

PROCESSO - A. I. Nº 207185.0010/11-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e INDÚSTRIA DE PRÉ-MOLDADOS DO NORDESTE LTDA.
RECORRIDOS - INDÚSTRIA DE PRÉ-MOLDADOS DO NORDESTE LTDA e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0316-01/11
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 18/12/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0381-11/12

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor das operações de saídas realizadas. A acusação fiscal lastreia-se em mera suposição distorcida da realidade fático-jurídica do contribuinte, a lhe impor obrigação sem que a lei assim exija, e pior e mais grave, a acusação fiscal baseia-se em mera presunção, ou seja, por terem sido as notas fiscais preenchidas em EXCEL, deduziu-se, aleatoriamente, que houve a utilização de sistema eletrônico, como exposto na informação fiscal firmada pelo autuante, muito embora, sequer haja requerimento do autuado junto à SEFAZ/BA nesse sentido, ou seja, para utilizar o SEPD. Por ser inexigível a utilização de SEPD pelo contribuinte, correlatamente, não lhe é possível imputar descumprimento de dever instrumental e, pois, de lhe impor penalidade alguma. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O PAF versa de Recursos de Ofício e Voluntário dirigidos a esta CJF em face do acórdão em epígrafe que julgou pela Procedência do Auto de Infração lavrado em 16/06/2011, para exigir crédito tributário no importe R\$439.131,76, por imputar 4 infrações, sendo objeto do apelo a infração 4 relativa à falta de fornecimento dos arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, nos exercícios de 2007 a 2009, tendo sido lançado o valor de R\$424.264,56 equivalente a multa de 1%.

A JJF dirimiu a lide lastreada nos fundamentos declinados no voto condutor proferido nestes termos, *verbis*:

“Inicialmente saliento que não há nos autos qualquer indício de cerceamento do direito de defesa e do contraditório, nem ofensa ao princípio do devido processo legal, nem da verdade material, uma vez que o procedimento fiscal não violou as disposições legais pertinentes, a infração foi descrita de forma clara e precisa, a apuração da irregularidade está embasada em intimações e demonstrativos, cujos dados foram extraídos dos livros e documentos fiscais do próprio sujeito passivo, e da constatação da falta de entrega de arquivo magnético, tendo sido determinados, com segurança, as infrações e o infrator. Não vislumbro no lançamento ofensa alguma aos princípios constitucionais suscitados, nem tampouco nele se constatarem quaisquer dos motivos que pudessem conduzir à anulação do feito, elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Isto posto, não acolho o pedido de nulidade.

No mérito Auto de Infração foi lavrado para lançar crédito tributário em decorrência do cometimento de quatro infrações, sendo que o contribuinte reconheceu expressamente às Infrações 1, 2 e 3, tendo inclusive pago o

valor da 3, pelo que as considero desde já subsistentes, por não mais existir controvérsia em relação a tais infrações. Se defendeu especificamente quanto à Infração 4, que passo a analisá-la.

Saliento que o art. 683 do RICMS/97 estabelece a possibilidade de o contribuinte utilizar sistema eletrônico de processamento de dados, sendo que, as condições específicas quanto à manutenção e ao fornecimento do arquivo magnético estão disciplinadas no art. 686:

“Art. 686. O contribuinte de que trata o art. 683 está obrigado a manter, pelo prazo decadencial, as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos recebidos ou emitidos por qualquer meio, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração”.

O contribuinte declarou expressamente que os campos de suas notas fiscais eram preenchidos com a utilização do Excel, demonstrando claramente que utiliza sistema eletrônico de processamento de dados, e não de “datilografia” como inferiu.

Vale salientar que o argumento de que não estava obrigado a fornecer arquivos magnéticos porque jamais comunicou o uso ou solicitou a utilização de sistema de processamento de dados junto à SEFAZ, e de que o local onde se encontra instalada sua sede, no Centro Industrial de Itabuna, não dispõe de serviços de internet com velocidade suficiente para a implantação de sistema de processamento de dados e transferência desses dados entre sistemas, especialmente a exportação de dados para o Sintegra, não tem fundamento.

Ressalto que 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, 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.

Já o § 4º do citado art. 708-A, determina que 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 registrar que o arquivo magnético quando entregue é recebido e submetido a teste de consistência, e por isso, a legislação prevê que a sua recepção pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, de acordo com o § 6º do mesmo artigo 708-A do RICMS/BA, abaixo transcrito:

“§ 6º A recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas”.

No presente caso, o sujeito passivo sequer fez a entrega mensal que estava obrigado.

De outro lado, independentemente da entrega mensal prevista no art. 708-A do RICMS/97, acima referido, o contribuinte também é obrigado a entregar, quando intimado, os referidos arquivos, conforme a previsão do art. 708-B, do mesmo 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.

O que se verifica, no caso em exame, é que após a constatação de ausências dos arquivos magnéticos em sua totalidade, referentes aos exercícios de 2007, 2008 e 2009, o contribuinte foi intimado especificamente, à fl. 11, para apresentar no prazo de 5 (cinco) dias úteis os arquivos magnéticos, previstos no Convênio 57/95, tendo em vista a não apresentação dos referidos arquivos no prazo legal, e não atendeu a intimação.

Ressalto que a alegação do contribuinte de que a Lei nº 7.014/96, contempla duas multas diferentes, com hipóteses de aplicação também diferentes, como sendo: “hipótese 01 - multa de R\$1.380,00 pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico, aplicada quando o contribuinte é intimado pela 1ª vez e não atende a intimação e hipótese 2 – multa de 1% do valor das saídas ou das entradas, aplicada cumulativamente, pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo”, não pode prosperar, posto que a multa de R\$1.380,00 é aplicada imediatamente pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das informações, independente de intimação, ao contrário do que arguiu o contribuinte, a norma não condiciona a aplicação da multa citada à intimação prévia. No caso sob exame, o contribuinte não tinha enviado o arquivo magnético, ou seja, o arquivo não se encontrava no banco de dados da SEFAZ, nos exercícios de 2007, 2008 e 2009. Observa-se que por este motivo, em momento subsequente à constatação deste fato (não entrega dos arquivos), o autuante, atendendo ao que dispõe o art. 42, inciso XIII-A, alínea “J” da Lei nº 7.014/96, intimou o contribuinte à fl. 11, para enviar os mencionados arquivos magnéticos que estava obrigado e este, não o fez.

Saliento que para a falta de entrega de arquivo magnético com o nível de detalhe exigido na legislação, deve ser indicada a multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas e/ou do valor dos estornos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo. O valor lançado, resultante do cálculo com a indicação da multa de 1% sobre o valor das saídas por ser maior que o das entradas, está correto, tendo em vista que, no presente caso, intimado, o autuado não apresentou os arquivos magnéticos que estava obrigado. Diante o exposto coadunado com a autuação, posto que o sujeito passivo deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, nos exercícios de 2007, 2008 e 2009. Fica a Infração 04 subsistente.

Entretanto, cabe observar que o autuante incorreu em equívoco ao consignar no Auto de Infração como datas de ocorrências e vencimentos os últimos dias de cada mês no período apurado de janeiro de 2007 a dezembro de 2009, quando deveria ter indicado no campo “Data de Ocorrência” e “Data de Vencimento” a data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo magnético ainda não apresentado. Considerando que o sujeito passivo foi intimado no dia 05/04/11, a data que deverá constar no Auto de Infração é a de 12/04/2011, nos períodos levantados, conforme, inclusive, o item 6.1 da Orientação Técnica - OTE-DPF-3005.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores pagos.

Ao final do voto, a JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF por força da cogente regra do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99.

O contribuinte, irressignado em parte, com o teor decisório, veio em sede recursal de fls. 95/105, ressaltar, inicialmente, a tempestividade do seu apelo descrevendo, em seguida, as quatro infrações constantes da acusação fiscal, insurgindo-se exclusivamente contra a infração 4 – suposto descumprimento de obrigação acessória relativa ao fornecimento de arquivos magnéticos do SINTEGRA -, sobre o que defende a tese de não estar obrigado a fornecer tais arquivos, por não possuir sistema eletrônico de processamento de dados (SEPD).

Em homenagem ao princípio da eventualidade, por cautela, asseverou que a multa imposta se mostra equivocada por ter havido apenas uma única intimação, e que, por isso, “*ex vi lege*”, a imposição de penalidade deveria ser no valor de R\$1.380,00 e não de 1% das saídas de suas mercadorias, como ocorreu erradamente, já que, como é sabido, somente poderia lhe impor esta penalidade de 1% após a segunda intimação, o que não houve.

Pontua que o preposto fiscal “atropelou” as etapas do PAF a gerar uma multa extremamente onerosa, sem proceder à segunda intimação, de modo que o Auto de Infração é nulo. Transcreve ementa da JJF que julgou pela procedência da acusação fiscal.

Adiante, destaca que tem como principal atividade à fabricação, transporte e montagem de estruturas de cimento, principalmente de postes para instalação de redes elétricas para iluminação pública e que integra um importante e renomado grupo empresarial que se norteia pela boa-fé. Menciona que admitiu antes de impugnar o lançamento do ofício, a procedência das infrações 1, 2 e 3, sobre o que está por realizar o respectivo pagamento antes de findo o PAF.

Defende que a dita penalidade de 1% está por incidir sobre o valor total das saídas de mercadorias, dos exercícios de 2007 e 2009, a resultar na exorbitante multa de R\$ 424.264,56, muito embora no curso da fiscalização, como destacou, tenha apresentado uma série de documentos e livros fiscais relativos a esse período (fl.10), incluindo os arquivos magnéticos do SINTEGRA (fl.11) e que, portanto, excetuando estes arquivos, não pode ser legitimamente considerada obrigada, além do que, como acentuou, cuidou de fornecer toda a documentação que lhe foi exigida pela fiscalização, justamente em prol do esclarecimento da verdade material para viabilizar a ampla auditoria das operações por si praticadas, tanto que culminou na lavratura das infrações 1, 2 e 3, com cobrança do tributo principal de R\$ 14.867,20.

Surpreendentemente, a despeito disso, lhe foi imposta astronômica, exorbitante e desarrazoada multa que por isso mesmo escapa do princípio de razoabilidade e proporcionalidade. Reproduz o art. 683 do RICMS-BA para concluir que, sem reboço de dúvida, que o legislador ao se valer do verbo “poderá”, quis, evidentemente, conceder uma prerrogativa, uma opção ao contribuinte no

sentido de adotar, ou não, esta sistemática de escrituração contábil, exceto nos casos em lei estabelecidos.

Destaca que apesar desse sistema SEPD ter algumas vantagens gerenciais, porém para a respectiva implantação e utilização, sabe-se que se exige altos investimentos financeiros, inclusive com a contratação de *software house*, pagamento de licença do software, contratação de mão de obra especializada e constante treinamento, entre outros custos.

Por tal motivo e considerando que em seu ramo de negócio atua no mercado com reduzido número de compradores, em verdade, apenas a COELBA, e tanto que desde 2007, 92,13% do seu faturamento é proveniente desse único cliente, em 2008, na ordem de 82,43% em 2009 de 94,17%, operando sempre sob regime de produção por encomenda, e que possui efetivamente um volume de pedidos, em termos numéricos, com poucas emissões de notas fiscais, vale dizer que sua rotina contábil extremamente simplificada, a não justificar, efetivamente, investimentos dessa ordem para implantação do sistema SEPD.

Acrescenta que, nessa circunstância, de ter apenas o cliente referido, que sua margem de lucro é, pois, reduzida, o que lhe obriga a proceder a um controle rigoroso como ferramenta fundamental para a sua sobrevivência financeira e que, por tais fundamentos, optou por adotar a escrituração contábil manual como a legislação lhe permite, como prerrogativa, mantendo em absoluta ordem de todos os documentos e livros fiscais.

Alega, nessa esteira argumentativa, que conquanto seja esta a sua realidade financeira, contábil e fiscal, que os julgadores de base incorreram em dúvida se havia sido utilizado o SEPD pelo simples fato de ter sido por si utilizado o Excel, o que para eles, como entenderam, a mera utilização desse programa resultou na conclusão de que havia a utilização do SPED, a teor do § 3, do art. 683, do RICMS, a atrair a regra do art. 708-A, que reproduziu.

Neste passo, enfatiza que o fato de ter utilizado do Excel não significa em absoluto e por comezinho bom senso, que se utilizou do referido sistema eletrônico, até porque o § 4, do art. 708-A do RICMS exige que o arquivo seja entregue via Internet através do Programa Validador SINTEGRA, com impressão de Recibo de Entrega do Arquivo, chancelado eletronicamente após a transmissão ou na repartição fazendária, aspectos estes que afirma reforçarem seus argumentos. Pugna pela improcedência da infração 04.

Adiante, se reporta ao cancelamento ou redução da multa ante o disposto no § 7º, do art.42, da Lei nº 7012/96 que transcreveu, alegando que a falta de entrega dos arquivos magnéticos do SINTEGRA não implica em ato intencional, praticado com dolo, fraude ou simulação e nem com intenção de lesar o fisco, estando convicto de que não está obrigado a preparar e fornecer os dados pelo SEPD, o que disse ter sido reconhecido pela própria SEFAZ-BA no Auto de Infração nº 320214.0013/07.6, que citou como paradigma.

Cita e transcreve ementa CJF n 0206-12/05, como também outro julgado do qual foi relator o ilustre Conselheiro Tolstoi Nolasco, deliberando pela redução da multa para 10%. Idem o julgado do JJF de n 0186-01/02.

Requer, por fim, o cancelamento da multa e, sucessivamente, a redução para R\$ 1380,00, a teor do art.42, § 7, da Lei nº 7014/96.

A PGE/PROFIS proferiu Parecer às fls. 129/138 ao ser instada a se manifestar em derredor da tese recursal, tendo aduzido breve relato acerca das razões recursais, inclusive de que o Recorrente ao mencionar o art. 683 do RICMS-BA, foi no sentido de que não é impositiva a utilização pelas empresas do Sistema de Processamento de Dados, por se tratar de uma faculdade e não uma obrigação do contribuinte, além do que a sede do autuado fica fora do centro urbano de Itabuna, não dispondo de serviço de Internet e que jamais houve comunicação e pedido a SEFAZ-BA para utilização desse sistema invés da emissão de nota fiscal e escrituração manual do ICMS, o que destacou o i. Procurador, que assim o foi também por economia de custo operacional.

A vista dos argumentos recursais, o douto Procurador, Dr. José Augusto Martins Júnior, afirmou que, debruçando-se sobre a legislação regente, e diante da inteligência da cláusula primeira e segunda do Convênio ICMS 57/95, que transcreveu, como também do aludido art. 683, dentro de uma análise sistêmica e fundando-se no princípio da razoabilidade, a conclusão é de que a utilização desse Sistema de Processamento de Dados-SPED, pelo contribuinte, para emissão de documentos fiscais, trata-se de uma faculdade e não uma imposição, considerando-se as diversidades regionais deste país de proporções continentais.

Enfatizou, também, que não se pode olvidar que, em se tratando de obrigações acessórias cuja finalidade precípua é prover à Administração fazendária meios que permitam a dinamização da arrecadação e fiscalização dos tributos, o que é providência bastante positiva dentro de um mundo globalizado, mas, que apesar disto, não se pode desprezar a realidade de algumas regiões nas quais sequer existe ou existe precariamente a rede mundial da Internet.

Neste passo, assinala que o art. 683 do RPAF-BA é claro, do qual não se pode descurar, pois no seu *caput* especificamente há o futuro do presente, e tem como elemento a dúvida, ou seja, a não afirmação da realização duma ação.

Acrescenta que, agregado a tudo isto, o termo autorização utilizado no Convênio ICMS 57/95 indica inequivocamente a mensagem de existência de precedente súplica de alguém para utilização de algo, inclusive com possibilidade de desistência e que, portanto, em que pese a redação do § 3º da cláusula primeira do Convênio ICMS 57/95, de determinar que a utilização de, no mínimo, computador e impressora para preenchimento de documento fiscal, já configura o uso do sistema eletrônico de processamento de dados, que abarca quase a totalidade dos contribuintes deste país e que dos autos se infere a boa fé do autuado de que não se eximiu de cumprir as suas obrigações legais de recolhimento do tributo, tendo atendido, pois, a lógica da existência da obrigação acessória, a repercutir na passível mitigação da penalidade imposta na infração 04 do lançamento de ofício.

Ademais disso, realçou que merece sufrágio a tese recursal de aplicar uma penalidade de R\$ 1.380,00 na eventualidade de se considerar devida a entrega dos arquivos magnéticos, posto que existe nos autos, como frisou, apenas e tão somente uma única comunicação, tendo, em seguida, reproduzido o art. 42, XIII-A.

Nesse passo, afirmou que a lei é expressa e inequívoca para determinar que a multa a ser imposta é de 1% sobre o valor das saídas ou entradas de mercadorias, somente quando não atendida uma segunda intimação, situação esta denotada no termo “subsequente”.

Concluiu que em havendo apenas uma intimação –hipótese dos autos –, que não se pode cogitar de aplicação da penalidade de 1%, seja isolada, seja cumulativamente, tendo, ainda, para clarear seu entendimento, expressado o sinônimo de subsequente como extraído do dicionário pátrio, que significa imediato, ulterior.

E como a norma dispõe sobre o não atendimento de intimação subsequente, o adjetivo subsequente está atrelado ao substantivo “intimação” não restando dúvida da existência do ato de comunicação processual precedente.

Findou, sob esta motivação, pelo Provimento do Recurso Voluntário, o que foi anuído, após, Procurador Assistente conforme despacho de fl. 139.

VOTO

Inicialmente, passo a enfrentar as razões recursais remetidas a este Colegiado pelo contribuinte, insurgindo-se especificamente em face da infração 4, centrando-se esta imputação, essencialmente, de que o entendimento do autuante foi comungado pelos julgadores de primeiro grau, no sentido de que por vender para outros contribuintes além da COELBA, inclusive com vendas interestaduais, está obrigada ao uso do SEPDA.

É este, portanto, o cerne da infração ora em foco. Extraí, do quanto supra relatado, que o fato do recorrente se utilizar de Excel para preenchimento de notas fiscais, foi considerada pela fiscalização e pela JJF, como sendo usuária do SEPD, nos termos do art. 708 –A do RICMS/BA.

Posto isto, primeiramente, devo ressaltar, por força da preliminar de nulidade constante do apelo, que não vislumbro qualquer mácula que inquene de nulidade o Auto de Infração e nem PAF, como inapropriadamente invocou o sujeito passivo, isto porque, por não ter havido uma segunda intimação, este fato não estaria por contaminar “*ab initio*” a presente ação fiscal. Rejeito, por conseguinte, a prefacial de nulidade por inexistir, a bem da verdade, qualquer vício formal ou material.

Todavia, do cotejo do PAF, alcanço a ilação é de que assiste razão bastante ao contribuinte para afirmar que houve apenas uma intimação- fl. 11 -, e que por isso mesmo ensejaria uma multa de R\$1.380,00 e não de 1% sobre o valor das saídas das mercadorias, como, inclusive, foi pontuado pela d. PGE/PROFIS com muita propriedade e sabedoria.

Devo, também, salientar neste diapasão que, quanto ao fato da empresa não poder ser enquadrada como micro ou empresa de pequeno porte à vista do seu faturamento ultrapassar a faixa de receita, este aspecto não tem relevância para o deslinde do feito, vez que, como observei, o contribuinte está inscrito na SEFAZ-BA no regime normal de apuração do ICMS, cujo faturamento é basicamente da COELBA – aproximadamente 95% - e apenas muito esporadicamente a outros clientes, consumidores finais, inexistindo sequer controvérsia a este respeito.

Logo, atendo-me à atividade do recorrente, entendo que em si mesma não é motivadora do uso ou não do SEPD, a teor do que estabelece a legislação tributária baiana, mais especificamente, o art. 683, do RICMS-BA, cuja inteligência é de que somente e apenas há a POSSIBILIDADE e não a OBRIGATORIEDADE do uso do SEPD pelo contribuinte, excetuando-se, à luz do dito Convênio ICMS 57/95, quando se trata de contribuinte emissor de ECF ou atacadista, o que não se aplica ao sujeito passivo, que é um industrial.

Pelo que, considero sem reboço de dúvida, que a fiscalização incorreu em erro, o que, com a devida vênia, passou despercebido pela JJF, que corroborou no seu julgado o entendimento de que, pelo fato do autuado utilizar EXCEL e registrar seus dados em planilhas informatizadas e não manualmente, que a conclusão única, por força disto, é de que estaria comprovada a utilização do Sistema Eletrônico de Processamento de Dados- SPED e que, por isso, cumpria que fossem apresentados os arquivos magnéticos do SINTEGRA, e como esse ato não se efetivou, foi considerado como descumprido esse dever instrumental, a resultar na multa exorbitante de R\$424.264,56 .

Ora, tal ilação é inteiramente desarrazoada, pois o fato de uma empresa, nos dias hodiernos, se utilizar de planilhas digitalizadas e não datilografadas ou manuais, não significa dizer, necessariamente, que se valha de sistema eletrônico para processamento de sua escrita contábil e fiscal, ou seja, do SPED, isto por um lado. Por outro, como se verifica do texto legal aludido, o legislador concedeu uma faculdade para utilização do SEPD, não tendo imposto ao contribuinte essa obrigação, como erroneamente entendeu o autuante e a JJF, visto que o sistema Excel não se confunde como sendo um programa aplicativo utilizado pela SEFAZ.

Constato, pois, que a acusação fiscal lastreia-se em mera suposição distorcida da realidade fático-jurídica do contribuinte, a lhe impor obrigação sem que a lei assim exija, e pior e mais grave, a acusação fiscal baseia-se, como acentuei, em mera presunção, ou seja, por terem sido as notas fiscais preenchidas em EXCEL, deduziu-se, aleatoriamente, que houve a utilização de sistema eletrônico, como exposto na informação fiscal de fls. 66/67, firmada pelo autuante, muito embora, vale acrescentar, sequer haja requerimento do autuado junto à SEFAZ-BA nesse sentido, ou seja, para utilizar o SEPD, justamente, impõe-se frisar, por não ser obrigado a fazê-lo, mormente quando isto lhe faria assumir novos custos operacionais.

A infração, conseqüentemente, como firmo minha convicção, não é subsistente. Não houve descumprimento de dever instrumental a derivar, legitimamente, a imposição de multa, nem mesmo, a de R\$ 1.380,00, em virtude da não obrigatoriedade, pelo Recorrente, de utilização do SPED.

E por não considerar ocioso, destaco, ainda, que aos contribuintes ao serem impostas multas, estas têm caráter primordialmente educativo e não arrecadatário, o que significa dizer que a penalidade imposta ao autuado por descumprimento de obrigação acessória pela falta de fornecimento dos arquivos magnéticos do SINTEGRA, se fosse o caso, teria que ser de R\$ 1.380,00, posto que não houve a segunda intimação, mas apenas a primeira à fl. 11, não tendo havido, dentro, como vale destacar, ato comissivo ou omissivo e muito menos com dolo, fraude ou simulação, o que leva à convicção de que, de qualquer modo, a multa de R\$ 424.264,56 em valor histórico de 16/06/2011, que representa 1% e assim mais de 30 vezes superior ao importe do próprio ICMS apurado neste auto infracional, escapa a todas as luzes do senso da razoabilidade, da proporcionalidade e da justiça fiscal.

Assim sendo, firmo posição alinhando-se integralmente com a criteriosa exposição da matéria feita pela PGE/PROFIS, no aludido Parecer, de que, por ser inexigível a utilização de SEP, pelo contribuinte, correlatamente, não lhe é possível imputar descumprimento de dever instrumental e, pois, de lhe impor penalidade alguma.

Nestes termos, decido por reformar o acórdão recorrido, acolhendo os fundamentos tracejados no apelo do sujeito passivo quanto à infração 4, para declarar a sua total insubsistência, restando, conseqüentemente, prejudicado o exame do Recurso de Ofício.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário e PREJUDICADO do Recurso de Ofício para julgar IMPROCEDENTE a infração 4.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, declarar **PREJUDICADO** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207185.0010/11-0, lavrado contra **INDÚSTRIA DE PRÉ-MOLDADOS DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.867,20**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

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