

A. I. N° - 207185.0024/11-0
AUTUADO - CONFECÇÕES CAMACAN LTDA.
AUTUANTES - PAULO ROBERTO MENDES LIMA
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 30.10.2012

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0254-02/12

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE SAÍDAS E NO REGISTRO DE APURAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Confirmada a divergência. Não restou comprovado o recolhimento da diferença. Infração mantida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA O ATIVO IMOBILIZADO. Os valores exigidos não constam da denúncia espontânea apresentada. Infração caracterizada. 3. FALTA DE EXIBIÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS AO FISCO. MULTA. Infração caracterizada, não contestada. 4. LIVROS FISCAIS. ESCRITURAÇÃO IRREGULAR. MULTA. Demonstrada a escrituração irregular, conformem fls. 72 a 163. Infração caracterizada. 5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. ENTREGA DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS COM OMISSÕES E DADOS DIVERGENTES DOS DOCUMENTOS FISCAIS. Os registros 51, 54 e 75, inicialmente não apresentados e posteriormente apresentados com divergências e omissões, caracterizam a infração. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 20/12/2011, exige ICMS no valor histórico de R\$ 1.041.016,25, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor (es) do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS. O ICMS com valor de R\$ 1.465,60. Com multa de 60%;

Infração 02 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. O ICMS no valor de R\$ 148.585,40. Com multa de 60%;

Infração 03 – Deixou de apresentar Livro(s) Fiscal(is), quando regularmente intimado. O ICMS no valor de R\$ 2.760,00;

Infração 04 – Escriturou livro (s) fiscal (is) em desacordo com as normas regulamentares. O ICMS no valor de R\$ 140,00. Com multa de R\$ 140,00;

Infração 05 – Forneceu informações através de arquivo (s) magnético(s) exigido(s) na legislação tributária, requerido (s) mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes. O ICMS no valor de R\$ 888.065,25.

O autuado, às fls. 174 a 225, em sua defesa, alega que se depreende da descrição do item 5 da autuação fiscal, que a Autoridade Fiscal limitou a "multa a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes".

Entende que, para tanto, capitulou a multa no art. 42, inciso XIII-A, alínea "i" da Lei 7.014/96, alterada pela Lei 10.847/2007.

Ressalta que, ao efetuar o cálculo da multa, a Autoridade erroneamente aplicou o percentual de 5% sobre todas as saídas, contrariando o que dispõe o mencionado dispositivo legal.

Consigna, em relação aos documentos fiscais apresentados, que em nenhum momento a Impugnante conseguiu reconhecer a base de cálculo adotada pela Autoridade Fiscal (R\$ 17.761.305,00), a qual, pela alíquota utilizada para imposição da multa no aludido quadro (5%) se poderia presumir, de acordo com o art. 42, XIII-A e "i", tratar-se da diferença das operações supostamente omitidas (entradas e saídas), afirma que também não se verifica consoante planilha III elaborada pelo próprio agente fiscal.

Salienta, diante de tal situação, que Agente Fiscal acabou aplicando penalidade híbrida, isto é, não prevista em lei, uma vez que pretendeu utilizar o percentual de 5% (que deveria ser aplicado sobre a diferença apurada nos arquivos magnéticos entregues pela Impugnante e os seus livros fiscais) sobre base de cálculo que não representa nem o total das saídas realizadas nos períodos, nem a divergência entre as operações supostamente omitidas nos arquivos magnéticos (entradas e saídas) e os documentos fiscais.

Alude a discrepância entre a descrição da multa aplicada no item 5 do AIIM (que prevê multa de 1% sobre o total das saídas) e o respectivo cálculo elaborado pela Autoridade Fiscal paira dúvida quanto à intenção do fiscal: se pretendia calculá-la no percentual de 1% sobre todas as saídas do período, ou se pretendia impor a Impugnante o percentual de 5% sobre as divergências apuradas entre Sintegra e documentos, o que demonstra erro que deve ser sanado por esse Órgão Julgador, com a anulação da autuação fiscal.

Afirma que o Auditor Fiscal imputou à empresa Impugnante em seu item I, a cobrança indicada em seguida, entendendo que houve violação ao disposto no art. 116, 124, inciso I e 331, § 8º do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284,97, aplicando-lhe a multa do art. 42, inciso II, alínea "b", da Lei 7.014/96:

"ICMS normal lançado e recolhido a menor nos meses e valores do exercício de 2010, conforme Planilha anexa em virtude de erros de base de cálculo na apuração do débito mensal. Valor cobrado: R\$ 1.465,60".

Ressalta que a infração indicada no Item 1 foi nos seguintes termos:

"Infração 01 – 03.01.01

Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado em Livro Registro de Apuração do ICMS. Nos meses e valores conforme planilhas anexas ao Auto, no exercício de 2010.

Data Ocorr	Data Venc	Base de cálculo	Aliquota (%)	Multa (%)	Valor histórico	Valor em real
28/02/2010	09/03/2010	4.235,29	17,00	60,00	720,00	720,00
30/06/2010	09/07/2010	3.352,94	17,00	60,00	570,00	570,00
31/07/2010	09/08/2010	423,52	17,00	60,00	72,00	72,00
31/08/2010	09/09/2010	494,11	17,00	60,00	84,00	84,00
31/12/2010	09/01/2011	115,29	17,00	60,00	19,60	19,60
Total da infração R\$						1.462,60

Destaca a importância de observar o disposto na legislação do RICMS/BA tida por violada, indicada pela fiscalização:

Art. 116 - O regime normal de apuração do imposto será adotado pelos estabelecimentos inscritos no cadastro estadual na condição de contribuintes normais, que apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal, a saber”:

“Art. 124 - O recolhimento do ICMS será feito (art. 980):

I - até o dia 9 do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores;”

“Art. 331 - O livro Registro de Apuração do ICMS, modelo 9 (Anexo 47), destina-se ao lançamento mensal dos totais dos valores contábeis e os dos valores fiscais relativos ao ICMS, das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação utilizados ou prestados, extraídos dos livros próprios e agrupados segundo o Código Fiscal de Operações e Prestações (Conv. SINIEF, de 15/12/70).

§ 8º - O livro de que cuida este artigo servirá de fonte para o preenchimento dos documentos de informações econômico-fiscais”.

“Art. 42 - Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

b) em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido pelo contribuinte e o escriturado no livro fiscal de apuração do imposto;”

Alude que a fiscalização entendeu que houve supostamente falta de recolhimento do ICMS, com base no disposto nas informações prestadas no livro Registro de Apuração de ICMS, contudo afirma que comprovará, nos presentes autos, com base no princípio da verdade material, que não houve falta de recolhimento do imposto, conforme comprovam o DARE juntado nos presentes autos, bem como, a Planilha que comprova a apuração do imposto devido. (Docs. Anexos).

