

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. Tendo o contribuinte efetuado o pagamento do valor lançado no Auto de Infração, fica caracterizada a perda superveniente do interesse recursal, devendo ser julgado prejudicado o Recurso Voluntário interposto contra a Decisão de Primeira Instância administrativa, bem como declarada a extinção do crédito tributário e do Processo Administrativo Fiscal. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

De outra parte, o PAF se encontra revestido de todas as formalidades legais, a falta dos arquivos e as inconsistências foram devidamente informadas (documentos de fls. 08 a 12) e os prazos concedidos. A inclusão incorreta dos dispositivos apenas em relação ao exercício de 2005 em nada dificultou ou impediu o exercício da ampla defesa e do contraditório, restando claro que se tratava de falta da entrega de parte de arquivos magnéticos, e inconsistências em outros, na medida em que se reportam, na mesma infração, aos exercícios de 2002, 2003 e 2004, com dispositivos corretos (os mesmos para 2005), acrescentando que foi a falta de entrega de todos os dispositivos da infração, inclusive com os dispositivos aplicados a todos, tanto os dispositivos de 2002, 2003 e 2004 quanto o dispositivo infringido, mencionados na descrição da infração à fl.

Art. 708-B e as alíneas “f” e “g” do inciso XIII-A do art. 915 do RICMS/BA. Assim, não houve prejuízo à defesa, a qual tinha pleno conhecimento da infração e multas imputadas, nesse passo, inexistindo violação ou mitigação aos princípios que regem o direito administrativo, em particular, os inerentes ao processo administrativo fiscal.

Foi indeferida a solicitação de diligência e perícia, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II, “a” e “b”, do RPAF/99, porquanto suficientes os elementos existentes no processo para a formação do convencimento dos julgadores, além da prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessárias outras provas a serem produzidas. Foi concedido tempo suficiente para o autuado apresentar os arquivos faltantes e a correção das inconsistências, assim como a perícia fisco-contábil, que se apresenta dispensável, restaria prejudicada, inclusive pelos livros e arquivos não apresentados, cabendo ao autuado apresentar as provas que elidissem as infrações imputadas.

Quanto à arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório, ferindo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (art. 150, IV da CF), a 1ª Instância alinhou-se ao entendimento da Professora Mizabel Derzi, em notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7ª edição, à fl. 519, quando afirma que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. O contribuinte omissor, que trouxe danos ao fisco, prejudicando os superiores interesses da coletividade, não pode ser abrigado pelo princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco.

Frisou a JJF não ter competência para afastar a aplicação da Legislação Tributária Estadual, nem tampouco decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso aqueles relativos às aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

No mérito, julgou procedente a autuação, indeferindo o pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada, com a fundamentação a seguir transcrita:

*“Nos termos do artigo 708-A do RICMS/97, o contribuinte do ICMS, usuário de SEPD para emissão de documentos fiscais e/ou livros fiscais, 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, devendo ser incluídos todos os registros exigidos pela legislação. Por sua vez, o § 4º do referido artigo 708-A, dispõe que:*

*“§ 4º O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético cancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspeção Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.”*

*Vale consignar que, independentemente da entrega mensal prevista no artigo 708-A, acima referida, o contribuinte também está obrigado a entregar, quando regularmente intimado, os arquivos magnéticos, conforme previsão contida no artigo 708-B, §§3º e 5º, do RICMS/97, in verbis:*

*“Art. 708-B. 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.*

*...*

*§ 3º Tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico.*

*...*

*§ 5º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente a retificação total de arquivo.”*

*Da análise dos autos, verifico que autuante constatou falta de transmissão dos arquivos magnéticos referentes aos meses de janeiro a maio, setembro e novembro de 2002, março de 2004 e fevereiro de 2005, além da existência de diversas inconsistências nos arquivos magnéticos relativos aos meses de junho a agosto, outubro e dezembro de 2002, janeiro a abril, junho a dezembro de 2005, havendo divergências em relação aos valores informados pelo autuado através das DMAs. O autuante procedeu à intimação dos autos, na forma regulamentar, fornecendo ao impugnante os relatórios ausências, bem como cientificando-lhe quanto ao prazo de 30 (trinta) dias necessários correções, conforme previsto no citado artigo 708-B, §§3º e 5º*

*Foi concedido ao autuado, mais do que o prazo previsto, haja vista que a primeira intimação ocorreu em 21/06/2007 e a segunda em 01/08/2007 e o Auto de Infração lavrado em 18/09/2007.*

*Não têm acolhimento as arguições de que os relatórios não detalham as falhas nos arquivos, pois consta, às fls. 08 a 15, todos os períodos com indicações das faltas de apresentação dos arquivos e incorreções apuradas. Quanto à documentação apresentada, não era suficiente para a execução dos trabalhos da fiscalização, pois restou a apresentação do livro Registro de Inventário e Controle de Produção e Estoque. Ainda que fossem apresentados todos os livros e documentos não elidiria a infração imputada, podendo, contudo, após a análise dos livros e documentos, e atendidos os pré-requisitos do art. 158 do RPAF/BA, viabilizar a análise da prerrogativa concedida aos órgãos de julgamento fracionários desse CONSEF, de redução da multa prevista no aludido dispositivo regulamentar.*

*Quanto ao argumento do autuado relativo à aplicação da multa, é verdade que a penalidade genérica só pode ser aplicada se não houver previsão de uma mais específica, ocorre que há penalidades específicas para a infração descrita nos autos, conforme dispositivo legal indicado pelo autuante, ou seja, art. 42, inciso XIII-A, alínea “f” da Lei nº 7014/96.*

*Quanto ao pedido de redução da multa, não cabe acolhimento, tendo em vista, inclusive, a falta da entrega do livro Registro de Inventário e o livro Registro de Controle da Produção e do Estoque, bem como, por ter decorrido mais de um ano e meio entre as intimações para apresentação de parte dos arquivos magnéticos e correção de outros, e o presente momento, sem que o autuado sanasse tais irregularidades, não oferecendo elementos para conclusão de que a infração foi praticada sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.*

*Por tudo exposto, considero subsistente a infração 01.*

*Quanto às infrações 02 e 03, o autuado não oferece elementos materiais às suas contestações, restando à aplicação do art. 142, do RPAF/99, dispondo que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. Desta forma, as infrações 02 e 03 são procedentes.*

*“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.”*

*Voto pela PROCÊDENCIA do Auto de Infração.”*

Inconformado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 143/161), suscitando preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, sob alegação de que, em sua peça defensiva, postulou a realização de perícia contábil, para que ficasse comprovado o regular recolhimento dos tributos devidos e a ausência de prejuízo ao Fisco, o que seria suficiente para ensejar a redução de “tão aviltante penalidade”.

Aduziu que pediu adiamento do julgamento da defesa apresentada, por 2 (dois) meses, para finalizar o processo de revisão e eventual retificação de divergências constantes de seus arquivos magnéticos.

Transcreveu o artigo 2º, parágrafo único, inciso X, da Lei nº 9.784/99, objetivando justificar o seu inconformismo para a rejeição do pedido de produção de prova pericial requerido, bem como o indeferimento do pedido de dilação de prazo, visando finalizar o processo de retificação de seus arquivos magnéticos, asseverando ter a Decisão flagrantemente cerceado o seu direito de defesa, em ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa, previstos no artigo 5º, LIV e LV, da Carta Magna.

Adentrando ao mérito, reiterou o descabimento da exigência consubstanciada no presente Auto de Infração, inicialmente em face da decadência dos valores apurados no período de janeiro a agosto de 2002, seja por falta de recolhimento do tributo ou descumprimento de obrigação acessória, com fundamento no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, os quais diz se encontrarem extintos pela decadência.

Em seguida, insurgiu-se contra a manutenção pela JF da multa de 1% sobre os valores das operações de saídas do estabelecimento em cada período, aplicada na infração 01, entendendo que tal penalidade tem nítido propósito arrecadatário, um verdadeiro confisco do patrimônio do recorrente, o que é vedado pelo artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal. Para reforçar a sua tese, transcreveu ementa do STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ.

Prosseguiu o inconformismo, sob o prisma de ausência de embaraço de que o sistema “SINTEGRA” fornece às repartições fazendárias

respeito das divergências identificadas, porém, não aponta para os contribuintes quais as inconsistências que deram causa às advertências, impossibilitando a correção imediata.

Ressaltou ter solicitado prazo adicional para averiguar, junto à SEFAZ/BA, quais os erros nos dados computados nos arquivos magnéticos, objetivando apresentá-los nos moldes exigidos pelas autoridades fiscais, sendo tal pleito indeferido e o Auto de Infração lavrado sob a premissa de que o autuado teria criado embaraço à fiscalização, o que justificaria a imposição de pesada multa, não obstante seu empenho em atender às exigências da fiscalização, inclusive com a contratação de equipe especializada e a implementação do Sistema Microsiga.

Afirmou ter a Decisão hostilizada desconsiderado a boa-fé e os esforços que o recorrente envidou para solucionar as divergências nos seus arquivos, de tudo resultando o cancelamento da multa aplicada, argumentando que, se após um ano e meio ainda não foram apresentados os arquivos magnéticos sem erros ou advertências, isso decorre da enorme dificuldade de sua retificação e da deficiência do sistema que acarreta entraves adicionais de difícil superação para que os contribuintes cumpram com suas obrigações acessórias.

No caso concreto, diz faltar coerência, razão e proporção entre a suposta conduta infracional praticada pelo contribuinte e a penalidade aplicada, impondo-se o seu imediato cancelamento, em respeito ao princípio da legalidade.

Sustentou a existência de penalidade específica e mais benéfica para a infração descrita nos autos, assegurando que a multa que foi aplicada, de 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, não corresponde à base legal invocada pelas autoridades fiscais, previsionada no artigo 42, inciso XX, da Lei nº 7014/96, reproduzindo o texto legal.

Destacou que o dispositivo legal invocado prevê a aplicação de multa correspondente a quatro vezes o valor da Unidade Padrão Fiscal e não de 1% dos valores das operações de saída de cada período, como, equivocadamente, entendeu a Decisão farpeada.

Aduziu que, ainda se justificada a imposição de penalidade, segundo o RICMS/BA (art. 915, XII-A, alínea “i”), ela seria no valor de R\$1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais), não sendo plausível o Fisco imputar multa mais gravosa ao contribuinte, apenas com o objetivo de arrecadar mais para os cofres públicos.

Invocou e transcreveu o artigo 112, I e II, do CTN, o qual determina a prevalência da interpretação mais favorável ao contribuinte, em caso de dúvida quanto à aplicação de lei tributária, que define infrações ou comina penalidades.

Discorreu sobre a ausência de dolo, fraude ou simulação, bem como não implicar a operação na falta de pagamento do imposto, assegurando ter o decisório se limitado a afirmar que o recorrente não ofereceu elementos para se concluir ter sido a infração praticada sem dolo, fraude ou simulação e que não teriam implicado na falta de recolhimento de tributo, ressaltando que o Auto de Infração lavrado visa a cobrança apenas de multa por descumprimento de obrigação acessória, pelo que não há de se falar em falta de recolhimento de tributo, daí porque, em nenhum momento, o recorrente precisou demonstrar a exatidão do recolhimento dos tributos, repita-se, porquanto jamais questionado.

Pedindo vênha, disse que o julgamento não atentou que é inteiramente aplicável à situação do recorrente a hipótese prevista nos artigos 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96 e 915, § 6º, do RICMS/BA, porque, além de a multa aplicada ser abusiva, como antes demonstrado, o que já seria suficiente para que fosse cancelada, porquanto inconstitucional, tal dispositivo da legislação estadual permite seja ela reduzida, integral ou parcialmente, em casos de não haver falta de recolhimento do imposto, trasladando as normas citadas.

Salientou, outrossim, ser evidente a inexistência de dolo, fraude ou simulação na conduta do recorrente, tendo em vista que a entrega de arquivos magnéticos com dados divergentes acabou por prejudicar tão-somente o próprio recorrente, desde que foi autu:

Por fim, citou e transcreveu decisões do STJ, alusivas à imposição de obrigações acessórias, em hipóteses em que o contribuinte



qualquer prejuízo ao erário, ratificando não ter gerado prejuízos à arrecadação do tributo, já que o tributo foi recolhido, bem como atestando ter convicção de que os artigos 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96 e 915, § 6º, do RICMS/BA ser-lhe-ão aplicados, no sentido de relevar a multa imposta, desde que seu cabimento se apresenta inegável.

Concluiu o Recurso, asseverando ter demonstrado, através de todo o exposto, a improcedência da exigência fiscal consubstanciada no Auto de Infração nº 269132.0005/07-3, razão pela qual pleiteou o acolhimento do Recurso, para que o Auto de Infração seja integralmente cancelado, assim como a exigência fiscal nele consubstanciada, determinando-se, em consequência, o arquivamento do presente Processo Administrativo.

A douta representante da PGE/PROFIS apresentou o seu Parecer (fls. 195 a 202), salientando que o Recurso versava apenas sobre a infração 01, tendo opinado pelo Não Provimento, sob os seguintes fundamentos:

1. Quanto ao alegado cerceamento do direito de defesa trazido pelo recorrente, ante a negativa de realização de perícia fiscal pela Junta de Julgamento Fiscal, invocou o artigo 147 do RPAF, o qual prevê expressamente a hipótese de indeferimento de pedido de perícia quando esta for desnecessária em vista de outras provas e estiver desacompanhada de quesitos e provas capazes de motivar a realização da mesma, não se vislumbrando, no caso concreto, a hipótese ensejadora da nulidade, prevista no art. 18, II do RPAF vigente.
2. Tangentemente à decadência do direito de constituição do crédito tributário, referente aos fatos geradores anteriores a setembro de 2002, suscitado pelo Inconformismo, improcede o argumento, pois destituído de qualquer lógica jurídica, em razão de desconsiderar a interpretação sistemática da norma entalhada no art. 150, § 4º, do CTN e sua iteração com o disposto no art. 173, I, do mesmo *Codex*.
3. Em relação à multa aplicada na infração 01, que entende ser abusiva, confiscatória do patrimônio, alegando a existência de penalidade específica e mais benéfica para a infração, tal argumento não pode prosperar, já que se encontra prevista no artigo 42, inciso XIII-A, “F”, da Lei nº 7.014/96 e é adequada à infração apurada, cabendo aos órgãos julgadores administrativos aplicá-la, em consonância com a Lei Estadual.
4. No que diz respeito à pretensão de utilização da prerrogativa conferida pelo art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, cabe a PGE, na condição de guardião da legalidade dos atos administrativos, verificar o atendimento dos requisitos legalmente impostos à prática do ato. Porém, compulsando os autos, se observa a existência de indícios de que o autuado tenha agido com dolo, fraude ou simulação, quando forneceu informações divergentes dos documentos fiscais, através de arquivos magnéticos, que podem, em tese, denotar alguma intenção de encobrir possível sonegação de ICMS, visto que o autuado, mesmo intimada por duas vezes, não apresentou todos os elementos fiscais que lhe foram solicitados pelo autuante, gerando, consequentemente, embaraço ao exercício da fiscalização. Por outro lado, há também indícios de que o descumprimento da obrigação acessória tenha resultado em falta de recolhimento de imposto devido, ante a incorreção dos dados apresentados e até então não corrigidos pelo contribuinte.

Finalizou a ilustre procuradora, sustentando que os argumentos do recorrente são insuficientes para infirmar o Auto de Infração em apreço, disso resultando o seu Opinativo pelo conhecimento e improvimento do Recurso Voluntário.

Na assentada do julgamento, em sede recursal o sujeito passivo apresentou os protocolos de entrega dos arquivos magnéticos do SINTEGRA de todo o período objeto da mencionada infração 1 (209/261), inclusive dos meses mencionados nas intimações feitas pelo preposto fiscal, não havendo, contudo, nos autos, os protocolos anteriores, da época da ação fiscal, o que impossibilita o confronto das informações prestadas para saber se as faltas que ensejaram a multa aplicada foram ou não corrigidas.

Assim, em homenagem à verdade material e com o intuito de muni todos os elementos importantes ao deslinde da causa, esta 1ª C deliberou pela conversão do feito em diligência ao autuante, para q

- 1) se manifeste acerca dos documentos apresentados pelo contribuinte no Recurso Voluntário (fls. 209/261), informando se ainda persistem as inconsistências apontadas quanto aos arquivos que já haviam sido apresentados e, quanto aos arquivos que não haviam sido apresentados, se existem inconsistências que impossibilitam a sua utilização em roteiros de auditoria;
- 2) explique porque não foi possível aplicar roteiros de auditoria para apuração de ICMS eventualmente devido, mesmo de posse da documentação apresentada pelo sujeito passivo (registros de entrada, de saída, de apuração do ICMS, de inventário, de conhecimento de transportes, declarações de importação e notas fiscais – fls. 78/79).

Após, dê-se vista ao sujeito passivo para se manifestar, no prazo de 10 (dez) dias, retornando os autos à PGE/PROFIS, para novo Parecer, caso julgue necessário.

Todavia, necessário assinalar que, durante o encaminhamento da diligência, o contribuinte, por seu advogado legalmente constituído, ingressou com petição de fl. 294, requerendo, com base no artigo 7º da Lei nº 11.908/2010, a desistência expressa do Recurso Voluntário interposto, ao tempo em que informa que quitou a dívida objeto do presente processo de acordo com o instituído pela referida Lei, por meio de DAE (doc. 01 e doc. 2), sendo o valor do crédito tributário apurado requer, ainda, a consequente extinção do presente feito.

### VOTO

Da análise dos autos, especialmente dos documentos, extratos SEFAZ/SIGAT de fls. 304 e 305, bem como da petição de fl. 294 e documentos fls. 280 e 281, constata-se que o sujeito passivo, em 31/05/2010, efetuou o pagamento do total do débito lançado neste Auto de Infração, utilizando-se dos benefícios de reduções previstas da Lei de Anistia do ano de 2010.

O pagamento do débito, como cediço, é ato incompatível com o intuito de recorrer da Decisão administrativa que julgou procedente a autuação, ensejando, inclusive, a extinção do crédito tributário, por força do disposto no art. 156, I, do Código Tributário Nacional.

Nas circunstâncias, resta dissolvida a lide outrora existente e caracterizada a perda superveniente do interesse recursal, fato requerido pelo próprio sujeito passivo no documento de fl. 294, daí porque julgo **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo. Devem os autos ser remetidos ao setor competente, para que seja homologado o pagamento efetuado e, em seguida, extintos o crédito tributário e o processo administrativo fiscal, uma vez constatado que se trata de pagamento integral.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº 269132.0005/07-3, lavrado contra **MEGAWARE INDUSTRIAL LTDA.**, devendo o recorrente ser cientificado da presente Decisão e os autos encaminhados à repartição fiscal de origem para fim de homologação do pagamento efetuado com os benefícios da Lei nº 11.908/10 e, após, o arquivamento do processo.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT P