

PROCESSO	- A.I. Nº 281318.0106/03-5
RECORRENTE	- ELETRO-RIO COMÉRCIO DE MATERIAIS ELÉTRICOS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0392-01/03
ORIGEM	- SANTO ANTONIO DE JESUS
INTERNET	- 07.01.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0182-12/03

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO ELETRÔNICO DE DADOS. DIVERGÊNCIAS ENTRE OS VALORES DOS LIVROS FISCAIS E OS DO ARQUIVO MAGNÉTICO APRESENTADO AO FISCO. MULTA. A multa foi aplicada de forma equivocada – erro de enquadramento. Erros dessa natureza podem dar margem à nulidade do procedimento, por cercear ou dificultar a defesa. Porém, tendo em vista a forma como o fato foi descrito, fica patente a real natureza do cometimento, inclusive em face dos demonstrativos anexados aos autos. Não é possível, contudo, “corrigir” a multa para mais, no julgamento, pois se assim se fizesse estariam sendo feridos direitos do contribuinte, sobretudo o princípio do devido processo legal. Afastada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime. Reduzido o valor da multa aplicada, de acordo com o § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

RELATÓRIO

Recorre o contribuinte da Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/03, para a cobrança de multa por omissão de operações de entrada e saída apresentadas através de meio magnético, com valores mensais inferiores aos valores escriturados nos livros fiscais e declarados nas DMAs, compreendendo os exercícios de 2000, 2001 e 2002, totalizando R\$46.384,33.

O contribuinte em sua defesa suscita como preliminar de nulidade do procedimento a falta de tipificação legal da infração. Toma por fundamento da nulidade os preceitos dos arts. 18, IV, “a”, e 19 do RPAF/99. Argumenta que o enquadramento legal utilizado pelo autuante para embasar a multa aplicada não encontra qualquer relação lógica com a descrição dos fatos, contida no bojo do presente Auto de Infração. Transcreve o dispositivo regulamentar em que se baseou o fisco para aplicar a multa, demonstrando que a multa estipulada no art. 915, XIII-A, “g”, do RICMS/97, é para os casos em que não seja fornecido o arquivo magnético das operações realizadas, ou para os casos em que o arquivo magnético seja entregue em padrão diferente do previsto na legislação ou em condições que impossibilitem sua leitura. A defesa observa que, em face da descrição do fato, no Auto de Infração, o cometimento não se enquadra no dispositivo regulamentar escolhido pelo autuante para aplicação da multa. Frisa que os arquivos magnéticos com as informações das operações realizadas foram devidamente fornecidos pela empresa, e a prova disso é que o próprio autuante anexou ao processo a relação completa das notas fiscais de entradas e de saídas

fornecidas pela empresa através de meio magnético, tendo a entrega sido protocolada e recepcionada pelo Sintegra, o que pode ser confirmado também com a relação de arquivos magnéticos transmitidos pelo contribuinte e recepcionados pela SEFAZ. Assegura que os arquivos foram entregues obedecendo à forma prevista na legislação, sendo que as condições de leitura eram perfeitas, tanto assim que os elementos foram impressos e anexados ao processo. Aduz que o fato de haver, conforme acusa o autuante, diferenças em relação às informações constantes nos livros fiscais e nas DMAs não tem o condão de descaracterizar o cumprimento da obrigação acessória com relação às referidas informações.

Na apreciação do mérito do procedimento, a defesa nega que tivesse havido a infração apontada. Diz que, periodicamente, de forma tempestiva, os arquivos magnéticos com as informações das operações realizadas foram entregues, como prevê a legislação. Alega que não tem culpa quanto às diferenças apontadas pelo fisco, pois até 31/12/02 – termo final do período fiscalizado – o programa Sintegra da SEFAZ não possibilitava que o contribuinte tivesse acesso visual às informações ali constantes, de modo que a empresa, após gerar o documento, enviava-o pela internet, sem poder checar as informações que estavam sendo remetidas. Considera que esse era um grave defeito do programa, o qual somente foi corrigido a partir de 2003. Alega que a empresa não dispunha de recursos que lhe possibilitassem visualizar as informações que estava enviando, de modo a poder conferir e sanar as incorreções que naturalmente ocorrem, por erros de digitação ou por falhas no ato da transferência de dados de um programa para outro. Comenta que quando elabora a DMA também ocorrem erros, mas no caso da DMA o programa, diferentemente do empregado no Sintegra, permite a visualização dos dados antes da remessa eletrônica. Diz que isso fica patente pelo fato de o fisco não ter encontrado diferenças entre os dados das DMAs e os dos livros fiscais. Conclui dizendo que as diferenças apontadas pelo autuante, se realmente existem, decorrem de falhas eletrônicas que fogem a qualquer conhecimento da empresa, pois, conforme foi explicado, jamais teve acesso a tais informações antes de enviá-las por meio eletrônico. Protesta que a multa em questão é inaplicável porque em momento algum a empresa deixou de cumprir suas obrigações acessórias.

Pede que seja acolhida a preliminar suscitada, decretando-se a nulidade do procedimento, ou, sendo ela ultrapassada, no mérito o lançamento seja julgado improcedente.

O fiscal autuante prestou informação salientando a importância das informações através do Sintegra. Considera falta grave omitir informações para o Sintegra, pois isso implica prejuízo a todo o sistema, no plano nacional, haja vista que o Sintegra tem por objetivo o cruzamento e a integração de dados entre os diversos entes da Federação. Observa que as operações não informadas são a base de cálculo da cobrança da multa de que trata o art. 915, XIII-A, “g”, do RICMS/BA. Diz não haver fundamento para a alegação do autuado de que não teria acesso ao conteúdo das informações remetidas, pois tais informações são todas geradas exclusivamente pelo contribuinte. Além disso, o Sintegra gera relatório informando ao contribuinte o total de registros enviados. Diz que o Sintegra não é coisa nova, pois está em vigor desde 1995. A seu ver, consta nos autos a prova das diferenças verificadas.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“O presente Auto de Infração diz respeito a multa por omissão de operações de entrada e saída apresentadas através de meio magnético, com valores mensais inferiores aos valores escriturados nos livros fiscais e declarados nas DMAs. No campo “Descrição dos Fatos”, consta que a multa é de “1% das operações omitidas nos arquivos magnéticos do autuado”. No campo reservado à indicação do dispositivo em que se fundamenta a multa, foi assinalado o art. 915, inciso XIII-A, alínea “g”, do RICMS/97.

A defesa questiona, a título de preliminar, o enquadramento legal da multa, reclamando que o dispositivo em que o fiscal se baseou não tem nenhuma relação com o fato narrado no Auto de Infração. Transcreve o dispositivo apontado no Auto – art. 915, XIII-A, “g”, do RICMS/97 –, para demonstrar que a multa ali prevista se aplica é nos casos em que não seja fornecido o arquivo magnético das operações realizadas, ou quando o arquivo magnético é entregue em padrão diferente do previsto na legislação ou em condições que impossibilitem sua leitura. Sendo assim, conclui, o fato descrito no Auto de Infração não se subsume à situação contemplada no dispositivo regulamentar acima mencionado. Chama a atenção para o fato de que os arquivos magnéticos com as informações das operações realizadas foram devidamente fornecidas pela empresa.

A empresa tem razão. O fiscal descreveu uma coisa, mas tipificou o fato em dispositivo diverso daquele que corresponderia ao cometimento efetivamente verificado.

O Auto de Infração, depois que passou a ser lavrado com base no sistema informatizado desta Secretaria, apresenta vantagens qualitativas inegáveis, a par de pequenas desvantagens. As desvantagens podem ser supridas pelo fiscal autuante. A responsabilidade pelo conteúdo do Auto de Infração não é do “sistema”, mas sim do auditor fiscal, que é quem detém a competência legal para sua emissão.

O RICMS/97, no art. 915, inciso XIII-A, acrescentado pela Alteração nº 17, repetindo os termos da Lei nº 7.014/96, com a modificação introduzida pela Lei nº 7.667/00, estipula dois tipos de multa para os usuários de sistema eletrônico de processamento de dados, uma na alínea “f”, outra na alínea “g”. A multa da alínea “f” é de 5% dos valores das operações ou prestações omitidas nos arquivos magnéticos ou informadas em valores divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ao passo que a multa da alínea “g” é de 1% dos valores das operações ou prestações quando o contribuinte deixa de fornecer o arquivo magnético das operações realizadas, ou quando o arquivo magnético é entregue em padrão diferente do previsto na legislação ou em condições que impossibilitem sua leitura.

Sendo assim, a multa neste caso não seria a da alínea “g” (1%), como equivocadamente tipificou o autuante, mas a da alínea “f” (5%).

Erros dessa natureza podem dar margem à nulidade do procedimento, por cercear ou dificultar a defesa. Porém, tendo em vista a forma como o fato foi descrito, fica patente a real natureza do cometimento, inclusive em face dos demonstrativos anexados aos autos: o contribuinte de fato informou no Sintegra valores de entradas e saídas de mercadorias em quantias inferiores às dos livros fiscais. Não houve cerceamento de defesa. E a Infração está demonstrada. As alegações da defesa de que o contribuinte não tinha como visualizar os dados antes de remetê-los não convencem. Os dados do Sintegra são gerados pelo próprio contribuinte em seus sistemas e programas. Ao fazer a remessa, o Sintegra gera relatório do procedimento.

Não posso, contudo, “corrigir” a multa para mais, pois se o fizesse estaria ferindo direitos do contribuinte, inerentes aos princípios do contraditório e da ampla defesa, e, sobretudo, pulando por cima do princípio do devido processo legal.

Deixo de representar à repartição para que renove o procedimento, haja vista que o contribuinte não pode ser apenado duas vezes pelo mesmo fato. Somente faria sentido a renovação da ação fiscal se o presente Auto de Infração fosse declarado Nulo.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Em seu Recurso, Voluntário o recorrente ratifica a arguição da preliminar de nulidade, a teor do disposto nos arts. 18, IV, “a”, e 19 do Dec. nº 7629/99, in verbis:

“Art. 18. São nulos:

IV – o lançamento de ofício:

- a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.”

Prosseguido, diz que “Com efeito, o enquadramento legal utilizado pelo autuante para embasar a multa aplicada não encontra qualquer relação lógica com a descrição dos fatos contidas no bojo do presente Auto de Infração. A multa ora aplicada está prevista no art. 915, “g” do Dec. nº 6284/97, *in verbis*:

“Art. 915. Para as infrações tipificadas neste artigo serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

XIII-A – Nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados. (Lei nº 7.667/00).

(...)

g) – 1% do valor das operações ou prestações realizadas no período, pelo não fornecimento de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão deferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura.”

Continuando diz que, pela simples leitura dos atos ensejadores do presente lançamento, percebe-se, com clareza solar, que a autuada não está enquadrada em nenhuma das hipóteses que poderiam acarretar a aplicação da multa supracitada.

No mérito, repete basicamente os argumentos expendidos em sua defesa, acrescentando: (I) De fato, como afirmam os julgadores de Primeira Instância, os dados do Sintegra são gerados pelo próprio contribuinte em seus sistemas e programas. Porém, é fato de conhecimento geral, e, portanto, incontroverso, que, até 31/12/2002, o contribuinte não tinha acesso visual às informações após a transferência de dados para o Sintegra; (II) Com relação ao “relatório” do procedimento a que aludem os julgadores, cumpre salientar que o mesmo contém tão-somente resumo dos registros apresentados, o que não comprova a possibilidade de falhas na transmissão de dados ao Sintegra.(docs. anexos); (III) Assim, constitui o cerne da discordância que ensejou a interposição do presente recurso, a irresignação do contribuinte pelo fato de estar sendo penalizado por um fato que, se ocorreu, fora em consequências que lhe impossibilitavam obter qualquer acesso ao conteúdo das informações após a transferência que gera o Sintegra; (IV) Destarte, mostra-se imprescindível a realização de perícia técnica, vez que nem o contribuinte, muito menos os ilustres julgadores, dispõem de conhecimento técnico para emitir parecer acerca dos argumentos retro-expostos.

Pede, finalmente, a nulidade do Auto de Infração ou a sua total improcedência, pelas razões elencadas.

A douta Procuradoria opina pelo Conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário sob o fundamento de que o “cerne da questão reside na omissão de operações de entradas e de saídas apresentadas através de meio magnético, com valores mensais inferiores aos valores escriturados nos livros fiscais e declarados nas DMAs. A infração fiscal constatada pelo autuante está claramente comprovada, mediante a constatação de operações omitidas nos arquivos magnéticos ou informadas em valores divergentes dos constantes nos livros e documentos fiscais. O recorrente alega a necessidade de prova pericial, todavia os elementos probantes dos autos não deixam qualquer margem de dúvida quanto a existência da infração fiscal, sendo prudente ressaltar que os dados do Sintegra são de inteira responsabilidade do contribuinte.

VOTO VENCIDO

Conheço do Recurso Voluntário para dar-lhe Provimento, e inicialmente, acolher a preliminar de nulidade do Auto de Infração, porque o próprio julgador de Primeira Instância reconheceu o erro de enquadramento da multa pelo autuante, ao afirmar: “Sendo assim, a multa neste caso não seria a da alínea “g” (1%), como equivocadamente tipificou o autuante, mas a da alínea “f” (5%). Erros dessa natureza podem dar margem à nulidade do procedimento, por cercear ou dificultar a defesa”. A seguir tece considerações sobre a natureza da infração e dos demonstrativos anexados aos autos pelo contribuinte para afirmar que realmente houve entradas e saídas de mercadorias em quantias inferiores às dos livros fiscais, e que não houve cerceamento de defesa. Conclui, textualmente: “Não posso ‘corrigir’ a multa para mais, pois se o fizesse estaria ferindo direitos do contribuinte, inerentes aos princípios do contraditório e da ampla defesa, e, sobretudo, pulando por cima do princípio do devido processo legal. Deixo de representar à repartição para que renove o procedimento, haja vista que o contribuinte não pode ser apenado duas vezes pelo mesmo fato. Somente faria sentido a renovação da ação fiscal se presente Auto de Infração fosse declarado nulo. Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.” Tenho pelo ilustre relator deste processo o maior respeito e consideração, e, principalmente por isso, peço a máxima vênia para discordar dos argumentos apresentados para fundamentar o seu voto. Parece-me extremamente contraditória a afirmativa de que o autuante enganou-se ao tipificar a multa a ser aplicada ao caso em lide, e apesar disso, vota pela procedência da autuação. Ora, é evidente que o erro de tipificação da multa é motivo de nulidade absoluta do Auto de Infração, como argüiu o contribuinte, citando o dispositivo do COTEB que rege a matéria. Dizer-se que não houve cerceamento de defesa por que ficou patente a natureza do cometimento é, no mínimo, inadequado, pois somente após a caracterização evidente da infração cometida, pode-se concluir pela justeza e correção da penalidade aplicada. E o contribuinte em sua contestação argumenta que o enquadramento legal utilizado pelo autuante para embasar a multa aplicada não encontra qualquer relação lógica com a descrição dos fatos. Por todas essas razões dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar NULO o Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Tendo sido a Decisão da 2ª Câmara divergente daquela proposta pelo ilustre Relator, e tendo cabido a mim a redação do voto vencedor, o faço nos seguintes termos:

Na descrição dos fatos consta que o contribuinte deixou de cumprir exigências do Conv. 57/95 e que foi efetuada a cobrança de 1% das operações omitidas nos arquivos magnéticos do autuado. Embora o autuante não explicita a natureza da cobrança, cotejando-se a descrição dos fatos com

a tipificação da infração, verificamos tratar-se da multa por descumprimento de obrigação acessória prevista no inciso XIII-A, alínea "g", do art. 915 do RICMS em vigor, no que reproduz norma do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

No Auto de Infração lavrado e em seus anexos observa-se que as operações omitidas do Sintegra foram determinadas pela comparação do respectivo arquivo magnético com os dados da DMA dos períodos correspondentes, ou seja, o contribuinte já informara ao Fisco o valor de suas operações através de outro arquivo magnético, neste caso a DMA, arquivo que serve para o controle fiscal, quase imediato, do pagamento do imposto mensal.

A pena pela infração descrita no item 1 do Auto de Infração está tipificada na alínea "f" do inciso XIII-A como:

"f) 5% do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes;"

No entanto, o autuante, afastando-se do texto da lei, propôs a aplicação da multa prevista na alínea g do mesmo inciso, que só se aplica pelo não fornecimento, nos prazos previstos na legislação, de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura, o que não é o caso do presente Auto de Infração, tendo em vista que o autuado apresentou os arquivos magnéticos em padrão que permitiu ao Fisco a sua leitura, sem a qual seria impossível a comparação dos dados com os dados da DMA.

Divirjo do ilustre relator do julgamento de primeira instância quando afirma que não cabe ao órgão julgador corrigir a multa aplicada, porque é exatamente função deste colegiado, diante da proposta do autuante, corrigir os eventuais equívocos e fazer a correta aplicação da pena. Observo que não se trata de mudar a materialidade da acusação fiscal, pois a infração está bem caracterizada e os valores corretamente demonstrados, mas de identificar e aplicar a multa correta para a infração tipificada. O crédito tributário é indisponível e o autuante não tem a prerrogativa de aplicar a multa que entender adequada, e sim de propor a aplicação da pena prevista em lei. Tanto é assim, que no controle da legalidade, observando que o contribuinte se apressou a fazer o pagamento de multa incorretamente proposta, cumprirá ao órgão competente promover a correção da exigência.

Assim, caberia a este Conselho aplicar a multa de 5%, prevista na alínea g, do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Observando, porém, que a multa pela falta de apresentação, no prazo regulamentar, da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) ou de sua Cédula Suplementar (CS-DMA) enseja a multa de apenas R\$460,00 e que a entrega da DMA pelo autuado revela a ausência de dolo ou de interesse de fraude ou de simulação, entendo que a multa proposta pelo autuante se revela por demais gravosa, caracterizando-se como irrazoável e distante do seu objetivo, posto que, independente da apenação, uma simples intimação poderia ter levado o contribuinte a promover a correção do ato infringente, posto que, se os dados serviram para a elaboração da DMA, certamente estão disponíveis para a elaboração de outros arquivos magnéticos. Por isso, tendo em vista a prerrogativa que tem o órgão julgador administrativo de reduzir ou cancelar as multas por descumprimento de obrigações acessórias, como previsto no §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, proponho a este colegiado a redução da multa aplicada para R\$500,00 (quinhentos reais).

VOTO EM SEPARADO

Efetivamente não vislumbro nos autos motivos capazes de suscitar a nulidade do presente Auto de Infração, razão pela qual divirjo do entendimento do ilustre Conselheiro Relator, os quais, ao meu ver, não se sustentam ante os fundamentos esposados pelo voto do julgador da 1ª Instância.

Apesar deste Conselho já haver se manifestado em outros julgamentos quanto às aplicações de penalidades relativas às ocorrências envolvendo arquivos magnéticos (falta de entrega, entrega com informações incorretas ou com ausência de dados) vejo que, no caso presente, a entrega dos arquivos com omissão de operações de entradas e de saídas restou plenamente caracterizada, razão pela qual, deve permanecer inalterada a Decisão da 1ª Instância de julgamento. Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 manter **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281318.0106/03-5, lavrado contra **ELETRO-RIO COMÉRCIO DE MATERIAIS ELÉTRICOS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa de **R\$500,00**, reduzida de acordo com o § 7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros - José Carlos Barros Rodeiro, Tolstoi Seara Nolasco, José Raimundo Ferreira dos Santos e César Augusto da Silva Fonseca.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros - Fauze Midlej (preliminar e mérito), Carlos Fábio Cabral Ferreira (mérito).

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de Dezembro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/VOTO EM SEPARADO

FAUZE MIDLEJ - RELATOR/VOTO VENCIDO

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA - VOTO VENCEDOR

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