

PROCESSO - A. I. Nº 281331.0112/08-0
RECORRENTE - SOCIEDADE COMERCIAL E IMPORTADORA HERMES S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0396-01/09
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 07/06/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0131-12/10

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Multa de 1% sobre o valor das operações, em conformidade com o disposto na alínea “j” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07. Infração comprovada. Não acolhidas a arguições de nulidade e não apreciadas as alegações atinentes à constitucionalidade da legislação tributária do Estado da Bahia. Indeferida a solicitação de dispensa ou redução da multa por descumprimento de obrigação tributária acessória. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (1ª JJF) que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado em razão da falta de fornecimento de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Foi aplicada a multa de 1% sobre o valor das operações de saídas, que resultou no montante de R\$296.674,94, em relação à data de ocorrência de 13/11/2008.

O autuado apresentou defesa e, preliminarmente, suscitou a nulidade do lançamento alegando a existência de impropriedades de forma que viciavam a autuação. Afirmou que existiam divergências entre a acusação e a documentação fiscal juntada pelo autuante. Aduziu que, apesar de o autuante ter feito referências a Demonstrativo Analítico e a Notas Fiscais, não juntou ao processo esses documentos. Frisou que não lhe foi fornecida a listagem das irregularidades encontradas pela fiscalização. Registrou que as operações se referiam aos anos de 2003 e 2004, mas foram totalizadas em 13/11/2008.

Na informação fiscal, o autuante explicou que, como o contribuinte era usuário de sistemas de processamento de dados, deveria manter esses dados pelo tempo previsto na lei. Salientou que foi concedido ao autuado tempo mais que necessário para correção dos dados, pois, só após a terceira intimação, é que o Auto de Infração foi lavrado. Destacou que foi entregue ao autuado, nas duas últimas intimações, relatórios dos erros apurados.

O processo foi convertido em diligência, para que fosse entregue ao autuado cópia dos elementos acostados às fls. 73 a 604, da informação fiscal e do termo de diligência, reabrindo-se o prazo de defesa em trinta dias. A diligência foi cumprida, porém o contribuinte não se pronunciou.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0396-01/09, o Auto de Infração foi julgado procedente.

As preliminares de nulidade foram afastadas, sob o argumento de que o processo estava “revestido das formalidades legais, estando determinados o contril débito tributário e a natureza da infração apurada, que se encontram legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que se encontra”. O ilustre relator salientou que, mediante diligência, foi entregue

demonstrativos e documentos que integravam o processo, tendo sido reaberto o prazo de defesa em sua integralidade. Ressaltou que a autuação foi precedida de intimações regulamentares, com a entrega de relação das inconsistências apuradas. Explicou que a data de ocorrência consignada no lançamento estava correta.

No mérito, a Primeira Instância decidiu pela procedência da autuação, “*pois a fiscalização ao recepcionar os arquivos magnéticos com inconsistências, intimou o contribuinte para no prazo de 30 dias úteis, reapresentá-los a salvo das irregularidades indicadas, e como não foram cumpridas as determinações legais acima descritas, especialmente o previsto no § 2º, do art. 708-A do RICMS/97, se sujeitou à penalidade imposta.*

Inconformado com a Decisão proferida pela primeira instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, em que pede o cancelamento ou a redução da multa, com base no disposto no art. 169, I, “b”, combinado com o art. 158, ambos do RPAF/99.

O recorrente explica que o estabelecimento fiscalizado está localizado na cidade do Rio de Janeiro, onde realiza suas operações de vendas para os clientes estabelecidos no Estado da Bahia e em outras Unidades da Federação. Aduz que tem uma inscrição estadual perante o fisco baiano em razão das vendas enquadradas no regime de substituição tributária. Destaca que está rigorosamente em dia com o fisco baiano, tendo efetuado significativos recolhimentos.

Após frisar que a infração em tela diz respeito a descumprimento de uma obrigação acessória, o recorrente destaca que não agiu com intuito fraudulento, já que não há como se pensar em fraudes nas apuradas divergências entre as informações do Registro 50 frente às do Registro 54. Sustenta que as informações prestadas em desacordo com o que determinam as normas relativas ao SINTEGRA não configuram conduta dolosa, pois as informações têm caráter estatístico, sem nenhum efeito no recolhimento do tributo.

Ressalta que em nenhum momento simulou operações, informações, dados ou se esquivou das suas obrigações, haja vista que está rigorosamente em dia com todas as obrigações perante o fisco do Estado da Bahia. Aduz que a sua inscrição data de 07/08/95 e, no entanto, responde apenas pelo Auto de Infração em tela. Reitera que as falhas cometidas na prestação das informações relacionadas com o SINTEGRA têm natureza acessória e também não configuram dolo, fraude ou simulação e que não implicaram falta de recolhimento do imposto.

Transcreve o disposto no artigo 158 do RPAF/99 e no § 6º do artigo 915 do RICMS-BA e, em seguida, requer que a multa em tela seja cancelada ou que seja reduzido o seu valor, com base nos dispositivos do RPAF/99 e do RICMS-BA acima transcritos, bem como em consonância com reiteradas decisões deste CONSEF.

Ao exarar o Parecer de fls. 669 a 671, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que no Recurso Voluntário não há argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do acórdão recorrido. Diz que a infração está caracterizada, a multa está tipificada e alicerçada na legislação tributária estadual e o lançamento atende a todos os requisitos descritos no RPAF/99. Destaca que na apuração de infrações à legislação tributária não se cogita acerca da intenção do agente e nem da existência de outros débitos tributários na esfera estadual. Ressalta que o recorrente foi regularmente intimado a apresentar os arquivos magnéticos e a corrigir os registros inconsistentes no prazo de 30 dias e, no entanto, permaneceu inerte. Diz que, dessa forma, a penalidade prevista no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96, deve ser mantida em face da conduta perpetrada pelo recorrente. Menciona que o pedido de redução ou cancelamento da multa há de ser rechaçado, uma vez que o recorrente não logrou cumprir os requisitos regulamentares, limitando-se a afirmar que a sua conduta estava a salvo de fraude, dolo ou simulação. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Em 07 de janeiro de 2010, o recorrente acostou ao processo cópia de fls. 0282-11/08, 0125-12/07 e 0075-12/07. Nessa oportunidade, o recorrente

mesmo tratamento adotado pela 1^a Câmara de Julgamento Fiscal, que reduziu a multa em 99% do seu valor.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado, ora recorrente, foi acusado de ter deixado de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas relativamente aos exercícios de 2003 e 2004. Por essa irregularidade, foi aplicada ao recorrente a multa prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, no percentual de 1% do valor das operações de saídas, o que totalizou R\$ 296.674,94.

Em primeira instância, o recorrente suscitou a nulidade do lançamento e, no mérito, questionou o cabimento da multa que lhe fora aplicada. Na Decisão recorrida, as preliminares de nulidade foram afastadas e, no mérito, o Auto de Infração foi julgado procedente, pois considerou a primeira instância que a infração estava devidamente caracterizada e que era cabível a pena que tinha sido imposta ao sujeito passivo.

Após examinar as peças processuais, não vislumbro qualquer correção a fazer na Decisão recorrida, uma vez que não há no processo qualquer vício formal capaz de inquinar de nulidade o lançamento tributário, a infração está perfeitamente caracterizada e a multa indicada no Auto de Infração é a prevista na Lei nº 7.014/96 para a infração que foi apurada. Corroboreando esse meu entendimento pelo acerto da Decisão recorrida, saliento que no Recurso Voluntário o recorrente se limitou a solicitar o cancelamento ou a redução da multa, com base no disposto nos artigo 158 do RPAF/99 e no § 6º do artigo 915 do RICMS-BA. Assim, ultrapassada essa questão da procedência da autuação, passo a apreciar o pedido contido no Recurso Voluntário – a dispensa ou a redução da multa indicada na autuação.

Efetivamente, o disposto no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 – reproduzido no art. 158 do RPA/99 e no § 6º do art. 915 do RICMS-BA – faculta a este órgão julgador administrativo reduzir ou cancelar multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, desde que fique comprovado que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação e que não implique falta de recolhimento do imposto.

Conforme consta nos autos, o recorrente é uma empresa do ramo de *marketing* direto, localizado na cidade do Rio de Janeiro e encontra-se inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS) na condição de Contribuinte Substituto. Desse modo, nas operações destinadas a adquirentes localizados no Estado da Bahia, o recorrente assume a condição de responsável pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido por substituição tributária. Nessa situação, a apresentação dos arquivos magnéticos na forma regulamentar, especialmente em relação aos Registros 50 e 54, é de capital importância para se aferir se o ICMS retido e recolhido por substituição tributária corresponde ao efetivamente devido. A entrega dos arquivos magnéticos com divergências acarretou grave prejuízo ao fisco, pois impediu que se soubesse, com segurança, se o imposto devido foi ou não totalmente recolhido. Assim, não há como se dizer que o descumprimento da referida obrigação acessória não causou prejuízo ao fisco e que implicou falta de recolhimento de tributo.

Uma vez que não restou demonstrado, de forma cabal, a ausência de falta de pagamento de tributo, não há como se reduzir ou dispensar a multa que está indicada no Auto de Infração.

O argumento da desproporcionalidade da multa não pode prosperar, já que a citada pena é diretamente proporcional às operações de saídas realizadas pelo recorrente no período (1% das operações de saídas realizadas). Quanto à citada exorbitância, friso que o percentual foi fixado pelo legislador, não cabendo a este julgador administrativo se pronunciar.

De fato este CONSEF, em algumas situações específicas, consiste em reduzir, ou mesmo dispensar, a multa por descumprimento de obrigação tributária acessória. Todavia, mesmo

atendimento dos requisitos listados no § 7º o artigo 42 da Lei nº 7.014/96, não vislumbro no caso do recorrente razão que justificasse uma redução ou dispensa da multa. Entendo que os Acórdãos citados e acostados ao processo pelo recorrente não se aplicam ao presente processo, pois tratam de situações diversas que não ocorreram no caso em tela, senão vejamos:

- a) No Acórdão CJF Nº 0144-11/08, consta que os arquivos magnéticos devidamente corrigidos foram entregues dezoito dias após o encerramento do prazo previsto – prazo este que o disposto no § 5º-A do art. 708-B do RICMS-BA admite prorrogação por até mais trinta dias. No caso em tela, não há prova de que os arquivos tenham sido corrigidos e entregues à fiscalização.
- b) No Acórdão CJF Nº 0282-11/08, consta que os arquivos faltantes não impediram a fiscalização de auditar a empresa, situação que não se observa no caso do recorrente.
- c) No Acórdão CJF Nº 0125-12/07, à fl. 697 dos autos, conta que os arquivos magnéticos foram entregues com divergências, porém, ainda assim, eles foram utilizados pelo próprio autuante na auditoria fiscal, situação que não se verifica no caso em apreciação.
- d) Quanto ao Acórdão CJF Nº 0075-12/07, ressalto que essa Decisão não foi unânime e, conforme consta no início do voto discordante (fl. 706 dos autos), em outros processos que envolveram a mesma empresa e idêntica situação, o CONSEF já se pronunciara pela não redução da multa (Acórdãos CJF Nºs 0405-12/06, 033-11/05). Dessa forma, o Acórdão CJF Nº 0075-12/07 não é um exemplo suficientemente persuasivo, a ponto de justificar a redução da multa indicada no Auto de Infração em epígrafe.

Pelo acima exposto, considerando as peculiaridades envolvidas no caso em tela, creio que a multa indicada no Auto de Infração deve ser mantida inalterada.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à Redução da multa - 50%)

O Auto de Infração foi lavrado, exclusivamente, para aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, decorrente da falta de fornecimento de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

O sujeito passivo no seu Recurso Voluntário pugna pela exclusão ou redução da multa aplicada, aduzindo, para tanto que não praticou a infração com dolo, fraude ou simulação, bem como não acarretou prejuízo ao erário do Fisco Estadual.

Analizando todo o *in fólio*, embora a infração esteja sobejamente caracterizada, entendo que a multa aplicada encontra-se bastante severa.

O Legislador Estadual, com a sapiência que lhe é peculiar, ao instituir as penalidades aos infratores da Lei tributária, possibilitou aos julgadores do CONSEF a possibilidade de cancelar ou reduzir as multas aplicadas por descumprimento de obrigação acessória, conforme o disposto no § 7º da Lei nº 7.014/96.

Para que o sujeito passivo possa ser beneficiado com a redução ou o cancelamento da multa, necessário estar comprovado que a infração não foi praticada com dolo fraude ou simulação, bem como não causou prejuízo ao erário público.

A referida benesse legal, tem o objetivo de se adequar a multa aplicada ao caso concreto, e deve ser aplicada sob a égide dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

In casu, não há como se admitir que o sujeito passivo houvesse praticado a infração com dolo fraude ou simulação. Quanto ao segundo requisito, ausência de Estadual, não vislumbro nos presentes autos quaisquer indícios que deixado de adimplir parcelas de ICMS. Tanto que no presente caso apontando a falta ou o recolhimento a menor de imposto.

Analisando as circunstâncias em que a infração foi aplicada, bem como características específicas da Autuada, tal como a atividade que exerce e o seu porte econômico, entendo que, no presente caso, a multa deve ser reduzida para 50% (cinquenta por cento) daquela inicialmente exigida.

Diante do exposto, voto no sentido de dar PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, a fim de reduzir o valor da multa inicialmente aplicada em 50%.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à Redução da multa - 10%)

Comungo do entendimento externado pelo ilustre Conselheiro prolator do Voto Divergente, no que pertine à fundamentação pelo mesmo invocada quanto à redução do montante aplicado, a título de multa infracional em desfavor do recorrente.

Divirjo apenas do percentual da redução da multa pelo mesmo reconhecida. Entendo, em consonância com os votos por mim anteriormente proferidos que *in casu* a multa deve ser reduzida em 90% (noventa por cento), remanescendo na autuação, destarte, o percentual de 10% (dez por cento) do *quantum* inicialmente autuado.

Destarte, presentes os requisitos insertos no art. 158, do RPAF e com espeque nos princípios da reazoabilidade e proporcionalidade albergados em sede constitucional, voto no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para reduzir o valor da multa inicialmente aplicada em 90% (noventa por cento).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 281331.0112/08-0, lavrado contra SOCIEDADE COMERCIAL E IMPORTADORA HERMES S/A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$296.674,94, prevista no prevista no art. 42, XIII-A, “j”, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as): Mônica Maria Roters, Álvaro Barreto Vieira e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à redução da multa): Conselheiros: Márcio Medeiros Bastos (50%) e Nelson Antonio Daiha Filho (10%).

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de maio de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – VOTO DIVERGENTE
(Quanto à redução da multa para 50%)

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – VOTO DIVERGENTE
(Quanto à redução da multa para 10%)

ROSANA MACIEL BITENCOURT F