Assegura que as informações prestadas no referido livro estão incorretas, uma vez que não constou o registro da devolução de materiais de uso e consumo, os quais dariam crédito à Impugnante pelo princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Coaduna que em razão de não ter constado referida informação no livro de Apuração de ICMS, a fiscalização apurou diferença de ICMS a recolher, no entanto, como a Impugnante comprovará na presente defesa, afirma que não há qualquer diferença a recolher, mas ao contrário, existem valores a serem creditados pela empresa Autuante.

Entende que muito embora tenha havido erro nas informações prestadas no Livro de Apuração, o Fisco não pode e nem deve desconsiderar que houve o recolhimento do principal, tendo havido tão somente equívoco de ordem de obrigação acessória.

Assinala que, como não houve falta ou até mesmo diferenças de recolhimento de ICMS devidos pela empresa, mas tão somente erros de informações, que estão sendo sanados pela empresa no que tange ao registro da devolução de material de uso e consumo, restando evidente que não houve qualquer prejuízo ao Erário.

Consigna que, ao contrário, o equívoco havido prejudicou tão somente à Autuada que, ao não ter registrado em seus livros fiscais a devolução do material de uso e consumo, ficou impedida de efetuar o seu legítimo creditamento.

Salienta que, para comprovar a licitude de sua conduta, planilhou comprovando a apuração do imposto devido, para demonstrar que ICMS devido fora integralmente recolhido.

Desta forma, a autuada aplica o princípio da verdade material e ainda o instituto da razoabilidade, que encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa

consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato. Entende ser razoável o conceito que se infere a contrario sensu; vale dizer, escapa à razoabilidade "aquilo que não pode ser".

Assinala, à luz dos princípios anteriormente citados, ser lícito afirmar que, no exemplo de ocorrência de declaração efetuada de forma incorreta, esta não equivale à ausência de informação ou ausência de pagamento de imposto, gerando, ainda, a imputação de multa no percentual de 60% sobre o valor do débito.

A autuada entende ser de importância vital demonstrar a ausência de qualquer prejuízo para a entidade fiscal, sem esquecer que, em assim reconhecendo, conduz para a dispensa de qualquer multa, especialmente quando não tenha havido intenção de lesar o Fisco.

Alude que a atuação da Administração Pública deve seguir os parâmetros da razoabilidade, legalidade e da proporcionalidade, que censuram o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar.

Traz considerações sobre o Princípio da Razoabilidade, com destaque a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello in "Curso de Direito Administrativo", Malheiros, 2002, 14ª ed., p. 91-93.

Salienta que o exemplo de um suposto erro no preenchimento de nota fiscal, se não implicou em nenhum prejuízo para o Fisco, não pode conduzir em nenhuma autuação administrativa, exatamente em decorrência da obediência aos princípios da razoabilidade na cobrança de qualquer importância em benefício do Fisco.

Entende que, da mesma forma, ocorre no caso em tela, em que houve apenas um erro nas informações prestadas no Livro de Registro de apuração, no entanto, pelo princípio da verdade material, o contribuinte faz a prova de que houve o recolhimento integral do imposto, trazendo decisões do STJ sobre a matéria.

Assim, entende que na ausência de prejuízo do Fisco, já que o valor do ICMS devido nestas operações fora integralmente recolhido, não há que se falar em exigência do valor principal imputado à Autuada, e tampouco na manutenção da multa.

Destaca que se deve aplicar, no caso dos autos, o princípio da verdade material, buscando pelos documentos acostados aos autos verificar que houve apenas equívocos de ordem de obrigação acessória erro nas informações prestadas ao Fisco.

Entende que o direito tributário, assim como o penal, deve buscar a verdade material, não podendo, destarte, presumir a má-fé dos contribuintes, trazendo decisão, nesse sentido, do Conselho de Contribuintes da Paraíba.

Consigna, nesse diapasão, que se deve ter cautela quanto a presunções, para se evitar o cometimento de injustiças desmedidas.

Salienta, muito embora o Fisco da Fazenda do Estado da Bahia, esteja presumindo que haja ICMS devido em razão de ter partido da própria declaração do contribuinte, que a referida presunção deverá ser ilidida diante da demonstração de erro pelo contribuinte, onde este comprova com outros elementos que houve de fato um equívoco nas informações prestadas.

Ressalta que em nenhum momento houve má-fé por parte do contribuinte Impugnante, mas apenas equívocos de ordem de obrigação tributária.

Assinala que a empresa Impugnante requer a apreciação da presente defesa e dos documentos apresentados, com fundamento no princípio da verdade material, que norteia a forma de atuação da Administração Pública, de modo que os Ilustres Julgadores que apreciarão a presente defesa possam vislumbrar a realidade fática ocorrida nos presentes autos, afastando qualquer tipo de medida coercitiva que não se coadune com os fatos ocorridos.

Consigna, que a Autuada já está diligenciando no sentido de proceder à correção nos registros nos Livros de Registro de Apuração.

Neste aspecto, a autuada destaca que a motivação dos atos administrativos é condição *sine qua non* para que os mesmos possuam validade, de modo que, de acordo com os ensinamentos do

Ilustre professor Celso Antônio Bandeira de Mello, ele deverá conter, obrigatoriamente: sujeito, forma, objeto, **motivo** e finalidade. O motivo é essencial para a validade do ato administrativo, sobretudo, nos atos jurídicos vinculados, como ocorre no presente caso.

Aduz que com a correção dos vícios que deram ensejo a lavratura, e a demonstração de que o imposto foi devidamente recolhido pela Autuada, entende que esta faz jus ser relevada a multa em decorrência de sua inequívoca boa-fé.

Afirma que apenas por amor ao debate, vale reforçar não haver qualquer vantagem na postura que ensejou a presente cobrança, até porque o imposto foi pago.

Observa, no que tange ao Item 2 do AIIM, que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia imputa à empresa Impugnante a cobrança abaixo descrita, aduzindo que a empresa violou o disposto no art. 1º, § 2º, inciso I e V, art. 5º, inciso I, 36, § 2º, inciso, inciso I e 131 do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97, aplicando-7.014/96:

“Falta de recolhimento do ICMS relativo ao diferencial de alíquotas nas aquisições em outras unidades da Federação de bens para o ativo imobilizado (e registrado nos livros REM, com código de aquisição de bens para ativo imobilizado, conforme demonstragem de listagem em planilha anexa. Valor cobrado: R\$ 148.585,40”

Entende que não há que se falar, contudo, na violação à legislação acima mencionada, com a aplicação de multa no percentual de 60%, haja vista que a Impugnante incluiu referido débito no parcelamento estadual, conforme comprovam os documentos de adesão e consolidação de débitos juntados na presente defesa. (Docs. anexos).

Coaduna que no disposto no art. 151 do Código Tributário Nacional que uma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário é a adesão ao parcelamento.

Assegura que prescreve a lei como hipótese de suspensão do crédito tributário: o depósito integral, a interposição de recurso administrativo pelos contribuintes, a concessão de medida liminar em favor do contribuinte e a celebração de parcelamento pelo contribuinte (art. 151 e incs., do CTN).

Assinala que, no caso dos autos, trata-se de “suspensão da exigibilidade do crédito tributário pela adesão a parcelamento de débito de ICMS junto ao Estado da Bahia, conforme comprovam os documentos anexos.

Alude que, enquanto o contribuinte estiver pagando regularmente o parcelamento, o crédito tributário deve constar com sua exigibilidade suspensa nos dados da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, sendo ilegal e arbitrário que o Fisco tome medidas coercitivas de cobrança enquanto o crédito estiver sendo pago regularmente, razão pela qual, faz-se necessário que seja anulada o item II do auto de infração em razão da sua manifesta inexigibilidade, conforme aqui se demonstrou.

Assegura, no que tange ao Item 3, do auto de infração, que o autuante aplicou multa à empresa Impugnante pela suposta falta de apresentação até 25/10/2011 de livros e documentos requisitados para fiscalização em intimação expedida em 07/10/2011, alegando, para tanto, que a *deixou de apresentar livros fiscais quando regularmente intimado após prazo previsto em três intimações sucessivas ocorridas em 07/10/2011, 25/10/2011 e 14/11/2011, com aplicação das multas respectivas de R\$460,00, R\$ 920,00, R\$ 1.380,00”.*

D. Ocorr.	Data venc	Base de cálculo	Aliq (%)	Multa fixa	Valor Histórico	Valor em Real
25/10/2011	09/11/2011	0,00	0,00	460,00	460,00	460,00
14/11/2011	09/12/2011	0,00	0,00	920,00	920,00	920,00
19/12/2011	20/12/2011	0,00	0,00	1.380,00	1.380,00	1.380,00

Aduz que muito embora tivesse sido intimada por diversas vezes a apresentar os livros solicitados pela fiscalização, não o fez tempestivamente. Sem razão, contudo, no presente caso que cumpriu a exigência solicitada pela fiscalização, tendo inclusive encaminhado o arquivo

eletrônico solicitado via email para atender ao disposto pela fiscalização demonstrando sua boa fé, conforme se comprova pelos documentos juntados na presente defesa.

Destaca ainda, que há de se constatar, pelo email apresentado, que em nenhum momento a Impugnante deixou de apresentar a documentação solicitada pela fiscalização, sendo totalmente descabida e desarrazoada a multa aplicada no presente auto de infração.

Assinala que mesmo na hipótese de atraso na entrega dos livros solicitados, referido fato não prejudicou, de toda forma, o recolhimento do imposto, conforme já aduzido na presente defesa.

Nesse sentido, a defesa entende que a aplicação de multa no montante aplicado, em razão de mero atraso na entrega de arquivo magnético ou assemelhado é medida de caráter arbitrário e desproporcional.

Argumenta que em todos os casos para os quais o legislador fixa multas proporcionais ao valor do imposto ou ao valor da operação que seja a base de cálculo deste, o que se existe é uma presunção de inadimplemento da obrigação principal, vale dizer, presunção de não pagamento do imposto, o que não é o caso dos presentes autos.

A autuada entende, com base no que foi exposto acima, que o constitucional princípio da razoabilidade, que preconiza a interpretação das leis de forma racional. A razoabilidade, neste sentido, nada mais é do que um apelo à prudência do homem comum e nos remete à ideia do justo como o adequado. O intérprete-aplicador do direito já não afasta a norma porque ela é injusta, mas porque ela é não é razoável. Assim, entende que a razoabilidade assume o sentido de justiça.

Alude, desta feita, que não tendo havido qualquer prejuízo ao Fisco, o fato de a Impugnante ter entregue os documentos solicitados pela fiscalização via email, uma vez que não houve falta de recolhimento do imposto, é patente a boa-fé do contribuinte ao cumprir a obrigação acessória solicitada, devendo ser relevada a multa, ou ao menos reduzida, em razão dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade aqui mencionados.

Aduz, em relação ao item 4 do auto de infração, que a fiscalização aplica multa à empresa por Escrituração Irregular dos livros RAICMS e RSM, alegando que “*o contribuinte foi regularmente intimado a proceder correção em 14/11/ 2011, mas até a data de lavratura deste Auto, não apresentou os novos livros corrigidos*”, fundamentando que a empresa violou o disposto no art. 314, 322, 323, 324, 325, 329, 330 e 331 do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284,97, aplicando-lhe a multa prevista no art. 42, inc. XVIII, alínea b, da Lei 7.014/96 alterada pela Lei 8.534/02.

Assegura, no presente caso, que entendeu a Fiscalização por aplicar multa à empresa Autuada porque a mesma não escriturou os livros fiscais de acordo com a legislação nos exercícios de 2009 e 2010, aplicando-lhe multa em razão desse fato.

Mais uma vez, a autuada entende que não houve falta de escrituração por parte da empresa contribuinte, mas tão somente equívocos de ordem de obrigação acessória, que devem ser relevadas por essa Ilustre Fiscalização, haja vista não ter havido qualquer prejuízo ao Fisco, uma vez que houve o recolhimento integral do imposto pela empresa Impugnante.

Entende que a empresa já está diligenciando para efetuar as alterações necessárias em seus Livros Fiscais para atender ao solicitado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, razão pela qual, pelo princípio da razoabilidade, não se coaduna a aplicação de multa pela prática de ato jurídico passível de correção dentro do prazo legal.

Esclarece, ainda, conforme se depreende do item 5 do AIIM em referência, a D. Autoridade Fiscal considerou que as informações fornecidas através dos arquivos magnéticos da Impugnante continham “*dados divergentes daqueles constantes de seus documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitada a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes.*”

Coaduna que a Impugnante foi atuada em razão do entendimento fazendário de que seus arquivos do Sintegra estariam incompletos, isto é, em razão da ausência de declaração em relação a determinadas operações.

Aduz, sob este aspecto, que é importante demonstrar a sucessão de tratativas realizadas pela Impugnante a fim de atender a todas as exigências impostas pelo Sr. Agente Fiscal.

de que a Autuada recebeu a 1^a Intimação em 13/10/2011, onde prontamente enviou todos os arquivos magnéticos solicitados no período de 01/01/2008 a 31/12/2010, com o preenchimento dos registros 51, 54 e 75.

Entende que, após análise feita pelo Auditor Fiscal, foram detectadas divergências e omissões nos arquivos enviados, especificamente nos registros 51 – onde especifica o resumo do valor do IPI, 54 – especifica o resumo do valor do ICMS e 75 – especifica o resumo do valor dos produtos, sendo essa 2^a intimação recebida pela autuada em 14/11/2011.

Afirma que em contato com o auditor fiscal foi demonstrada a dificuldade em atender o prazo de 14/12/2011 para entrega dos arquivos corrigidos, sendo que sensibilizado com o problema, o mesmo nos concedeu o prazo de 19/12/2011, onde a Impugnante conseguiu apresentar parte dos arquivos retificados, sendo completado o envio no dia seguinte 20/12/2011.

Assinala, todavia, que sobreleva atentar a esse Órgão Julgador, a dificuldade da Impugnante encontrava respaldo no fato de que o layout dos registros de nºs 51, 54 e 75 determinado pelo Sintegra do Estado da Bahia não equivale àquele constante do Convênio ICMS nº 57/1995, que disciplina a emissão de documentos fiscais e escrituração de livros pelos contribuintes usuários do sistema eletrônico de processamento de dados (SINTEGRA).

Assegura, segundo o Convênio ICMS em questão, que as empresas são obrigadas a prestarem as informações do Sintegra no mesmo layout das telas anexas àquele ato normativo. Neste sentido, vejamos o que dispõem a cláusula 27 e item 22 do Manual de Instruções do Sintegra:

CONVÊNIO ICMS Nº 57, DE 28 DE JUNHO DE 1995

*Cláusula vigésima sétima - O contribuinte fornecerá ao Fisco, quando exigido, os documentos e arquivo magnético **de que trata este Convênio**, no prazo de 05 (cinco) dias úteis contados da data da exigência, sem prejuízo do acesso imediato as instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.*

Paragrafo 1º - Por acesso imediato entende-se inclusive o fornecimento dos recursos e informações necessarias para verificação e/ou extração de quaisquer dados, tais como, senhas, manuais de aplicativos e sistemas operacionais e forma de desbloqueio de areas de disco.

Parágrafo 2º - O Fisco poderá exigir que o arquivo magnético seja previamente consistido por programa validador por ele fornecido.

Item 22 do Manual do Sintegra anexo ao Convênio

22 - INSTRUÇOES GERAIS

22.1 - Os registros fiscais poderão ser mantidos em características especificações diferentes, desde que, quando exigidos, sejam fornecidos nas condições previstas neste manual.

22.2 - O fornecimento dos registros fiscais de forma diversa da revista no subitem anterior dependerá de consulta previa ao fisco da unidade da Federação a que estiver vinculado o estabelecimento ou à Receita Federal, conforme o caso.

22.3 - O contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados deverá fornecer, quando solicitado, documentação técnica minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição, gabarito de registro ("lay-out") dos arquivos e listagens de programas.

Entende, que o Item 22.1, acima citado, determina que os registros fiscais podem ser mantidos em características especificações diferentes, porém, afirma que quando sua apresentação for exigida deverão ser apresentados especificamente nas condições previstas neste manual.

Consigna que a exigência pelos Agentes Fiscais da apresentação do Sintegra em qualquer outro layout ou com quaisquer outras características, como é o caso dos presentes autos, afirma ainda que é prática ilegal, porquanto deliberadamente contrária ao que dispõe o Convênio ICMS em questão.

Alega, neste toar, do layout do Sintegra anexo ao Convênio ICMS nº 57/95, cuja entrega é obrigatória a todos os contribuintes sujeitos ao ICMS, pode ser facilmente constatado que tais não equivalem àquele utilizado pela Fazenda do Estado da Bahia.

Revela que tal fato causa extrema insegurança por parte dos contribuintes, em especial a ora Impugnante, haja vista que o Manual de Instruções a ser observado para o preenchimento de informações em arquivos magnéticos deve ser aquele instituído pelo Convênio ICMS, firmado justamente com a finalidade de padronizar as declarações apresentadas em todos os Estados da Federação.

Assinala, sob tal aspecto, que a imposição da Fazenda do Estado da Bahia de preenchimento do Sintegra fora das condições previstas no Convênio ICMS nº 57/1995, impõe-lhe penalidade em razão do descumprimento dessa exigência, não obstante em conformidade com o Convênio, implica em autuação claramente ilegal e arbitrária, razão pela qual há de ser cancelada por esse D. Órgão Julgador.

Afirma, ainda, com relação ao item 5 da autuação, que o II. Agente Fiscal entendeu que a ora Impugnante emitiu arquivos magnéticos fora do padrão estabelecido pela legislação, no tocante aos registros tipo 51, 54 e 75, aplicando multa de 1% sobre o total do valor das operações no período.

Assegura, primeiramente, ser válido destacar que a autuação se deu em razão de ter o Agente Fiscal entendido que dados contidos nos arquivos magnéticos da ora Impugnante não atendiam as especificações estabelecidas na legislação, pois ali não estavam especificados, de acordo com os registros 51, 54 e 75, registros relativos ao resumo do valor do IPI, o resumo do valor do ICMS e o resumo do valor dos produtos, respectivamente).

Ressalta que já procedeu à regularização dos registros no SINTEGRA, ajustando-os aos seus documentos fiscais emitidos e livros fiscais, de modo a afastar por completo a presente aplicação de multa.

Ademais, afirma que a irregularidade constante nos arquivos da Impugnante são meramente formais, que jamais trouxeram nenhum prejuízo ao Fisco, uma vez que o imposto sempre foi integralmente recolhido.

Neste sentido, traz algumas decisões exaradas por outros Tribunais Administrativos quanto à possibilidade de relevação ou redução das multas aplicadas em razão de erros contidos em arquivos magnéticos, mas que não ensejaram qualquer prejuízo ao Erário Público.

Salienta, conforme já destacado nos autos, que os eventuais equívocos cometidos nos registros do Sintegra da Autuada não ensejaram qualquer perda de arrecadação para o Fisco Estadual, sendo certo que a sua correção, norteia cabalmente a motivação do cancelamento do presente auto.

Alude constatar a entrega de arquivo magnético supostamente incompleto das competências supramencionadas, o Agente Fiscal arbitrou multa no percentual de 1% sobre todas as saídas realizadas no período.

Aduz, com a correção dos vícios que deram ensejo a lavratura, que é nítido que a Impugnante ao sempre cumprir suas obrigações fiscais, faz jus ao que a própria legislação estadual consagra quanto à relevação da multa imposta no presente Auto de Infração.

Alega, portanto, como restou comprovado, que a multa imputada à Impugnante, que corresponde ao valor de R\$888.065,25, por ser manifestadamente exagerada, não merece prosperar balizado no fato *inconteste*:

- (i) que não houve qualquer prejuízo ao Erário;
- (ii) que a conduta de boa-fé sempre norteou as ações da Impugnante;
- (iii) que o víncio que ensejou a presente lavratura foi sanado, conforme a entrega dos documentos digitais realizados;

Consigna que a respectiva multa não poderá ser aplicada, por ser de caráter meramente punitivo, aplicável para penalizar aqueles que agem de má-fé, seja pela fraude, sonegação ou conluio, não tendo sido esta a conduta da Impugnante, que sempre se norteou pela boa-fé.

Assinala que todos os documentos que ensejaram a lavratura do auto já foram apresentados, além do fato de não ter ocorrido ausência de recolhimento do imposto. Deste modo, não há como configurar atitude dolosa do contribuinte, não merecendo, pois, prosperar referida multa.

Assegura, nesse contexto, que não há que se confundir o descumprimento de uma obrigação acessória, com o descumprimento de uma obrigação principal (falta de pagamento do imposto).

Acrescenta que a obrigação principal tratada no nosso ordenamento jurídico, destarte, refere-se ao pagamento do tributo exigido.

Assegura que a obrigação acessória, por sua vez, trata do cumprimento de outras exigências que não o pagamento do tributo exigido, referente ao cumprimento de medidas formais e instrumentais pelo contribuinte em cadastros, declarações, arquivos magnéticos, efetuar determinado ato por meio de determinado formulário, pagar determinado tributo por determinada guia, por determinado código, preencher determinado documento com determinada formalidade, ou seja, referem-se às questões formais do pagamento do tributo.

Coaduna que não se pode olvidar que a obrigação acessória tem sempre caráter instrumental, sendo na realidade um meio pelo qual a Administração Tributária controla o cumprimento da obrigação principal em prol do interesse público na arrecadação e na fiscalização tributária, não podendo, jamais, seu descumprimento ser penalizado com multa superior ao valor do próprio imposto devido pelo contribuinte ou quando este reste integralmente pago.

Alega, com efeito, que os deveres instrumentais (obrigações acessórias) são autônomos em relação à regra matriz de incidência tributária, tanto é que mesmo um não contribuinte do ICMS pode estar sujeito ao cumprimento de obrigações acessórias.

Alude que a multa aplicada à Impugnante configura-se, destarte, ilegítima e desproporcional, estimulando o enriquecimento ilícito por parte do Fisco, ferindo de morte o princípio da razoabilidade e a proporcionalidade. Até porquê, a Impugnante sempre honrou com todos os seus compromissos perante o Fisco do Estado da Bahia.

Consigna, assim, que fica patente o caráter confiscatório da multa cobrada, que se mantida, acaba por malferir diversos princípios constitucionais, notadamente ao direito de propriedade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Salienta, diante destes argumentos, que se pode concluir previamente que a penalidade da multa deverá ser relevada ou diminuída, pela ausência de dolo, fraude ou simulação por parte da Impugnante.

Afirma, diante dos fundamentos legais expostos, que não obstante as nulidades da autuação expostas, caso esse Órgão Julgador entenda de maneira diversa, que é certo que a aplicação da multa deverá ser relevada, posto que ausentes os pressupostos legais para sua imposição em caráter punitivo, dado que em nenhum momento restou demonstrado dolo, simulação ou fraude da Impugnante, mas, ao contrário, somente sua boa-fé, o que, por si só, é suficiente para cancelar a referida penalidade.

Entende, tão logo que a Impugnante foi notificada do atraso na entrega de seus arquivos magnéticos relativos aos períodos supramencionados, procedeu à respectiva entrega da mesma.

Confirma que, com tal comportamento, a Impugnante mais uma vez demonstrou a boa-fé adotada em face da Administração Pública, entregando as guias de informação, de modo que seu equívoco não ensejou qualquer perda de arrecadação para o Fisco Estadual, sendo certo que a entrega dos arquivos magnéticos e a ausência de prejuízo, deveria nortear cabalmente a motivação do presente auto, o que não foi o caso.

Assegura, neste sentido, que a motivação dos atos administrativos é condição *sine qua non* para que os mesmos possuam validade, de modo que, de acordo com os ensinamentos do ilustre professor Celso Antônio Bandeira de Mello, ele deverá conter, obrigatoriamente: sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade. Afirma que o motivo é essencial para a validade do ato administrativo, sobretudo, nos atos jurídicos vinculados, como ocorre com o auto de infração.

Entende que nenhuma penalidade pode ser imputada ao contribuinte de boa-fé, visto que o Direito protege aquele que assim atua e, ao contrário disso, pune aquele que age de má-fé.

Alude, assim, pela ausência de dolo, má-fé ou culpa da Impugnante não pode prevalecer a penalidade da maneira que fora imposta. Veja que o E. Supremo Tribunal Federal já vem adotando o citado art. 112 do CTN e tal entendimento também vem sendo corroborado pela doutrina.

Ressalta, não obstante os fatos argumentados acima expendidos, demonstram a evidente ilegalidade da multa imposta, na remota hipótese de ser mantida a multa aplicada neste item da autuação, há de se levar em conta que ao aplicá-la o Agente Fiscal deveria considerar que somente as notas de faturamento geram imposto a pagar, isto é, a penalidade deveria ser calculada com base somente nas operações tributadas pelo ICMS, já que este é o tributo que a Fazenda Estadual pretende fiscalizar.

Diante disto, aduz ainda que considera correta a imposição de penalidade no percentual de 1% sobre o total das saídas realizadas nos períodos, para a composição deste total devem ser computadas somente os documentos fiscais que ensejaram o pagamento do ICMS pela Impugnante, relacionou em tabela indicando o número e valor das notas fiscais e data.

Argumenta, desta forma, que caso este Órgão Julgador considere devida a imposição de multa, o item 5 do AIIM há de ser retificado a fim de considerar-se a correta base de cálculo para imposição da penalidade, isto é, o total das saídas tributadas no período, que representa R\$22.071.806,66, sobre a qual incidiria o percentual de 1% a título de penalidade pelo descumprimento de obrigação acessória, atendendo, pois, ao limite previsto no art. 42, inciso XIII-A alínea "i" da Lei 7.014/96.

Conclui que a presente Impugnação regularmente recebida, processada e, ao final, que seja julgada procedente para declarar nula a presente autuação em razão dos vícios observados no item 5 ou, caso assim não entenda esse D. Órgão Julgador, seja a auto de infração julgado integralmente improcedente, com o cancelamento, ou ao menos a redução da multa aplicada, pelos fundamentos fáticos e jurídicos expostos nas razões acima aduzidas.

Por fim, a Autuada requer, ainda, seja determinada a imediata remessa dos autos ao arquivo.

Conclui pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, para demonstrar a veracidade dos fatos alegados na presente defesa, como a apresentação de novos documentos, realização de diligências e as demais que se fizerem necessárias.

Consta, à fl. 734 dos autos, nova manifestação anexando documentos.

O autuante argumenta, preliminarmente, as fls. 911 a 916 que a Autuada protocolou tempestivamente sua Defesa, em 03/02/2012, junto à Repartição de origem.

Questiona ainda a capacidade postulatória de seus representantes que assinam a peça inicial: Gutemberg Reis Santos e Marcelo Duarte de Oliveira e a legitimidade do instrumento de

Procuração (fl. 226, do PAF), assinado por terceiro denominado “Diretor Presidente”: GUILHERME WEEGE, o qual não figura no rol de Sócios cadastrados na SEFAZ/BA., conforme extrato do INC/SEFAZ, à fl. 164 v., do PAF, e não se fez juntada de copia do Instrumento Contratual ou Instrumento de Procuração que o legitimaria, a depender dos poderes que supostamente lhe foram conferidos. Cumpre observar, portanto que, o instrumento de nomeação dos citados Procuradores, indicados na dita Procuração, datada de 30/01/2012, não tem validade comprovada, haja vista que, o citado “Diretor Presidente” da empresa, afirma que não teria sua condição legitimada no cadastro da SEFAZ, nem comprova tal condição no atual PAF;

Entende que tal circunstância deveria ter sido observada e sanada por ocasião do protocolo da Defesa, em 03/02/2.012. Afirma ser necessário suprir o PAF com elementos suficientes para, se for o caso, comprovar a atual legitimidade do dito “Diretor Presidente” e dos Procuradores, para que a Defesa protocolada, continue sua tramitação normal;

Alude também o encaminhamento prévio do presente PAF ao Sr. Inspetor Fazendário, para que o mesmo aprecie a questão, em especial, as disposições do Parágrafo Único, do art. 4º; e do *Caput* e inc. II, do parágrafo 1º, do art. 10, todos do RPAF/99.

Alega a priori, que a circunstância ensejadora de possível vício de ilegitimidade de parte, suscitada no item anterior, venha a ser objeto de saneamento adequado, a seguir, apresenta-se informações e comentários sobre a Defesa apresentada.

Argumenta que a defesa apresentada pela Autuada constitui-se num emaranhado de argumentos que não obedecem a uma seqüência e correspondência lógica. Observa-se exposições de fatos supostamente ocorridos, que implicaram em erros e não atendimento a obrigações acessórias e principais.

Salienta que é de difícil compreensão os argumentos da defesa, haja vista que, a Autuada apresenta argumentos repetitivos, como se “andasse em círculos”, e que não apresentam fundamentos legais e conclusões plausíveis ou materialmente demonstradas. A todo o momento, reconhece a prática de erros e equívocos, alega tratar-se de “situações corriqueiras”, mas não comprova as providências efetiva para saná-los.

Argumenta que anexou à defesa, um conjunto de fotocopias de documentos, de forma desordenada, que não guardam correspondência lógica e cronológica, em relação à exposição de argumentos.

Afirma ainda que a ausência de demonstrativos numéricos, acompanhados de provas documentais claramente identificadas, que corroborrem os argumentos da defesa além do mais, acrescenta ao texto, seqüências intermináveis de transposições de textos legais, sem identificar objetivamente, a que se referem e qual a pertinência com os argumentos defensivos.

Consigna, em suma, que se trata de defesa absolutamente inconsistente e desprovida de provas materiais das alegações e dos argumentos expostos.

Argumenta, conforme Planilhas que ilustram o Auto, às fls. 26 a 31, do PAF, que se encontra clara e seguramente demonstrados os critérios, dados e cálculos adotados pelo Autuante, conforme dispõe a legislação pertinente, para cálculo do valor da multa total aplicada relativamente à “Infração 05 – 16.12.27”, que importa num total de: R\$888.065,25.

Afirma que o total de saídas apuradas nos três períodos (2008 a 2010), conforme “Coluna B”, das fls. 26 e 27, do PAF, importa num total de R\$88.806.524,89; aplicando-se o percentual de 1% (limite da multa a ser aplicada), obtendo-se o total de: R\$888.065,25, exigido na citada Infração.

Consigna, logicamente, que o percentual de multa (5%) – constante do Auto, é o indicado no texto legal e, não poderia ser diferente por razões obvias. O programa utilizado, para lavratura do Auto, calcula então automaticamente, a base de calculo correspondente: R\$17.761.305,00.

Acrescenta que não há, portanto, qualquer fundamento ou razão para autorizar a anulação da infração ou muito menos, do Auto.

Afirma que a preliminar por consequência, deve ser descartada de plano, por absoluta falta de fundamentação.

Em relação à Infração 01 – 03.01.01: Salienta que a Autuada produziu um arrazoado teórico insubstancial, fez citações doutrinárias desconexas, e anexou um conjunto de documentos sem uma sequência lógica, na tentativa de descharacterizar a série de infrações praticadas e apontadas no Auto. Entende que seus argumentos em relação a esta infração, seguem a mesma toada, e nem ao menos foi juntado qualquer demonstrativo claro e objetivo.

Afirma que a própria Autuada reconhece a ocorrência de “erros nas informações prestadas no livro Registro de Apuração...” – vide, fl. 180, do PAF. Entretanto, em sua Defesa, não anexou qualquer indicação coerente, clara e objetiva dos supostos erros, nem apresentou prova das respectivas correções.

Aduz que as divergências apontadas na infração, referem-se a cálculos nas saídas – vide fls. 15 e 16, do PAF; não se referem, portanto, a supostos “erros de lançamentos a crédito”, como tenta argumentar a Autuada em sua defesa.

Portanto, entende que a exigência deve ser mantida integralmente.

Em relação ao “Princípio da verdade material”, invocado pela Autuada: Entende que não há de prosperar tal arguição, em favor da defesa, haja vista a ausência de provas concretas, objetivamente demonstradas e anexadas à defesa.

Em relação à Infração 02 – 06.01.01: Alega que a Autuada contesta a exigência nesta infração, utilizando-se na sua exposição de motivos, do expediente artifício, de arguir uma suposta exigência de créditos, anteriormente “suspenso por denúncia espontânea”. Entretanto, não trouxe ao processo, demonstrativo ou prova concreta da sua argumentação.

Alude que para melhor ilustrar esta Informação Fiscal e para que não pairem dúvidas quanto à certeza da infração apontada, afirma que se buscou no banco de dados da SEFAZ (o que já fizera no curso da ação fiscal) e, junta à presente, extratos do INC/SEFAZ, contendo dados do Processo nº 6000001914106 A (Denuncia espontânea), datada de 27/05/2010, e do respectivo demonstrativo de débitos denunciados, relativos ao período de: 31/01/2008 a 31/12/2009, docs. Anexos, 01 a 03. O débito então denunciado, foi quitado em 28/05/2010, com os benefícios da Lei (anistia) vigente à época, pelo total de: R\$176.290,25.

Afirma que se pode constatar:

- a) *Trata-se de denuncia de débitos de diferencial de alíquotas, nas aquisições de materiais de uso e consumo e não, nas aquisições de bens para o ativo, conforme apontado na infração;*
- b) *Do exame do demonstrativo de débitos, pode-se constatar que, há flagrantes divergências entre os valores declarados na D.E., e os exigidos no Auto, por razões óbvias – trata-se de débitos de natureza distinta;*
- c) *É também flagrante a divergência de períodos a que se referem os citados débitos: na D.E., o período é de 31/01/2008 a 31/12/2009; no Auto, o período considerado é de: 31/01/2008 a 31/12/2010.*

Argumenta que, consequentemente, não há qualquer relação de pertinência, entre uma exigência e outra, o que afasta de forma inequívoca, qualquer hipótese de “violação aos dispositivos legais citados pela defesa...”.

Aponta, portanto, para a manutenção integral da exigência contida no Auto, no valor histórico de R\$148.585,40.

Em relação à Infração 03 – 16.04.01: Alude, que a Autuada não contestou a exigência, nem comprovou efetiva entrega de livros e documentos nos prazos citados na infração.

Acrescenta que efetivamente, a Autuada criou óbices à entrega de seus livros e documentos fiscais, inclusive, entregando-os de forma parcial ou em desacordo com as normas de escrituração.

Pede, portanto, manutenção da exigência no total de R\$2.760,00.

Em relação à Infração 04 – 16.04.06: Argumenta, que as fotocópias juntadas ao Auto, de folhas dos livros fiscais carimbadas e visadas pelo Autuante, comprovam de forma inequívoca a escrituração irregular dos Livros Fiscais apresentados para fiscalização – vide fls. 72 a 163, do PAF.

Pede, portanto, a manutenção integral da multa aplicada.

Em relação à Infração 05 – 16.12.27: Entende que a Autuada não apresentou na Defesa, elementos suficientes para elidir a exigência contida nesta infração, limitando-se a citações intermináveis da doutrina, mas, sem apresentar o essencial e fundamental: prova efetiva da regularidade de seus arquivos magnéticos enviados ate 19/12/2011.

À fl. 26, do PAF, na Planilha III anexa ao Auto, afirma encontrarem-se descritos os procedimentos que conduziram à aplicação da multa em questão:

- a) *Ao iniciar a ação fiscal, constatou-se que a Autuada, enviara arquivos magnéticos do período: Abril/2008 a Dezembro/2010, sem os obrigatórios registros 51, 54 e 75;*
- b) *Após receber a primeira intimação em 13/10/2011, a Autuada recorreu ao expediente artifioso, de apenas declarar alguns valores limitados, nos novos registros enviados em 14/10, que apresentavam divergências e omissões flagrantes;*
- c) *Procedeu-se a nova Intimação em 14/11/2011, anexando-se Relatorios das divergências e omissões encontradas, para correção no prazo de 30 (trinta) dias, que terminou em 14/12/2011;*
- d) *Ate a data de lavratura do Auto, em 20/12/2011, constatou-se que o contribuinte procedeu a correções de apenas alguns arquivos, ate 19/12 – os quais foram excluídos da nova apuração de divergências e omissões que ilustra o Auto.*

Alega que é possível constatar nos termos da defesa onde a Autuada reconhece o cometimento da infração, mas, apesar de todo o prazo disponibilizado até a autuação e mesmo até apresentação da defesa, não comprovou a efetiva correção total de todos os arquivos, porque não anexou à Defesa cópia em mídia, dos novos arquivos totalmente corrigidos, para verificações. Nem ao menos, dos respectivos Recibos de Entrega com certificação de recebimento.

Afirma, ao expediente de apelar pela redução da multa aplicada e, até argumenta que a mesma deveria ser aplicada apenas em relação “às operações tributadas”, conforme Planilha às fls. 219 a 224, do PAF, cujas saídas que totalizam: R\$22.071.806,66, implicariam numa multa total de: R\$220.718,06, mantido o percentual limite aplicado no Auto.

Aduz que a opção não encontra respaldo na legislação pertinente, haja vista que a penalidade deve ser aplicada em relação às saídas ou entradas totais, o que for maior, não havendo discriminação em relação a operações tributadas ou não.

Conclui que, além das dificuldades impostas pela Autuada para apresentar sua documentação no curso da ação fiscal, o que caracteriza deliberada obstrução à ação do fisco, esta anexando à presente, extrato do SCAM, datado de: 09/02/2012, no qual, pode-se constatar que o contribuinte já era e continua reincidente na prática da infração, haja vista que: até a citada data, não regularizou a entrega dos arquivos relativos ao período de Janeiro/2007 a Dezembro/2007 (período anterior ao fiscalizado); Janeiro a Março/2008 (período fiscalizado); e insiste em entregar arquivos parciais e incompletos, conforme se prova nos meses de Janeiro/2011 a Dezembro/2011 (período ainda não fiscalizado).

Pede pela manutenção integrais das exigências apontadas no Auto.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, traz a exigência de 05 infrações, tanto por descumprimento de obrigações acessórias como principais, já devidamente relatadas.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais. Além do mais, consta, às fls. 26 e 27 dos autos, planilhas indicando a análise do autuante, quanto ao percentual a ser aplicado, 5% ou 1%, prevalecendo o percentual de 1%, conforme art. 42, XIII-A, alínea “j”.

Verifico a legitimidade do instrumento de Procuração (fl. 226, do PAF), assinado pelo seu “Diretor Presidente”: Guilherme Weege, conforme alteração contratual à fl. 932 dos autos, portanto a assinatura que consta na defesa é do Sr. Marcelo Duarte de Oliveira, constante na aludida procuração, conforme regularização após diligência solicitada.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7º edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissão que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Não há, por conseguinte, o que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, além de serem, no presente caso, corolários do princípio do não confisco, já analisado, não encontram amparo fático, na medida em que a multa aplicada é adequadamente modulada para o desestímulo ao descumprimento das obrigações tributárias ora apuradas.

É importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA, bem como as decisões dos Tribunais apontados pelo autuado não vinculam os atos administrativos dessa unidade federativa ou mesmo a decisões dos Tribunais Administrativos.

Quanto à infração 01, verifico que o sujeito passivo, em sua defesa, reconhece a ocorrência de “erros nas informações prestadas no Livro de Apuração...”, conforme suas afirmações à fl. 180, do PAF. Ocorre que as divergências apontadas na infração, referem-se a cálculos nas saídas conforme se verifica às fls. 15 e 16, do PAF, não aludindo, portanto, a supostos “erros de lançamentos a crédito”, conforme alinha em sua peça defensiva. Além do mais, apesar da planilha apresentada, o sujeito passivo não trouxe aos autos elementos que indiquem as razões ou justifiquem cabalmente o ocorrido, nem mesmo trouxe provas das respectivas correções dos valores consignados pelo autuante, visto que lhe cabe o ônus da prova, não havendo, portanto, qualquer violação ao princípio da verdade material.

Assim, considero procedente a autuação.

Em relação à Infração 02, quanto à alegação do autuado de que os valores exigidos foram alvo de denúncia espontânea, cabe alinhar que o autuante buscou no banco de dados da SEFAZ e, juntou

aos autos extratos do INC/SEFAZ, contendo dados do Processo nº 6000001914106 A (Denuncia espontânea), datada de 27/05/2010, e do respectivo demonstrativo de débitos denunciados, relativos ao período de: 31/01/2008 a 31/12/2009, docs. Anexos, 01 a 03.

Verifica-se que o débito, então denunciado, foi quitado em 28/05/2010, com os benefícios da Lei de anistia totalizando o valor de R\$176.290,25. Observa-se que o aludido débito, segundo corretamente observado pelo autuante em sua informação fiscal: a) *Trata-se de denuncia de débitos de diferencial de alíquotas, nas aquisições de materiais de uso e consumo e não, nas aquisições de bens para o ativo, conforme apontado na infração;* b) *Do exame do demonstrativo de débitos, pode-se constatar que, há flagrantes divergências entre os valores declarados na D.E., e os exigidos no Auto, por razões obvias – trata-se de débitos de natureza distinta;* c) *É também flagrante a divergência de períodos a que se referem os citados débitos: na D.E., o período é de 31/01/2008 a 31/12/2009; no Auto, o período considerado é de: 31/01/2008 a 31/12/2010.*

Assim, ao cotejar os valores e elementos constantes nas duas peças, o Auto de Infração e a denúncia, fica evidente que não há correspondência dos valores e fatos geradores alvo das exigências, não cabendo, por conseguinte, a violação aos dispositivos legais apontados pelo impugnante.

Cabe, portanto, a manutenção integral da presente exigência tributária.

No que alude a infração 03, não contestou a exigência, nem comprovou efetiva entrega de livros e documentos nos prazos citados na infração.

Ficou caracterizada não entrega dos livros fiscais, dentro do prazo legal, conforme livros constantes das intimações datadas de 7/10, 25/10 e 14/11/2011, às fls. 10, 12 e 14, cabendo a manutenção da exigência por descumprimento da obrigação imputada.

Quanto à Infração 04, fica evidenciada, consoante as fotocópias juntadas ao Auto, às fls. 72 a 163, de folhas dos livros fiscais carimbadas e visadas pelo Autuante, a escrituração irregular dos livros fiscais apresentados para fiscalização, na elidida pelo impugnante.

Cabe a manutenção integral da infração 04.

No que alude a 05, conforme alinha o autuante, consta, à fl. 26 dos autos, na Planilha III anexa ao Auto, descritos os procedimentos que caracterizaram o descumprimento da obrigação acessória e consequente e respectiva multa:

- a) *Ao iniciar a ação fiscal, constatou-se que a Autuada, enviara arquivos magnéticos do período: Abril/2008 a Dezembro/2010, sem os obrigatórios registros 51, 54 e 75;*
- b) *Após receber a primeira intimação em 13/10/2011, a Autuada recorreu ao expediente artifioso, de apenas declarar alguns valores limitados, nos novos registros enviados em 14/10, que apresentavam divergências e omissões flagrantes;*
- c) *Procedeu-se a nova Intimação em 14/11/2011, anexando-se Relatórios das divergências e omissões encontradas, para correção no prazo de 30 (trinta) dias, que terminou em 14/12/2011;*
- d) *Ate a data de lavratura do Auto, em 20/12/2011, constatou-se que o contribuinte procedeu a correções de apenas alguns arquivos, ate 19/12 – os quais foram excluídos da nova apuração de divergências e omissões que ilustra o Auto.*

Verifico que, apesar de ter sido concedido prazo ao impugnante, maior do que permite a legislação sobre a matéria, até a autuação não comprovou a efetiva correção total de todos os arquivos, comprovado pelo próprio recibo assinado pelo impugnante, à fl. 168 dos autos, em 19/12/2011. Fato que enseja e caracteriza o descumprimento da obrigação acessória alvo da multa aplicada. Cabe constatar, também, que nem mesmo em sua defesa traz tais correções, com os recibos de Entrega com certificação de recebimento, fato que necessariamente não descaracterizaria a imputação.

Cabe razão ao autuante quando aduz que não encontra amparo na legislação tributária sobre a matéria, a incidência da multa apenas sobre as operações tributadas, tendo em vista que, conforme art. 42, XIII-A, “i” da Lei 7014/96, a penalidade deve incidir sobre às saídas ou entradas totais, na forma de cálculo indicada no aludido dispositivo.

O autuado anexa extrato do SCAM, datado de: 09/02/2012, no qual se constata que: *o contribuinte já era e continua reincidente na pratica da infração, haja vista que: até a citada data, não regularizou a entrega dos arquivos relativos ao período de Janeiro/2007 a Dezembro/2007 (período anterior ao fiscalizado); Janeiro a Março/2008 (período fiscalizado); e insiste em entregar arquivos parciais e incompletos, conforme se prova nos meses de Janeiro/2011 a Dezembro/2011 (período ainda não fiscalizado).*

No que alude ao cálculo da multa, foi apurada com base no total de saídas apuradas nos três períodos (2008 a 2010), conforme “Coluna B”, das fls. 26 e 27, do PAF, importa num total de R\$88.806.524,89; aplicando-se o percentual de 1% (limite da multa a ser aplicada), ontem o total de: R\$888.065,25, exigido na citada Infração.

Consta, às fls. 26 e 27 dos autos, planilhas indicando a análise do autuante, quanto ao percentual a ser aplicado, 5% ou 1%, prevalecendo o percentual de 1%, conforme art. 42, XIII-A, alínea “j”, conforme já alinhado nas analise preliminar. Apesar de constar o percentual de 5% no demonstrativo de débito, indicado apenas para efeito de demonstração, em nada obstou a defesa ou prejudicou o sujeito passivo, na medida em que o valor da multa está corretamente exigida, ou seja, o somatório das saídas totais dos meses 08, 09 e 10, constante das planilhas cima citadas.

No que alude ao pedido de exclusão ou redução da multa em questão, o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA.

Esta discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo às infrações por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

No presente caso, o autuado cometeu diversas irregularidades, constantes das outras infrações, 01, 02, 03 e 04. