

PROCESSO - A. I. Nº 206908.0010/06-5
RECORRENTE - ETOILE DISTRIBUIDORA DE VEÍCULOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0072-04/07
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 09/10/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0286-12/08

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA DO REGISTRO TIPO 75 SEM A DISCRIMAÇÃO DAS MERCADORIAS. MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DAS OPERAÇÕES DE SAÍDAS. Descumprimento de obrigação acessória. Não concessão do prazo de 30 (trinta) dias para a correção dos arquivos magnéticos, em desrespeito à legislação vigente. Afronta ao princípio do devido processo legal. Item nulo. Modificada a Decisão de 1ª Instância. Rejeitadas as preliminares de nulidade referentes à falta de apreciação dos memoriais apresentados e por falta de demonstração da base de cálculo. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, através do qual o contribuinte se insurge contra a Decisão de 1ª Instância, relativamente ao item nº 3 do Auto de Infração que contém a seguinte acusação:

“3- Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) das saídas do estabelecimento em cada período, no valor de R\$272.489,54”. O período autuado envolve os 12 meses do exercício fiscal de 2003.

O contribuinte apresentou defesa, fls. 197/215, reconhecendo as infrações 1 e 2. A lide restringiu-se à infração 3, tendo a JJF, quanto à acusação contestada, proferido o seguinte voto:

(...)

“Na Infração 03 é imputada ao autuado o fornecimento de informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) das saídas do estabelecimento em cada período.

Em sua peça defensiva o autuado requereu nulidade apresentando diversas alegações, as quais passo a analisar.

Inicialmente afasto as preliminares de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que nenhuma das alegações defensivas são causa de nulidade conforme abaixo.

O argumento defensivo de que ao ser intimado para correções dos arquivos magnéticos não recebeu a “Listagem Diagnóstica”, prevista no § 3º do artigo 708-B, do RICMS/97, não pode ser acolhido uma vez que não reflete a verdade comprovada pela prova constante dos autos. O autuante entregou a Listagem Diagnóstico conforme comprovam os documentos de folhas 10/11 e 12 dos autos, sendo concedido o prazo de 30 (trinta) para regularizar os arquivos.

Da mesma forma, não pode ser acolhido o argumento defensivo, de que o autuado não demonstrou como apurou a base de cálculo, uma vez que a mesma encontra-se consignada na própria peça inicial acusatória. A base de cálculo utilizada na autuação é a constante no livro Registro de Apuração de ICMS do Autuado, conforme cópias acostadas às folhas 168 a 194. A título de exemplo cito os meses abaixo:

JANEIRO DE 2003 – A base de cálculo constante do Auto de Infração, fl. 02, é de R\$ 1.940.098,84, que corresponde, exatamente, ao valor escriturado pelo contribuinte autuado em seu livro Registro de Apuração de ICMS, folha 169.

FEVEREIRO DE 2003 - A base de cálculo constante do Auto de Infração, fl. 02, é de R\$ 2.169.125,49, que corresponde, exatamente, ao valor escriturado pelo contribuinte autuado em seu livro Registro de Apuração de ICMS, folha 171.

MARÇO DE 2003 - A base de cálculo constante do Auto de Infração, fl. 03, é de R\$ 2.454.285,78, que corresponde, exatamente, ao valor escriturado pelo contribuinte autuado em seu livro Registro de Apuração de ICMS, folha 173.

Também, não pode ser acolhido o argumento defensivo de que deveriam ser expurgadas do computo das saídas: as devoluções de mercadorias recebidas em demonstração, em consignações, de bem adquirido para o imobilizado; as remessas para conserto; para demonstração e outras saídas não especificadas, uma que não existe tal previsão legal.

A legislação determina a aplicação de multa específica que será de 1% sobre as saídas, não indicando nenhum tipo de exclusão de qualquer tipo de saída, assim, a base de cálculo é o total das saídas, conforme alínea “g” do inciso XIII-A do artigo 42 da lei 7.014/96, transcrito abaixo:

“Art. 42

XIII-A - nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados:

*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;”(Grifo nosso).*

De igual modo, não pode prevalecer o argumento defensivo de existência de normas concorrentes, devendo ser aplicada a mais favorável e menos onerosa para o contribuinte, uma vez que no dispositivo acima transcrito trata de uma multa específica, para a irregularidade praticada pelo autuado, uma vez que, apesar de intimado por mais de uma vez, recebendo a listagem diagnóstico, o autuado entregou os arquivos informando o registro 75 – descrição do produto ou serviço – com um código único, ou seja, todos os produtos comercializados se resume a um único produto, o que de fato não traduz a realidade e impossibilita, por exemplo, a aplicação do roteiro de Auditoria de Estoque. Assim, não resta dúvida que a infração encontra-se caracterizada no final da alínea “g” acima transcrita: “...ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;”

No tocante ao argumento em relação a aplicação na lei tributária no tempo, como bem esclarece o autuante em sua informação fiscal, a redação original do dispositivo da multa aplicada foi acrescido ao RICMS/97 pela alteração nº 17 (Decreto nº 7.824, de 17/07/00, DOE de 18/07/00). Sendo que a alteração de fevereiro de 2005 veio beneficiar o contribuinte ao limitar a multa de 1% sobre às saídas, quando antes era sobre as entradas e saídas.

Igualmente, o pedido de nulidade sob a alegação de que a multa aplicada tem o caráter confiscatório não pode ser acolhido, uma vez que o percentual da multa é de apenas 1% (um por cento), o qual encontra-se prevista nos dispositivo acima transcrito. Ademais, a alegação de confisco encontra-se ligada a argüição de inconstitucionalidade, ressaltando que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Logo, afastado todos os argumentos defensivos nos quais a defesa embasou seu pedido de nulidade, destaco que também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite decretação de nulidade pretendida pelo impugnante.

Analizados os argumentos defensivos acima, somente resta analisar o argumento relativo a operações com mercadorias antecipadas e o pedido de redução de multa.

No tocante ao argumento de vem recolhendo todo o ICMS devido por suas operações comerciais por antecipação no regime de substituição tributária, este fato somente poderia ser comprovado se o contribuinte comprovasse a regularidade de seus estoques no período objeto da auditoria, fato que não ocorreu na presente lide, uma vez que, deliberadamente, pois foi intimado mais de uma vez, impossibilitou a aplicação do Roteiro de Auditoria de Estoque. Assim, não se pode asseverar que ocorreu falta de registro de notas de entradas e o conseqüente falta de recolhimento da ICMS devido por antecipação tributária.

Quanto ao pedido de isenção da multa e dos acréscimos moratórios, também não acato por falta de previsão legal, pois o art. 158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras 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, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte. Assim entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado.

Relativamente aos Acórdãos citados pela defesa, observo que os mesmos se referem a situações totalmente diversa da presente lide. Naqueles Acórdãos consta que o autuante não entregou a listagem diagnóstico, Acórdãos JJF nº 0174-01/05, no qual fui o Relator; enquanto que no CJF nº 0192-12/05, a Câmara manteve a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal prolatada no Acórdão 1ª JJF nº 0038-01/05, entendendo que não ficou caracterizada a divergência de dados constantes dos documentos fiscais, ou fora de padrão.

Assim, entendo que a infração 03 restou caracterizada.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o quantum já recolhido.

Inconformado com a Decisão acima transcrita, o contribuinte, através de advogado, ingressou com Recurso Voluntário, onde repete basicamente os mesmos argumentos apresentados na peça defensiva. De início, sustentou a nulidade da Decisão “a quo” por falta de apreciação dos memoriais apresentados com relação à informação fiscal. Argüiu também nulidade absoluta do Auto de Infração, pelo não atendimento do prazo de 30 (trinta dias) previstos na legislação para que o contribuinte procedesse às correções das inconsistências dos arquivos magnéticos, mediante a entrega, pela autoridade fiscal, da listagem diagnóstico, apontando os erros existentes nos arquivos. Em seguida, sustentou não existir motivo para o lançamento tributário em razão da ausência de prova cabal da infração, acarretando a incerteza e a insegurança do procedimento. Ainda no que se refere às questões formais, afirmou que o autuante não procedeu entrega ao autuado do demonstrativo relativo à determinação da base de cálculo, sustentado, também, a necessidade de expurgar das operações de saídas aquelas sem valor comercial, cujas notas fiscais não representavam circulação econômica e jurídica, a exemplo das remessas para conserto, devolução de mercadorias enviadas em demonstração etc.

Seguindo a linha de exposição apresentada na peça recursal, em relação ao mérito, o contribuinte declarou inicialmente que a multa formal não substitui a cobrança do imposto por acaso devido e que o levantamento quantitativo de estoques poderia ter sido realizado a partir dos estoques registrados no livro de inventário e nas notas fiscais de entradas e de saídas escrituradas nos livros fiscais próprios. Argumentou que a ausência do registro tipo 75 do arquivo magnético não impedia o desenvolvimento pela fiscalização da auditoria de estoques, razão pela qual é possível o atendimento do pleito recursal no sentido de cancelamento ou redução da multa. Disse que as suposições de fraude ou sonegação inseridas no voto de 1ª Instância se mostram indevidas, pois a própria fiscalização desenvolveu outros roteiros de fiscalização, materializadas nos levantamentos de caixa, MVA, conta corrente fiscal etc, não se apurando imposto a recolher. Requereu a aplicação, ao caso, do princípio da proporcionalidade, na dosimetria da pena, com amparo no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, citando, também julgados do CONSEF, originários de Juntas e Câmaras de Julgamento, nos quais se procedeu à redução de multas por descumprimento de obrigação acessória, estribadas no dispositivo legal autorizativo. Formulou, alternativamente, pedido específico de redução da penalidade para 10% (dez por cento) do valor exigido. Em seguida, postulou a possibilidade de redução da multa com o reenquadramento da situação no inciso XX ou no inciso XXII, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, que estabelecem, respectivamente, aplicação de multa pelo não atendimento, dentro do prazo de 48 horas, de solicitação de entrega de informações (inc. XX), ou a aplicação da multa de R\$50,00 (inc. XXII), por descumprimento de obrigação acessória sem penalidade específica.

Ao final, formulou os seguintes pedidos: a) nulidade do acórdão recorrido; b) nulidade do Auto de Infração; c) improcedência total ou parcial do lançamento, com redução da multa, com arrimo nos princípios da boa-fé e da proporcionalidade e nas regras legais mencionadas na peça recursal; d) re-enquadramento da infração em dispositivos legais em estabelecem penalidade menos gravosas.

A Procuradoria Estadual, através de seu representante, o Dr. João Sampaio Rego Neto, exarou Parecer às fls. 283/285, inicialmente, enquadrando as teses recursais em 3 indagações, a saber: a) se houve a ação cuja imputação produziu os efeitos econômicos em desfavor do sujeito passivo; b) se estão presentes as causas que possibilitam a redução da penalidade lançada no Auto de Infração; c) quanto à defesa indireta, referente às nulidades suscitadas, se são suficientes para elidir a autuação fiscal. Quanto à primeira questão, afirmou estar convencido da ocorrência do fato que gerou o ilícito tributário. Em relação à segunda indagação manifestou entendimento pela negativa da redução da penalidade, por considerar que em nenhum momento o autuado envidou esforços para demonstrar o acerto das informações fornecidas nos arquivos magnéticos, nem mesmo procedendo à correção extemporânea dos arquivos, visando mitigar os efeitos da sua ação. Quanto à terceira indagação, pertinente à defesa indireta, declarou que as arguições de nulidade não merecem acolhimento, afirmando que a não menção pela JJF, em sua Decisão, do memorial apresentado pela defesa, em réplica à informação fiscal, não é motivo para a anulação do acórdão de 1º grau. Ressaltou que não há previsão no processo administrativo do Estado da Bahia de réplica da informação fiscal. Ademais, no caso em exame, as informações prestadas pela autoridade fiscal não se fizeram acompanhar de novas provas ou documentos que pudessem modificar o curso do processo. Afastou também a nulidade por desrespeito o prazo para a correção dos arquivos magnéticos, visto que o recorrente em nenhuma fase do processo apresentou os aludidos arquivos, para poder dar sustentação à sua alegação. No que se refere à impugnação específica de confiscatoriedade da multa o Sr. procurador declarou que essa discussão, por abarcar o exame da legalidade/inconstitucionalidade da norma, foge à competência da instância administrativa.

Ao concluir o Parecer, o representante da PGE/PROFIS opinou pela manutenção integral da Decisão da Junta de Julgamento Fiscal com o conseqüente Não Provimento do Recurso Voluntário.

Em 19/09/2008 o patrono do contribuinte apresentou memoriais que foram apensados ao processo, submetendo à apreciação do colegiado o Acórdão nº 0172-12/08, que reduziu penalidade em razão da falta de entrega de arquivos magnéticos para 10% do valor originalmente lançado. Reproduziu o teor do acórdão paradigma, postulando o mesmo tratamento, dado a similaridade dos casos. Afirmou, ainda, que a sua conduta não implicou em qualquer prejuízo para o fisco, visto que cumpriu regularmente com a obrigação principal referente às saídas de mercadorias de seu estabelecimento comercial. Aduziu, ainda, que todas as mercadorias comercializadas estão sujeitas ao regime da substituição tributária na forma de antecipação de pagamento, envolvendo veículos automotores e peças. Citou outras decisões da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, a exemplo dos Acórdãos nºs 0195-12/08, 0151-12/08, que envolvem redução de penalidades por descumprimento de obrigação acessória, requerendo a aplicação dos princípios da isonomia, proporcionalidade, razoabilidade e equidade. Reiterou, ademais, as nulidades suscitadas na peça recursal.

VOTO

Cumpra inicialmente apreciar as nulidades suscitadas.

Com referência à sustentação de nulidade por falta de apreciação dos memoriais apresentados em contraponto à informação fiscal, concordo com o pronunciamento da Procuradoria Estadual, visto que no processo administrativo fiscal do Estado da Bahia não há previsão de réplica da informação fiscal. Ademais, as informações prestadas pela autoridade fiscal não se fizeram acompanhar de novas provas ou documentos que pudessem modificar o curso do processo e estabelecer novo contraditório. Afasto a nulidade argüida.

Da mesma forma, não pode ser acolhida à alegação defensiva de que o autuante não demonstrou como apurou a base de cálculo. Todos os valores que compõem a base de cálculo da multa aplicada no item 3 do Auto de Infração foram extraídos do livro Registro de Apuração do ICMS, correspondente aos períodos mensais do exercício de 2003, sendo extraída cópia das folhas e anexadas ao PAF, às páginas 168/194. Insustentável a argüição de nulidade por falta de demonstração da base de cálculo.

No que se refere à intimação para as correções dos arquivos magnéticos, encontra-se anexada ao processo, fls. 11/12, a intimação específica, assinada pelo autuante e pela representante do contribuinte, para que a mesma procedesse, no prazo de 30 (trinta) dias, à correção das inconsistências apuradas nos arquivos magnéticos, mais especificadamente, a falta dos registros 74, erros de validação e falta de discriminação dos produtos com os respectivos códigos. Consoante resta demonstrado à folha 12 dos autos, a notificação foi entregue ao contribuinte no dia 1º de junho de 2006. Assim, o prazo de 30 dias passou a correr no dia 02/06/2006, uma quinta-feira, e esgotou-se no dia 1º de julho de 2006, um sábado. Em virtude do termo do prazo ter ocorrido em um dia não útil, o prazo prorrogou-se até o primeiro dia útil subsequente, qual seja, o dia 03 de julho de 2006. Assim, o item 3 do Auto de Infração apenas poderia ter sido lavrado no dia 04 de julho de 2006. Ocorre que o mesmo foi objeto de lavratura no dia 30 de junho de 2006. Por conseqüente, ante o desrespeito ao prazo legal, o Auto de Infração é Nulo, sendo, como corolário lógico, também nula a sanção aplicada com exigência da multa dela resultante.

Neste sentido foi o voto divergente do Conselheiro Antonio Nelson Daiha Filho, no Acórdão nº 0172-12/08, trazido como paradigma, pelo recorrente, o qual foi prolatado nos seguintes termos, abaixo o parcialmente transcrito:

“Inicialmente, impende observar que na assentada do julgamento, como corretamente consignou o ilustre conselheiro relator no seu relatório, suscitei, de ofício, a nulidade da infração 1, objeto de autuação, sob o entendimento de que, após a intimação de fls. 107 e 108, deveria o autuante ter concedido ao autuado, à luz da legislação vigente, o prazo

regulamentar de trinta dias para que o mesmo pudesse efetuar a correção dos seus arquivos magnéticos.”

Logo, em respeito aos princípios do devido processo legal e da equidade, declaro a nulidade do item 3 do Auto de Infração e, em decorrência, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, homologando os valores recolhidos em relação às infrações 1 e 2. Recomenda-se à autoridade fiscal, competente que proceda à renovação da ação fiscal a salvo das falhas acima apontadas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** do Auto de Infração nº **206908.0010/06-5**, lavrado contra **ETOILE DISTRIBUIDORA DE VEÍCULOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.745,40**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b”, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o *quantum* já recolhido. Recomenda-se à autoridade fiscal competente que proceda à renovação da ação fiscal, a salvo das falhas acima apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de setembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA – REPR. DA PGE/PROFIS