

PROCESSO - A. I. Nº 276468.0051/05-0
RECORRENTE - INDÚSTRIA DE AUTO PEÇAS JARDIM LTDA. (AUTO PEÇAS JARDIM)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0443-04/05
ORIGEM - INFAC CAMAÇARI
INTERNET - 23/03/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0109-12/06

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. CONTRIBUINTE USUÁRIO DE SEPD PARA EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Modificada a Decisão recorrida. Redução do valor da multa com base no art. 158, do RPAF/99 e 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a referida Decisão prolatada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JJF 0443-04/05, que julgou pela Procedência do Auto em epígrafe.

O Auto de Infração exige multa no valor de R\$836.793,86, em razão do contribuinte não ter fornecido arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

O contribuinte foi regularmente intimado a apresentar os arquivos magnéticos do SINTEGRA, referentes ao período de 01/01/2004 até 30/06/2005, não tendo apresentado os referidos arquivos até a presente data.

O autuado ingressou com defesa, na qual teceu os seguintes argumentos:

Alegou que a falta de entrega dos arquivos magnéticos ocorreu por motivos alheios à vontade do contribuinte, mas que a empresa autuada foi adquirida pelo Grupo Sodecia em janeiro de 2004, e, desde então, vem tentando adequar o novo sistema de processamento de dados, utilizado nas operações do Grupo, para atender às exigências da SEFAZ/Ba, envidando esforços na busca de um sistema integrado capaz de atender às necessidades do fisco baiano. Relatou que desde o inicio de 2004, a nova administração vem tentando sanar as dificuldades encontradas, o que não foi possível até o momento, em que pese continuar tentando contornar os problemas, inclusive com a aquisição de novos programas e contratando funcionários para a digitalização dos dados e implantação dos novos sistemas, gerando enormes custos para o contribuinte.

Pidiu a nulidade da autuação, vez que a multa aplicada teve por base um levantamento de saídas equivocado, resultando numa cobrança desproporcional. Demais disso, a falta de indicação, pela fiscalização, de como chegou aos valores da base de cálculo informados no demonstrativo mensal do SINTEGRA, contamina todo o procedimento, pois ocasiona o cerceamento do direito de defesa do contribuinte e, conseqüentemente, a nulidade da ação fiscal, como um todo.

Citou jurisprudência do CONSEF, invocando o princípio da eventualidade, e requereu o julgamento pela improcedência ou, ainda, o cancelamento ou a redução da multa aplicada, com base no art. 158 do RPAF/99, considerando que em nenhum momento houve o descumprimento da obrigação principal, que é o pagamento do imposto. Salientou que, embora a implantação do

SINTEGRA esteja passando por dificuldades, a empresa continua escriturando regularmente todos os seus livros e emitindo corretamente os seus documentos, o que fica à disposição da Sefaz para verificação.

Disse que oportunamente fará a juntada de todos os DAEs de recolhimentos do ICMS do período, para consubstanciar ainda mais a sua boa-fé, não deixando margem para dúvida de estar em dia com os cofres públicos.

Defendeu que o art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, pode ser aplicado, sem sombra de dúvidas, haja vista que não houve falta de recolhimento do imposto e a infração praticada não decorreu de dolo, fraude ou simulação, mas simplesmente em consequência das enormes dificuldades encontradas pelo contribuinte, quando da aquisição da empresa, para a implantação do sistema de processamento de dados e adequação ao SINTEGRA.

Afirmou que a multa aplicada utilizou uma base de cálculo absurda e irreal, posto que esta é muito superior às operações realizadas pelo contribuinte no período fiscalizado, fato que pode ser facilmente comprovado através de uma diligência fiscal, que de logo requer.

Esclareceu que o contribuinte realiza regularmente diversos tipos de movimentações, tais como vendas de produção e de mercadorias adquiridas de terceiros, remessa e devolução de vasilhames, simples remessas, retorno e devolução de mercadorias, remessa para re-trabalho, remessa para retorno ou conserto, remessa para demonstração, devolução de industrialização sem trabalho, dentre outras.

Argumentou que a multa ora combatida deve ser aplicada, nas operações de saídas, onde há incidência de imposto, não abrangendo as movimentações onde não incide o ICMS.

Outrossim, alegou que o fiscal incluiu na base de cálculo todos os tipos de operações de saídas, como também levou em conta as operações de entrada, o que eleva, surpreendentemente, o valor da base de cálculo para a aplicação da multa. Exemplificou que no mês de janeiro de 2004 as operações de saídas da empresa autuado totalizaram R\$270.597,04, enquanto o valor lançado no Auto de Infração soma R\$2.851.054,90, ou seja, uma diferença de mais de 90%, o que traduz a insegurança da própria autuação.

Invocou os princípios da legalidade, vedação ao confisco e proporcionalidade, e do enriquecimento ilícito, na hipótese de persistir o Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal, prestando os seguintes esclarecimentos:

O contribuinte recebeu o demonstrativo de fl. 10 do PAF, sendo que o demonstrativo SINTEGRA é bastante claro e de compreensão simples. Não deixa dúvidas em estabelecer uma relação entre mês, saídas no mês e aplicação do percentual de 1%. Outrossim, as informações de saídas foram extraídas dos próprios livros da empresa autuado, cuja via, rubricada e carimbada pela empresa, encontram-se às fls.19 à 71 do PAF. Frisou que o contribuinte, até a data da lavratura do Auto de Infração, nunca tinha sido fiscalizado, sendo que anteriormente houve apenas monitoramento na empresa, sem efeito homologatório.

Afirmou que utilizou estritamente o que foi lançado nos livros fiscais do próprio contribuinte, e que, das folhas 19 até 74 do PAF, constam vias carimbadas e rubricadas pela funcionários responsável da empresa. Na fl. 20, pode ser verificado que o valor de janeiro de 2004 foi aquele apresentado pela fiscalização. Entendeu que a revisão solicitada deve ser indeferida. Opinou pela manutenção do Auto de Infração.

Através do Acórdão JJF nº 0443-04/05, a 4ª JJF julgou Procedente o Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) deve ser negado o pedido de diligência formulado pela empresa, haja vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação do convencimento do julgador, a teor do que dispõe o art. 147, I, “a”, do RPAF/99;
- b) ainda em sede de preliminar, no que tange ao pedido de nulidade do Auto de Infração, entendeu a R. Junta de Julgamento Fiscal que “*em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF/99, com a entrega de todos os papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário*”;
- c) asseverou, ainda, que o CONSEF não tem competência para apreciar questões de constitucionalidade, à luz do art. 167, do RPAF/99;
- d) no que se refere ao *meritum causae*, decidiu o *a quo* que “*Consoante o art. 708-A do RICMS/97, o contribuinte do ICMS, usuário de SEPD para emissão de documentos fiscais e/ou livros fiscais, caso do autuado, deverá entregar o arquivo magnético, referente ao movimento econômico de cada mês, a partir do mês de outubro de 2000, inclusive, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas*”, sendo que, no caso presente, “*os arquivos não foram entregues, sob o argumento de que as empresas autuadas foram adquiridas pelo Grupo Sodecia, em janeiro de 2004, e desde então vêm tentando adequar o novo sistema de processamento de dados utilizado nas operações do Grupo para atender às exigências da Sefaz/Ba*”;
- e) transcreveu o art. 708-A, § 4º, do RICMS/97, bem como o art. 708-B, para informar que nenhuma das obrigações insculpidas na norma regulamentar foi adimplida pelo recorrente, ressaltando que “*o contribuinte foi intimado por duas vezes, a primeira, em 26/07/2005, concedeu o prazo de 10 dias, para a apresentação dos arquivos magnéticos, a segunda em 03/08/2005, concedeu o mesmo prazo, relativo ao período de janeiro de 2004 até junho de 2005*”;
- f) no que concerne à base de cálculo aplicada, esclareceu que “*o demonstrativo mensal de fl. 10, que o autuado recebeu cópia, retrata as saídas mensais, devidamente registradas no livro Registro de Apuração de ICMS, cujas cópias encontram-se às fls. 19 a 70 do PAF*”;
- g) decidiu o órgão administrativo, ainda, que “*o autuado não comprovou a inexistência de dolo, fraude ou simulação, nem o devido recolhimento do tributo, condições necessárias para que haja a redução ou o cancelamento de multas por descumprimento de obrigação acessória*”.

Inconformado com a Decisão prolatada pela 4.^a JJF, o contribuinte interpõe Recurso Voluntário, reiterando, integralmente, os termos constantes de sua defesa, notadamente quanto à preliminar de nulidade por cerceamento de defesa suscitada, requerimento de realização de diligência, pedido de cancelamento ou redução da multa, inadequação da base de cálculo utilizada na autuação, existência de multa confiscatória e de enriquecimento ilícito.

Com relação à preliminar de nulidade, acrescentou o recorrente no bojo de sua peça recursal que foram incluídos no lançamento todos os tipos de operação de saída, bem como de entrada, o que acaba por elevar de forma irreal e absurda a base de cálculo, acarretando num valor extremamente superior ao que se poderia ser devido desta suposta infração. Informa, a título exemplificativo, que o valor correspondente à base de cálculo do mês de janeiro de 2004, por exemplo, seria de R\$2.851.054,90, quando, na realidade, as saídas efetivas corresponderiam ao valor total de R\$270.587,04, conforme comprovado na peça defensiva, o que significa uma diferença de mais de 90%. Aduz, ainda, que quando se argüiu na defesa que a nulidade relativa à violação do princípio constitucional da vedação ao confisco, o que se questionou não foi a constitucionalidade do art. 150, IV, da Carta Magna, mas a sua não observância e aplicação, ou seja, se a multa ora exigida for considerada procedente, o seu recolhimento terá caráter confiscatório, o que redunda na nulidade da presente autuação. Logo, prossegue, além do caráter confiscatório da multa aplicada e com a incerteza da base de cálculo apresentada pelo autuante,

fica o recorrente impossibilitado de exercer o seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, ficando evidente a nulidade desta autuação. Assevera que, a fim de se verificar o montante correto da base de cálculo para aplicação da multa, é que o recorrente insiste na realização de diligência pela ASTEC, através de fiscal estranho ao feito, a qual, sendo mais uma vez negada, resultará em violação ao direito à ampla defesa do recorrente (art. 5.º, LV, da CF). Ressalta que deverá ser deferida a realização de diligência pela ASTEC deste CONSEF, por ser de fundamental importância que se averigue a base de cálculo indicada, posto que, se o Auto de Infração for julgado parcialmente procedente haverá um ônus excessivo para o recorrente, podendo-lhe acarretar sérios prejuízos, em face do equívoco da base de cálculo para fixação da multa. Afirma que a regularidade para com o Estado da Bahia também está demonstrada através dos comprovantes de pagamento do ICMS complementar, que ora anexa a título de amostragem, referentes aos meses de fevereiro, abril, outubro e novembro de 2004, assim como do mês de junho de 2005, demonstrando o recolhimento efetivo do imposto devido, que consiste no cumprimento da obrigação tributária principal. Daí porque não se pode dizer que a empresa agiu com dolo, fraude ou simulação sobre qualquer operação, ao contrário, sempre buscou todas as formas possíveis de estar regularizada com o Fisco baiano, inexistindo qualquer prejuízo ao erário público.

No que tange ao pedido de cancelamento ou redução da multa aplicada, em sua peça recursal complementa o recorrente a sua defesa, alegando que quanto ao lançamento das informações no sistema relativas ao período autuado, qual seja, de janeiro de 2004 a junho de 2005, apesar de não disponibilizados em tempo hábil ao Fisco, esses foram corretamente lançados no sistema, conforme se prova através das cópias do protocolo do SINTEGRA que diz anexar ao Recurso, os quais demonstram a entrega mensal exigida via *internet* pelo art. 708-A, § 4.º, do RICMS, ao contrário do que consta no Acórdão ora atacado. Argumenta, desta forma, que apesar de ter havido o efetivo lançamento, o recorrente, em razão de sua aquisição pelo Grupo Sodecia, passou por sérias dificuldades ao operacionalizar o sistema do SINTEGRA, não sendo possível a entrega do arquivo magnético no tempo determinado, salientando que esta dificuldade foi informada ao Fiscal à época da intimação, quando, inclusive, o recorrente requereu verbalmente a dilatação do prazo, o que foi acatado pelo autuante. Justifica que, a exemplo do recorrente, outras empresas estão tendo dificuldades na implantação do SINTEGRA, sendo que, quando não há problemas em sua operacionalização, há erros de lançamento das informações, o que impossibilita o envio dos arquivos para o Fisco. Alega que o SINTEGRA é passível de falhas, ainda mais por se tratar de um sistema eletrônico de informação, que é alimentado por pessoas, portanto, plenamente passível de falhas, de forma que estas informações estão embasadas de documentos que se encontram disponíveis à fiscalização.

Ao final, protesta pelo deferimento de todos os meios de prova admitidos em direito, pugnando, de logo, pela juntada posterior de outros documentos que se fizerem necessários à elucidação da lide, inclusive a realização de revisão fiscal, restando demonstrada, desta forma, a fragilidade e inconsistência do Auto de Infração, que deve ser julgado nulo, ou, no máximo, parcialmente procedente com o cancelamento ou redução da multa aplicada. Por fim, requer que, não sendo decretada a nulidade desejada, seja realizada a diligência pugnada, a fim de se verificar o real valor da base de cálculo indicada pelo Fiscal, sobre a qual incidirá o percentual da multa a ser aplicada nessa suposta infração.

Em seu Parecer, a representante da PGE/PROFIS entende que, “*conforme foi explicitado na Decisão recorrida, o Auto de Infração demonstrou satisfatoriamente os fatos e a capituloção legal das respectivas infrações*”, e, “*contrariamente do que asseverou o autuado, a Decisão de primeira instância aplicou corretamente a legislação que trata da aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação acessória, consubstanciado na ausência de apresentação dos arquivos magnéticos*”. Ademais, prossegue, “*há de observar que, contrariamente do que assevera o contribuinte, as informações de saídas de mercadorias foram extraídas dos próprios*

documentos fiscais do autuado, as quais se encontram nas fls. 19 a 71 dos autos." Ao final, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto, a fim de que seja mantido integralmente o teor da Decisão de fls. 150/153.

VOTO

No que se refere à preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa, não há como prosperar a tese sustentada pela defesa, posto que, em momento algum, o recorrente ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois quando da lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o quanto disposto no art. 39, do RPAF/99, com a entrega de todos os documentos que originaram o presente lançamento tributário, tendo o Auto de Infração demonstrado satisfatoriamente os fatos e a capitulação legal das respectivas infrações, razão pela qual o *a quo* aplicou corretamente a legislação que trata da multa pelo descumprimento de obrigação acessória, consubstanciado na ausência de apresentação dos arquivos magnéticos.

Com relação à alegação de inadequação da base de cálculo utilizada pelo autuante, rejeito-a uma vez que a base de cálculo adotada na presente autuação teve por esquecer as informações constantes dos livros do próprio recorrente, jungidas nos presentes autos (o demonstrativo mensal de fl. 10, que o autuado recebeu cópia, retrata as saídas mensais, devidamente registradas no livro Registro de Apuração de ICMS, cujas cópias encontram-se às fls. 19 a 70 do PAF), motivo pelo qual não há como proceder a tese recursal de que a base de cálculo utilizada pelo autuante - que serviu como paradigma para a fixação do valor da multa - foi irreal e desproporcional, posto que embasada, como já dito, na documentação do próprio recorrente.

Ainda em sede de preliminar, nego o pedido de diligência à ASTEC formulado pelo recorrente, uma vez que os elementos e documentos acostados aos autos são suficientes para a formação do meu convencimento, à luz do que preceitua o art. 147, I, "a", do RPAF/99, possibilitando o exame do mérito da presente autuação.

No âmbito meritório, inicialmente, reitero o julgamento de primeira instância quanto à incompetência dos órgãos integrantes deste CONSEF de apreciar questões de constitucionalidade, em face do quanto disposto no art. 167, do RPAF/99. É o que sói ocorrer, de forma indireta, em relação à argüição de confiscatoriedade da multa aplicada, formulada pelo recorrente, a despeito de afirmar que pretende, em verdade, que seja observada a Constituição. Ora, se para o recorrente a Constituição não foi observada é porque, no seu entender, a mesma foi vilipendiada, redundando em matéria constitucional, cuja competência foge a este órgão administrativo.

Restou evidenciado, por outro lado, o descumprimento das obrigações insculpidas nos arts. 708-A, § 4º, e 708-B, do RICMS/97, a despeito de o contribuinte ter sido intimado por duas vezes - a primeira em 26/07/2005 e a segunda em 03/08/2005 – em ambas lhe tendo sido concedido o prazo de 10 dias para a apresentação dos arquivos magnéticos.

Outrossim, ao que concerne no pedido de cancelamento ou redução da multa, entendo que razão existe ao recorrente, devendo ser objeto de redução o valor originalmente cobrado na autuação.

Compulsando-se os autos, verifiquei que, de fato, o próprio autuante reconheceu, através de declaração (fl. 129), a inexistência de tributo a pagar por parte do recorrente.

Ora, restou verificado, portanto, o requisito insculpido no art. 158, do RPAF/99, bem como no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96 que denota, de forma clara e cabal, a ausência de dolo, fraude ou simulação por parte da empresa, autorizando o julgador a promover a redução da multa.

Com relação ao montante objeto de redução, à luz do princípio da capacidade contributiva, albergado constitucionalmente, em face dos recolhimentos mensais consubstanciados nos DAEs

colacionados aos autos, entendo que o valor da autuação deve ser reduzido em 90%, remanescendo a importância devida de R\$83.679,38, a título de dívida por parte do recorrente.

Destarte, comprovada a existência da infração, posto que o recorrente efetivamente deixou de fornecer ao FISCO os arquivos magnéticos, mas, por outro lado, em razão dos princípios da equidade e da boa-fé e da presença dos requisitos previstas no art. 158 do RPAF e art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, voto no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário interposto, para reduzir o montante da autuação para o valor de R\$83.679,38.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 276468.0051/05-0, lavrado contra **INDÚSTRIA DE AUTO PEÇAS JARDIM LTDA. (AUTO PEÇAS JARDIM)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$83.679,38**, prevista no art. 42, XIII-A, “g” da Lei nº 7.014/96, reduzida de acordo com o previsto pelo § 7º do mesmo artigo e lei citados, com os acréscimos moratórios estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Quanto à multa): Conselheiros Nelson Antonio Daiha Filho, Bento Luiz Freire Villa Nova, Helcônio de Souza Almeida, Fauze Midlej e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO (Vencido quanto à multa): Conselheiro Álvaro Barreto Vieira.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de março de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS