

PROCESSO - A. I. Nº 108.5210706/06-0
RECORRENTE - PBK IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. (PBK BRINQUEDOS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0236-03/06
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 03/01/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0521-12/06

EMENTA: ICMS. INADMISSIBILIDADE DE RECURSO. INTEMPESTIVIDADE. Recurso interposto fora do prazo legal. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face de Decisão do Acórdão nº 0236-03/06 que julgou o Auto de Infração Procedente, para condenar a apelante ao pagamento de ICMS no importe de R\$ 9.145,55, acrescido de acessórios, e multa no valor de R\$ 95.751,32 e acréscimos moratórios.

Acusa o Auto de Infração as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Transferências interestaduais com alíquota de 7%. Total do débito, R\$ 9.145,55.

INFRAÇÃO 2 – Deixou de fornecer arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte apresentou os registros 54 e 60R, zerados. Total do débito, R\$ 95.751,32.

Em sede de defesa, o contribuinte aventa as limitações impostas ao poder de tributar pela Constituição Federal e o Princípio da não cumulatividade, citando doutrina dos Professores Paulo de Barros Carvalho e Roque Carraza.

Descreve a hipótese de incidência do ICMS e a sujeição passiva, sustentando que no presente caso ocorreu mera devolução de mercadorias originária da filial para sua matriz localizada no Estado de São Paulo, inexistindo, conseqüentemente, a circulação jurídica de mercadoria.

No atinente à denúncia de sonegação dos arquivos magnéticos, contrapõe afirmando a entrega dos mesmos, apesar de reconhecer alguns equívocos involuntários ocorridos na retransmissão dos dados. Pugnou pela realização de diligência fiscal ou pericial na busca da verdade material.

Tratando-se, portanto, de erro material, ajustáveis nos demonstrativos financeiros e contábeis, e mero descumprimento de obrigação acessória, pretende o benefício previsto no comando do art. 915 § 4º, do RICMS, com vistas à redução ou cancelamento das multas.

O preposto fiscal ilidiu as alegações empresariais objetadas em face da infração 1, pois restou incontroversa a transferência de propriedade da mercadoria operada através da nota fiscal com o CFOP 6.152 registrada no livro Registro de Saída de Mercadorias e Registro de Apuração de ICMS (fls. 39 a 132) com o mesmo CFOP 6.152.

Para manter a infração 2, reiterou as intimações do contribuinte acompanhadas dos relatórios SCAM para apresentar os arquivos magnéticos, com os registros 54 e 60R, não cuidando a empresa do atendimento das mesmas. Aduz ainda que o contribuinte negligenciou a retificação dos arquivos magnéticos e sua retransmissão, na forma dos relatórios atualizados do SCAM emitido em 30.05.2006 (fls. 204 a 212), os quais demonstram que o autuado, somente em 18.01.2006, dignou-se a fornecer o registro 60R referente aos meses de janeiro a novembro de 2005.

Intimado regularmente para manifestar-se sobre o termo de informação fiscal e documentos adunados, o autuado quedou-se inerte.

Por entender suficientemente instruído o procedimento, o *'a quo'* refuta o requerimento empresarial de realização de perícia, advertindo ainda que a prova do fato ilícito descrito na acusação fiscal independe de conhecimento técnico.

Ao enfrentar a infração 1, atesta que as operações retratadas nas notas fiscais às fls. 134/177 constituem-se em transferências de mercadorias para outra unidade da Federação, e, por isso, tributadas à alíquota de 12%, na forma do artigo 50, II do RICMS-BA. Mantém a infração.

Conhecendo a infração 2, certifica a negligência empresarial na apresentação e correção dos arquivos magnéticos. Assenta que o agente fiscal cuidou de instar regularmente o contribuinte, concedendo-lhe prazos para o cumprimento das exigências, porém sem êxito, haja vista o inatendimento das intimações, ou o seu cumprimento insatisfatório. Ressalta também que a retransmissão eletrônica dos arquivos magnéticos, como alegado pelo recorrente, não restou comprovada nos autos. Arremata sustentando a incapacidade das provas carreadas pelo recorrente para a elisão da acusação fiscal.

Em outra vertente, assevera que o descumprimento da obrigação tributária importou em embaraço e prejuízo à arrecadação do ICMS, pelo que rejeitou a pretensão empresarial à redução da multa.

Intimado da Decisão em 01/08/2006-3ª feira, conforme AR de fl. 231, manejou o contribuinte o Apelo empresarial de fls. 233/2241 em 14/08/2006-2ª feira.

Reapresenta as mesmas alegações defensivas, reiterando a vinculação estatal às limitações impostas ao poder de tributar pela Constituição Federal.

Retoma sua tese de ocorrência de mera devolução de mercadorias em contraposição à circulação jurídica, com transferência da propriedade, sustentada pela acusação fiscal. Aventa a perpetração de erro material de emissão das notas fiscais, pois teria consignado códigos de operação equivocados, ensejando indução a uma leitura igualmente equivocada.

No que concerne à infração 2, volta a alegar a ausência de uniformidade federativa na aplicação do SINTEGRA, invocando o Decreto nº 10.036, de 29 de Junho de 2006, com vistas à desoneração da entrega de informações por via magnética.

Reitera a pretensão à realização de diligência fiscal, entendendo confiscatória e inconstitucional, com fincas em doutrinadores por si avocados, a multa ora aplicada.

Pugna, ao final, pelo Provimento do Recurso Voluntário e, corolariamente, a improcedência da demanda fiscal.

Instada a d. Procuradoria, dignamente representada pelo Dr. José Augusto Martins Júnior, às fls. 245/247, recomenda, em preliminar, o Não Conhecimento do Recurso Voluntário, e sucessivamente, o não provimento.

De início declara a incompetência do CONSEF para apreciar as alegações de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, na forma do artigo 167, I, do RPAF/99.

Adiante, detecta a extemporaneidade do Recurso empresarial, pois, intimado o autuado da Decisão em 01/08/2006 - fl. 231 -, aviou o Recurso Voluntário em 14/08/2006, quando já expirado o decênio regulamentar. Opinou pelo Não Conhecimento da súplica recursal.

Sucessivamente, caso superada a preliminar de intempestividade, aduziu que o recorrente não se mostrou capaz de ilidir a acusação fiscal. As alegações empresariais se ressentem de consistência, pois desacompanhadas de provas idôneas e pertinentes. Em abono de sua intelecção citou e transcreveu o art. 143, do RPAF.

VOTO VENCIDO

O procedimento fiscal observou o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, tendo sido lavrado dentro dos parâmetros estabelecidos pelo art. 18 do RPAF. Todas as oportunidades, outrossim, foram criadas para a exteriorização da irresignação empresarial, pelo que regular se apresenta o feito.

Rejeito o requerimento de diligência fiscal, visto que o procedimento encontra-se suficientemente instruído, apto, portanto, para firmar o convencimento do julgador.

Cabe arrostar de início a preliminar de intempestividade da súplica recursal suscitada pela d. Procuradoria, em seu Parecer de fls. 245/247.

Entendo que o Apelo fora aviado a destempo, após, portanto, o esgotamento do decênio regulamentar. Intimado o contribuinte da Decisão em 01/08/2006-3ª feira - fl. 231 -, protocolizou o Apelo em 14/08/2006, tendo expirado o decênio em 11/08/2006, segundo a contagem prazal definida pelo art. 22 e seus parágrafos, do RPAF, e Código de Processo Civil.

Todavia, a incidência inexorável do Princípio da Verdade Material vem mitigar o rigor da preclusão gerada em face da perda do prazo regulamentar para a impetração do Recurso próprio.

Aliás, é cediço que o procedimento administrativo não está à disposição das partes, como ocorre no Processo Civil. Neste diapasão, peço *venia* para conhecer do Recurso Voluntário.

A teor do artigo 167, I, do RPAF/99, falece competência ao CONSEF para imiscuir-se nas arguições de inconstitucionalidade suscitadas pelos demandados.

No que atine à infração 1, alegou o recorrente erro material de preenchimento das notas fiscais, ensejando a caracterização de operação tributada.

O recorrente não logrou infirmar a demanda fiscal, mormente pela ausência de lastro probatório a sustentar sua defesa. Ao contrário, as provas colacionadas militam no sentido da ratificação da autuação, pelo que Nego Provimento ao Recurso Voluntário no particular.

Conquanto caracterizada a falta apontada na infração 2, entendo que a multa ora aplicada ao invés de atingir seus reais objetivos, mormente os de natureza pedagógica, imporá uma penalidade deveras desproporcional e irrazoável.

Aliás, vale registrar a intelecção consensual esposada por esta colenda 2ª Câmara de Julgamento no que pertine à desproporção da multa aplicada em casos análogos ao ora em disceptação, independentemente da sua manutenção ou não.

Entendo, '*venia concessa*', que o dispositivo legislativo que subsume a conduta empresarial encontra-se defasado, e, portanto, desassociado da atual conjuntura econômica que envolve as empresas.

Restou incontroverso que o recorrente atendeu as intimações fazendárias na medida de suas possibilidades, não obstaculizando o trabalho da fiscalização até mesmo por outros roteiros.

Mister assentar, ademais, que do plexo probatório não se pode deduzir conduta empresarial animada por dolo, simulação ou fraude, máxime quando desta conduta não se divisou prejuízos ao erário.

Subsidia ainda o entendimento ora esposado o Código Civil Brasileiro, em seus arts. 412 e 413, os quais vedam a aplicação de penalidade superior ao valor da obrigação principal e autoriza a redução equitativa da penalidade em caso de adimplemento parcial da obrigação principal ou obrigação manifestamente excessiva.

Saliente-se também que se é dever do Estado cobrar os créditos tributários, constitui-se direito inconcusso do infrator sofrer a punição na exata proporção da sua falta. A multa ora imposta, por seu caráter predatório, equipara-se à pena de morte empresarial ou mutilação, cuja cobrança poderá importar na inviabilidade ou precarização insuperável do empreendimento, frustrando o Estado da arrecadação de tais valores, sem atingir o desiderato pedagógico.

Neste sentido, segue excerto do voto proferido pelo Ministro da Corte Suprema, CELSO DE MELLO, no julgamento não unânime pelo Tribunal Pleno (apenas um Ministro divergiu), do Recurso Extraordinário 413.782-8 / Santa Catarina, datado de 17/03/2005, o qual adverte com precisão sobre os contornos do poder de tributar, à vista dos Princípios Constitucionais da Razoabilidade e Proporcionalidade, e arrimado no inciso XIII, do art. 5º e art. 170 da Carta Magna, '*verbis*':

"...Cabe lembrar, neste ponto, consideradas as referências doutrinárias que venho de expor, a clássica advertência de OROSIMBO NONATO, consubstanciada em Decisão proferida

pelo Supremo Tribunal Federal (RE 18.331/SP), em acórdão no qual aquele eminente e saudoso Magistrado acentuou, de forma particularmente expressiva, à maneira do que já o fizera o Chief Justice JOHN MARSHALL, quando do julgamento, em 1819, do célebre caso “McCulloch v. Maryland”, que “o poder de tributar não pode chegar à desmedida do poder de destruir” (RF 145/164 – RDA 34/132), eis que – como relembra BILAC PINTO, em conhecida conferência sobre “Os Limites do Poder Fiscal do Estado” (RF 82/547-562, 552) - essa extraordinária prerrogativa estatal traduz, em essência, “um poder que somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade” (grifos do original).

Destarte, conheço do Recurso Voluntário, para PROVER PARCIALMENTE, reduzindo a multa a 10% (dez por cento) do valor estipulado pelo ‘a quo’ acrescidos dos acessórios, importando o principal em R\$9.575,13.

VOTO VENCEDOR

Ouso discordar do Sr. relator quanto a perda do prazo para apresentação da peça recursal. Entendo como ele, que em algumas hipóteses a incidência inexorável do Princípio da Verdade Material poderá mitigar o rigor da preclusão gerada em face da perda do prazo regulamentar para a impetração do Recurso Voluntário próprio. Porém esta interpretação não se aplica ao presente PAF. Tratando-se de contribuinte regular poderia ter apresentado uma justificativa plausível para não apresentação do aludido recurso dentro do prazo estipulado na lei processual administrativo e aí poderíamos ponderar o princípio também necessário, da disciplina processual, e optar em conhecer o PAF mesmo fora do prazo. Restou claro que o contribuinte foi intimado da Decisão em 01/08/2006-3ª feira - fl. 231 -, e protocolizou o Apelo em 14/08/2006, tendo expirado o decênio em 11/08/2006, segundo a contagem prevista no art. 22 e seus parágrafos, do RPAF.

Não vislumbro, portanto, as condições necessárias para conhecer do Recurso Voluntário tendo em vista as condições peculiares do contribuinte.

Voto no sentido do NÃO CONHECIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO CONHECER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **108.5210706/06-0**, lavrado contra **PBK IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. (PBK BRINQUEDOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.145,55**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, IV, “c”, da Lei nº 7.014/96 e, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$95.751,32**, prevista no art. 42 XIII-A “g”, da mencionada lei, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Helcônio de Souza Almeida, Álvaro Barreto Vieira e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiros Bento Luiz Freire Villa-Nova e Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

BENTO LUIZ FREIRE VILLA NOVA – RELATOR/VOTO VENCIDO

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. PGE/PROFIS