

PROCESSO	- A. I. Nº 299389.0006/10-3
RECORRENTE	- BRITO ELIAS COMÉRCIO ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA. (COMERCIAL BRITO E ELIAS)
RECORRIDO	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0329-05/10
ORIGEM	- INFRAZ JUAZEIRO
INTERNET	- 18/11/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0337-12/11

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. MULTA. Fato infracional reconhecido pelo sujeito passivo. Não acatado o pedido de re-enquadramento da penalidade. A conduta omissiva do sujeito passivo causou prejuízo ao fisco no que pertine à aplicação dos roteiros normais de fiscalização, em especial o levantamento quantitativo de estoques. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra o julgamento do Auto de Infração lavrado em 14 de maio de 2010, o qual aplica multa no valor de R\$69.363,97, equivalente ao percentual de 1% sobre o valor das saídas relativas à seguinte infração:

“Falta de fornecimento de arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações ou prestações realizadas”.

A Decisão atacada, consubstanciada no Acórdão JJF 0329-05/10 (fls. 46 e 47), lastreou-se nos seguintes argumentos, para embasar a Decisão proferida:

“No presente processo o contribuinte é acusado de não proceder à entrega dos arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Consta no termo de intimação, apensado à fl. 05 do PAF, datado de 23/02/2010, que foi concedido o prazo de 30 (trinta) dias para que o sujeito passivo procedesse à apresentação dos arquivos magnéticos do SINTEGRA com a inserção dos dados referentes ao registro 54.

Cabe, de início apreciar o aspecto temporal do lançamento. Foi aplicada a multa de 1% sobre o valor das saídas, previstas no art. 42, inc. XIII-A, “j”, da Lei do ICMS. Ocorre que a conversão da obrigação acessória em obrigação pecuniária de multa é considerada devida a partir do primeiro dia útil após o vencimento do prazo para a entrega dos arquivos, nos termos da Orientação Técnica, OG-GEAF-Fis-003/2005. Considerando que a intimação foi lavrada em 23/02/2010, contados 30 (trinta) dias, o prazo se encerrou em 25/03/2010. O Auto de Infração foi lavrado somente em 14/05/2010. Dessa forma, a imposição da multa é devida para todos os períodos mensais autuados, entre 01/01/2009 a 31/12/09.

No que se refere ao pleito do contribuinte de reenquadramento da multa, não vislumbro essa possibilidade, visto que a legislação fixa, para o não atendimento da intimação para a entrega dos arquivos magnéticos, penalidade específica, positivada no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei do ICMS (Lei nº 7.014/96). Prevalece a regra particular em detrimento da norma geral, contida no inc. XX da mesma Lei, pelo não atendimento de intimações fiscais para entrega de livros e documentos fiscais. Ressalto que o próprio dispositivo em análise tem previsão expressa de sua não aplicação aos casos de não entrega dos arquivos magnéticos, conforme redação abaixo transcrita:

Art. 42 (.....)

XX – àquele que, dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, deixar de aplicar esclarecimento ou informação, de exibir livro ou documento, arquivo eletrônico ou similar (exceto os arquivos previstos no inc. XIII-A), ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou o seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado:

a) (...)

b) R\$ 920,00 (novecentos e vinte reais), pelo não atendimento da intimação que lhe for feita posteriormente.

Ademais, a conduta omissa do contribuinte causou prejuízo ao fisco, visto que a não entrega dos arquivos magnéticos com os dados do registro 54, impediu ou dificultou a aplicação dos principais roteiros de fiscalização, entre eles, o roteiro de auditoria de contagem dos estoques.

Diante do acima exposto, meu voto é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”.

Inconformado com tal Decisão, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 58 a 64), no qual, discorda da Decisão de primeiro grau, sob o argumento de que a mesma está equivocada, pois que, o referido Auto de Infração em sua materialidade e legalidade apresenta-se controverso. Afirma que o fisco fez uma analogia a qual apresenta-se deveras prejudicial ao contribuinte por se tratar de penalidade mais gravosa, tendo a aplicação da norma apresentado vício. Portanto, é inadmissível que seja imputado ao contribuinte uma pena mais gravosa.

Aduz que as alegações feitas pelo autuante através do órgão fiscalizador padecem de vício de procedimento conforme artigo 18, IV, “a” do RPAF, visto que o que consta no Auto de Infração, em destaque padece de falha, pois o referido auto não possui em seu bojo os elementos suficientes para se determinar com segurança à infração cometida.

Embora reconheça ter praticado uma omissão, entende que não deverá responder ou ter uma penalidade agravada, pois seria responder por fato diverso daquele que realmente praticou, vez que a alegação não é nem relativamente comprovada, o fato gerador do Auto de Infração não ocorreu, e o contribuinte apresenta documento como afirmação de prova contrária.

Afirma que a imputação não condiz com a realidade dos fatos, cabendo ao autuado levar ao conhecimento do órgão competente, através das providências legais a verdade dos fatos, e que o contribuinte não deve em momento algum responder por fato diverso do praticado, como neste caso em que o fisco insiste em penalizar o contribuinte aplicando-lhe a norma de forma equivocada.

Após breve histórico do Auto de Infração, vem com a transcrição da fundamentação do voto da Junta de Julgamento Fiscal, menciona trecho da doutrina, especialmente Suzy Gomes Hoffman, relativas à prova no processo, para, concluir que é nulo o Auto de Infração baseado em presunção fiscal sem a devida fundamentação, vez que se converte em ficção, ferindo o princípio do ato regrado ou vinculado à Lei (CTN, art. 97, I, II, 114, 116, I, 141, 142; CF/88, arts. 5º, II; 37, “caput”, 150, I), reiterando que a referida imputação é desprovida de elementos comprobatórios, como exige o RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, em seus artigos 2º, caput, 18, inciso VI, cujo teor transcreve.

Entende que equivocadamente o autuante entendeu que a multa deveria ser aplicada por cada período de apuração em que o autuado deixou de entregar os arquivos magnéticos, com base no artigo 42, XIII-A, “j” da Lei do ICMS (Lei nº. 7.014/96), ou seja, aplicando multa no valor de 1% das saídas por período de apuração. Apesar de ter regularmente intimado o autuado a apresentar, no prazo de 30 (trinta dias) os arquivos magnéticos, inclusive informando que o não atendimento a referida intimação ensejaria a aplicação da penalidade prevista na Lei nº. 7.014/96 e suas alterações, ou seja, 1% sobre o valor das saídas das mercadorias do estabelecimento, em cada período. Contudo, verifica-se que o autuante incorreu equívoco ao aplicar, no Auto de Infração, a multa no valor de 1% do valor das saídas de mercadorias, por cada período de apuração, não cabendo ao caso sob discussão.

Conclui, afirmando que, no que concerne à autuação em apreço, outro não poderá ser o entendimento senão o de que o mesmo é nulo, por vício de procedimento, com base no disposto no artigo 18, IV, “a” do RPAF/99, por não conter nos autos elementos suficientes para se determinar com segurança a infração, motivo de seu pedido de anulação do lançamento, com o Provimento do Recurso Voluntário.

Em Parecer de fls. 85 e 86, a PGE/PROFIS, baseando-se no entendimento de que nos termos do artigo 42, inciso XX, da Lei nº. 7.014/96, cujo teor transcreve, afirma não ser possível acatar-se o pleito do recorrente, vez que a aplicação pleiteada de tal penalidade não pode ser aplicada à falta de apresentação dos arquivos magnéticos, que foram solicitados mediante intimação, pelo Fisco, razão pela qual opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO

É objeto do Recurso Voluntário a Decisão de primeira instância, que diz respeito à aplicação de penalidade de 1% sobre os valores de saídas realizadas pela empresa, pela não apresentação de arquivo magnético, com as operações e prestações realizadas, na forma de intimação contida na fl. 05.

Inicialmente, convém observar que se encontram acostados ao feito, duas peças que se denominam “Recurso Voluntário”: uma protocolada em 14 de janeiro de 2011 (fls. 58 a 64), e outra, de igual teor, constante nas fls. 75 a 81. Em função da tempestividade, considerarei aquela protocolada no prazo legal, ou seja, a primeira.

Nela, o recorrente consigna que em que pese a não indicação exata pelo recorrente de argüição preliminar, a sua assertiva, contida no item recursal denominado “*das falhas contidas na consideração do Auto de Infração em epígrafe*”, relativamente à “*falta de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração*”, o que por si se caracterizaria, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, como motivo determinante para a decretação da nulidade do lançamento.

Todavia, tal afirmativa não pode prosperar, vez que a acusação fiscal “*deixou de fornecer arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações e prestações realizadas*”, se apresenta de forma bastante clara e precisa, não ensejando qualquer margem de dúvidas acerca da motivação pela qual o lançamento foi realizado. Ademais, o recorrente, apesar de alegar tal fato, na prática, demonstra exatamente o contrário, como se observa não apenas da leitura do seu Recurso, como, igualmente, do texto defensivo. Dessa forma, tal assertiva foi realizada apenas de forma protocolar, sem qualquer elemento que pudesse lhe oferecer a devida sustentação, necessária não somente para a sua apreciação, como, igualmente, para o seu acolhimento. Por tal motivo, entendo superada a mesma, pelo não acatamento, à vista da ausência de qualquer elemento fático, jurídico ou de qualquer outra natureza que pudesse ser trazido à consideração, inclusive que a acusação não se encontra comprovada, o que não é o caso, conforme mais adiante abordarei.

Adentrando na análise do mérito, pela intimação supra mencionada, elaborada pelo autuante, e devidamente entregue ao recorrente, percebe-se que o mesmo foi cientificado em 23 de fevereiro de 2010, com prazo de trinta dias, para que apresentasse os arquivos 54, o que não havia sido feito anteriormente, vez que na forma da intimação de fl. 06, a empresa encontrava-se desde o dia 02 de fevereiro de 2010 sob ação fiscal.

Do Recurso Voluntário apresentado, percebe-se com a devida clareza, que o recorrente em momento algum de sua peça nega o cometimento da infração (não apresentação do registro 54), o que contraria a sua afirmação acima posta de que “*a acusação não é relativamente comprovada*”. Há de se perquerir, desde quando a comprovação se apresenta como “relativa”? Muito ao contrário, o entendimento doutrinário, de forma unânime, entende que não existe relativização na comprovação. Ou ela existe, ou não. Daí a falta de nexo na afirmação.

O recorrente apenas entende que não deve ser apenado com a penalidade contida no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “J” da Lei 7.014/96, e sim, ser cominada a pena do inciso XX do mesmo diploma legal, com a redação inserida pelo inciso VI do art. 2º da Lei nº 10.847, de 27 de novembro de 2007, que prevê a cobrança de R\$ 460,00, R\$ 920,00 ou R\$ 1.380,00, de acordo com o descumprimento da primeira, segunda, ou terceira intimação, àquele que, dentro do prazo de 48

(quarenta e oito) horas, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exibir livro ou documento, arquivo eletrônico ou similar (**exceto os arquivos previstos no inciso XIII-A**), ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado (grifo do relator).

Dessa forma, a pretensão do recorrente não poderia ser acolhida, pelo fato de que se encontra explícito na norma que pretende ver aplicada ao seu caso, inaplicabilidade da mesma diante da não apresentação dos arquivos magnéticos, objeto da penalidade prevista no inciso XIII-A da referida Lei.

Assim, por estes argumentos, alinho-me ao posicionamento da ilustre procuradora fiscal, acolhendo o seu Parecer na totalidade, e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 299389.0006/10-3, lavrado contra **BRITO ELIAS COMÉRCIO ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA. (COMERCIAL BRITO E ELIAS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$69.363,97**, prevista no art. 42, inc. XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS