

PROCESSO - A. I. N° 207350.0050/05-4
RECORRENTE - CIL – COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA. (NAGEM INFORMÁTICA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º CJF n° 0087-04/06
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 26/02/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0008-12/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL.
FALTA DE ELEMENTOS PARA SE DETERMINAR, COM SEGURANÇA, O VALOR DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. Não há no processo elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração e o valor do imposto devido. Diligências saneadoras realizadas não sanaram o vício. É nulo o lançamento, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado devido a irresignação da empresa referente ao Acórdão de n° 0087-04/06, proferido pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal – JJF, requerendo a reforma do referido *decisum*.

A presente ação fiscal, imputa ao contribuinte o cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. Falta de recolhimento do imposto, exercício de 2004, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente de falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivamente omitidas, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, no valor de R\$24.625,00;
2. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$228.818,42, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, referente ao exercício de 2003.

A 4ª JJF, ao julgar a defesa interposta às fls. 415/434, pelo autuado, afastou as preliminares argüidas e concluiu pela Procedência do Auto de Infração, aduzindo o que segue:

“Em relação ao argumento do contribuinte de que a multa de 70% tem efeito de confisco, observo que de acordo o artigo 167 do RPAF/99 “Não se incluem na competência dos órgãos julgadores: I – a declaração de constitucionalidade. Quanto à questão dos juros capitalizados saliento que é legal e está previsto na legislação em vigor.

No mérito, em cumprimento à diligência solicitada, o autuante fez a juntada aos autos às fls. 1493 e 1494, de duas intimações expedidas ao autuado, solicitando a entrega dos arquivos magnéticos contendo os documentos fiscais que não constavam dos arquivos anteriormente apresentados, segundo alegação do autuado, cujas ciências ocorreram em 14/12/2005 e

08/02/2006, respectivamente, o que corresponde a um prazo de mais de 50 dias, apesar disso, não foi atendido pela empresa.

Conforme artigo 708-B do RICMS/BA “O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos”.

De acordo com o art. 144, § 2º do RPAF/99 “A entrega ou exibição do documento ou coisa não poderá ser negada: I – se houver obrigação de entregá-lo ou exibi-lo, prevista na legislação aplicável.

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

Inconformado com a Decisão supra mencionada, o Autuado ingressou com Recurso Voluntário, fls. 1510/1531, requerendo, em sede de preliminar, a anulação da Decisão proferida pela 4ª JJF, por entender que os Julgadores da 4ª JJF, privilegiou os meios magnéticos em detrimento da prova documental, infringindo, destarte o art. 708-B do RICMS/BA e art. 144, §2º do RPAF/99.

No mérito, aduz que a fiscalização cometeu diversos equívocos na autuação, como exemplo, informa que foi desconsiderado o constante nas notas fiscais de entradas, do exercício de 2003, n°s 467689, 467691, 414889, 448358, 468595, 542966, 106708, enquanto que no exercício de 2004, as Notas Fiscais n°s 1104, 147481, 606812, 619418, 147474, 147483 e 598637.

Durante o curso do seu Recurso, cita o art. 155 da CF e art 19 e seguintes da Lei Complementar nº 87/96, a fim de fundamentar a alegação de que o direito ao crédito das operações realizadas pelo recorrente está assegurado constitucionalmente, não podendo ser menosprezado pelo autuante com aconteceu na presente lide.

Salienta que o Fisco tem por costume calcular os juros de mora na forma de capitalização, ou seja, aplica os juros mês a mês, incidindo de um mês para o outro em cima do que já foi calculado anteriormente.

Argumenta que a multa aplicada de 70%, foge do princípio da razoabilidade e que possui efeito de confisco, impedindo o contribuinte de desempenhar as suas atividades econômicas, violando, desta forma o art. 150, IV, da CF/88.

Ao final de seu Recurso Voluntário, requer a reforma do Acórdão nº 87-4/06, para que se declare nula a ação fiscal pelos seguintes argumentos:

- a) Não consideração de documentos apresentados na defesa, como elementos probantes das suas afirmações;
- b) Pelo fato das imputações descritas no Auto de Infração não corresponder com a verdade contábil do recorrente;
- c) Cobrança indevida de juros de mora na forma capitalizada;
- d) Cobrança de multa no patamar elevado de 70% detendo natureza confiscatória;

A PGE/PROFIS, instada a se manifestar no feito, opinou para a realização de diligencia, fls. 1549/1551, aduzindo, em síntese que:

“Assim, em observância da busca real pela verdade material dos fatos jurídicos tributários, bem como do princípio da instrumentabilidade das formas que rege o processo administrativo, e considerando que a existência de novos documentos que conforme apontado na Decisão de primeira instância, seriam capazes de alterar os valores apurados, acreditamos que seria pertinente a realização de diligencia a fim de que o auditor estranho ao feito lotado na ASTEC do CONSEF confira a pertinência das alegações do contribuinte, examinando o teor dos aludidos arquivos magnéticos.”

Em pauta suplementar a 2^a CJF, deste Egrégio Conselho de Fazenda acordou em realizar a diligência sugerida pela PGE/PROFIS, a fim de o fiscal autuante se manifestasse sobre os arquivos magnéticos que acompanhavam o Recurso Voluntário, bem como examinar a pertinência das informações e documentos apresentados pelo autuado, após a apresentação da defesa em Primeira Instância.

Após a realização da diligência, o Auditor, informou às fls. 1556, que examinou o teor dos arquivos magnéticos, utilizando o SVAM – Sistema de Validação de Arquivos Magnéticos, e constatou diferenças entre os registros 50 e 54, inviabilizando a feitura de novos levantamentos quantitativos de estoques.

Intimado para manifestar sobre a diligência realizada nos autos, o recorrente apresentou a manifestação de fls. 1589/1592, ratificando todos os termos do Recurso Voluntário apresentado, requerendo ao final:

“A reforma do acórdão proferido em primeira instância; considerar os documentos acostados aos autos como documentos comprobatórios de recolhimento do tributo; desconsiderar as infrações apontadas pelo autuante, por não corresponder com a realidade contábil da empresa; e em caso de não ser acolhido os pedidos retro, requer o afastamento da cobrança dos juros capitalizados, bem como a multa de 70%, por ter natureza confiscatória.”

Através de novo Parecer opinativo a PGE/PROFIS, as fls. 1840/1841, sustentou o Não Provimento do Recurso Voluntário, sob os seguintes argumentos:

“Da análise dos autos, concluo, com apoio da diligencia ao fiscal autuante, que os arquivos magnéticos apresentados nesse momento não podem interferir no levantamento quantitativo em exercício fechado, pelo que opino pelo não provimento do Recurso.”

Colocado, em pauta suplementar, mais uma vez, os conselheiros da 2^a CJF, acordaram em converter o processo em diligência, a fim de que se apurasse eventual redução da base de cálculo de imposto, das notas fiscais, segundo o autuado, que não foram consideradas na autuação.

A ASTEC, após a realização da diligência, proferiu Parecer de fls. 1846/1847, concluindo da seguinte forma:

“...Ajustando-se o levantamento quantitativo do exercício de 2004 em razão da inclusão das NFs de entradas conforme indicado no pedido de diligência e demonstrativo anexo, o valor da infração passa de R\$24.625,05 para R\$ 25.273,76;

Do mesmo modo, ajustando-se o levantamento quantitativo do exercício de 2003 em razão da inclusão das NFs de entradas, o valor da infração passa de R\$228.818,42 para R\$227.506,50.”

Intimado a se manifestar acerca da Diligência realizada, o autuado reitera as razões do Recurso Voluntário, requerendo ao final a Procedência do Recurso Voluntário, por entender que as infrações a ele imputadas não demonstram a realidade contábil da empresa, e caso não seja acolhido o pedido supra, requer a retificação do lançamento.

A PGE/PROFIS, através da Procuradora Mara Lina Silva do Carmo, opina pelo conhecimento e Provimento Parcial do Recurso Voluntário, a fim de possibilitar a correção parcial do valor devido tão-somente a infração 2, nos exatos termos do Parecer da ASTEC, devendo-se manter incólume a infração 1, com fundamento no art. 156 do RPAF, vez que se fosse acatado o Parecer da ASTEC, ocorreria agravamento no valor da infração. Quanto aos argumentos dos juros capitalizados e da cobrança de multa, com efeito, confiscatório, não acatou as razões do Recurso.

A Douta PGE/PROFIS, através de do seu Procurador Assistente, José Augusto Martins, emite Parecer conclusivo opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, aduzindo, em síntese que:

“Neste esteio histórico do andamento do presente feito, verifica-se prima facie que a elisão da imputação infracional assacada contra o autuado, somente restaria elidida com a apresentação de novos arquivos magnéticos depurados de inconsistências, possibilitando a utilização dos roteiros normais da auditoria.

Decerto que, o recorrente trouxe no bojo de seu Recurso Voluntário novos arquivos magnéticos que, segundo ele, elidiriam totalmente às infrações apontadas.

Contudo, compulsando os documentos acostados às fls. 1565/1584, verifica-se que as inconsistências apontadas no lançamento ora arrostadas, permanecem evidentes, especificamente em relação aos registros 50 e 54, cuja dissonância de informações, devidamente verificada pelo sistema de validação de arquivos magnéticos (SVAM), continua impossibilitando novos levantamentos quantitativos de estoques, conforme elucidam os demonstrativos de fls. 1557/1560.”

VOTO VENCIDO

Tratam os autos de Recurso Voluntário, visando reformar a Decisão proferida pela 4^a Junta de Julgamento Fiscal.

Inicialmente, passo a analisar a preliminar argüida pelo recorrente. Em que pesem os argumentos do autuado de que a Decisão de Primeira Instância privilegiou os meios magnéticos em detrimento da prova documental entendo que tal afirmação não corresponde com a realidade dos fatos.

Conforme se observa nos autos, durante o curso do PAF foram elaboradas diversas diligências a fim de apurar qualquer irregularidade na ação fiscal. Tais diligências analisaram, de forma minuciosa, todos as provas dos autos, sejam os arquivos magnéticos, sejam os documentos acostados aos autos.

Ressalto, ainda, que o art. 332, VII, do RICMS, dispõe que o arquivo magnético é um documento de informações econômicas fiscais. Assim, tendo em vista que a JJF analisou todos os documentos acostados aos autos, resta totalmente descabida a preliminar argüida pelo recorrente. Rejeito-a.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR

Divirjo do entendimento manifestado pelo insigne Conselheiro/Relator, uma vez que entendo que o presente lançamento tributário se encontra inquinado de flagrante nulidade.

Ab initio, impende salientar que a ação fiscal fora instaurada através dos arquivos magnéticos que foram entregues pelo autuado, ora recorrente, à fiscalização.

Sustenta o recorrente, em seu apelo voluntário, que existe inconsistência no levantamento realizado pelo Fisco Estadual, colacionando ao mesmo os seus arquivos magnéticos, ao tempo em que pugna pelo cotejamento entre o quanto levantado pelo autuante e os seus documentos fiscais existentes na empresa.

Da análise dos documentos e dos demais elementos que instruem o presente PAF, deflui-se, com clareza solar, que a ação fiscal tomou por base para realizar o seu levantamento, única e exclusivamente, os arquivos magnéticos do contribuinte, estes eivados de incontáveis inconsistências, como reconhecido pelo próprio fiscal autuante nas suas manifestações no curso do PAF.

À fl. 1.485, em sua peça contestatória, ao se manifestar sobre a defesa apresentada pelo contribuinte, assevera que “*A empresa autuada anexou a este processo, dentre outros documentos, cópias de notas fiscais de entrada e de saída de mercadorias*”, bem assim que “*Foi efetuado levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado – exercícios de 2003 e 2004 – com base nos arquivos magnéticos fornecido pelo autuado*”, concluindo por “*sugerir*” a “*cobrança da multa de 5% sobre o valor de cada nota fiscal omitida nos arquivos magnéticos apresentados (art. 915, XIII-A, alínea ‘f’)*”.

Posteriormente, em resposta à diligência formulada pela 4^a Junta de Julgamento Fiscal, limita-se aquele fiscal a justificar que intimou a empresa “*a apresentar os arquivos magnéticos devidamente corrigidos, contendo os documentos fiscais que não constam dos arquivos inicialmente apresentados e que não fizeram parte dos levantamentos efetuados*”, ressaltando que “*Até a presente data a empresa não apresentou os referidos arquivos*” (fl. 1.492).

Mais uma vez, tentando “salvaguardar” o levantamento tributário ora debatido, converteu a esta 2^a CJF o PAF em diligência à INFAZ DE ORIGEM para que o autuante se manifestasse sobre os arquivos magnéticos que acompanharam o Recurso Voluntário, examinando a pertinência das informações e documentos que acompanharam a promoção empresarial produzida após a protocolização da defesa.

Em resposta à diligência, informou o autuante que foi examinado o “*teor dos arquivos magnéticos apresentados, utilizando o SVAM – Sistema de Validação de Arquivos Magnéticos, e constatam as diferenças entre os Registros 50 e 54, inviabilizando a leitura de novos levantamentos quantitativos de estoques*”, fl. 1.556.

Restou comprovada, portanto, a inconsistência do levantamento fiscal realizado nos presentes autos. Isso porque “*tomou por base*”, como sobejamente demonstrado, “*arquivos magnéticos eivados de manifesta inconsistência*”.

Ora, não há como “vingar” uma ação fiscal que partiu, desde o seu nascedouro, de elementos, valores e informações recheados de inconsistências e que resultaram, por óbvio, em um levantamento também frágil e lacunoso.

É de corriqueira sabença que os levantamentos realizados exclusivamente através do SINTEGRA, em sua grande maioria, têm resultado em Autos de Infração frágeis e desacompanhados da verdade material que deve reger o processo administrativo fiscal, seja por despreparo ou, quiçá, má-fé das empresas fiscalizadas, seja também por deficiência ou incompatibilidade dos sistemas de informação em relação ao da SEFAZ, seja por omissão da própria fiscalização, que, por vezes, olvida-se em cotejar ou comparar as informações existentes nos arquivos magnéticos com os documentos fiscais e contábeis existentes na empresa.

É inegável que as informações magnéticas se constituem em grande avanço da fiscalização no desenvolvimento de suas atividades e no combate à sonegação fiscal, tratando-se de louvável medida adotada pelo fisco baiano.

Inquestionável, por outro lado, que as aludidas informações magnéticas não podem ser analisadas de forma exclusiva, como “verdade absoluta” e intocável, notadamente porque podem estar “acompanhadas” de erro humano, de deficiência no sistema ou até mesmo de “inverdades”.

Daí porque, insistimos, tem a fiscalização que cotejá-las, ao menos por amostragem, com os documentos fisco-contábeis e elementos outros existentes na empresa.

Essa deve ser a regra, sob pena de “desmoronamento” de todo um trabalho, calcado em informações inconsistentes e inexatas.

É o que sói ocorrer no caso vertente. O próprio fiscal autuante acabou por “reconhecer” a inconsistência das informações magnéticas, por ele adotadas para a elaboração do levantamento

fiscal ora objurgado, “sugerindo”, inclusive, a aplicação de multa em face das inconsistências encontradas.

O que deve buscar o processo administrativo fiscal é a “verdade material”, e, no caso presente, permissa *vénia*, a mesma não se confunde com as informações prestadas pela empresa, estas “frágeis”, “omissas”, “equivocadas”, enfim, “inconsistentes”.

A Douta Procuradoria, em sua manifestação nos autos, entende que, por ter a fiscalização tomado por base informações do próprio contribuinte, estas devem prevalecer, pois refletiriam a verdade absoluta.

Dirirjo, com a devida *vénia*, mais uma vez, de tal entendimento, posto que afastado do princípio da verdade material que deve reger o PAF. Seria cômodo, a título exemplificativo, o Poder Judiciário condenar um indivíduo que “confessa” ter praticado homicídio, quando, em verdade, foi um terceiro quem incitou a vítima a suicídio.

No caso vertente, poderia o Fisco se utilizar dos instrumentos que a legislação lhe faculta, para compelir a entrega de informações consistentes e aproximadas da realidade, como, por exemplo, a fixação da multa de 5% sobre o valor de cada nota fiscal omitida nos arquivos magnéticos apresentados (art. 915, XIII-A, alínea “f”), sugerida, como visto alhures, pelo próprio autuante.

Mas não é só. Ante as inconsistências dos arquivos magnéticos e sem prejuízo da fixação da multa insculpida no referido dispositivo regulamentar, poderia a fiscalização valer-se de outros roteiros de auditorias aplicáveis ou, não sendo possível, recorrer ao “arbitramento”, a fim de lograr alcançar o efetivo imposto devido.

O que não é possível à fiscalização é a lavratura de Auto de Infração calcado em informações constantes de arquivos magnéticos, eivados de “confessada” inconsistência, sem que tenha havido a prévia e indispensável análise dos documentos da empresa.

Ex positis, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto para julgar NULO o Auto de Infração em epígrafe. Recomendo, outrossim, a realização de nova ação fiscal, a salvo de falhas, na empresa autuada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em Decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, PROVER o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar NULO o Auto de Infração nº 207350.0050/05-4, lavrado contra CIL – COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA. (NAGEM INFORMÁTICA). Recomenda-se a realização de nova ação fiscal, a salvo de falhas.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Nelson Antônio Daiha Filho, Fauze Midlej e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO - Conselheiros: Márcio Medeiros Bastos, Helcônio de Souza Almeida e Álvaro Barreto Vieira.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR/VOTO VENCIDO

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – VOTO VENCEDOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO – REPR. DA PGE/PROFIS