

PROCESSO - A. I. Nº 269352.0002/09-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SANTANA, MARTINS & CIA. LTDA. (LE BISCUIT)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0096-05/10
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 26/07/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0214-11/10

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. **a)** FALTA DE ENTREGA QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. **b)** FALTA DE ENTREGA NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. Presentes os requisitos previstos no art. 42, parágrafo 7º da Lei 7.014/96 para redução da penalidade quanto à infração 1. Redução da multa aplicada apenas ao item 1, em 50% dos valores originalmente lançados. Decisão mantida. De ofício, julgada Improcedente a infração descrita no item 2, visto que o fato infracional é o mesmo descrito no item 1. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, interposto pela 5ª JJF após julgamento, em Decisão não unânime, pela Procedência em Parte do Auto de Infração, através do Acórdão JJF nº 0096-05/10, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento de 06 infrações, sendo objeto do presente Recurso as infrações arroladas nos itens 1 e 2 da peça inicial da autuação, abaixo descritas, visto que as demais infrações foram reconhecidas e pagas pelo sujeito passivo, mediante parcelamento do débito (vide fls. 149 dos autos):

- 1- Falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações e prestações realizadas. Consta que o contribuinte não apresentou, mesmo após intimação, arquivos magnéticos completos, notadamente pela falta dos Registros 54, 60R, 74 e 75, referentes aos meses de janeiro a novembro de 2004, o que impossibilitou a realização de alguns roteiros de auditoria, a exemplo de levantamento de estoques, créditos indevidos e vendas a inaptos. Multa de 1% sobre o valor das operações, correspondente a R\$ 153.077,78, prevista no art. 42, XIII-A, “g” da Lei 7.014/96.
- 2- Falta de entrega de arquivo magnético, no prazo previsto na legislação, o qual deveria ter sido enviado via Internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED). Omissão de entrega de arquivos referentes aos meses de janeiro a novembro de 2004. Anexo I do Auto de Infração. Multa de R\$ 1.380,00, prevista no art. 42, XIII-A, “i” da Lei 7.014/96.

No julgamento de Primeira Instância, inicialmente o Relator rechaçou a decadência suscitada pelo sujeito passivo quanto às infrações em tela e, adentrando ao mérito das referidas infrações, após entendê-las caracterizadas, ressaltou que, no caso, de fato, como alegou o sujeito passivo, não restou comprovada a presença de dolo, fraude, simulação ou falta de recolhimento do imposto, apesar das demais infrações e dos reiterados pedidos de prorrogação de prazo para regularizar as informações em meio magnético, cabendo ao Fisco o ônus de demonstrar a presença de tais desideratos (dolo, fraude ou simulação).

Assim, concluiu que, da análise do caso em tela, o contribuinte pre

do aos seguintes argumentos: “(i) apesar de não ter sido provado que a conduta do contribuinte foi pautada por dolo, fraude, simulação ou intenção de reduzir ou suprimir o tributo -, nota-se que a mesma gerou para o Fisco dificuldades na operacionalização dos roteiros de auditoria; (ii) os sucessivos pedidos de prorrogação de prazo podem ser originados de uma série de fatores, que não ficaram claramente delineados pelos autuantes, desde desídia do sujeito passivo até mesmo impossibilidade técnica de cumprir as obrigações acessórias”.

Do exposto, reduziu o débito da infração 1 de R\$ 153.077,78 para R\$ 76.538,89, e o valor da penalidade estabelecida na infração 2, de R\$ 1.380,00 para R\$ 690,00.

Por fim, ressaltou que “em relação às datas de ocorrência e vencimento da infração 1, a Orientação Técnica GEAFI / DPF 3005, de 17/06/2005, indica que devem ser correspondentes ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação. Como a intimação se deu no dia 07/01/2009, para apresentação dos arquivos no prazo de 05 (cinco) dias úteis, as datas de ocorrência e de vencimento da indigitada infração devem ser mudadas para o dia 15/01/2009.”, ao tempo que ressalta que devem ser homologados os valores recolhidos quanto às demais infrações não contestadas pelo sujeito passivo.

Ao final do seu voto, recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 2, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Às fls. 168 consta petição atravessada aos autos pelo advogado do recorrido, dirigida ao Presidente do CONSEF, onde informa que tem interesse em obter os benefícios da anistia disposta na Lei nº 11.908/2010, quitando o débito exigido no presente PAF, nos termos da Decisão proferida pela JF, ao tempo que manifesta sua renúncia ao prazo de apresentação de Recurso Voluntário.

Constam, ainda, às fls.178 e 179, extratos do SIGAT/SEFAZ, onde se verifica que o sujeito passivo efetuou o pagamento dos valores que remanesceram para os itens 1 e 2, após o julgado de Primeira Instância, com o benefício da anistia.

Na assentada do julgamento, o patrono do recorrente arguiu a suspeição da Conselheira Alessandra Brandão, sob o fundamento de que esta funciona como advogada em Representação patrocinada contra ele pelo genitor da mesma junto ao Conselho de Ética da OAB/BA.

VOTO

Em preliminar, posta em julgamento a arguição de suspeição levantada pelo patrono do recorrido, esta foi rechaçada, em Decisão unânime, por esta 1ª Câmara de Julgamento, tendo o referido patrono expressamente acatado a referida Decisão, o que constou de Ata da sessão de julgamento ora realizada.

No mérito, da análise dos autos e da Decisão recorrida, devemos de logo pontuar que a apreciação do presente Recurso de Ofício prende-se ao fato da JF ter desonerado parcialmente o sujeito passivo ao reduzir as multas aplicadas originariamente quanto às infrações descritas nos itens 1 e 2 da autuação.

Assim, de logo devemos consignar que entendemos não merecer reparos o Julgado de Primeira Instância quando concluiu pela redução da multa aplicada para a infração descrita no item 01 da autuação.

Inicialmente, quanto ao item 1 - que imputa ao recorrente a falta de fornecimento de arquivos magnéticos, com informações das operações e prestações realizadas, exigidos mediante intimação - cominando-se originariamente a multa de 1% sobre o valor das operações, prevista no art. 42, XIII-A, “g” da Lei 7.014/96, também não vislumbramos nos autos a existência de dolo, fraude ou simulação por parte do contribuinte, e nem há acusação neste autuantes.

Por outro lado, quanto ao outro requisito exigido para a aplicação d multa, qual seja, que não tenha havido a falta de recolhimento do i

tos que para este período haveria imposto a ser exigido, não sendo possível inferirmos ou afirmarmos que haveria imposto a exigir no exercício em tela (2004) apenas pelo fato de que foi detectado imposto a recolher nos demais exercícios fiscalizados em que houve a entrega dos arquivos magnéticos. É cediço que a exigência tributária não pode se embasar em inferências, e sim em prova concreta da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

Ressaltamos que, embora reconheçamos que a não entrega dos referidos arquivos pode ter dificultado a ação fiscal, nada impediu que através dos livros e documentos fiscais/contábeis entregues pelo contribuinte, relacionados ao exercício em apreço (2004), pudessem ser desenvolvidos os roteiros normais de fiscalização, ainda que tal fato demandasse mais tempo dos autuantes.

Diante destes fatos, portanto, entendemos que, de fato, a multa deve ser aplicada, posto que restou caracterizada a não entrega dos referidos arquivos, ainda que intimado o contribuinte para tal, mas também entendemos mais que possível e razoável que esta seja reduzida para um percentual consentâneo, faculdade legal concedida ao órgão julgador sempre que presentes os requisitos nela previstos, hipótese em tela, até porque nos exercícios subsequentes fiscalizados os valores cobrados a título de imposto são muito inferiores ao montante exigido a título de multa em 2004, o que demonstra, de fato, a irrazoabilidade e desproporcionalidade do valor exigido no presente item.

Quanto à multa fixa de R\$1.380,00, cominada para o item 2 e prevista na alínea “i”, inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, na redação da época da ocorrência dos fatos geradores em referência, aplicada pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, dos mesmos arquivos magnéticos e no mesmo exercício (2004), entendemos que o fato infracional em tela – falta de entrega do arquivo magnético - é o mesmo imputado no item 1 da autuação, apenas, diferenciando-se pela ocorrência da agravante do não atendimento à intimação fiscal, constante do primeiro item. Neste sentido, como o fato em tela – não entrega do arquivo magnético - foi constatado no mesmo momento, em uma mesma ação fiscal, e que a penalidade de 1% imputada pela não entrega dos mesmos arquivos após intimação, é mais gravosa e está sendo mantida, ainda que reduzida diante da previsão do §7º do mesmo dispositivo legal, entendemos que deva ser afastada a exigência do item 2. Assim, votamos, de Ofício pela, Improcedência desta infração.

Do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a redução de penalidade para a infração descrita no item 1 para 50% do seu valor, de R\$ 153.077,78 para R\$ 76.538,89, e de Ofício, julgo IMPROCEDENTE a infração descrita no item 2 da peça inicial do Auto de Infração epigrafado.

VOTO DISCORDANTE (Quanto à infração 2)

Discordo, com a devida *venia*, do entendimento da ilustre Relatora, quanto a sua Decisão de Não Prover o Recurso de Ofício, interposto pela 5ª JJF através do Acórdão nº 0096-05/10, e de ofício julgar improcedente a segunda infração, sob a justificativa de que o fato infracional – falta de entrega de arquivo magnético – é o mesmo imputado no item 01 da autuação.

Nos termos do art. 113 do CTN e do art. 140 do RICMS/BA, a obrigação tributária acessória decorre da legislação tributária, tendo por objeto as prestações positivas ou negativas, impondo a prática de ato ou a abstenção de fato que não configure obrigação principal (obrigação de fazer ou de se abster), estabelecidas no interesse da arrecadação ou da fiscalização do tributo.

No caso presente, conforme já citado, o Auto de Infração exige duas penalidades por descumprimento de obrigação tributária acessória, a saber:

- 1- Falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações e prestações realizadas. Consta que o contribuinte não apresentou, mesmo após intimação, arquivos magnéticos completos, notadamente pela falta de arquivos referentes aos meses de janeiro a novembro de 2004, o que demonstra, de fato, a irrazoabilidade e desproporcionalidade do valor exigido no presente item. Assim, votamos, de Ofício pela, Improcedência desta infração.

vendas a inaptos. Multa de 1% sobre o valor das operações, correspondente a R\$ 153.077,78, prevista no art. 42, XIII-A, “g” da Lei 7.014/96.

- 2- Falta de entrega de arquivo magnético, no prazo previsto na legislação, o qual deveria ter sido enviado via Internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED). Omissão de entrega de arquivos referentes aos meses de janeiro a novembro de 2004. Anexo I do Auto de Infração. Multa de R\$ 1.380,00, prevista no art. 42, XIII-A, “i” da Lei 7.014/96.

Inicialmente, da análise dos autos, se observa que se trata de duas obrigações de fazer, inclusive em momentos diferentes, pois a primeira infração decorre do fornecimento de arquivos magnéticos de forma incompleta, exigidos mediante intimação quando da realização da ação fiscal, por ter o contribuinte apresentado os arquivos magnéticos sem os Registros 54, 60R, 74 e 75, referentes aos meses de janeiro a novembro de 2004, cabendo-lhe a penalidade de 1% sobre o valor das operações, conforme prevista, à época, no art. 42, XIII-A, “g” da Lei 7.014/96.

Já a segunda infração decorre do não fornecimento de arquivos magnéticos, no prazo previsto na legislação (mês subsequente à operação – art. 708-A do RICMS), o qual deveria ter sido enviado via Internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), cabendo-lhe a penalidade de R\$ 1.380,00, prevista, à época, no art. 42, XIII-A, “i” da Lei 7.014/96.

Sendo assim, restou cristalinamente comprovado tratar-se de duas obrigações acessórias diversas descumpridas, uma pela apresentação precária e a outra pela não apresentação, inclusive em momentos díspares.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para homologar a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e, de Ofício, decretar a Improcedência da infração descrita no item 1, da Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269352.0002/09-0, lavrado contra **SANTANA, MARTINS & CIA. LTDA. (LE BISCUIT)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$92.471,74**, acrescido das multas de 60% sobre R\$16.426,49 e 70% sobre R\$76.045,25, previstas no art. 42, incisos II, VII, alíneas “a” e “e” e III, da Lei nº 7.014/96, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$76.538,89**, prevista no art. 42, XIII-A, alínea “g” da citada lei, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Infração 2): Conselheiros Sandra Urânia Silva Andrade, Alessandra Brandão Barbosa, Fábio de Andrade Moura e Valnei Sousa Freire.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à Infração 2): Conselheiros Fernando Antônio Brito de Araújo e Denise Mara Andrade Barbosa.

Sala das Sessões do CONSEF, 1 de julho de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – VOTO DISCORDANTE