

PROCESSO - A. I. Nº 232962.0001/04-4
RECORRENTE - COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º Jf nº 0086-02/05
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 13/07/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0204-11/05

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS REFERENTES ÀS INFORMAÇÕES DE TODAS AS OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES REALIZADAS. MULTA EQUIVALENTE A 1% SOBRE O MONTANTE DAS OPERAÇÕES DE ENTRADAS E DE SAÍDAS. A alínea “g”, do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 – capitulação legal da multa aplicada – teve a sua redação alterada pela Lei nº 9.430/05, que passou a prever a multa correspondente a 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético, que se aplica ao presente caso, consoante a regra do 106, II, “c”, do CTN. Decisão modificada de ofício, apenas para adequar a multa imposta pela infração 2, do presente Auto de Infração. Não acolhida a arguição de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado ao Acórdão nº 0086-02/05, da 2ª Jf, que, por Decisão unânime de seus membros, julgou procedente o presente Auto de Infração, lavrado para reclamar o valor de R\$965.818,79, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS retido, no valor de R\$585.108,66, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de setembro, outubro e novembro de 2001, e junho de 2002, conforme documentos às fls. 17, 20, 21, 24 a 26.
2. Deixou de fornecer arquivos em meio magnético referente às informações de todas as operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura, referente aos meses de abril e agosto de 2003, sujeitando-se à multa no montante de R\$131.716,25, equivalente a 1% sobre o montante das operações de entradas e de saídas nos respectivos valores de R\$7.110.115,73 e R\$ 6.061.510,49, conforme intimação à fl. 12.
3. Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$93.105,11, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis e/ou serviços, decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, apurado por meio de levantamento de estoque através dos arquivos magnéticos do SINTEGRA fornecidos pelo contribuinte, relativo aos exercícios de 2000 e 2001 (até 30/09), conforme demonstrativos às fls. 37 a 41.
4. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$11.971,94, constatado pela apuração tanto de diferenças de entradas como de saídas de mercadorias tributadas, sendo exigido o imposto

sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – 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, nos mesmos exercícios, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias através dos arquivos magnéticos do SINTEGRA, correspondentes aos exercícios de 2000 e 2001 (até 30/09), conforme demonstrativos às fls. 42 a 43.

5. Fornecimento de informações através de arquivos magnéticos do SINTEGRA, referentes ao período de outubro e novembro de 2001, e de janeiro a novembro de 2002, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, sendo aplicada multa no valor de R\$143.916,83 por descumprimento de obrigação acessória de 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 às fls. 44 a 45.

Suscitou o recorrente a nulidade do Auto de Infração, por falta de fundamentação legal, uma vez que o autuante não apontou os dispositivos de lei que teriam sido infringidos, mas somente os regulamentares, ferindo os princípios da legalidade estrita e da tipicidade cerrada, bem como os art. 129, § 1º, V, do COTEB, e 39, V, do RPAF, que determinam a indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos.

Argumentou que a indicação expressa do art. 42, e incisos, da Lei nº 7.014/96, é totalmente despcienda, pois, se não há fundamentação legal para a exigência do tributo, não há de se cogitar de aplicação de multa por suposta falta de pagamento.

Quanto ao mérito, insurgiu-se somente contra a infração 2, dizendo que todas as suas obrigações – principais e acessórias - concernentes ao período fiscalizado foram regular e tempestivamente adimplidas, e que a juntada dos documentos anexos, demonstra que procedeu em 27-10-2004 ao fornecimento dos arquivos magnéticos relativos aos períodos de abril e agosto de 2003, e que, neste caso, é absolutamente aplicável a esta infração à norma veiculada pelo art. 158, do RPAF, que trata da redução ou cancelamento das multas por descumprimento de obrigação acessória.

Concluiu requerendo que o Auto de Infração fosse julgado Improcedente, ou, se considerada subsistente a infração 2, que esta fosse cancelada.

O representante da PGE/PROFIS se manifestou nos autos, dizendo que, no tocante à preliminar de cerceamento de defesa levantada pelo autuado, por conta da não indicação expressa da lei sedimentadora do lançamento de ofício arrostado, falece razão ao recorrente, pois, consoante premissa elementar de processo, o contraditório tem seu limite eficaional delimitado nos fatos trazidos ao processo e não a capitulação legal, pois o autuado se defende dos fatos a ele imputados e não da capitulação dada pelo autuante, até porque o art. 563, do CPP, é claro quando afirma que: *“nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a defesa”*.

Firmou que não há que se falar, no presente caso, de omissão na descrição completa dos fatos, pois os mesmo estão devidamente estabelecidos em farta documentação acostada, que é cópia do RAICMS, arquivos SINTEGRA, demonstrativos de débito e cópias de escrituração nos livros fiscais, restando evidenciada a completa insubsistência do argumento de cerceamento de defesa.

No que tange ao mérito, disse que não há como se acolher a tese do autuado, pois formulou sua contestação no clássico modelo da defesa genérica, sem pontuar suas irresignações e, muito menos, trazer qualquer lastro probatório aos autos, cingindo-se apenas em afirmar do adimplemento das suas obrigações, além, outrossim, da incompatibilidade entre os dados do SINTEGRA e dos indicados nos livros fiscais.

Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O recorrente iniciou suscitando a nulidade do Auto de Infração, por falta de fundamentação legal, porque o autuante não apontou os dispositivos de lei que teriam sido infringidos, mas somente os regulamentares, ferindo os princípios da legalidade estrita e da tipicidade cerrada, bem como os art. 129, § 1º, V, do COTEB, e 39, V, do RPAF, que determinam a indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos, e que a indicação expressa do art. 42, e incisos, da Lei nº 7.014/96, é totalmente despicienda, pois, se não há fundamentação legal para a exigência do tributo, não há de se cogitar de aplicação de multa por suposta falta de pagamento.

Tal fato não implica em nulidade do lançamento, pois, conforme a regra inserta no art. 19, do RPAF/99, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

A descrição dos fatos está perfeita, senão vejamos:

A infração 1 se reporta à falta de recolhimento do imposto retido pelo recorrente, na condição de contribuinte substituto, o que se configura, inclusive, em apropriação indébita.

O item 2 diz respeito à falta de entrega de arquivos magnéticos, que, aliás, o contribuinte atacou o mérito desta acusação, entregando os referidos arquivos, e o quinto item se refere à entrega de arquivos magnéticos contendo divergências.

As infrações 3 e 4 se originam em levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, cujos demonstrativos foram entregues ao contribuinte autuado, que não os contestou por opção sua.

Rejeito, então, a nulidade argüida.

Quanto ao mérito do item 2, único sob Recurso, o contribuinte trouxe a prova de que entregou em 27-10-2004 os arquivos magnéticos relativos aos períodos de abril e agosto de 2003.

Isto realmente ocorreu, só que tal entrega se deu após o encerramento da ação fiscal, datada de 27/09/04, e da ciência da autuação, que foi no dia 29 do mesmo mês, o que confirma o acerto da exação.

O recorrente mencionou, ainda, o art. 158, do RPAF/99, onde está previsto que as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras de julgamento Fiscal do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.

Vê-se que estamos diante de poder discricionário desta 1ª CJF, e, no meu entendimento, não foi apontado qualquer razão plausível que justifique a redução ou mesmo cancelamento da multa que fora imposta, e, por isto, indefiro seu pleito.

Contudo, a alínea “g”, do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 – capitulação legal da multa aplicada – teve a sua redação alterada pela Lei nº 9.430, de 10/02/05, DOE de 11/02/05, efeitos a partir de 11/02/05, que passou a ser:

g) 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura.

Já o art. 106, II, “c”, do CTN, preconiza que a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Assim, de ofício, esta 1ª CJF deve adequar a penalidade contida no item 2 para 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, reduzindo-a para R\$54.351,50 (1% de R\$5.435.150,54) e R\$45.888,45 (1% de R\$4.588.845,20) para os meses de abril e agosto de 2003, respectivamente, conforme valores extraídos dos documentos às fls. 208 e 209, anexados pelo próprio recorrente.

Pelo que expus, entendo correta a autuação e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, para, de ofício, apenas adequar a Decisão recorrida, quanto ao segundo item do Auto de Infração, à penalidade prevista no art. 42, XIII-A da Lei nº 7.014/96 à nova redação estabelecida pela Lei nº 9.430/05.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, adequar a Lei nº 9.430/05 na segunda infração e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232962.0001/04-4**, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$690.185,71**, acrescido das multas de 70% sobre R\$105.077,05 e 150% sobre R\$585.108,66, previstas no art.42, III e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no total de **R\$244.156,78**, com os devidos acréscimos legais, previstas no inciso XIII-A, “f” e “g”, do citado artigo.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS