

PROCESSO	- A. I. Nº 140779.0003/11-0
RECORRENTE	- COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO (EXTRA SUPERMERCADO)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0313-04/11
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
INTERNET	- 30.07.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0303-13/13

EMENTA: ICMS. 1. EMBARAÇO À AÇÃO FISCAL. FALTA DE EXIBIÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS AO FISCO. MULTA. A não apresentação de documentos fiscais exigidos mediante intimações fiscais não representa embargo à fiscalização. Infração elidida. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA. MULTA. **a)** NO PRAZO REGULAMENTAR. **b)** MEDIANTE INTIMAÇÃO. Não comprovada a correção dos arquivos magnéticos entregues com ausência dos Registros 60R relativos aos meses indicados nas intimações, o que configurou cometimento das infrações 2 e 3. Não acolhido o pedido de redução da multa. Infrações não elididas. Não acatada a nulidade suscitada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Declarada, *ex officio*, a **Improcedência** da infração 1. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração que aplica multas por descumprimento de obrigações acessórias em decorrência das seguintes irregularidades:

01. Dificultou a ação fiscal. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte não atendeu no prazo regulamentar duas intimações presenciais para apresentação de livros e documentos fiscais - R\$460,00.
02. Falta de entrega de arquivos magnéticos, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via Internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED). Consta na descrição dos fatos que não atendeu a primeira intimação presencial no prazo regulamentar, exigindo o suprimento das omissões referentes ao REG 60R dos arquivos SINTEGRA, dos meses de 02, 03, 04 e 07/10, sendo aplicada multa – R\$1.380,00.
03. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informação de operações ou prestações realizadas. Consta na descrição dos fatos que não atendeu a segunda intimação presencial para apresentação/envio dos arquivos SINTEGRA com o REG 60R omitido nos meses 02, 03, 04 e 07/10; CD e respectivo recibo de entrega de um CD contendo os arquivos SINTEGRA utilizados na fiscalização; Relatórios SVAM nº 302, 407 e 408 demonstrando a omissão do REG 60R nos meses citados e cópia do demonstrativo da multa comprovando que o contribuinte continua omissos quanto aos registros solicitados – R\$505.204,45.

Em primeira instância, assim concluíram os Ilustres Julgadores da JJF:

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade da autuação sob o argumento de que faltou clareza na descrição dos fatos o que configura cerceamento do seu direito de defesa, inclusive de que referencia intimações para apresentar arquivos magnéticos sem indicar a pessoa do intimado.

Observe que o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos, com indicação dos elementos

constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os artigos 38 a 41 do RPAF/BA. O contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado e não vislumbro inobservâncias formais que conduzam à sua nulidade nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, motivo pelo qual rejeito o pedido de nulidade formulado.

No que se refere às intimações formuladas, constato que os documentos acostados às fls. 8, 9, 10 e 11 identificam os prepostos legais da empresa, com indicação de cargos, identidade funcional e matrícula na empresa, com aposição de carimbo inclusive na ciência do Auto de Infração. Por isso não se pode negar o caráter de validade das intimações feitas pela fiscalização e não atendidas ou atendidas em parte.

No mérito o Auto de Infração aplica multas por descumprimento de obrigações acessórias por dificultar a ação fiscal, deixar de entregar de arquivos magnéticos no prazo regulamentar e exigido mediante intimações.

Embora a autuação acuse o cometimento de três infrações, na defesa apresentada o autuado formulou defesa em caráter genérico alegando caráter confiscatório da multa, violação ao princípio da capacidade contributiva e inexistência de prejuízo ao Erário público. Por sua vez, o autuante na informação fiscal rebateu os argumentos da mesma forma. Diante dos elementos constitutivos do processo, as infrações serão apreciadas de forma individualizada.

Quanto à primeira infração, reporta-se a não atendimento de intimações para apresentação de livros e documentos fiscais. O autuante juntou às fls. 5 e 6 intimações efetivadas em 05/11/10 e 06/12/10 concedendo prazo de quarenta e oito horas para apresentar livros e documentos conforme relacionados na intimação referente ao primeiro semestre de 2010.

Constato que o Auto de Infração foi lavrado em 31/03/10 (sic) e o impugnante não juntou com a defesa qualquer prova de que atendeu às intimações feitas pela fiscalização. Logo, restou caracterizado o cometimento da infração. Infração procedente.

Relativamente à segunda infração, a mesma acusa “falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED). Omissão de entrega do arquivo”. Consta na descrição dos fatos que conforme Anexo II foi exigido mediante intimação presencial de 05/11/10 “exigindo o suprimento das omissões referentes ao REG 60R dos arquivos integra” dos meses 02, 03, 04 e 07/10 “não atendida no prazo regulamentar”.

O art. 708-A, incisos e parágrafos do RICMS/BA prevêem que o contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá fazer entrega de arquivos magnéticos referentes ao movimento econômico de cada mês, de acordo com os prazos indicados, contendo dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário, via Internet.

Por sua vez, o § 6º do citado dispositivo e diploma legal estabelece que a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas.

Conforme indicado na intimação à fl. 8, a fiscalização identificou que os arquivos magnéticos foram entregues em alguns meses com falta dos Registros 74 e 60R, tendo sido concedido prazo de trinta dias para serem reenviados com a inserção dos registros faltantes.

Na defesa apresentada o impugnante não comprovou ter entregue os arquivos magnéticos no prazo legal concedido o que confirma a ocorrência da infração.

Ressalto que o dispositivo legal da tipificação da multa (art. 42, XIII-A, “j” da Lei 7.014/96) prevê a aplicação da multa no valor de R\$1.380,00 pela falta de entrega de arquivo magnético nos prazos previstos na legislação ou “entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação”, fato que ocorreu na situação presente. Portanto, correta a aplicação da multa. Infração subsistente.

Relativamente à terceira infração, a mesma acusa falta de fornecimento dos arquivos magnéticos. Conforme apreciado na infração anterior o contribuinte foi intimado em 05/11/10 (fl. 8) para apresentar num prazo de trinta dias os arquivos magnéticos entregues à SEFAZ relativos aos meses de fevereiro, março, abril e julho/10, sem os Registros 60R.

Não tendo sido atendido na primeira intimação a empresa foi intimada novamente em 06/12/10 (fl. 11) para apresentar os arquivos anteriormente solicitados, conforme Relatório de Diagnósticos (fls. 12/14) e demonstrativo da multa aplicada (fl. 15).

Na defesa apresentada o impugnante não negou o cometimento da infração. Alegou apenas que a fiscalização não apurou qualquer valor a recolher de ICMS; não causou prejuízo ao Estado e que a multa aplicada é desproporcional, irrazoável e possui efeito confiscatório, solicitando que fosse reduzida.

Conforme acima relatado o contribuinte foi intimado em 05/11/10 e novamente em 06/12/10 para fazer entrega dos arquivos magnéticos solicitados com a inserção dos Registros 60R e tendo o Auto de Infração sido lavrado em 31/03/11 decorreram quase cinco meses sem que os arquivos magnéticos fossem entregues corrigidos à fiscalização. Logo, ficou caracterizada a infração.

Quanto aos argumentos defensivos de que não foi apurado valor de imposto a recolher e não foi causado qualquer prejuízo à Fazenda Pública, não pode ser acolhido, tendo em vista que conforme intimações juntadas às fls. 5 e 6, a empresa não atendeu às intimações de 05/11/10 e 06/12/10 para entregar livros e documentos fiscais relativos ao mesmo período que foram solicitados os arquivos magnéticos (janeiro/julho/10) o que culminou na primeira infração.

Portanto, sem a entrega dos livros, documentos fiscais e arquivos magnéticos, a fiscalização ficou impedida de exercer sua atividade fiscalizadora para certificar-se da correção dos procedimentos fiscais adotados pelo estabelecimento autuado, logo não pode ser considerado que houve apuração de imposto a recolher, nem ausência de prejuízo à Fazenda Pública.

Em relação aos argumentos defensivos de que a multa aplicada é desproporcional, irrazoável e confiscatória, observo que a mesma é prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96, portanto é legal a sua aplicação.

Além disso, os arquivos magnéticos contendo o Registro 60R servem para informar as operações e prestações realizadas com os documentos fiscais emitidos por equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), instituídos desde o Convênio ICMS nº 57/95, com a redação dada pelo Convênio ICMS nº 31/99 e não é razoável que o estabelecimento com faturamento mensal superior a dez milhões de Reais (fl. 15) ainda não tenha adequado seu sistema de processamento de dados para atender a determinação contida na legislação fiscal, além da não entrega de livros e documentos fiscais.

Ressalte-se que o Registro 60R é necessário para aplicação de diversos roteiros de auditorias fiscais e a sua ausência inviabiliza a aplicação de roteiros de fiscalização, uma vez que se torna impossível identificar individualmente as mercadorias, objeto das saídas realizadas pelo estabelecimento.

Também considero que a partir da primeira intimação até a lavratura do Auto de Infração decorreram quase cinco meses sem que o contribuinte fizesse a correção dos arquivos e que o autuante fez constar nas intimações alerta de que a falta de entrega dos arquivos magnéticos com os Registros 60R culminaria em aplicação de multa de 5% (cinco por cento) do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, limitada a 1% das saídas do estabelecimento em cada período de apuração. Por conseguinte, era de conhecimento do contribuinte que o descumprimento das intimações implicava no montante da multa aplicada.

Pelas razões acima expostas não acato o pedido de redução da multa. Infração procedente.

Inconformado, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário no qual repetiu todas as suas alegações defensivas.

Discorre sobre as infrações e preliminarmente suscita a nulidade da autuação nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN) por ausência de certeza e liquidez do Auto de Infração.

Argumenta que o lançamento não descreve os fatos com clareza o que configura cerceamento de defesa. Comenta que apesar da referência ao fato de que “*teria sido intimada por duas vezes a apresentar os arquivos magnéticos reclamados, não faz menção a quem teria recebido tais intimações em seu nome tampouco providenciou a entrega de cópias das referidas autuações no momento da lavratura do Auto de Infração*”.

Transcreve diversas Ementas e parte de texto de doutrinadores para reforçar o seu posicionamento de que “*a simples menção de período ou valores no Auto de Infração impossibilita esclarecimento minucioso, além da ausência do fato gerador, ocasionando até mesmo cerceamento de defesa, levando à nulidade de qualquer lançamento*”.

No mérito, afirma que mesmo que venha a ser superada a nulidade suscitada, a acusação não pode prosperar por entender que as multas aplicadas possuem caráter eminentemente confiscatório e abusivo. Alega que não agiu com dolo e que ao tomar conhecimento da exigência da fiscalização providenciou oportunamente a entrega dos arquivos magnéticos requeridos.

Ressalta que a fiscalização não apurou qualquer valor a recolher de ICMS demonstrando que sua conduta não causou prejuízo ao Erário, porém o valor de R\$507.044,45 tem efeito confiscatório por não guardar correlação com eventual descumprimento de obrigação principal.

Discorre sobre a natureza das multas, correlação entre a infração e a penalidade em função do comportamento do sujeito passivo, com as devidas proporções entre a falta cometida e a sanção imposta. Afirma que a exigência de multa em percentuais elevados representa um verdadeiro excesso de exação punindo confiscatoriamente o contribuinte que agiu com boa fé.

Argumenta que as multas aplicadas ofendem os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, cujo confisco é vedado pela Constituição Federal (artigos, 51, 170 e 150), caracterizada pela desproporcionalidade entre o valor do imposto devido tratando de obrigação principal e no caso de multa de caráter acessório pelo gravame do tributo com a falta ou infração praticada.

Aduz que no presente caso o caráter confiscatório é ostensivo, ultrapassa os aspectos lógicos, racional e fundamentalmente legal configurando em locupletamento ilícito além de confiscar-lhe o patrimônio por meio da referida multa. Transcreve decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) que repudiaram cobranças que tivesse cunho confiscatório (74/320; 78/610; 79/478; 96/1354), mesmo antes da existência do art. 150, IV da CF.

Transcreve o art. 145, §1º da CF e manifesta que conforme Decisão do Tribunal Pleno do STF no julgamento da ADI 1075 MC em 17/06/98 compete aos Estados instituírem os impostos outorgados pela Constituição Federal, mas estes entes não podem se valer de meios indiretos para retirar propriedade dos cidadãos ofendendo os direitos e garantias fundamentais.

Reitera que sua conduta não causou qualquer prejuízo ao Erário, visto que a fiscalização não apurou qualquer omissão de imposto a recolher, o que demonstra conduta exemplar, ausência de dolo, fato que deve ser relevado em relação à penalidade imposta. Transcreve ementa de Decisão DRT-04 114808/2008 do Tribunal de Imposto e Taxas do Estado de São Paulo na qual foi provido Recurso no sentido de reduzir a multa aplicada devido à ausência de ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Diz que as omissões já foram corrigidas.

Conclui dizendo que é forçoso reconhecer a impossibilidade de suportar tamanho ônus com o pagamento de penalidade exorbitante e abusiva e caso se entenda pela impossibilidade de anulação da multa imposta, pleiteia subsidiariamente que a mesma seja reduzida a patamar que atenda aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Em Parecer de fls. 88-90, a PGE/PROFIS, por intermédio do Procurador José Augusto Martins Junior, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Quanto à nulidade, entende que o Auto de Infração foi lavrado com a devida identificação do sujeito passivo, fato gerador, multa, total do débito e dispositivos infringidos, em observância aos arts. 38 a 41 do RPAF.

Diz que a multa não é confiscatória, pois foi aplicada com base na legislação vigente. Argumenta que a CF/88, ao dispor sobre confisco, somente se refere à aplicação de tributos, e não trata de multas.

VOTO

Quanto à nulidade, entendo que as infrações imputadas ao contribuinte estão claramente tipificadas no Auto de Infração, com a devida descrição fática e fundamentação legal. Assim, não há qualquer cerceamento ao direito de defesa do contribuinte. Como bem frisou a Decisão recorrida, o contribuinte entende perfeitamente as infrações imputadas, sobre as quais não resta qualquer dúvida.

Observe-se que os documentos acostados às fls. 8, 9, 10 e 11 identificam os prepostos legais da empresa que receberam as intimações. Há a indicação dos cargos, da identidade funcional e da matrícula na empresa, com aposição de carimbo.

Além disso, frise-se que as pessoas que receberam a intimação da autuação para apresentação de defesa, conforme consta na ciência do Auto de Infração, foram as mesmas que receberam as intimações que motivaram as infrações imputadas, as Sr^{as} Iracema da Silva Ramos e Márcia Sodré Almeida. Como o contribuinte apresentou a sua Impugnação dentro do prazo, percebe-se que estas pessoas representam sim a empresa e, portanto, não há qualquer nulidade nas intimações recebidas. Em tais intimações constam todos os documentos cujas omissões, inconsistências e a não entrega motivaram as infrações imputadas.

Ante ao exposto, rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

Ex officio, observo que a conduta descrita na infração 1 não é a de embaraço à fiscalização, pois, a não apresentação de documentos exigidos mediante intimação é outra conduta. Embaraço à fiscalização se concretiza quando o contribuinte dificulta o trabalho do agente fiscal, quando tenta impedir que o agente fiscal realize seu trabalho, por exemplo, negando-se a receber o agente fiscal em seu estabelecimento.

A conduta descrita no Auto de Infração acarretaria outra multa, a prevista no art. 42, inciso XX, da Lei nº 7.014/96, em razão de “*deixar de exhibir livro ou documento*”.

Assim, como a infração 1 (embaraço à fiscalização) não se concretizou, resta improcedente este item da autuação fiscal.

Quanto às alegações de mérito, vejo que o sujeito passivo se limita a arguir a confiscatoriedade, a desproporcionalidade e ofensa à capacidade contributiva das multas aplicadas, em especial a referente à infração 3, cujo valor ultrapassa quinhentos mil reais.

De logo, advirto que as multas aplicadas estão previstas na legislação vigente e o art. 167, I, do RPAF, impede que este Órgão Julgador deixe de aplicar a lei estadual por considerá-la inconstitucional. Não cabe a apreciação de inconstitucionalidade da legislação estadual.

Observo, ainda, que o contribuinte alega que não houve prejuízo ao Erário, destarte, cabe a apreciação se é cabível ou não a aplicação da previsão legal constante no §7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96, que permite a redução de multas aplicadas em desobediência de obrigações acessórias, quando for verificada a ausência de dolo, fraude ou simulação e também quando não for constatada falta de recolhimento do imposto.

Segundo o contribuinte, a fiscalização possuía outros meios de fiscalização e não apurou qualquer imposto devido. Observo que tal assertiva não merece acolhimento, pois, não foram entregues pelo contribuinte os documentos que foram requeridos pelo autuante na intimação de fl. 05 (livros Registro de Entrada, Registro de Saídas, Registro de Apuração, Registro de Inventário, Notas Fiscais de entrada e de saída, Memória de Cálculo da antecipação tributária).

Assim, o autuante somente poderia realizar a sua fiscalização com base nos arquivos SINTEGRA, os quais possuíam omissões e inconsistências, conforme consta às fls. 08 e 09. Como o contribuinte não atendeu as intimações, só restou ao autuante aplicar multas por descumprimento de obrigação acessória.

Aduz, ainda, o contribuinte que corrigiu as omissões, no entanto, não traz tal prova para os autos do processo.

Diante de tal situação, verifico que não é possível afirmar que o contribuinte não deixou de recolher o imposto, observe-se que toda a sua conduta impossibilitou que a apuração do ICMS fosse fiscalizada.

Não resta comprovada, portanto, que o contribuinte recolheu todo o imposto devido no período em que foram constatadas as omissões e inconsistências nos arquivos SINTEGRA, destarte, não está preenchido um dos dois requisitos para a aplicação do art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96. Permanece, portanto, a multa aplicada.

Ante ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e *ex officio* declaro a improcedência da infração 1.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 140779.0003/11-0, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO (EXTRA SUPMERCADO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando o valor de **R\$506.584,45**, previstas no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9 837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS