCAIS. OMISSÃO DE DADOS REFERENTES AOS REGISTROS TIPOS 50 E 54. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. INCOMPETÊNCIA DA CÂMARA SUPERIOR INTELIGÊNCIA DO ART. 159, DO RPAF. Demonstrado nos autos que o autuado exerceu, de forma plena, o seu direito à ampla defesa quanto à presente infração por descumprimento de obrigação acessória, nas duas instâncias administrativas, sendo vedado a este Egrégio Colegiado o reexame da matéria, faz-se mister a rejeição do pedido formulado. Pedido de Dispensa de Multa NÃO CONHECIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Pedido de Dispensa da Multa aplicada na infração 4, objeto do Auto de Infração, formulado com espeque no art. 169, § 1º c/c o art. 159, do RPAF/99, em face da Decisão proferida no Acórdão JJF N° 0032-02/05, da 2^a Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência da referida infração, mantida em sede de Recurso Voluntário julgado pela Egrégia 2^a Câmara de Julgamento Fiscal.

A referida infração 4 fora lavrada nos seguintes termos:

“Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, com omissão de operações ou prestações, ou com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, correspondente ao período de janeiro a outubro de 2003, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$102.484,15, equivalente a 5% sobre a soma das entradas e saídas de mercadorias, bem como dos serviços tomados e realizados, omitida de arquivos magnéticos exigidos na legislação, limitada a 1% das saídas do estabelecimento, conforme demonstrativos e documentos às fls. 347 a 358”.

A referida 2^a JJF, no que concerne à multicitada infração, objeto do presente Pedido de Dispensa de Multa decidiu, por unanimidade, que a mesma se apresentava procedente, em face dos seguintes argumentos:

- a) “Analisando a alegação defensiva, observo que embora não tenha sido especificada que a omissão nos arquivos magnéticos se refira a omissão de dados relativos aos Registros Tipos 50 e Tipo 54, porém, nota-se pelos argumentos defensivos que o sujeito passivo mesmo alegando que não sabia se foi por omissão de operações ou se por divergência de dados, demonstrou claramente ter entendido quais foram as divergências constatadas no trabalho fiscal, tendo, inclusive, providenciado as devidas correções mediante a geração de novos arquivos, conforme documentos às fls. 865 a 912”;
- b) “Mesmo com essa alegação, o sujeito passivo demonstrou o perfeito entendimento através dos demonstrativos que instruem a ação fiscal qual o fulcro da autuação, qual seja, a divergência entre os valores informados pelos arquivos magnéticos para os constantes no

Livro de Apuração do ICMS, relativamente aos valores dos arquivos magnéticos tomados como referência foram apenas os constantes do Registro 50, que se destina a informar o total por documento fiscal de entradas e saídas, bem como o Registro 54, destinado ao registro das entradas e saídas por item de cada documento fiscal”;

- c) “*Diante disso, rejeito a preliminar de nulidade argüida, pois o autuado ao demonstrar o entendimento do real motivo para a aplicação da multa pode exercer o seu direito a ampla defesa a o contraditório”;*
- d) “*De acordo com o artigo 685 combinado com o artigo 708 e seus parágrafos, do RICMS/97, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados deverá fornecer, quando solicitado, no prazo de cinco dias úteis contados da data do recebimento da intimação, documentação minuciosa, completa e atualizada dos arquivos magnéticos com registro fiscal dos documentos emitidos por qualquer meio inerente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias de cada mês, atendendo às especificações técnicas vigentes na data de entrega, estabelecidas no Convênio ICMS nº 57/95 (Convênio ICMS nº 39/00), cuja entrega deve ser feita na repartição fazendária mediante recibo. Já o inciso I do artigo 686 prevê a obrigatoriedade do fornecimento dos arquivos magnéticos por total de documento e por item de mercadoria”;*
- e) “*No presente caso, não houve a recusa do contribuinte na entrega dos arquivos magnéticos. O que deve ser observado é que independentemente de não ter havido recusa na entrega dos arquivos magnéticos, o que deve prevalecer é se os mesmos foram entregues corretamente. Os documentos constantes nos autos comprovam o cometimento da infração imputada ao sujeito passivo, sendo descabida a alegação defensiva de que não houve intimação solicitando a regularização das inconsistências apuradas, pois o documento à fl. 15 comprova exatamente o contrário”;*
- f) “*Quanto a pretensão de aplicar a mesmo tratamento ao julgamento objeto do Acórdão nº 0628-11/03, por já ter gerado novos arquivos dos exercícios de 2002 e 2003 corretamente, conforme documentos às fls. 865 a 912, observo que a questão tratada no citado Acórdão é divergente do presente, pois trata-se de multa pelo não atendimento de intimação para entrega dos arquivos magnéticos, enquanto que neste processo os arquivos foram apresentados, porém com divergência de dados”;*
- g) “*Portanto, restando caracterizado o cometimento da infração, foi correta a aplicação da multa prevista na alínea ‘f’, do inciso XIII-A da Lei nº 7.014/96, qual seja: ‘f’ 5% (cinco por cento) do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) das saídas do estabelecimento em cada período; (art. 915, XII-A, “f”, do RICMS/97”, tudo conforme demonstrativos às fls. 347, 350 e 355 dos autos”;*

Inconformado com a Decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, alegando que o Acórdão JJF Nº 0032-02/05 merecia ser revisto, repisando os argumentos invocados em Primeira Instância.

A PGE/PROFIS, através de sua ilustre representante emitiu Parecer conclusivo quanto à infração 4, no sentido de que não merecia prosperar a tese do recorrente, uma vez que não encontra guarida nas normas de aplicação da legislação tributária, onde a norma específica tem superioridade sobre a norma geral, razão pela qual a penalidade a ser aplicada pelo descumprimento da obrigação acessória é justamente a indicada no corpo do Auto de Infração, qual seja, a delineada no art. 42, XIII-A, “f”, da Lei nº 7.014/96, tendo por base de cálculo o valor das entradas e de saídas em relação a todo o período autuado, devendo-se incidir o percentual de 5%, não merecendo qualquer reparo, no particular, o Auto de Infração, vez que o contribuinte foi corretamente

intimado para regularizar a situação, o que elide as suas afirmações. Ao final, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto.

A Colenda 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, no julgamento do Recurso Voluntário interposto - especificamente quanto à infração 4 – decidiu, por maioria, homologar a referida Decisão recorrida nos termos constantes daquele julgamento.

O recorrente apresenta Pedido de Dispensa de Multa às fls. 1083 a 1.096, insurgindo-se, como já dito, quanto à multa aplicada na infração 4. Após traçar um escorço histórico do presente processo administrativo fiscal, o sujeito passivo invoca o RICMS/97, mais especificamente o art. 708-B (redação atual, alterada pelo Decreto nº 9.426/05), cujo teor transcreve, a fim de justificar a forma com que deve ser procedida a intimação do contribuinte para a correção do arquivo magnético apresentado com inconsistência. Argumenta que o objetivo do referido Decreto é garantir ao contribuinte a oportunidade de corrigir eventuais inconsistências dos dados dos arquivos, ou seja, mesmo que o arquivo tenha sido entregue pela Internet no prazo estipulado, essa entrega fica sujeita ao crivo do programa denominado “Validador”, a fim de que seja analisado os dados fornecidos, devendo ser dado ao contribuinte a possibilidade de posterior ajuste, conforme previsão do art. 708-A, § 6.º, cujo teor transcreve nas suas razões recursais. Invoca entendimento manifestado pelo Conselheiro José Bezerra Lima Irmão, no Acórdão nº JJF 0190-02/05, para esclarecer que essa implementação no dispositivo regulamentar ocorreu em virtude do fato de que “*o interesse do Estado não é aplicar multas, simplesmente*”, mas sim estimular os contribuintes para que prestem as informações pertinentes, sem erros ou inconsistências, possibilitando ao Fisco “*efetuar um trabalho mais racional, mais preciso, mais próximo da realidade dos fatos.*”

Menciona o Decreto nº 9.332/05, que implementou alteração ao RICMS, notadamente em seu art. 2º, que acrescentou o § 3.º ao art. 708-B, cuja transcrição efetuou. Alega que não recebeu a Listagem Diagnóstico das irregularidades encontradas, a que alude o dispositivo legal, omissão apontada desde a impugnação, devendo essa Egrégia Câmara confirmar o descompasso de eventuais intimações com o Decreto citado, prevalecendo a novel legislação para desconstituir a apontada infração. Refere-se ao entendimento manifestado pelo CONSEF, refletido no Acórdão CJF nº 0021-12/05, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, de que “*os arquivos magnéticos apresentados com inconsistências devem ser devolvidos ao contribuinte, juntamente com a Listagem-Diagnóstico especificando as irregularidades, para que seja feita a devida correção*”. Desta forma, se ao contribuinte é concedido um prazo de 30 (trinta) dias a contar do recebimento da intimação, para corrigir os erros e inconsistências dos arquivos magnéticos, somente depois desse prazo e ocorrida a efetiva intimação, inclusive com a indicação precisa dos pontos a serem corrigidos, mediante a Listagem-Diagnóstico, é que o contribuinte estará sujeito às sanções legais. Aduz que não foi o que ocorreu no caso vertente, posto que em nenhum momento recebeu uma intimação detalhada para regularização das supostas divergências apuradas, medida que se impunha, à luz do Decreto nº 9.332/05, haja vista que também não foi realizada diligência pessoal dos Auditores Fiscais para explicitar os motivos das alegadas inconsistências, e até mesmo para complementar os arquivos magnéticos encaminhados, tratando-se, inclusive, de possibilidade insculpida em lei – art. 708-B, do RICMS, transcrito.

Além disso, alega que, a despeito da disposição regulamentar, o próprio Manual de Orientação anexado ao Convênio 57/95, no seu item 26, assinala expressamente que os arquivos serão recebidos condicionalmente e submetidos à teste de consistência (26.1). Em sendo constatada a inobservância das especificações contidas no referido Manual, o arquivo será devolvido para correção, fato que evidentemente não ocorreu, terminando por ser imediatamente aplicada a penalidade, em flagrante prejuízo para o recorrente. Frisa que os arquivos magnéticos referidos no Auto de Infração foram apresentados sem ter havido qualquer recusa por parte do recorrente em transmitir as informações, que seguiram contendo o registro 50 e o 54, inexistindo, em momento algum a acusação de que não foram entregues quaisquer dos arquivos magnéticos dos exercícios indicados.

Afirma que seria melhor, então, não atender a intimação para apresentação dos arquivos magnéticos sendo autuada com a multa prevista no art. 42, XX, da Lei nº 7.014/96, cujo teor transcreve e que fixa multa muito inferior à que fora objeto do presente Auto de Infração. Nesse sentido, transcreve voto proferido pelo Conselheiro César Augusto da Silva Fonseca, integrante da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, decorrente do Auto de Infração nº 269141.0008/03-9, que concluiu pela “*cumulação das multas de R\$90,00 e R\$180,00 previstas nas alíneas “a” e “b” do inciso XX do art. 42*”. Invocou, ainda, o entendimento manifestado pelo Conselheiro Antônio César Dantas de Oliveira no Acórdão JJF nº 0175-01/05, para justificar a nulidade da infração 4, nos termos do art. 18, II, do RPAF, tendo em vista que os autuantes, após detectarem inconsistências no arquivo magnético, não intimaram o autuado apontando, através de *check list*, as inconsistências encontradas, estabelecendo o prazo legal de 5 dias para que fossem providenciados novos arquivos já corrigidos. Reitera que em nenhum momento se negou a fornecer as informações solicitadas, não sendo justo e razoável que a mesma seja apenada com uma multa no valor de R\$102.484,15, devendo a mesma ser julgada nula por essa ilustre Câmara.

Pari passu, alega que a multa aplicada foi lavrada em total desacordo com a atual legislação (Decreto nº 9.332/05), que oportuniza ao contribuinte a perfeita identificação das inconsistências apuradas, o que seguramente não ocorreu. Por tal razão, argui que foi obrigada a elaborar a sua impugnação com base em meras suposições, já que não conhecia a perfeita identificação da infração. Argumenta que deve incidir *in casu* o quanto disposto no art. 106, II, “c”, do CTN, pois está-se a discutir nada mais do que a imposição de penalidade pecuniária, justificando-se a aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benigna, expressamente contemplado naquele Diploma Legal. Assevera que a pena menos severa da lei nova substitui a mais grave da lei vigente ao tempo em que foi praticado o ato punível. Colaciona às suas razões recursais a Decisão prolatada pelo Conselheiro José Bezerra Lima Irmão no Acórdão JJF nº 0190-02/05, já referido alhures, para o fim de afirmar que, embora o Decreto nº 9.332/2005 seja posterior ao fato em discussão do Auto de Infração analisado, o mesmo tem efeito retroativo, nos termos do art. 106, II, do CTN. Anexa ao presente pedido 2 julgamentos realizados por este Egrégio Conselho, através dos quais a multa ora combatida foi desconstituída, valendo notar a identidade de parte, revelando-se até mesmo contraditória a manutenção da parte da Decisão que manteve a penalidade.

Ao final, propugna o recorrente, com fulcro no art. 159, do RPAF, pelo afastamento da multa aplicada no item 4, do Auto de Infração, haja vista que o procedimento fiscal não subiste à novel orientação (Decreto nº 9.332/05) e ao próprio entendimento já manifestado por esse Conselho, como denotam as decisões anexadas à sua peça recursal.

Em seu Parecer, a representante da PGE/PROFIS MARIA DULCE BALEIRO COSTA entende, inicialmente, que o pedido formulado não merece sequer ser conhecido, vez que se refere a multa por descumprimento de obrigação acessória, ao passo que a competência da Câmara Superior se limita à apreciação de pedido de dispensa de multa de obrigação principal, nos termos do art. 159, do RPAF. Assevera, ainda, que não se pode alegar que “*quem pode o mais, pode o menos*”, pois em matéria processual o que se pretende é a definição de a quem compete a apreciação de determinados meios processuais. Logo, prossegue, por esse raciocínio, todo e qualquer Recurso poderia ser interposto para apreciação pela Câmara Superior. Aduz que a legislação determina que cabe às Câmaras cancelar ou reduzir as multas por descumprimento de obrigação acessória, o que foi feito no presente processo pela 2.ª CJF, que entendeu manter na íntegra o valor exigido, razão pela qual o Pedido de Dispensa de Multa não deve ser conhecido. Vindo a ser ultrapassada a questão, quanto ao mérito, manifestou-se a eminente procuradora no sentido de que o pedido formulado pelo recorrente é, em verdade, uma tentativa de reabertura da lide, pois a matéria já foi apreciada tanto pela primeira instância, como pela Câmara de Julgamento, tendo decidido pela procedência da autuação. Entende que o contribuinte não traz qualquer dos requisitos previstos no art. 159, do RPAF, para justificar a dispensa da multa ao apelo da equidade. Frisa que nesse momento processual caberá à Câmara Superior, tão-somente, a anulação do Auto de

Infração por vício insanável, se assim entender, em razão da nulidade absoluta poder ser declarada a qualquer instante processual, ou a apreciação de eventual Representação por parte da PGE/PROFIS, se entender o referido objeto que há vício ou ilegalidade flagrante.

O ilustre procurador ROGÉRIO LEAL PINTO DE CARVALHO profere despacho discordando, em parte, do Parecer exarado pela nobre procuradora. Isso porque, segundo o seu entendimento, tratando-se de pedido de redução ou cancelamento de multa por descumprimento de obrigação acessória, deve ser aplicada a regra insculpida no art. 158, do Decreto nº 7.629/99, que se refere genericamente a Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, razão pela qual encontra-se inclusa a Câmara Superior. Assim, ao revés do que conclui a Parecerista anterior, opina pela apreciação do pedido formulado pelo contribuinte, inclusive diante da supremacia do princípio da ampla defesa e do contraditório, albergado no artigo 5.º, inciso LV, da Carta Magna. No que concerne ao mérito do pedido de dispensa de multa por descumprimento de obrigação acessória, concorda o procurador com o Parecer anteriormente exarado, que conclui pelo seu não acolhimento, visto que não foram preenchidos os requisitos previstos no § 7.º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e no art. 158, do Decreto nº 7.629/99. Aduz que caberia ao recorrente, que assim não o fez, a prova de que as infrações foram praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo. Ressalta que o recorrente sequer faz referência, em sua promoção, acerca da presença dos requisitos legais para acolhimento do seu pedido, apresentando, na verdade, novas considerações sobre a exigência contida no item 4 do Auto de Infração, como restou consignado pela ilustre procuradora em seu Parecer. Ao final, opina pelo não acolhimento do Pedido de Dispensa de Multa formulada pelo contribuinte.

VOTO

Prefacialmente, faz-se mister o enfrentamento dos pressupostos legais de conhecimento do presente Pedido de Dispensa de Multa formulado pelo autuado.

No que concerne aos referidos pressupostos de admissibilidade, a PGE/PROFIS - como mencionado alhures - opinou através de dois Pareceres distintos e conflitantes no particular, o primeiro no sentido de que não fosse conhecido o presente Pedido de Dispensa de Multa, e o segundo, ao contrário, admitindo o seu conhecimento.

Comungo-me ao entendimento externado no primeiro Parecer, acolhendo o opinativo de que o pedido ora formulado não merece sequer ser conhecido. Senão, vejamos.

Salta aos olhos que a provação do autuado tem por objeto uma multa por descumprimento de obrigação acessória, sendo de corriqueira sabença que a competência da Câmara Superior se limita, à luz do art. 159, do RPAF, à apreciação de pedido de dispensa de multa de obrigação principal. Outrossim, manifesto que se apresenta desprovida de validade jurídica eventual alegação no sentido de que “*quem pode o mais, pode o menos*”, visto que, em matéria processual, tem-se por escopo a definição de a quem compete a apreciação de determinados meios processuais.

Concessa venia, qualquer exegese em sentido contrário conduziria ao raciocínio de que todo e qualquer Recurso poderia ser interposto para apreciação pela Câmara Superior, o que, evidentemente, não é o intuito do legislador.

Pari passu, cura ressaltar que a legislação determina que cabe às “Câmaras” cancelar ou reduzir as multas por descumprimento de obrigação acessória, o que, *in casu*, ocorreu, uma vez que a 2.ª CJF entendeu manter na íntegra o valor exigido.

Por outro lado, rasa em fundamentação válida, no meu sentir, se apresenta a justificativa lançada pelo segundo Parecerista, propugnando pelo conhecimento do Pedido de Redução ou Cancelamento de Multa, em razão do art. 158, do Decreto nº 7.629/99, referir-se genericamente à expressão “Câmaras do CONSEF”, terminologia que englobaria a Câmara Superior. Isso porque o citado Diploma Legal se refere especificamente a “Câmara Superior”, quando objetiva

especificar a competência para julgamento por parte deste órgão colegiado. Interpretar-se o dispositivo legal em sentido genérico seria, perigosamente, admitir a interposição de “*todo e qualquer Recurso ou pedido*” à Câmara Superior, ainda que se tratem de remédios da competência exclusiva das Câmaras de Julgamento Fiscal.

De igual sorte, não há que ser invocada, no caso vertente, a “*supremacia do princípio da ampla defesa e do contraditório*”, prescrita no art. 5.º, LV, da Carta Magna, posto que ao autuado foi facultado - tendo o mesmo, inclusive, se utilizado – do duplo grau de jurisdição administrativa, rejeitando-se o seu pedido em ambas as instâncias.

Ademais, salientando que foi examinado e reexaminado o pedido objeto da presente insurgência nas duas instâncias administrativas, em se admitindo uma nova análise do pleito, estariamos a edificar, na prática e ao arrepio da lei, mais um grau de jurisdição.

Ex positis, por tudo quanto acima exposto e com espeque no primeiro Parecer emitido pela ilustre representante da PGE/PROFIS, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Dispensa de Multa formulado pelo recorrente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO CONHECER o Pedido de Dispensa de Multa apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206878.0008/04-9, lavrado contra PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$35.681,65, sendo R\$14.083,80, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e mais R\$21.597,85, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor total de R\$102.917,98, previstas nos incisos IX e XIII-A, “f”, do citado dispositivo legal, e dos acréscimos legais, considerada PREJUDICADA a defesa no valor de R\$119.232,42, referente à infração 5, devendo a PGE/PROFIS ser cientificada desta Decisão para adotar as providências de sua alçada.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de outubro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

JAMIL CABÚS NETO - REPR. DA PGE/PROFIS