

PROCESSO - A. I. Nº 206825.0007/07-0
RECORRENTE - SHERWIN WILLIAMS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0011-01/08
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 28/10/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0301-12/08

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. OMISSÃO DE DADOS. MULTA. Modificada a Decisão recorrida. Reduzido o débito a 10% do valor da multa originalmente aplicada, com fulcro no § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Infração parcialmente subsistente. Rejeitadas as preliminares de decadência e de nulidade. Vencido o relator quanto à preliminar de nulidade. Decisão não unânime. No mérito, Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 1ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração em lide que foi lavrado em 29/08/2007, no qual foi constituído crédito tributário representando ICMS no valor de R\$14.537,20 e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$55.790,45, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – deixou de recolher ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, nos exercícios de 2002 e 2003, com exigência do imposto no valor de R\$ 14.537,20, acrescido da multa de 70%;

INFRAÇÃO 2 – forneceu informações através de arquivo(s) magnético(s) exigido(s) na legislação tributária, requerido mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% das saídas do estabelecimento em cada período, resultando no valor de R\$ 55.790,45, em relação aos meses de janeiro a dezembro de 2002 e de janeiro a dezembro de 2003.

O relator da 1ª JF declarou que: “...verificou e observou que o contribuinte enviara os arquivos magnéticos relativos aos exercícios de 2002 e 2003, através do Sistema SINTEGRA com informações incompletas, o autuante o intimou, entregando-lhe os relatórios detalhados dessas inconsistências e ausências (fls. 16 a 65), cientificando-o quanto ao prazo de 30 (trinta) dias, para que fossem realizadas as necessárias correções, conforme previsto no citado art. 708-B do RICMS/97. Noto que a intimação não foi atendida, persistindo, assim, as divergências anteriormente detectadas em relação aos dois exercícios.

Entendendo ter ficado caracterizada a falta de atendimento às intimações, na forma prescrita, o que caracteriza o acerto da multa aplicada, sendo que o percentual de 5% sobre os valores das saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviço tomadas e realizadas, foi limitado a 1% dos referidos valores, tendo em vista a divergência nos dados apresentados, conforme previsão contida no art. 42, inciso XIII-A, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96. Assim, a infração fica mantida na íntegra.

Votando pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, cabendo a homologação dos valores recolhidos.”

O recorrente através do seu representante legalmente constituído, ingressou com Recurso Voluntário (doc. de fls. 220 a 233), informando que realizara o pagamento relativo à infração 1 por meio de DAE, sendo que o referido Recurso abrange somente a Infração 2 fornecendo informações através de arquivo(s) magnético(s) exigido(s) na legislação tributária requerido mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% das saídas do estabelecimento em cada período, resultando no valor de R\$55.790,45, em relação aos meses de janeiro a dezembro de 2002 e de janeiro a dezembro de 2003.

Inicialmente, o recorrente suscita preliminar de decadência do crédito tributário em relação aos fatos geradores ocorridos antes de 31.08.2002, considerando que a ciência do Auto de Infração se deu em 31.08.2007. Invoca, como fundamento de sua tese, o art. 150, § 4º, do CTN, segundo o qual, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o Fisco tem prazo de 05 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, para se manifestar sobre o pagamento realizado pelo contribuinte, sob pena de extinção do crédito tributário.

Em seguida, o recorrente questiona preliminar de nulidade, por erro na capitulação da multa aplicada, com fundamento no art. 18, IV, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Esclarecendo que o termo de encerramento de fiscalização subsume a infração na multa do art. 915, XIII-A, “g”, do RICMS/97, ao passo em que o Auto de Infração o faz na multa do art. 42, XIII-A, “f”, da Lei nº 7.014/96. Conclui que a multa que lhe foi aplicada *“está expressa no art. 915 do RICMS/BA e não no art. 42 da Lei do ICMS”*, havendo, portanto, grave vício de origem a macular o lançamento, gerando sua nulidade.

Ainda como preliminar de nulidade, sustenta que foi condenado ao pagamento de duas multas em decorrência de uma mesma infração. Entende que, na infração 1, teria sido aplicada multa de 70% do valor do ICMS devido nas operações omitidas, pela entrega de arquivo magnético com omissão de escrituração de documentos fiscais; e, na infração 2, multa de 1% do valor das saídas omitidas, pela não entrega de arquivos magnéticos exigidos por intimações fiscais. E conclui que, nesse contexto, haveria de se aplicar o disposto no art. 42, § 5º, da Lei nº 7.014/96, segundo o qual a multa por descumprimento de obrigação principal absorve a multa por descumprimento de obrigação acessória.

No mérito, argumenta que a multa aplicada violaria o princípio constitucional da proporcionalidade, haja vista a inexistência de *“proporção entre a medida adotada pela Fiscalização e o fim almejado pela mesma”*.

A PGE/PROFIS através do seu Parecer (doc de fls. 257 a 263), após análise dos documentos acostados ao PAF, declara que:

“Não procede a preliminar de decadência suscitada pelo autuado, na medida em que, relativamente à infração 02, o lançamento de ofício não versa sobre descumprimento de obrigação tributária principal – e, portanto, é logicamente impossível falar-se em homologação, pelo Fisco, do pagamento antecipado de tributo efetuado pelo contribuinte.

Em caso de descumprimento de obrigação tributária acessória, ainda quando, relacionada a tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo decadencial aplicável seria aquele previsto no art. 173, I, do CTN, que prevê como termo inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, relativamente às obrigações acessórias descumpridas no exercício de 2002, o prazo decadencial teve início em 01.01.2003 e alcançou seu termo final em 31.12.2007, pelo que não se pode falar em decadência na hipótese dos autos, considerando que o lançamento de ofício ocorreu em 29.08.2007. É de ser afastada, portanto, a preliminar de decadência levantada pelo autuado.

Contrariamente, merece ser acatada a preliminar de nulidade, por dúvida quanto à capitulação legal da infração cometida. Senão vejamos.

O Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, é claro em prescrever a nulidade do lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a natureza da infração cometida. É o que exsurge expressamente do seu art. 18, IV, “a”.

No Auto de Infração, em campo destinado à descrição dos fatos, o autuante explicita que a infração cometida pelo autuado consistiria em falta de fornecimento de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, ao que seria aplicável a multa prevista no art. 915, inciso XIII-A, alínea “g”, do RICMS/BA, que corresponde ao art. 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei nº 7.104/96. Confirmam-se as palavras do próprio autuante:

“Ainda, em virtude do não fornecimento de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimações, com informações das operações, foi cobrado multa de 1% (um por cento) sobre o valor das saídas de mercadorias nos pertinentes períodos, conforme determinado na alínea “g”, inciso XIII-A do artigo 915 do RICMS/BA, haja vista o não atendimento do que preceituam os artigos 686 e 708-B do mesmo diploma legal (...).”

Sucedendo que, mais adiante, no campo destinado à descrição da infração e sua capitulação legal, o autuante atesta que o autuado teria fornecido informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações. E, por esta infração, aplica a multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

Averbe-se, de logo, que as alíneas “f” e “g” do mencionado dispositivo legal tratam de infrações absolutamente distintas.

A alínea “f” contempla uma conduta comissiva do contribuinte, que, ao ser instado a apresentar arquivos magnéticos pela Fiscalização, efetivamente o faz, ou seja, apresenta os arquivos reclamados, porém viciados pela falta de lançamento de operações, ou pelo lançamento de dados diversos daqueles existentes nos documentos fiscais correspondentes.

Já a alínea “g” pune uma conduta omissiva do contribuinte que, mesmo sendo intimado pela Fiscalização a apresentar os arquivos magnéticos, não o faz.

Como é intuitiva, a conduta do autuado não pode ter sido comissiva e omissiva ao mesmo tempo – vale dizer, ou ela cumpriu a intimação, mas apresentou arquivos viciados, ou sequer cumpriu a intimação. As opções são inconciliáveis e excludentes entre si.

Não obstante, vê-se que o autuante infringiu este raciocínio lógico, pois, no corpo do mesmo Auto de Infração, descreveu a conduta do autuado tanto como falta de entrega dos arquivos magnéticos exigidos mediante intimação (campo de descrição dos fatos), assim como entrega dos arquivos magnéticos exigidos mediante intimação com omissão de operações (campo de descrição da infração e enquadramento legal).

Por seu turno, os documentos acostados ao Auto de Infração não permitem espantar essa dúvida; antes, confirmam-na. Deveras, na primeira intimação para apresentação de informações em meio magnético (fls. 16), o autuante informa que os arquivos magnéticos outrora apresentados continham irregularidades, conforme demonstrativos anexados à intimação. Tais demonstrativos constam das fls. 17/18, e evidenciam a existência de divergências entre os dados constantes dos arquivos magnéticos e aqueles informados nas DMA's.

*Já na segunda intimação (fls. 21), o autuante informa que os arquivos magnéticos **reapresentados** pelo autuado ainda continham as irregularidades elencadas no demonstrativo de fls. 22/65, consistentes no lançamento de notas fiscais com valor total “zero” no registro 50 e de notas fiscais sem itens no registro 54.*

Vale dizer, do texto das intimações e dos demonstrativos que lhes foram anexados, deflui que os arquivos magnéticos foram efetivamente reapresentados pelo contribuinte, porém com omissão de dados.

Já às fls. 121/131, encontra-se cópia do livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência – RUDFTO, no qual foi transcrito o termo de encerramento de fiscalização. E, ali, o autuante fornece a seguinte versão dos fatos: os arquivos magnéticos teriam sido entregues, porém com ausência de registros determinados pela legislação tributária. Confirmam-se novamente os termos com que se expressou o autuante:

“Mesmo diante das diversas solicitações para entrega dos arquivos magnéticos, os mesmos foram fornecidos com ausência de registros, justificando a exigência de multa de 1% (um por cento) sobre o valor das saídas de mercadorias nos pertinentes períodos, conforme determinado na alínea “g”, inciso XIII-A do artigo 915 do RICMS/BA, haja vista o não atendimento ao que preceituam os artigos 686 e 708-B do mesmo diploma legal.”

Como se vê, apesar de expressamente reconhecer que os arquivos magnéticos foram entregues pelo autuado, o autuante comina à infração a multa da alínea “g”, aplicável apenas na hipótese de falta de entrega dos mesmos arquivos, como já acima averbado.

Diante de todo esse contexto, impossível deixar de reconhecer a nulidade do lançamento tributário, no que toca à infração 02, pela impossibilidade de se determinar, com segurança, a infração imputada à autuada.

Com o devido respeito, achamos insustentável, a posição da Junta de Julgamento Fiscal, ao decretar válido o lançamento, sob alegação de que “no campo próprio do Auto de Infração a imputação está devidamente descrita”. Por óbvio, todas as partes integrantes do Auto de Infração devem estar em harmonia, formando um conjunto lógico e coerente, do qual deflui claramente a natureza da infração imputada à autuada, possibilitando-lhe exercer plenamente seu direito de defesa.

Outrossim, em nosso sentir, a Junta interpretou mal os fatos, ao afirmar que houve “somente um equívoco da fiscalização, ao mencionar no espaço citado pelo autuado que a multa cobrada era aquela prevista na alínea “g” do inciso XIII-A do art. 915 do RICMS/97”. Como acima explicitado, não houve apenas erro na indicação do dispositivo de multa aplicável, mas dúvida quanto à própria infração cometida, já que o autuante descreveu a conduta do autuado de duas maneiras completamente distintas e inconciliáveis, isto no corpo do mesmo Auto de Infração.

A Junta afirma, ainda, que o art. 915, XIII-A, “g”, do RICMS, refere-se ao mesmo percentual aplicado na autuação (1%), daí concluindo que o lapso do autuante em mencionar esse dispositivo no Auto de Infração “não implicou em nenhum prejuízo para o autuado nem representou em dificuldade para que ele pudesse exercer o seu direito de defesa”.

Equivoca-se a Junta em uma e em outra conclusão. Senão vejamos.

Para a hipótese de entrega dos arquivos magnéticos com omissão de operações, ou divergência em relação aos dados constantes dos documentos fiscais correspondentes, a alínea “f”, do inciso XIII-A, da Lei nº 7.014/96 prescreve multa de 5% (cinco por cento), incidente sobre o valor das operações omitidas ou informadas com divergência, não podendo exceder a 1% (um por cento) do valor das operações de saída praticadas no período.

Assim, para correta apuração da multa devida por essa infração, deve o fiscal elaborar demonstrativo contábil que aponte o valor resultante da aplicação do percentual de 5% sobre o valor das operações omitidas ou informadas com divergência. E, apenas nos períodos em que esse valor superar o limite previsto na norma punitiva, é que a penalidade corresponderá a 1% do valor das operações de saída.

Não foi este, todavia, o procedimento do fiscal autuante. Do cotejo do demonstrativo de débito com as cópias do livro Registro de Apuração dos exercícios de 2002 e 2003 (fls. 91/116), vê-se que o autuante fez incidir, diretamente, o percentual de 1% (um por cento) sobre os valores totais das saídas com débito do imposto, assim encontrando o valor da multa supostamente devida pela infração 02.

Como se vê, é incorreta a conclusão de que o autuado não sofreu qualquer prejuízo, em razão de suposta identidade dos percentuais de multa previstos nas alíneas “f” e “g”, visto que, originariamente, tais percentuais não apenas são diversos (5% e 1%, respectivamente), como incidem sobre bases de cálculo também diversas (valor total das operações de entrada e de saídas omitidas ou informadas com divergências x valor total das saídas de mercadorias, respectivamente). Tais elementos de apuração apenas passam a coincidir quando superado o limite previsto na norma punitiva – fato que deve restar cabalmente demonstrado pelo fiscal autuante, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

Ademais, no caso concreto, o prejuízo ao direito de defesa do autuado é objetivo, dispensando qualquer esforço de demonstração. Deveras, é intuitivo que o autuado jamais poderia opor ao lançamento tributário sua mais eficiente impugnação, se o Auto de Infração e seus anexos sequer permitem concluir, de maneira segura, a natureza da infração tida por praticada.

Ainda assim, não é sobejo notar que, nas palavras do autuado, “a fiscalização exige multa de 1%, sobre o valor das saídas no período, pela não entrega dos arquivos magnéticos exigidos por meio de intimações” (item 8 da defesa e 9 do Recurso voluntário). Esta transcrição basta a comprovar que, efetivamente, o autuado não entendeu – nem poderia – a infração que lhe estava sendo imputada.

Comprovado, portanto, o desacerto da Junta, ao entender que o Auto de Infração foi claro em subsumir a conduta do autuado na Lei nº 7.014/96, XIII-A, alínea “f”, daí extraíndo a conclusão de que não houve prejuízo ao direito de defesa do autuado. E refutado, também, seu argumento de que o autuado “apresentou impugnação, demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal”.

De todo o exposto, somos pelo conhecimento e provimento do Recurso voluntário, para que se declare a nulidade da infração 02, recomendando-se à Inspeção de origem a renovação do procedimento, desta feita imune ao vício apontado neste opinativo.”

Nos termos da nomeação contida no Decreto do Senhor Governador do Estado, publicado no DOE em 01 de fevereiro de 2007, bem como em face do art. 46 inciso, II da Lei nº 8.207/2002, o Ilustre procurador assistente José Augusto Martins Júnior, discordou, com a devida vênia, do Parecer exarado pela ilustre Procuradora do Estado Dr^a. Rosana Maciel Bittencourt Passos, colacionados às fls. 257/263 dos autos, que conclui pelo acolhimento da preliminar brandida pelo Autuado, referente à infração 02 dos autos, uma vez que, conforme exposto no opinativo, o autuante não descrevera precisamente a conduta infracional do Autuado, confundindo, segundo a Parecerista, as condutas de não entrega de arquivos magnéticos com a conduta de entrega em padrão diferente do requerido na legislação tributária.

Em que pese à linearidade do raciocínio entabulado pela Parecerista, a legislação tributária do Estado da Bahia, por construção normativa, estabelece similaridade entre as condutas de não entregas de arquivos magnéticos e as entregas fora dos padrões normais, conforme impõe o art. 708-B, § 6º do RICMS.

“Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

§ 6º A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste

artigo, fora das especificações e requisitos previstos no convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 915 deste Regulamento.”

Neste ponto, o simples erro na capitulação não ensejaria a declaração de nulidade da infração 02, uma vez que a transcrição da penalidade está absolutamente em consonância com o dispositivo no art. 915, inciso XIII-A, alínea “g” do RICMS.

Art. 915. *Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

XIII-A - *nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou 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;”

Diante do exposto, nos termos do art 119, § 1º, do COTEB, opinou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário do autuado, devendo a presente manifestação ser encaminhada ao colendo Conselho de Fazenda Estadual para ser submetida ao crivo desta CORTE JULGADORA.

VOTO VENCIDO (Quanto à Preliminar de Nulidade)

Discordo, com a devida vênia, do Parecer do Ilustre procurador assistente José Augusto Martins Junior, em face do disposto no art. 18, inciso IV, alínea “a”.

“Art. 18. *São nulos:*

IV - o lançamento de ofício

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;”

Acato o Parecer da PGE/PROFIS, que rejeita a preliminar argüida, de decadência suscitada pelo autuado, na medida em que, relativamente à infração 02, o lançamento de ofício não versa sobre descumprimento de obrigação tributária principal, portanto, o descumprimento de obrigação tributária acessória, ainda quando relacionada a tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo decadencial aplicável seria aquele previsto no art. 173, I, do CTN, que prevê como termo inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Desta forma, em relação às obrigações acessórias descumpridas no exercício de 2002, o prazo decadencial teve início em 01.01.2003 e alcançou seu termo final em 31.12.2007, pelo que não se pode falar em decadência na hipótese dos autos, considerando que o lançamento de ofício ocorreu em 29.08.2007. É de ser afastada, portanto, a preliminar de decadência levantada pelo autuado.

Já a preliminar de nulidade merece ser acatada, por dúvida quanto à capitulação legal da infração cometida, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, é claro em prescrever a nulidade do lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a natureza da infração cometida. É o que exsurge expressamente do seu art. 18, inciso IV, alínea “a”.

Consta do Auto de Infração, no campo destinado à descrição dos fatos, no qual o autuante explicita que a infração cometida pelo autuado consistiria em falta de fornecimento de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, ao que seria aplicável a multa prevista no art. 915,

inciso XIII-A, alínea “g”, do RICMS/BA, que corresponde ao art. 42 inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei nº 7.104/96. Ou seja:

“Mesmo diante das diversas solicitações para entrega dos arquivos magnéticos, os mesmos foram fornecidos com ausência de registros, justificando a exigência de multa de 1% (um por cento) sobre o valor das saídas de mercadorias nos pertinentes períodos, conforme determinado na alínea “g”, inciso XIII-A do artigo 915 do RICMS/BA, haja vista o não atendimento ao que preceituam os artigos 686 e 708-B do mesmo diploma legal.”

Mais adiante, no campo destinado à descrição da infração e sua capitulação legal, o autuante atestou que o autuado teria fornecido informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações. E, por esta infração, aplicou a multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

A alínea “f” contempla uma conduta **comissiva** do contribuinte, que, ao ser instado a apresentar arquivos magnéticos pela Fiscalização, efetivamente o faz, ou seja, apresenta os arquivos reclamados, porém viciados pela falta de lançamento de operações, ou pelo lançamento de dados diversos daqueles existentes nos documentos fiscais correspondentes.

Já a alínea “g” pune uma conduta **omissiva** do contribuinte que, mesmo sendo intimado pela Fiscalização a apresentar os arquivos magnéticos, não o faz.

As opções são inconciliáveis e excludentes entre si, ou o recorrente cumpriu a intimação, mas apresentou arquivos viciados, ou sequer cumpriu a intimação.

“O desacerto da Junta, ficou comprovado, ao entender que o Auto de Infração foi claro em subsumir a conduta do autuado na Lei nº 7.014/96, XIII-A, alínea “f”, daí extraindo a conclusão de que não houve prejuízo ao direito de defesa do autuado. E refutado, também, seu argumento de que o autuado “apresentou impugnação, demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal”

Logo o autuante infringiu este raciocínio lógico, pois, no corpo do mesmo Auto de Infração, descreveu a conduta do autuado tanto como falta de entrega dos arquivos magnéticos exigidos mediante intimação (campo de descrição dos fatos), assim como entrega dos arquivos magnéticos exigidos mediante intimação com omissão de operações (campo de descrição da infração e enquadramento legal).

Voto, portanto, pelo acolhimento da preliminar de nulidade do Auto de Infração, para PROVER o Recurso Voluntário e julgar NULA a infração 2.

Vencido quanto à preliminar de nulidade, passo a apreciar o mérito da infração em tela.

Inicialmente, ressalto que as intimações acostadas ao processo comprovam o cometimento da infração imputada ao recorrente, conforme acertadamente entendeu a primeira instância.

A multa indicada na infração 2 tem natureza diversa da que foi aplicada na infração 1. Não pode haver absorção de uma multa pela outra, conforme pleiteia o recorrente, pois uma não é consequência direta da outra. Dessa forma, não houve o alegado *bis in idem*.

Observo, no entanto, que apesar da falta de entrega de arquivos magnéticos solicitados, o autuante conseguiu realizar um levantamento quantitativo de estoque relativamente ao período abrangido pela infração 2. Assim, o prejuízo causado pela ausência dos arquivos magnéticos não foi de tal monta que impossibilitasse a fiscalização do recorrente. Além disso, constato que grande parte das mercadorias comercializadas pelo recorrente estava com a fase de tributação encerrada pelo regime de substituição tributária. Desse modo, considero que a multa aplicada na infração 2 merece ser reduzida, para que se ajuste ao caso concreto, conforme previsto no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Tendo em vista que a ausência dos arquivos magnéticos não ensejou a falta de recolhimento de imposto, que não houve dolo, fraude ou simulação, considero que a multa indicada no Auto de

Infração deve ser reduzida para o equivalente a 10% do valor original, conforme tem decidido este CONSEF em casos semelhantes. Desse modo, com fulcro no disposto no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, a multa fica reduzida de R\$55.790,45 para R\$5.579,04. Efetuados os ajustes, remanesce o débito no valor total de R\$20.116,24, sendo R\$14.537,20 de ICMS (infração 1) e R\$5.579,04 referente à multa por descumprimento de obrigação acessória (infração 2).

Pelo acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Preliminar de nulidade)

Acompanho o voto do ilustre relator quanto à questão da decadência, porém, respeitosamente, divirjo do seu posicionamento quanto à preliminar de nulidade da infração 2.

Comungando com o opinativo exarado pelo doutor José Augusto Martins Junior, procurador assistente da PGE/PROFIS, considero que o erro na capitulação legal da infração 2 não é razão para a nulidade da infração, pois a descrição dos fatos foi satisfatória e deixou evidente o correto enquadramento legal. Corroborando esse fato, observo que o citado erro na tipificação legal não acarretou prejuízo ao recorrente, pois a acusação foi compreendida e a defesa foi apresentada abordando os diversos aspectos da infração. Ademais, nos termos do disposto no § 6º do art. 708-B, do RICMS-BA, a entrega de arquivo magnético fora das especificações e requisitos configura não fornecimento dos referidos arquivos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade quanto ao mérito da segunda infração, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206825.0007/07-7**, lavrado contra **SHERWIN WILLIAMS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.537,20**, acrescido da multa de 70%, prevista no inciso III, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$5.579,04**, prevista no art. 42, inciso XV-A, “f”, do artigo e lei citados, com os acréscimos moratórios na forma prevista na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Preliminar de Nulidade) - Conselheiros: Álvaro Barreto Vieira, Márcio Medeiros Bastos, Mônica Maria Roters, Paulo Sérgio Sena Dantas e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO (Quanto à Preliminar de Nulidade) - Conselheiro: Eduardo César Gonçalves Braga.

Sala das Sessões do CONSEF 06 de outubro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO CESAR GONÇALVES BRAGA – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Quanto à Preliminar de Nulidade)

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR (Quanto à Preliminar
de Nulidade)

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS