

PROCESSO - A. I. Nº 297515.0002/07-6
RECORRENTES - TRANSPOL DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDOS - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e TRANSPOL DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF nº 0128-02/08
ORIGEM - SAT/COPEC/GEFIS
INTERNET - 28/10/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0309-12/08

EMENTA: ICMS. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **a)** FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. Infração caracterizada. **b)** DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS Comprovado que não foram informadas as operações de saídas referentes às notas fiscais arrecadadas nos postos fiscais. Entretanto, a multa aplicada é pela natureza da infração e não por exercício. Penalidade aplicada de acordo com o artigo 42, inciso XVII, “c”, da Lei nº 7.014/96. Modificada a Decisão recorrida. **c)** ARQUIVOS MAGNÉTICOS. **c.1)** EXIBIÇÃO EM PADRÃO DIFERENTE DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. EXIBIÇÃO EM PADRÃO DIFERENTE DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. MULTA. De acordo com o RICMS/97 sendo constatadas inconsistências no arquivo magnético do SINTEGRA, deve ser concedido o prazo de trinta dias para as devidas correções. **c.2)** FALTA DE APRESENTAÇÃO. A legislação do ICMS estabelece aplicação da multa de 1% sobre o valor das operações realizadas pelo contribuinte, em razão da falta de apresentação dos arquivos magnéticos quando regularmente intimado no prazo de 05 (cinco) dias. O sujeito passivo não foi intimado de forma específica, para apresentação do arquivo magnético, e para proceder à correção dos dados inconsistentes verificados nos arquivos magnéticos apresentado. Não tendo sido fixado o prazo, em cada caso, nas intimações expedidas, para apresentação e/ou correção do arquivo magnético apresentado, ocorreu preterição ao direito de defesa, impondo a nulidade a autuação por inobservância do devido processo legal. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida através do Acórdão nº 0128-02/08, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, inconformado com a referida Decisão, com base no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 20/09/2007, exigiu multa, por descumprimento de obrigações acessórias, no valor total de R\$168.465,37, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Deixou de apresentar livros, quando regularmente intimado, relativamente a: Registro de Entradas; Registro de Saídas; RAICMS, referentes ao período de 01/01/2002 a 31/12/2005; e o Registro de Inventário; Registro de Movimentação de Produtos e notas fiscais de entradas e de saídas, referentes ao período de 01/01/2002 a 31/12/2006, sujeitando à multa no valor de R\$90,00, conforme intimações datadas de 23/04/2007, 27/06/2007 e 14/08/2007 (fls. 11, 13 e 14.
2. Deixou de fornecer arquivos em meio magnético, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, sujeitando-se à multa equivalente a 1% sobre o montante das operações de saídas, conforme documentos anexos. Em complemento, consta: “Não forneceu arquivo magnético previsto no Convênio 57/95 referente a totalidade das operações do período de 01/09/2003 a 31/12/2005 e não forneceu os referidos arquivos no período de 01/01/2006 a 31/12/2006 com os registros 54 e 75. Tendo sido intimado por três vezes nos dias 23/04/2007, 27/06/2007 e 14/08/2007. Os valores foram apurados com base na DMA – Declaração e Apuração do ICMS no período de setembro/2003 a maio/2005 e de janeiro a dezembro/2006, conforme demonstrativo e DMA’s contidas no anexo I; no período de junho/2005 a novembro/2005 foi adotado como base de cálculo as notas fiscais de saída arrecadadas nos postos fiscais e disponibilizadas pelo sistema CFAMT - Controle Fiscal Automatizado Mercadorias em Trânsito da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, conforme relação e notas fiscais no anexo II. No relatório SCAM – Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia emitido em 20/09/2007 não consta a entrega dos arquivos solicitados, conforme anexo III.”
3. Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA – Declaração de Apuração Mensal do ICMS, em razão de ter omitido as operações de saídas referentes às notas fiscais emitidas, arrecadadas nos postos fiscais e disponibilizadas pelo CFAMT – Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito, nos meses de junho a novembro de 2006, conforme demonstrativo à fl. 58, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$840,00.

Após analisar todos os argumentos e provas apresentadas pela empresa quando de sua impugnação ao lançamento fiscal, ser ouvido o fiscal autuante, bem como, ter solicitado a entrega da documentação que se encontrava em mãos do fisco com reabertura do prazo de defesa, analisada a nova manifestação do contribuinte autuado e preposto fiscal, a 2ª JfF decidiu pela procedência parcial da autuação. Entendeu totalmente procedentes as infrações 1 e 3, inclusive foi observado que a infração 03 não foi impugnada pelo contribuinte. Em relação à infração 2, decidiu pela sua nulidade por ter sido, *“o ato fiscal, praticado com preterição do direito de defesa do contribuinte, em razão da inobservância do devido processo legal, nos termos do art. 18, II, do RPAF/99.”* Representou à autoridade competente para que fosse analisada a possibilidade de renovação da ação fiscal a salvo de falhas, em conformidade com os termos do art. 21, do RPAF/99. Recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000

Entretanto, não houve unanimidade nesta Decisão já que o nobre Relator de 1ª Instância, José Bezerra Lima Irmão discordou da Decisão quanto ao item 3 do Auto de Infração.

Preliminarmente justificou a razão de suscitar uma questão de ofício, já que o contribuinte não havia impugnado a multa do referido item, afirmando: *“Os aspectos relativos à estrita legalidade não precisam ser impugnados pelo autuado. O julgador tem o dever de conhecer e aplicar a lei. O que cabe ao autuado impugnar, caso considere que deva fazê-lo, são os fatos, sob pena de se ter como verdadeiro aquilo de que é acusado. Já no tocante ao direito aplicável, a vontade do autuado não tem a menor influência, sendo irrelevante se ele concorda ou*

discorda, de modo que, verificado o fato, o preceito legal incide, independentemente de haver ou não impugnação.”

Adentrando na análise da infração imputada ao autuado e do que dispõe a lei para sua apenação, afirmou que *a multa para quem omite dados ou os declarara incorretamente na DMA é de R\$140,00 – mas a lei não diz que tal multa seja “por cada” DMA preenchida incorretamente.* Considerou, assim, que o fiscal havia incorrido em equívoco de interpretação da norma, pois era evidente que na infração 03 havia uma flagrante cumulação de apenações, pois o fato de que cuidam as 6 multas é um só: *declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais através da DMA, relativamente a Notas Fiscais retidas pela fiscalização do trânsito através do sistema CFAMT. O contribuinte somente cometeu uma infração, e não 6, como equivocadamente supôs o preposto fiscal. Trata-se do que poderia ser chamado de “infração continuada”. O fato de a infração se verificar em mais de um mês não significa que o contribuinte cometeu diversos ilícitos.* Observou, em seguida, que nos seis casos a infração foi tipificada no mesmo dispositivo legal – art. 42, XVIII, “c”, da Lei nº 7.014/96, ou seja, uma só infração. Sendo assim, deveria ser mantida apenas uma das multas, a última.

Trazendo como paradigma para sustentar seu posicionamento o Acórdão CJF 0116/99 da 1ª Câmara deste Colegiado, no julgamento do AI 0315049-9/96, tendo como relator o conselheiro Luiz Cláudio Guimarães, votou pela manutenção de apenas uma multa no valor de R\$140,00, relativa ao último mês em que o fato ocorreu.

Ao tomar conhecimento da Decisão da 2ª JJF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 207/211) exclusivamente em relação à infração 3, a considerando abusiva. Citando a infração, objeto da impugnação, bem como a sua origem, ressaltou que o fato gerador do descumprimento da obrigação acessória é a *“omissão de dados ou a declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais exigidas através de formulário próprio”* (art. 42, inciso XVIII, “c” da Lei nº 7.014/96). Portanto, o legislador aplica como punição somente uma multa havendo a declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais exigidas, e não por cada informação econômico fiscal divergente.

Ressaltou o recorrente de que se os autuantes tivessem feito uma análise sistemática do art. 42 da Lei 7.014/96, perceberiam a vontade do legislador, pois ao prever a imposição de penalidade por cada documento, por cada livro, por evento, por mês, ou por exercício, expressamente o fazem. Citou como exemplos os incisos XIV, XXIV e XXV do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Em seguida, disse que a norma penal tributária não comporta interpretação extensiva e analógica, sendo evidente o equívoco dos fiscais ao estipular seis multas pelo mesmo fato, sendo devido, assim, a aplicação de uma só penalidade, pois, caso contrário, seria a imputação não apenas de um fato ilícito e sim de seis. Trazendo jurisprudência deste CONSEF (Acórdão nº 0255-02/03 e Resolução nº 1017/99) para embasar seu entendimento, requereu que fosse conhecido o Recurso apresentado e aplicada tão somente uma multa no valor de R\$140,00, relativa ao último mês em que o fato ocorreu.

A PGE/PROFIS emitiu Parecer (fls. 216/217), preliminarmente indicando as infrações incorridas pelo recorrente e como decidiu a lide a 1ª Instância do CONSEF. Em seguida, adentrando no Recurso Voluntário interposto, observou que ele trazia argumento que não foi suscitado na defesa inicial, ou seja, o contribuinte, anteriormente, não havia impugnado a infração 3. Ele se referia, exclusivamente, à questão da aplicação da multa, objeto do voto discordante do Julgador José Bezerra.

Antes de analisar a matéria objeto do Recurso Voluntário, ressaltou, a nobre procuradora, de que deveria analisar uma questão prejudicial, ou seja, a preclusão do pedido, já que o argumento não havia sido abordado na defesa. Inclusive não havendo qualquer manifestação sobre a infração ora contestada, levou o julgador de 1ª Instância a entender que a infração ocorrera.

Transcrevendo o art 133 do COTEB e art. 123, §1º, do RPAF/99, bem como, o art. 17, da legislação do Processo Administrativo Fiscal Federal, entendeu que ocorreu a preclusão do direito do recorrente em suscitar a matéria do seu Recurso. Entretanto, como bem explanou o julgador no seu voto discordante, a matéria trata de aspecto de estrita legalidade que não necessita de arguição de parte. Desta forma, é dever de ofício do julgador apreciar e decidir questões de ordem pública.

Fazendo seus os argumentos expostos pelo voto discordante do Acórdão em discussão, entendeu que deve ser reduzida a multa aplicada na infração 3 do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente observo que o órgão competente deve desentranhar a folha 220 dos autos já que a informação nela constante não diz respeito à lide ora em discussão.

Passo a apreciar o Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, no sentido de o desonerar, parcialmente, do pagamento da multa relativa ao descumprimento de obrigação acessória apontada na infração 3 do presente Auto de Infração.

Antes de adentrar na matéria, objeto da contestação do recorrente, é necessário, conforme bem colocado pela nobre procuradora que se observe a questão da preclusão do pedido formulado. O contribuinte quando de sua defesa inicial em qualquer momento contestou a infração 3. O art. 133 e o § 1º do art. 123, do RPAF/99 são expressos ao determinarem que toda a matéria objeto da lide deve ser alegada por escrito e de uma só vez. Este procedimento não foi seguido pela empresa. Somente após tomar conhecimento do voto discordante do julgador de 1ª Instância, trouxe como seus os argumentos expostos no referido voto.

Entendo que este seria caso de não se dar conhecimento do Recurso Voluntário apresentado. Mas, conforme bem colocou o nobre julgador de 1ª Instância, bem como, a douta PGE/PROFIS, a matéria argüida versa sobre aspectos de estrita legalidade. Neste caso, pode o julgador o conhecer e aplicar corretamente a lei.

A acusação diz respeito da constatação incorreta de dados nas informações econômico-fiscais através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Os autuantes de posse de notas fiscais de aquisições de mercadorias realizadas pela empresa, colhidas pela fiscalização do trânsito de mercadorias e existentes no sistema CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito) constataram que elas não foram declaradas pelo recorrente quando do envio das DMAs. Separaram, por datas, os citados documentos relativos a cada período mensal. Constataram que se referiam a seis períodos mensais (junho a novembro de 2006). Aplicaram a multa de R\$140,00 por cada período mensal, totalizando uma pena de R\$840,00.

O fato de haver divergências de dados nas DMAs não foi contestado, em qualquer momento, pela empresa, o que me leva a concluir que a irregularidade está confirmada.

Entretanto, para que se possa decidir corretamente a infração apurada, deve-se voltar à lei em vigor e que impõe apenação quando constada à irregularidade.

Prevê o art. 42, XVIII, “c”, da Lei nº 7.014/96:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

.....

XVIII – R\$ 140,00 (cento e quarenta reais):

.....

c) em razão da omissão de dados ou da declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais exigidas através de formulários próprios;

Pela análise das disposições acima exposta, a lei não determina que a multa seja “por cada” DMA preenchida incorretamente, mas sim, pela declaração incorreta de dados nas informações

econômico-fiscais através da DMA, já que a infração é uma só. Quando assim o quer, a determinação na lei é expressa.

Como muito bem expôs o voto discordante do nobre julgador da 1ª Instância e com o qual comungo em sua inteireza: *O fato de que cuidam as 6 multas é um só: declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais através da DMA, relativamente a Notas Fiscais retidas pela fiscalização do trânsito através do sistema CFAMT. O contribuinte somente cometeu uma infração, e não 6, como equivocadamente supôs o preposto fiscal. Trata-se do que poderia ser chamado de “infração continuada”. O fato de a infração se verificar em mais de um mês não significa que o contribuinte cometeu diversos ilícitos. O cometimento, objetivamente, é este: declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais através da DMA. Observe-se que nos 6 casos a infração foi tipificada no mesmo dispositivo legal – art. 42, XVIII, “c”, da Lei nº 7.014/96.*

.....

Não tenho dúvida de que as 6 imputações apontadas no item 3º constituem na verdade uma só, haja vista os termos empregados pelo legislador.

Quem se der o trabalho de analisar o art. 42 da Lei nº 7.014/96 notará que, sempre que o legislador pretende que a multa seja aplicada por documento, por livro, por evento, por mês ou por exercício, a lei diz isso. Só a título de exemplo, note-se a redação dos incisos XIV, XVIII (alíneas “a” e “b”), XXIV e XXV: o legislador, nesses casos, deixa claro que a multa será aplicada relativamente a cada evento, mediante expressões como “por cada” ou “havendo tantas infrações quantos forem os...”. Quando o legislador não diz que a multa é por documento, por mês, por exercício, etc., é porque o fato deve ser considerado como um “cometimento continuado”, não comportando “interpretação extensiva ou analógica”.

Em vista de tudo exposto, voto no sentido de PROVER o Recurso Voluntário para julgar procedente em parte a infração 03, no valor de R\$140,00 com data de ocorrência do último mês.

Aprecio o Recurso de Ofício apresentado pela 2.ª Junta de Julgamento Fiscal na parte em que houve sucumbência do Estado.

A 1ª Instância considerou totalmente nula a infração 02 tendo em vista que *a autuação não obedeceu o devido processo legal, pois, ao ser constatada a falta de fornecimento do arquivo magnético previsto no Convênio 57/95 referente a totalidade das operações do período de 01/09/2003 a 31/12/2005, e verificado que dos arquivos magnéticos transmitidos pelo autuado, referentes ao período de 01/01/2006 a 31/12/2006, estavam faltando nos arquivos informações relativas aos Registros 54 e 75, do período de abril de 2003 a dezembro de 2004, foram expedidas três intimações (doc.fls.10, 12 e 15), sem contudo, indicar para cada caso, o prazo para o atendimento das mesmas na forma prevista nos citados dispositivos regulamentares, ou seja, de 05 (cinco) dias para a apresentação dos arquivos magnéticos, e de 30 (trinta) dias para a correção do arquivo magnético apresentado com inconsistência.*

Ao analisar as peças processuais, entendo não merecer reparo a Decisão de 1ª Instância.

Em primeiro, embora os fiscais autuantes tenham entregado ao contribuinte três intimações (em 23/4/2007, 26/6/2007 e 14/8/2007 – fls. 10, 12 e 14 dos autos) em nenhuma delas foi indicado o prazo para que o contribuinte fornecesse ao fisco estes arquivos magnéticos.

Ressalto que o ato administrativo público é ato vinculado à lei. Em sendo assim, deve se pautar nas determinações legais. No caso presente, ao não indicar, em nenhuma das intimações, que o contribuinte tinha prazo de cinco dias, conforme determina a norma tributária (art. 708-B, do RICMS/97), para apresentar os arquivos magnéticos faltantes, os autuantes não cumpriram as formalidades legais fundamentais para que seu ato pudesse surtir efeito. Sem prazo, o contribuinte poderia, a qualquer momento que assim desejasse, entregar os arquivos magnéticos. E o fisco estaria impedido da lavratura de qualquer lançamento do ofício até que esta entrega fosse feita. Entendo que esta é uma situação expressa no § 3º, do art. 18, do RPAF/99 que dispõe:

A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele sejam diretamente dependentes ou conseqüentes. Precisamente, os atos originários (as intimações) não contêm as formalidades mínimas legais. Em sendo assim, os atos posteriores a eles vinculados não podem ser sustentados.

Em segundo, como bem explanado pela JJF, e relativamente aos registros 54 e 75 faltantes, os autuantes, antes da lavratura do Auto de Infração deveriam entregar ao contribuinte, concedendo-lhe prazo de 30 dias, uma listagem diagnóstico dessas inconsistências (§ 5º do art. 708-B, do RICMS/Ba) para serem corrigidas. Observo que este prazo, inclusive, pode ser prorrogado por igual período a critério do inspetor fazendário (§ 5º-A.) Somente após tais procedimentos, e sendo constatado que os arquivos magnéticos continuam a apresentar inconsistências, estará configurado *o seu não fornecimento estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea "g" do inciso XIII-A do art. 915 deste regulamento.* (redação do § 6º vigente à época da autuação).

Entretanto deve a autoridade competente analisar a possibilidade de renovação da ação fiscal da irregularidade apontada na infração 02, a salvo de falhas, em conformidade com os termos do art. 21, do RPAF/99.

Em vista de tudo aqui exposto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso de Ofício e de **PROVER** o Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida, julgando o Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE** no valor de R\$230,00.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 297515.0002/07-6, lavrado contra **TRANSPOL DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$230,00**, previstas no art. 42, incisos XVIII, alíneas “c” e XX, “a”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS