



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 040.574.2012-6

Recurso VOL/CRF Nº092/2014

Recorrente:COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO

Recorrida:GERÊNCIA EXEC.DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

Preparadora:RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

Autuante:SÉRGIO RICARDO ARAÚJO DO NASCIMENTO

Relatora:Consª. NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO

OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. ARQUIVO MAGNÉTICO. INFORMAÇÕES OMITIDAS. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Constatada nos autos a existência de informações nos arquivos magnéticos e digitais omitidas nos livros fiscais, impõe-se a aplicação da penalidade por descumprimento de obrigação acessória nos termos da legislação de regência.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros da **1ª Câmara** de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do *recurso voluntário*, por regular, e, quanto ao mérito pelo seu *desproimento*, para manter, a sentença exarada na instância monocrática, julgando *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000643/2012-32, lavrado em 21 de abril de 2012, contra a empresa, COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO (CCICMS: 16.001.464-6), declarando como devido o crédito tributário no valor R\$ 80.116,17 (oitenta mil, cento e dezesseis reais e dezessete centavos), por descumprimento de obrigação acessória, nos termos do art. 85, II e IX, “k” da Lei n.º 6.379/96, por infrações estabelecidas nos artigos 306 e parágrafos, c/c art. 335, do RICMS/PB.

P.R.I.

Primeira Câmara, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de março de 2017.

Nayla Coeli da Costa Brito Carvalho
Consª. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da 1ª Câmara, GILVIA DANTAS MACEDO, THAIS GUIMARÃES TEIXEIRA e MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA.

Assessora Jurídica

RELATÓRIO

Cuida-se do recurso voluntário, interposto nos termos do art. 77 da Lei nº 10.094/13, contra a decisão proferida em primeira instância, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000643/2012-32, lavrado em 21 de abril de 2012, contra a empresa, COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO (CCICMS: 16.001.464-6), em razão das seguintes irregularidades, conforme descrição dos fatos:

· “ARQUIVO MAGNÉTICO – INFORMAÇÕES OMITIDAS >> O contribuinte está sendo autuado por omitir no arquivo magnético/digital, informações constantes nos documentos ou livros fiscais obrigatórios.”

· “ARQUIVO MAGNÉTICO – INFORMAÇÕES OMITIDAS >> O contribuinte está sendo autuado por omitir no arquivo magnético/digital, informações constantes nos documentos ou livros fiscais obrigatórios.”

Em decorrência da acusação, foi constituído, na peça acusatória, fls. 3-4, o crédito tributário, no valor de R\$ 80.116,17 (oitenta mil, cento e dezesseis reais e dezessete centavos), por descumprimento de obrigação acessória, infrações estabelecidas nos artigos 306 e parágrafos, c/c art. 335, art. 119, VIII, c/c art. 272, todos do RICMS/PB, arremadas no art. 85, II e IX, “k” da Lei n.º 6.379/96.

Documentos instrutórios acostados às fls. 5-35, dos autos, que deram suporte à lavratura.

Cientificada regularmente, por via postal, conforme atesta o Aviso de Recebimento – AR nº RM 68173735 5 BR, recepcionado em 27/04/2011, fls. 37, nos termos do art. 46, II, da Lei nº 10.094/13, a autuada, tempestivamente ingressou com peça reclamatória, fls. 39 - 48, protocolada em 25/05/2012, por meio da qual, em síntese, requer seja julgada totalmente improcedente a ação fiscal, a fim de que o mesmo não gere quaisquer efeitos.

Fundamenta o pedido apresentando os seguintes argumentos, em síntese:

Inicialmente, argumenta que foram violadas as garantias do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista a falta de motivação da acusação, uma vez que não há, no corpo do Auto de Infração, qualquer menção ao fato gerador.

Assevera que o presente levantamento fiscal, não contém dois requisitos imprescindíveis para que seja considerado perfeito: uma minuciosa e correta descrição dos fatos e a disposição legal infringida. Inclusive a autuação baseou-se em meras presunções, não havendo comprovação do motivo que ocasionou a lavratura do Auto de Infração.

Por fim, quanto à multa aplicada, entende que é confiscatória, posto não ter sido comprovada conduta dolosa a ensejar a aplicação da penalidade imposta.

Às fls. 49-120, na busca de comprovar suas alegações acosta documentos.

Em contestação, fls. 97-114, o autor do feito esclarece que em nenhum momento, foi cerceado o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa da reclamante, que no presente processo estão demonstrados de maneira clara todos os levantamentos realizados pela auditoria, fls. 5-35, do libelo acusatório.

No tocante ao percentual da multa, não cabe discussão administrativa do tema, haja vista que existe previsão legal para sua imputação.

Com informação de haver antecedentes fiscais, fl. 126, todavia sem reincidência, e com encerramento da fase de preparação dos autos, fl. 127, estes foram conclusos e encaminhados à Gerência de Julgamento de Processos Fiscais, distribuídos ao julgador singular, Sidney Watson Fagundes da Silva, que decidiu pela *procedência* da exordial, informando que em sendo constatada nos autos a existência de informações em documentos fiscais que foram omitidas nos arquivos magnéticos, impõe-se a aplicação da penalidade por descumprimento de obrigação acessória nos termos do artigo 85, IX, “k” da Lei nº 6.379/96, fls. 129-139, do libelo acusatório.

Cientificada, regularmente, da decisão singular por via postal, conforme atesta o Aviso de Recebimento – AR, recepcionado em 13/3/2015, nos termos do art. 46, II, da Lei nº 10.094/13, a autuada, tempestivamente e por intermédio de advogados devidamente habilitados para representá-la, fls. 144-150, ingressou com *recurso voluntário*, protocolado em 7/4/2015, exercitando seus

direitos ao Contraditório e à Ampla Defesa, por meio do qual, em síntese, requer a nulidade do procedimento fiscal, pois as garantias do contraditório e da ampla defesa foram violadas pela total falta de motivação da acusação, uma vez que não há no corpo do auto de infração lavrado, qualquer descrição dos fatos que motivaram o lançamento.

A autuação baseou-se em meras presunções, não havendo comprovação do motivo que ocasionou a lavratura do Auto de Infração.

A infração refere-se à suposta falta de lançamento de notas fiscais no livro de registro de entradas e saídas, apontadas pela autoridade fiscal, em meras suposições.

Quanto à multa aplicada, entende que o percentual cobrado representa um verdadeiro excesso de exação, conquanto viola a proibição constitucional do confisco.

Em sequência os autos foram distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

É o relatório.

VOTO

Versam os autos sobre o descumprimento de obrigações acessórias, quanto à omissão no arquivo magnético/digital informações constantes nos documentos ou livros fiscais, elencadas e particularizadas, nos autos, fls. 3-4, tendo como objeto o *recurso voluntário*, interposto contra decisão monocrática, que julgou procedente o lançamento de ofício, oriundo da lide em comento.

Determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional. Com efeito, sabe-se que um ato administrativo só poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. O libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme aduz-se dos artigos, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13:

“Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de

infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.”.

Assim, reiteramos que a lavratura do Auto de Infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, que serão devidamente transcritos e analisados quando da análise do mérito, e ainda, *se oportunizou ao reclamante todos os momentos para que se defendesse, em reclamação e recuso voluntário, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo, alguns dos pilares do ordenamento jurídico processual.*

Nesse norte, as naturezas das infrações estão perfeitamente definidas e a pessoa do infrator corretamente identificada, de modo que o lançamento de ofício atende aos requisitos da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13, não ensejando nulidade.

No que concerne ao prazo decadencial para a constituição do crédito relativo às obrigações acessórias, este é regido pelo art. 173, I do Código Tributário Nacional - CTN, tendo em vista tratar-se de lançamento de ofício, consoante a previsão do art. 149, incisos II, IV e VI do CTN.

Examinando a exordial, observa-se que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Sendo assim, nenhum dos lançamentos contidos no Auto de Infração foi alcançado pelo instituto da decadência.

Quanto ao mérito, examinando a acusação de *Arquivo Magnético – Informações Omitidas*, trata-se de acusação por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência de omissão, no arquivo magnético (Guia de Informação Mensal – GIM), de informações constantes nos documentos ou livros fiscais obrigatórios, cuja exigência corresponde à aplicação de multa de 5% (cinco por cento) sobre o valor total das saídas dos documentos omitidos.

Como se sabe, os contribuintes usuários de sistema de emissão e escrituração fiscal, por processamento de dados, ficam obrigados a fornecer Arquivo Magnético contendo as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos recebidos, ou emitidos, por qualquer meio, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração. Tal obrigação encontra-se disciplinada no artigo 306, caput e § 5º, do RICMS/PB, *verbis*:

“Art. 306. O contribuinte usuário do sistema de emissão e escrituração fiscal de que trata o art. 301, estará obrigado a manter, pelo prazo decadencial, as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos recebidos ou emitidos por qualquer meio, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração, na forma estabelecida neste Regulamento (Convênios ICMS 57/95, 66/98 e 39/00):

(...)

§ 5º O contribuinte deverá fornecer, nos casos estabelecidos neste Regulamento, arquivo magnético contendo as informações previstas neste artigo, atendendo às especificações técnicas descritas no Manual de Orientação vigentes na data de entrega do arquivo (Convênio ICMS 39/00)”.

Constatado, pela fiscalização, que as informações apresentadas pela empresa nos arquivos magnéticos não espelhavam realidade fiscal registrada nos livros fiscais obrigatórios, em evidente descumprimento ao artigo supramencionado, a autuada ficou à mercê da penalidade prevista no art. 85, inciso IX, alínea “k” da Lei nº 6.379/96, como se segue:

“Art. 85. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso I, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

IX - de 05 (cinco) a 400 (quatrocentas) UFR-PB, aos que cometerem as infrações relativas a processamento de dados, abaixo relacionadas:

(...)

k) omitir ou apresentar informações divergentes das constantes nos documentos ou livros fiscais obrigatórios – multa equivalente a 5% (cinco por cento) do somatório dos valores totais dos documentos de entrada e saída que deveriam constar no arquivo magnético/digital fornecido, não podendo a multa ser inferior a 20 (vinte) UFR–PB (Redação vigente até a edição da Lei nº 10.008, que passou a produzir efeitos a partir de 01/09/2013)”;

Com efeito, a criação de tal sanção surgiu da necessidade de compelir os contribuintes a apresentarem informações fidedignas ao Fisco, quando da entrega do arquivo magnético/digital, integrante da Guia de Informação Mensal do ICMS - GIM, penalizando aqueles que prestassem informações com inobservância da legislação tributária, que omitiu lançamento de notas fiscais de entrada.

Conforme se vê nos autos, há plena legalidade na norma punitiva, com comprovação da infração contida na omissão de operações fiscais realizadas nos arquivos magnéticos devidos em relação aos livros fiscais competentes, tipificando a conduta infringente do contribuinte com caracterização de descumprimento de obrigação acessória, que estabelece multa equivalente a 5% (cinco por cento) do somatório dos valores totais dos documentos de entrada e saída que deveriam constar no arquivo magnético/digital fornecido, não sendo a norma obscura no que atinge à determinação da base de cálculo.

No caso em questão, verifica-se que não constam as informações de algumas notas fiscais de entrada nos arquivos magnéticos-GIM's, e que puderam ser devidamente pormenorizadas e identificadas, por demonstrativo acostado, fls. 5-35, dos autos.

Todas as informações que originaram as divergências apontadas pelo Fisco constam nas notas fiscais emitidas e/ou recebidas pela empresa e nos arquivos magnéticos transmitidos à SER, não tendo havido inserção, no Auto de Infração, de nenhum elemento estranho ao contribuinte.

Não há, portanto, como prosperar a alegação de cerceamento de defesa, pois os elementos probatórios apresentados nos autos contêm todas as informações necessárias para a identificação minuciosa dos fatos que motivaram a lavratura do Auto de Infração, possuindo correspondência perfeita com a descrição da infração e com a disposição legal infringida, nele inseridas.

Assim sendo, os lançamentos não se basearam em presunções, como pretendeu demonstrar a recursante, mas em provas que constam dos autos.

Uma vez caracterizada a ocorrência da conduta infringente, deve recair sobre a autuada o ônus da condenação ao pagamento da multa acessória de 5% (cinco por cento) sobre o valor total dos documentos omitidos, prevista no art. 85, IX, “k”, da Lei nº 6.379/96.

Por força do supracitado dispositivo legal, a aplicação da multa de caráter acessório no percentual estabelecido pela alínea “k”, encontra-se contida nos limites traçados pelo inciso IX do art. 85 da Lei nº 6.379/96.

Sobre a matéria, convém registrar que houve pronunciamento recente da *Instância Especial desta Secretaria (Decisão nº 1/2014 – SER)*^[1], vindo dirimir quaisquer dúvidas quanto à obscuridade ou não da norma, ao decidir que o dispositivo legal em questão encontra-se em perfeita vigência à época do fato infringente motivador da aplicação da multa proposta, razão por que deve ser aplicado ao respectivo caso, destacando-se o seguinte fundamento:

“Nesse sentido é cristalino, o legislador adotou um mesmo preceito secundário para as duas condutas descritas na adversada alínea “K”, qual seja, multa equivalente a 5% (cinco) por cento do somatório dos valores totais dos documentos de entrada e saída apresentados pela empresa e aqueles fornecido no arquivo magnético/digital com informações divergentes, cuidando o legislador também de estabelecer no inciso IX, inclusive, o limite de 400 (quatrocentas) UFR-PB àqueles que incidissem nas condutas infrativas delineadas na norma, como foi muito bem observado pelos autuantes”.

“Portanto, conclui-se que há uma harmonização entre os elementos normativos que embasaram a infração proposta à empresa, não se vislumbrando no caso em apreciação qualquer incongruência jurídica entre os dispositivos mencionados, conforme fora apontado”.

Vale salientar, o dispositivo legal aplicado na época dos fatos (art. 85, IX, “k”) foi revogado com a alteração da Lei nº 6.379/96, dada através da Lei nº 10.008, de 05/06/2013, que passou a produzir efeitos a partir de 01/09/2013, ficando a conduta em questão disciplinada em outros termos, conforme novo artigo (81-A) introduzido também pela referida Lei, o qual somente tem validade para fatos ocorridos a partir de sua vigência, não tendo cabimento ao caso *sub judice*, pois não resulta em cominação menos severa para o contribuinte, tendo em vista que a lei tributária só poder retroagir nas hipóteses previstas no art. 106, II do Código Tributário Nacional.

Diante da confirmação do descumprimento da obrigação acessória consubstanciada nos autos pela

omissão nos arquivos magnéticos de informações constantes nos documentos ou e livros fiscais obrigatórios, analisando os valores aplicados, demonstrativo acostado às fls. 16-24, considerando o percentual de 5% do somatório dos valores totais dos documentos de entrada e saída e os limites inferior e superior (20 e 400 UFR, respectivamente), verifica-se que a multa aplicada de R\$ 80.116,17 (oitenta mil, cento e dezesseis reais e dezessete centavos), por descumprimento de obrigação acessória, encontra-se dentro das normas apresentadas.

A bem de ver, a empresa não trouxe aos autos provas, que viessem a sucumbir o crédito tributário. Em razão do exposto, com relação à multa proposta, corroboro com a decisão singular, para decretar a *procedência* da acusação em sua totalidade.

Em relação ao questionamento de que a multa encontra-se irrazoável e de que seu percentual encontra-se excessivo, portanto em afronta aos princípios constitucional da Vedação ao Confisco, não vejo como prosperar tal pleito recursal pelos motivos a seguir expostos.

É cediço que a nossa Constituição Federal de 1988 trata do princípio de vedação ao confisco, dos tributos, no art. 150, IV. *In verbis*:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

IV – utilizar tributo com efeito de confisco”; (g. n.)

Neste norte, em que pese às multas figurarem, assim como os tributos, no campo das receitas derivadas do estado, por constituírem exploração do patrimônio do particular, com eles não se confundem conforme a definição de Tributo estabelecida no Código Tributário Nacional (Lei nº5.172/66):

“Art. 3º - Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que **não constitua sanção de ato ilícito**, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. (grifo nosso)

Como se observa, a aplicação do postulado tributário do não confisco não deve ser estendida às multas, visto estas não se configurarem tributos, mas sim sanções por ato ilícito cuja função é punir os infratores da lei e desestimular a realização de situações que possam trazer qualquer prejuízo ao Estado. Portanto, não estão limitadas ao preceito constitucional anteriormente transcrito.

Assim, as penalidades pecuniárias não têm fito arrecadatário e sua gradação varia conforme a gravidade do ato infracional praticado, quanto mais grave for o ato, maior deverá ser a penalidade aplicada. Sendo inerente aos poderes de império e de polícia do Estado no dever de coibir práticas ilegais e lesivas aos cofres públicos. Deste modo, não se vislumbra qualquer irregularidade no *quantum* da multa proposta na peça vestibular.

Além disso, os agentes do fisco atuaram nos limites da Lei nº 6.379/96 (Lei do ICMS da Paraíba) e do RICMS/PB (aprovado pelo Decreto nº 18.930/97), que são instrumentos normativos que devem ser observados. Ao propor uma multa, o fazendário toma por base as determinações desses dispositivos legais. Desrespeitá-los consistiria numa ilegalidade, que não comporta lugar no ordenamento jurídico-administrativo paraibano.

Por fim, para se desconsiderar uma determinação legal, far-se-ia necessário analisar a sua inconstitucionalidade. E, não cabe aos Tribunais Administrativos, adentrar nessa seara pretendida. Observe-se o que diz o art. 99 da Lei do ICMS da Paraíba (cujo texto é repetido no art. 687 do RICMS/PB):

“Art. 99. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade”;

Portanto, impossível se torna acolher o pleito da recorrente, para excluir a penalidade aplicada, ao argumento de serem confiscatórias ou atentatórias ao patrimônio privado. A esta Corte não cabe fazer análises de ilegalidade ou inconstitucionalidade, por falta de competência legal própria, o que torna impossível a exclusão da penalidade, visto a inexistência de fundamento de fato que o justifique.

In casu, diante destas considerações, arrimada na legislação de regência e nas considerações de cunho legal, esta Relatoria, resolve manter, quanto aos valores, o crédito tributário sentenciado, julgando pela *procedência* do feito fiscal, conforme aponta os seguintes valores para o crédito tributário devido:

Em face desta constatação processual,

VOTO pelo recebimento do *recurso voluntário*, por regular, e, quanto ao mérito pelo seu *desprovemento*, para manter, a sentença exarada na instância monocrática, julgando *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000643/2012-32, lavrado em 21 de abril de 2012, contra a empresa, COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO (CCICMS: 16.001.464-6), declarando como devido o crédito tributário no valor R\$ 80.116,17 (oitenta mil, cento e dezesseis reais e dezessete centavos), por descumprimento de obrigação acessória, nos termos do art. 85, II e IX, “k” da Lei n.º 6.379/96, por infrações estabelecidas nos artigos 306 e parágrafos, c/c art. 335, do RICMS/PB.

Primeira Câmara de Julgamento. Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de março de 2017.

NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO
Conselheira Relatora