

PROCESSO - A. I. Nº 210432.0004/06-6
RECORRENTE - ITALSOFA BAHIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JF nº 0191-02/07
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 10/09/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0282-11/08

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM OMISSÃO DOS REGISTROS TIPO 51, 54, 70, 74 e 75. MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DAS OPERAÇÕES REALIZADAS. Descumprimento de obrigação acessória. Efetivado novo procedimento fiscal, no estabelecimento e compreendendo o mesmo período desta infração. Demonstrado que a omissão na entrega dos arquivos SINTEGRA não gerou dificuldades ao Estado. Modificada a Decisão recorrida. Reduzido o débito a 1% do valor da multa originalmente paliçada. Infração parcialmente subsistente. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 29/12/2006, para aplicar a multa no valor R\$2.316.430,43, por não fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, exigidos mediante intimação.

Na defesa inicial, fls. 352/377, advogado legalmente habilitado nos autos, impugnando o lançamento tributário, tece comentário sobre o objeto social, produção, venda, importação e exportação de sofás, móveis estofados e materiais semi-prontos para a produção de móveis estofados.

Transcreve a acusação, dizendo a afronta aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, uma vez que não houve conduta dolosa, fraudulenta ou simulação, tampouco falta de recolhimento do ICMS. Argumenta que deveriam ser revistos os procedimentos adotados pelo autuante, haja vista o cometimento de erros materiais, onde, em alguns casos, a penalidade em questão foi aplicada duas vezes sobre uma mesma operação.

Reconhece que algumas das operações ocorridas no período objeto da autuação, não foram prestadas pelo autuado no arquivo magnético de forma pertinente e sustenta que não pretende, nesta defesa administrativa, descaracterizar o cometimento da infração em lide, mas pugna pelo cancelamento ou, ao menos, pela redução da sanção pecuniária aplicada, com base nos argumentos de fato e de direito que passou a aduzir.

Comenta que o valor da multa aplicada viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois embora a norma que estipula a aplicação da multa ora em foco não determine uma verificação subjetiva da intenção do contribuinte, não resta dúvida de que as circunstâncias que permeiam o cometimento da infração devem ser devidamente consideradas, citando doutrina sobre o tema.

E que nesse contexto, o artigo 42 da Lei nº 7.014/96, no seu § 7º, o qual foi reproduzido pelo artigo 158 do Decreto nº 7.629/99 (RPAF), confere ao órgão julgador o poder de dosar a penalidade

aplicável ao contribuinte infrator, em função não somente da sua culpabilidade, como também dos prejuízos causados ao Erário.

Restaram atendidas as condições previstas no § 7º, acima citado:

- a) A penalidade em tela decorre do descumprimento de obrigação acessória, não havendo dúvida de que a obrigação de entregar os arquivos magnéticos não se confunde com a obrigação principal.
- b) A conduta tipificada como infratora não pode ter sido praticada com dolo, fraude ou simulação, como entende que não ocorreu no caso em tela.
- c) Não pode implicar em falta de recolhimento do imposto, pois conforme pode-se inferir da análise dos demonstrativos anexos ao Auto de Infração, 99,61% das saídas são operações de venda para o mercado externo (CFOP 7.11) e de remessa dos produtos a serem exportados para armazém geral localizado neste Estado (CFOP 5.99), operações sem incidência do ICMS. Em relação às demais operações, assevera que destacou e recolheu o ICMS devido.

Requer o cancelamento da multa, ou que seja reduzida, nos termos do art. 42, XV-A, “b” da Lei nº 7.014/96, ou, ainda, que sejam excluídas as operações com CFOP’s 5.99 (ano 2002) e 5.905 (ano 2003). Requer, por fim, a juntada posterior de documentos e a realização de diligência.

Presentes ao PAF, os ilustres julgadores constatarem que o auditor aplicou a multa de 1%, por ter o autuado deixado de apresentar os arquivos magnéticos com os registros 51, 54, 70, 74 e 75, apesar de devidamente intimado.

Relatam à transcrição que “o autuado, apesar de regularmente intimado em 14/08/2006, reintimado em 17/08/2006, e ter solicitado a prorrogação do prazo para apresentação dos arquivos magnéticos do SINTEGRA que o contribuinte estava obrigado a fornecer desde 14/03/2001, por ter solicitado e obtido autorização para uso de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados - SEPD para escrituração de livros (Art. 683, inciso II do RICMS/97), deixou de cumprir com sua obrigação de transmitir arquivos magnéticos consistentes para corrigir as inconsistências verificadas nos arquivos originalmente transmitidos com falta dos registros R-51 referente aos períodos de JAN/2003 A MAI/2003, JUL/2003 A SET/2003, NOV/2003 E DEZ/2003; R-54 referente aos períodos de JAN/2002 a DEZ/2003; R-70 referente aos períodos JAN/2003 A MAI/2003, JUL/2003 A SET/2003, NOV/2003 E DEZ/2003; R-74 referente aos períodos de JAN/2002 a DEZ/2002; R-75 referente aos períodos de JAN/2002 a DEZ/2002, JUN/2003 e OUT/2003, além das inconsistências de dados identificados conforme Listagem Diagnóstico do SVAN indicativa das irregularidades verificadas e entregue ao contribuinte acostada às intimações supra mencionadas em que relaciona os dados divergentes constantes entre os documentos fiscais e a informação contida no respectivo registro e campo próprio do arquivo magnético para os documentos fiscais correspondentes anexos ao PAF, referente aos períodos de JAN/2002 a DEZ/2003, contrariando a previsão contida no Convênio ICMS 57/95 e recepcionado pelo Regulamento do ICMS do Estado da Bahia aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 no seu TÍTULO IV, por meio do artigo 683 a 712-C.”

Citam que a falta da apresentação dos arquivos magnéticos contendo a correção das inconsistências identificadas, impossibilitou a aplicação de roteiros de Auditoria de Levantamento de Estoque, previsto no artigo 936 do RICMS/97, além de prejudicar a realização dos demais procedimentos e roteiros de auditoria necessários de validação de altos valores de crédito fiscal constante em grande volume de documentos que se referem a aquisição de diferentes itens que precisam ser corretamente identificados para o que não haja prejuízo ao erário público e então promover a responsável homologação dos exercícios programados para fiscalização. E que tudo está conforme às intimações acompanhadas dos demonstrativos das inconsistências anexas, Termo de Prorrogação, Petição do contribuinte e relatório do Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos - SCAM, tendo resultado na apuração da Base de Cálculo

conforme demonstrativo constante no anexo, conforme previsão legal contida no artigo 915, XIII-A, “g” do RICMS/97.

Ratificam que a acusação encontra-se bastante clara, com muitos detalhes sobre a irregularidade praticada pelo autuado, e que na peça defensiva, houve o reconhecimento de que nos arquivos magnéticos apresentados não constam todas as operações por ele realizadas, além de que, apesar de intimado para regularizar os arquivos, deixou de assim proceder.

Apreciam não restar dúvida quanto à prática da irregularidade apontada, reconhecendo ao expressar que não pretende descaracterizar o cometimento da infração em lide, mas sim pugnar pelo cancelamento ou redução da multa aplicada..

O ilustre relator não acata a preliminar de nulidade suscitada, tendo em vista que a multa é apenas de 1%, e somente foi aplicada após o autuado ter sido intimado para correção dos arquivos magnéticos informados, e não adotou nenhuma providência.

Também entende que a legislação não afronta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, e não observa a existência de qualquer erro ou vício que possibilite a decretação de nulidade.

Da mesma forma não acatam o pedido de isenção da multa e dos acréscimos moratórios, por falta de previsão legal, pois o art.158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, desde que provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que entendem não satisfeitas pelo contribuinte.

Corroboram com o entendimento do autuante, que não foi possível aplicar o Roteiro de Auditoria de Estoque por falta da apresentação dos referidos arquivos, além de outros roteiros, como crédito indevido, impedindo a Administração Tributária Estadual apurar a situação fiscal do contribuinte autuado.

Manifestam-se pelo indeferimento do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, com base no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por perceberem que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação a presente lide.

Finalizam seu relato, citando o art. 708-B, do RICMS/97, o qual determina que o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético quando 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. Este arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria.

E reprisam que as cópias acostadas aos autos, revelam que por mais de uma vez, o autuado foi intimado, tendo um prazo superior ao previsto na legislação para atender as intimações, entretanto não providenciou a entrega dos referidos arquivos, tendo declarado seria “praticamente impossível” entregar os referidos arquivos.

Nesta situação, seguem, determina o 6º do art. 708-B, do RICMS/97:

“§ 6º A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea "g" do inciso XIII-A do art. 915 deste regulamento.”

Na abordagem do argumento defensivo, de que quase a totalidade de suas vendas são para o mercado externo, a fiscalização não pode comprovar desde que ficou impedida de conferir as

operações do autuado. Observam não existir ressalva alguma nos dispositivos acima, que ampare as citadas exclusões das operações de exportação e as remessas para armazenagem.

E que as operações com armazenagem devem ser objeto de verificação pela fiscalização, o que também foi impossibilitado por livre liberalidade do contribuinte autuado.

Não acolhem o argumento de ter havido duplicidades no levantamento do autuante, dado que não apontadas falhas no levantamento fiscal.

Entendendo não restar qualquer dúvida quanto ao acerto do procedimento da autuante, ao aplicar a multa prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, pois se trata de penalidade específica para situação em tela, não sendo possível qualquer redução na multa aplicada ou mesmo a aplicação de outra multa de caráter genérico, julgam pela Procedência do Auto de Infração.

Oportunamente apresenta o i. relator, Dr. José Bizerra Lima Irmão, voto discordante à Decisão, fulcrado nas razões seguintes;

“A defesa alega que a penalidade foi aplicada duas vezes.

De fato, é mais que evidente que a multa foi calculada em descompasso com a lei, resultando numa pena em duplicidade.

A infração é esta: o autuado deixou de fornecer ao fisco, em face de intimação nesse sentido, arquivos magnéticos relativos às operações do estabelecimento.

A Lei nº 7.014/96, no art. 42, XIII-A, “g”, prevê que, neste caso, se aplique a multa de 1% sobre o valor das saídas das mercadorias (e das prestações, se fosse o caso) em cada período de apuração. Eis a redação do dispositivo:

“Art. 42. 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:

.....
g) 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;”

Note-se bem que a multa é de 1% do valor das saídas (se fosse uma prestadora de serviços, seria de 1% do valor das prestações).

No caso presente, de acordo com o que foi dito na sustentação oral pela advogada que representou o autuado, confirmado pelo fiscal autuante também presente à sessão de julgamento, e ainda de acordo com o que consta às fls. 372/376 dos autos, foi explicado que a empresa, ao exportar suas mercadorias para o exterior, procede assim:

- a) emite Nota Fiscal na remessa das mercadorias para o armazém geral, onde elas ficam aguardando o momento da exportação;*
- b) quando da efetiva exportação, a empresa emite outra Nota Fiscal, em nome do adquirente no exterior, e o armazém geral emite Nota Fiscal de devolução simbólica para o estabelecimento do autuado.*

Diante disso, resta indagar quantas vezes as mercadorias saíram do estabelecimento.

Com efeito, se a lei prevê que a multa é de 1% do valor das saídas (do estabelecimento, naturalmente), isso importa reconhecer que, neste caso, a mercadoria não sai do

estabelecimento do autuado duas vezes, sai apenas uma vez, embora transitando pelo armazém geral, com destino ao exterior. Note-se que, quando a mercadoria é embarcada para o exterior, o armazém geral emite Nota Fiscal de devolução simbólica da mercadoria ao estabelecimento do depositante, mas a mercadoria não volta fisicamente, como é óbvio. Sendo assim, essa devolução simbólica anula os efeitos da remessa anterior, de modo que, a rigor, do ponto de vista jurídico-econômico, que é o que importa, há apenas uma saída, que é documentada pela Nota Fiscal de faturamento da mercadoria para o adquirente estabelecido no estrangeiro.

Estive analisando as Notas Fiscais de remessa para armazenagem e as Notas Fiscais de exportação, às fls. 500 e seguintes. Ambas as Notas (de remessa para armazenagem e de exportação) têm valores. Se prevalecer a multa sobre o total das “duas” Notas Fiscais, mesmo se sabendo que há apenas “uma” saída, estará sendo aplicada a multa duas vezes, como alega a defesa, em desacordo com a lei, que, literalmente, prevê que a multa é de 1% do valor das saídas.

Se alguém não concorda com isso, convido a fazer comigo a seguinte reflexão: no caso de vendas para entrega futura, as mercadorias costumam ser faturadas e é emitida Nota Fiscal, mas elas permanecem no estabelecimento; depois, atendidas as condições pactuadas, procede-se à remessa das mercadorias e é emitida nova Nota Fiscal. Alguém seria capaz de supor que a multa prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96 seria aplicável sobre o total das duas Notas? Quantas vezes as mercadorias saíram do estabelecimento?

Não pretendo me alongar nessas considerações, porque não quero ficar andando em círculos, falando coisas óbvias. Quero apenas frisar que a lei não diz que a multa é “1% do valor das Notas Fiscais”, mas sim que a multa seja de “1% do valor das saídas”. Por conseguinte, se “uma mesma saída”, para fins de controle, é documentada por mais de uma Nota Fiscal, isso não autoriza o intérprete a pretender aplicar a multa cumulativamente sobre as Notas emitidas, mas sim – como manda a lei – sobre o valor da saída da mercadoria do estabelecimento.

Não estou aqui falando de cancelamento ou de redução da multa, mas, pura e simplesmente, na estrita aplicação literal da lei. Norma penal (e aqui estamos diante de uma norma penal) não se interpreta extensivamente.

No exame da preliminar, sustentei que os autos deveriam ser remetidos à Assessoria Técnica (ASTEC) deste Conselho, para que fossem excluídos os valores das remessas para armazenagem, sob pena de a multa ser aplicada em duplicidade, sem respaldo na lei.

Vencido que fui na preliminar, resta-me votar pela nulidade do lançamento, por falta de liquidez do crédito tributário a ser lançado.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.”

Em tempestivo Recurso Voluntário, extensamente apresentado por advogados prepostos do recorrente, subsidiando e complementando as Manifestações às Informações Fiscais (fls. 597 a 612), relatam as acusações que embasaram o Auto de Infração em testilha, e adicionam os adendos e comentários aplicados pela fiscalização a cada uma delas.

Esclarece o recorrente, que desde a impugnação inicial vem sustentando a insubsistência da exigência fiscal imputada a título de penalidade, a qual afronta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, continuando a pugnar pelo seu cancelamento ou redução, dado que conforme preceitua a seu favor (art. 158 do RPAF/99) não presentes a conduta dolosa, nem fraude ou simulação, tampouco ocasionou falta de recolhimento do imposto devido.

Suscita que no caso de ainda caber a imposição de multa, os procedimentos do agente fiscal deveriam ser revistos para saneamento de evidentes erros materiais que em alguns casos levaram a aplicação da mesma penalidade duas vezes sobre a mesma operação.

Destaca observar no julgamento em 1ª Instância, com Decisão não unânime, os seguintes argumentos passíveis de crítica;

- a) Que a multa **de apenas 1%** não afronta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois foi aplicada de conformidade a Lei nº 7014/96, art. 42, XIII-A, alínea “g”;
- b) Que a ausência do preenchimento regular do arquivo SINTEGRA, não permitiu ao Estado apurar a lisura dos procedimentos fiscais praticados pelo recorrente;
- c) Que mesmo tendo à frente os erros materiais cometidos pelo agente fiscal, sustentam a inexistência de dispositivo legal que dê guarida a exclusão das notas fiscais de simples remessas para armazenagem.

Nas preliminares, face ao aventado equívoco no enquadramento da cobrança em tela, e decorrente penalidade imposta, consideram a infração nula, conforme razões a seguir;

- 1) A infração cometida pelo recorrente não está enquadrada na acusação, nem abarcada dentro de nenhum dos comandos legais utilizados no lançamento de ofício, quais sejam; -não fornecer os arquivos magnéticos mediante intimação (o que foi repetidamente dito pelo agente fiscal); -entregar os arquivos magnéticos em padrão diferente da legislação; -entregar arquivos em condições que impossibilitassem sua leitura.
- 2) O recorrente aduz para estas três questões, que não houve sua submissão à situação dos autos, pois entregou os arquivos em meio magnético (SINTEGRA) relativo aos exercícios de 2002 e 2003, porem o fazendo com inconsistências, e deixando de atender intimação para retificá-los.

Tece comentários sobre ser ilógico imaginar que a penalidade imposta aos contribuintes que deixassem de entregar os arquivos do SINTEGRA, e não atendessem à intimação para apresentá-los, fosse a mesma para os que entregaram referidos arquivos e deixaram de atender intimação para retificá-los, por conta de fornecimento de complemento aos arquivos anteriormente apresentados.

Remete o recorrente a julgamento da 1ª CJF do CONSEF, no qual em situação semelhante a dos autos, substituiu a multa original por outra por descumprimento de obrigação acessória, exatamente por não ter a infração cometida guardada a devida semelhança com a hipótese prevista na norma punitiva aplicada pela fiscalização. Conclui que em não havendo subsunção da norma indicada pela fiscalização aos fatos ocorridos, impede a extinção do Auto em comento por este ser absolutamente nulo.

Discorre acerca dos erros materiais cometidos pelo agente fiscal, com especial destaque à movimentação fiscal de mercadorias sempre destinadas a armazéns, as quais conforme normas de regência do ICMS, em cada operação são acobertadas por duas notas fiscais; a primeira de remessa ao armazém, e outra para a mesma mercadoria quando vendida para o exterior. Ambas notas são registradas nos livros fiscais, sendo que a remessa tem a sua devolução simbólica. Acusa de engano o agente fiscal, por ter aplicado multa de 1% sobre todas as saídas, mesmo as simbólicas, sem expurgar as que foram objeto de devolução.

Adentrando ao mérito realçam que a Decisão de primeira Instância se sustenta no argumento de que o preenchimento incompleto do SINTEGRA impede à fiscalização aplicar roteiros de fiscalização. Desta forma, não sendo apurada a real situação de recolhimento do imposto, não restariam atendidos os quesitos previstos no art. 158 do RPAF/99 para cancelamento, ou diminuição da multa imposta à recorrente.

Assevera o recorrente que uma vez imposta a multa, é dever de agir do órgão julgador competente verificando as condições subjetivas e objetivas da infração a fim de dosar ou até mesmo cancelar a penalidade imposta ao contribuinte infrator, conforme art. 42, § 7º, reproduzido no art. 158 do RPAF/99.

Aduz que a infração cometida se referiu a mero descumprimento de obrigação acessória, a qual por sua natureza não propiciou qualquer benefício fiscal à recorrente, dado a manutenção de escrituração fiscal idônea, na qual comprova o recolhimento total de todo o imposto devido no período.

Superada a fase turbulenta pela qual passou a administração do recorrente, nos anos seguintes os arquivos SINTEGRA foram todos preenchidos e enviados, e se houve inconsistências em seus dados, estas foram temporaneamente sanadas. Informa estar providenciando a retificação e envio de arquivos relativos aos anos de 2002 e 2003, confiando que até o julgamento de 2ª Instância já estejam os mesmos apensos ao PAF, para que não reste nenhuma dúvida sobre sua boa-fé.

A seguir tece considerações acerca de ter efetuado o recolhimento integral do ICMS devido durante o período autuado, realçando de plano tratar-se de pessoa jurídica com atividade eminentemente exportadora, sendo tal fato verificado pelo fiscal autuante quando da análise do RICMS, ocorrência não aludida pelo relator de Primeira Instância em sua informação de que problemas com o SINTEGRA teriam impedido de comprovar as vendas para o exterior.

Ressalta que de conformidade ao art. 32 da Lei Complementar nº 87/96, reproduzida pelo RICMS/BA nos arts. 6º, II e 581, § único, o ICMS não incide nas operações que destinem mercadorias ao exterior, cuja não-incidência alcança produtos industrializados assim como os primários e os semi-industrializados; também as remessas destinadas a armazéns gerais neste Estado, bem como respectivos retornos (art. 668 do RICMS/BA), escapam do campo de incidência deste imposto. Isto posto, conclui ser intuitivo que a falta das informações requeridas nos arquivos magnéticos, considerando que a quase totalidade das saídas do recorrente sequer estão sujeitas à incidência do ICMS, não tendo as mesmas acarretado qualquer falta de recolhimento. Para as demais operações tributadas, correspondentes a 0,31%, os impostos foram atendidos conforme atestado no doc. 02 da impugnação, o respectivo LRAICMS.

Para que não pairassem dúvidas quanto a essa assertiva, o recorrente solicitou oportunamente Diligência fiscal em seu estabelecimento, tendo sido negada pela i. 2ª JF, ocasião na qual teria sido possível constatar o pleno atendimento às exigências tributárias.

Asseveram que a suposta relação de causa e efeito, entre a falta relativa ao não atendimento completo ao SINTEGRA, e o não recolhimento de imposto, não existe, embora o d. Relator a tenha procurado evidenciar.

Trata o recorrente mais uma vez de narrar a insubsistência da multa imputada, por absoluta falta de razoabilidade e proporcionalidade, aduzindo comentários já vistos e citando lições de Helenilson Cunha Pontes, culminando com a conceituação de que as multas em qualquer ramo do direito, devem ser usadas para desestimular o ilícito e punir o infrator, não podendo consistir em instrumento com o qual o Estado aproprie-se do patrimônio do contribuinte. E o valor lançado de R\$2.316.430,43 supera à somatória de todo o ICMS devido desde a sua fundação, o que revela completo menosprezo à Carta Magna.

Em sua postulação, a requerente vem requerer preliminarmente, provimento ao Recurso Voluntário para reconhecer a nulidade do Auto de Infração em comento, face à ausência de subsunção da infração cometida à norma preceituada pelo art. 42, Lei nº 7014/96, XIII-A, “g”.

Requer, ainda, preliminarmente, seja reconhecido o erro do auditor fiscal, determinando os necessários ajustes na base de cálculo do anexo do demonstrativo da infração, para exclusão dos valores das mercadorias saídas sob os COFs 5.99 (2002) e 5.905 (2003).

E que no mérito seja reconhecida a total improcedência do lançamento de ofício em tela, cancelando a multa exigida sob a consideração de que o cometimento infracional não decorreu de conduta dolosa, fraudulenta ou simulada, nem ocasionou falta de recolhimento do ICMS devido.

Ressalva ao final o recorrente, requerer alternativamente se superadas as postulações anteriores, seja dosada a penalidade imposta, pois que os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade ocasionarão inevitavelmente sua redução.

A PGE/PROFIS apresenta manifestação da lavra da i. procuradora Dra. Leila Von Söhsten Ramalho, sugerindo a realização de Diligência.

Tal fato decorre, conforme considerações exaradas pela i. procuradora, da necessidade de serem confirmadas as alegações do recorrente, tais como;

- a) ser empresa eminentemente exportadora, com 99,61% de suas operações não sujeitas à incidência do ICMS, e as restantes (menos de 1%), teriam seu imposto respectivo tempestivamente recolhido às burras publicas, de acordo com seus registros fiscais;
- b) a alegada satisfação ao Erário, embora tenha de fato olvidado o seu dever de apresentar os arquivos magnéticos reclamados, seria passível de constatação;

Ressalta a ilustre procuradora que ao apreciar o pedido de cancelamento da multa imposta, a ilustre JJF a indeferiu sob argumentação de que a ausência dos arquivos magnéticos inviabilizou a realização de roteiros de fiscalização, como os de auditoria de estoques ou o de crédito indevido, sendo este último necessário à administração pública apurar a existência ou não de débito do contribuinte autuado, (fls. 620 dos autos). Concluíram em decorrência, o não atendimento aos requisitos do art. 158 do RPAF/99, por não ser possível constatar que no cometimento da infração não tenham incorrido aquelas situações previstas.

Aduz ilustre procuradora em seu Parecer que, embora alguns roteiros de fiscalização pudessem estar prejudicados, acredita haver outros, aqueles empregados anteriormente à entrega de arquivos magnéticos, que com base na escrita fiscal e contábil do contribuinte, podem ser utilizados para apuração do efetivo recolhimento de imposto.

Coerentemente ao acima exposto, a douta procuradora opina pela conversão do presente feito em Diligência à ASTEC, para que surta as informações.

- a) – à luz de como escriturada a contabilidade do recorrente, seja possível a realização de outros roteiros de auditoria com vistas a apurar a existência de débitos do ICMS no período da autuação;
- b) da mesma forma, observar se não houve o pagamento do ICMS no interregno a que se referem os arquivos magnéticos não fornecidos.

Por fim, a PGE/PROFIS destaca a admissibilidade da redução da multa aplicada.

VOTO

Para apensamento ao PAF em comento, o recorrente protocolizou sob nº 022061/2008-1 em data de 19 de fevereiro de 2008, requerimento consoante a peça recursal, objetivando ao cancelamento da multa aplicada, ou então ao menos torná-la proporcional ao débito apurado no Auto de Infração nº 210432/0004/06-6 relativo aos anos de 2002 e 2003 do qual anexa cópia.

Neste expediente recentemente conduzido a este CONSEF, o recorrente procede a um breve relatório circunscrevendo as fundamentais ocorrências em torno dos autos, as quais julgo importante reproduzir neste voto, por julgá-las indispensáveis ao meu entendimento e julgamento deste PAF;

- O Auto de Infração em tela exige multa de 1% sobre o valor das saídas de mercadorias ocorridas de janeiro de 2002 até dezembro de 2003, pelo não envio dos arquivos Sintegra relativos à movimentação nesse período;
- Decisão de Primeira Instância não acolheu o pedido da defesa inicial, aludindo não restar devidamente comprovado que, o descumprimento da obrigação acessória não tivesse

ocasionado falta de recolhimento do tributo, situação esta na qual seria inaceitável a admissibilidade quanto à previsão do art. 42 § 7º da Lei nº 7014/96;

- Em sede de Recurso Voluntário, o recorrente reiterou seu pleito sustentando o pleno atendimento a todos requisitos aptos a ensejar o cancelamento da acusação, ou ao menos reduzir a pena imposta para adequá-la aos limites da proporcionalidade e da razoabilidade;
- Às fls. 688/689 dos autos, opinativo da PGE/PROFIS pela conversão do PAF em diligência, para que com base nos livros fiscais e contábeis do recorrente fosse possível proceder a outro roteiro de auditoria, tendente a confirmar se todo o ICMS devido no período compreendido pela ação fiscal do Auto de Infração em testilha fora realmente recolhido;
- Abordando esta fase do relato, aduz o recorrente não se fazer mais necessária a conversão dos autos em diligência como assinalado pela PGE/PROFIS uma vez que em 26/12/2007 foi encerrado diverso procedimento fiscal, efetuado também por agente da SEFAZ/BA, e referente ao mesmo estabelecimento autuado, cuja ação abarcou também o período compreendido de 01 de janeiro de 2002 até 31 de dezembro de 2006. resultando deste outro Auto de Infração, de Nº 269568.0002/07-9 lavrado em data de 26/12/2007, a acusação de R\$44.156,63 de ICMS, a qual já foi quitada integralmente;
- Desta forma, assevera o recorrente, que o não envio dos arquivos Sintegra não prejudicaram a ação fiscal, a qual seria possível e factível através operação investigatória no estabelecimento, mediante a análise dos livros fiscais e contábeis, conforme prática efetuada pelo agente fiscal na segunda acusação de cometimento acima indicada.
- Também frágil e vulnerável a autuação conforme acusada, pois do montante relativo aos dois exercícios enfocados, acerca de 98% correspondem ao não recolhimento do diferencial de alíquota quando da aquisição de bens destinados ao Ativo Permanente, advindos de outras unidades da Federação, infração esta que seria cometida mesmo que a impugnante tivesse procedido a entrega dos arquivos magnéticos; o Protocolo de Interesses (anexo 02), firmado com o Estado da Bahia para a instalação de unidade fabril, dispensa o recorrente do pagamento do imposto resultante do diferencial de alíquota nas aquisições de bens do ativo fixo vindos de outros Estados, produzindo efeitos fiscais desde a sua celebração, razão que subsidiou o recorrente e levou ao não recolhimento do imposto naquelas situações;
- Entendimento diverso implicaria concluir que benefícios fiscais não contêm qualquer efetividade prática, pois se somente a destempo pudessem ser fruídos, adviriam após conclusão da unidade fabril, descaracterizando a validade da política fiscal de incentivos;
- Aduz que manter a penalidade imposta no valor de R\$2.316.460,43 por descumprimento de obrigação acessória, quando o valor da obrigação principal que deixou de ser cumprida no mesmo período foi de R\$44.156,53, portanto 52 vezes menor ao da pena pecuniária, seria afrontar aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e atentar contra o princípio da moralidade que deve nortear os atos da administração pública.

Reiteradas manifestações no sentido de que não restassem dúvidas quanto à lisura e boa-fé, dentro dos quais sempre sua conduta foi pautada, e no sentido de demonstrar que a não entrega dos arquivos Sintegra decorreu de falhas administrativas dentro de situação tumultuada pela qual passou a empresa recorrente, de conformidade ao acenado em seu Recurso Voluntário, pede pela juntada dos comprovantes de envio dos citados arquivos, relativos ao período de jan/2002 a dez/2003, os quais contém todas as informações exigidas (anexo 03).

Entendo restar no presente PAF patente fragilidade desta acusação, a qual acenou no sentido de derradeiros prejuízo e obstáculo às ações fiscalizatórias, pela não entrega dos arquivos magnéticos; eis que ação diversa, efetuada por agente da SEFAZ, diretamente no mesmo estabelecimento e compreendendo o mesmo período contido neste lançamento de ofício, logrou ultimar os procedimentos fiscais e levantar imposto devido no valor de R\$44.156,53, reconhecido pelo recorrente e efetivamente recolhido.

Entendo ainda que a conduta omissiva na falta de entrega dos meios magnéticos do SINTEGRA, embora infringindo a legislação de regência, não foi praticada com má-fé, dolo ou simulação, não tendo ocasionado falta de recolhimento do imposto. Frente à inexistência dessas situações impeditivas, concordo que não há aptidão para manutenção da multa, nos termos em que lhe foi imposta.

Desta forma, ao amparo do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, vejo caber a redução da multa que foi aplicada, resultando, todavia, que os limites e critérios competem a este Conselho de Fazenda e, de ofício, voto para redução da multa em comento, para 1% do valor inicialmente lançado.

Face ao tanto e suficientemente exposto, o meu voto é pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado, devendo remanescer multa por infração de obrigação acessória, porém reduzi-la ao valor de R\$23.164,60, a qual corresponde a 1% (um por cento) da penalidade originalmente lançada, dado que comprovado o atendimento à obrigação tributária e em consequência às disposições do art. 158 RPAF/99 e art. 42, § 7º da Lei nº 7014/96.

VOTO EM SEPARADO

Concordo com a conclusão a que chegou o nobre relator deste Recurso Voluntário, tendo a acrescentar apenas algumas considerações que reforçam a imperiosidade da redução da multa aplicada em desfavor da recorrente.

Da análise dos autos, constata-se que o auditor fiscal atribuiu à recorrente a falta de fornecimento de arquivos magnéticos do SINTEGRA, mediante intimação, cominando-lhe multa por descumprimento de obrigação acessória no importe de R\$2.316.430,43. Justifica o autuante a imposição da penalidade ao fundamento de que a falta dos registros requisitados impossibilitou a utilização do roteiro do art. 936, do RICMS, bem como de outros métodos de fiscalização, principalmente em razão da validação de altos créditos.

Os arquivos não fornecidos pelo contribuinte referem-se, todos, ao período de janeiro/2002 a dezembro/2003, consistindo nos seguintes registros:

- a) R-51 – Registro do total de Notas Fiscais 1 e 1A, destinado a especificar as informações de totalização do documento fiscal relativo ao IPI;
- b) R-54 – Registro de produto (classificação fiscal);
- c) R-70 – Notas Fiscais de serviços de transporte e afins;
- d) R-74 – Registro de Inventário;
- e) R-75 – Código de produto e serviço.

Inicialmente, cumpre consignar que, consoante entendimento deste CONSEF, o Registro 74 somente passou a ser exigível do contribuinte em 15/02/2005, quando foi inserido o parágrafo 6º, ao art. 686, do RICMS, pelo Decreto Estadual nº 9.332, porquanto foi o Convênio ICMS 76/03 que outorgou aos Estados a possibilidade de inserir em suas legislações a obrigação acessória de manter o registro de inventário dentro da estrutura do arquivo magnético do SINTEGRA. No período anterior a esta data, como é o caso dos autos, a falta de apresentação do registro de inventário não acarreta qualquer penalidade ao contribuinte.

Com relação aos demais registros, verifica-se que a sua ausência não é capaz de gerar os impedimentos apontados pelo autuante. O art. 936, do RICMS, trata do levantamento fiscal, *in verbis*:

Art. 936. O movimento real tributável realizado pelo estabelecimento, em determinado período, poderá ser apurado por meio de levantamento fiscal, em que serão considerados, a depender do roteiro de fiscalização desenvolvido, os dados das operações de entradas ou de saídas, os estoques inicial e final, os serviços tomados ou, conforme o caso, prestados pelo estabelecimento, as despesas e encargos do contribuinte, o lucro auferido, e outros elementos, dados ou informações concernentes às atividades do contribuinte ou responsável.

Parágrafo único. *O levantamento fiscal poderá ser renovado, sempre que forem apurados dados não considerados quando de sua realização”.*

Como se vê, nenhum dos registros exigidos do contribuinte são imprescindíveis para a realização dos roteiros de fiscalização mencionados no referido dispositivo legal, a não ser o registro de inventário, o qual, todavia, conforme já explicitado anteriormente, não pode dar lastro à multa aplicada.

O mesmo ocorre com a fiscalização visando à validação de créditos, os quais devem ser verificados mediante a documentação fiscal e contábil do contribuinte. Só assim será possível ao Fisco analisar a existência do crédito e a regularidade na sua utilização, pelo que se revelam dispensáveis os registros magnéticos do contribuinte, até mesmo porque são preenchidos unilateralmente e não lhe servem de prova de absolutamente nada.

Não se quer, com isso, fazer letra morta dos dispositivos da legislação tributária que tratam da obrigatoriedade de manutenção dos arquivos magnéticos. Busca-se, apenas, sopesar, em cada caso concreto, a imprescindibilidade dos registros para a atuação do Fisco, dado este que pode revelar a existência ou não de intuito de sonegar imposto, a adequação da penalidade aplicada ao contribuinte e, enfim, a possibilidade de sua revisão pelo Órgão julgador administrativo.

Os arquivos magnéticos são uma realidade inafastável e devem, com toda certeza, ser exigidos e fornecidos pelo contribuinte. Contudo, tal exigência não poderá sobrepor-se ao fim maior da atividade de todos aqueles envolvidos com a tributação, que é justamente exigir o cumprimento da obrigação principal: o pagamento do imposto devido.

Isso porque a Constituição Federal elegeu, dentre os princípios norteadores do sistema tributário nacional, a capacidade contributiva, que nos remete a exigir o imposto apenas daqueles fatos ocorridos no mundo real que sejam signo de riqueza. Apenas o fato gerador preenche tal requisito; o descumprimento de obrigação acessória há de ser punido, todavia, deve-se reservar o rigor severo e a punição pesada para aqueles que revelem o intuito de sonegar imposto.

Não é isso, absolutamente, que emerge dos autos. Além da prescindibilidade dos arquivos magnéticos para realização da ação fiscal, deve-se consignar que o contribuinte apresentou, ainda que tardiamente, no curso da instrução do presente feito, todos os arquivos magnéticos tratados na autuação, consoante se observa dos documentos de fls. 703/734, os quais testificam a apresentação dos registros através do SINTEGRA, fazendo constar, expressamente, tratar-se de uma “RETIFICAÇÃO TOTAL”.

A par disso, verifica-se às fls. 679/688, que a empresa foi alvo de outra ação fiscal, levada a efeito por outro preposto do Fisco, o qual realizou os roteiros normais de auditoria a partir da documentação apresentada pelo contribuinte, atribuindo-lhe, para o mesmo período tratado na presente autuação, a utilização indevida de crédito fiscal e a falta de recolhimento do diferencial de alíquotas. No que concerne ao crédito fiscal, o valor foi insignificante comparado com a multa em debate; com relação ao diferencial de alíquotas, a recorrente demonstrou que a falta de recolhimento decorreu da má interpretação das regras de um protocolo de intenções firmado com o Estado da Bahia.

Todas as justificativas, plausíveis, deixam à mostra que a falta de apresentação dos registros solicitados pelo autuante neste PAF não trouxe prejuízos para o Fisco, pelo menos não em valor que justifique a pesada sanção imposta ao contribuinte.

Outras duas considerações merecem ser feitas, ainda. A primeira delas diz respeito a um fato que se tornou incontroverso nos presentes autos: quase que toda a produção da recorrente destinava-se, na época da autuação, à exportação. Esta afirmação foi feita pelo contribuinte diversas vezes e o próprio autuante a confirma em sua informação fiscal, razão pela qual se diz que é um fato incontroverso.

Pois bem, essa constatação leva à conclusão de que a possibilidade de ter havido prejuízos para o Fisco é mínima, ou quase nenhuma, pois, como curial, a exportação consiste numa operação imune, não podendo sobre ela incidir o ICMS. De outro lado, reforça o desinteresse da recorrente em omitir suas operações de entrada, pois todas elas lhe gerarão crédito, já que as suas saídas para exportação são desoneradas. Também este fato reforça a tese recursal.

Por derradeiro, verifica-se que o auditor fiscal utilizou como “base de cálculo” da multa imposta ao contribuinte o valor de todas as saídas, inclusive aquelas que representavam operações de remessa de mercadorias para armazéns gerais. Tal equívoco, muito bem tratado no voto discordante elaborado por um dos julgadores de primeira instância, já revela o exagero da penalidade aplicada e torna necessária a sua redução.

Enfim, por qualquer ângulo que se analise a questão, uma conclusão se impõe: encontram-se nos autos todos os elementos necessários à incidência do parágrafo 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96. A ausência de dolo de sonegar imposto fica evidente a partir da análise da conduta do contribuinte, já minuciosamente descrita pelo relator do feito e acrescida de alguns detalhes nesta manifestação; a falta de prejuízos para o Fisco, como também já discorrido anteriormente, sobretudo em razão da atividade da recorrente voltar-se à exportação, da entrega, ainda que tardia, dos registros reclamados e da realização de outra ação fiscal relativa ao mesmo período, a partir da documentação apresentada pelo contribuinte.

O valor atribuído pelo nobre relator atende, perfeitamente, às peculiaridades do caso concreto, contando, pois, com a integral chancela deste Conselho de Fazenda.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 210432.0004/06-6, lavrado contra **ITALSOFA BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$23.164,30**, prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, a qual foi reduzida com base no § 7º do art. 42, da mesma lei, com os acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de agosto de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – VOTO EM SEPARADO

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS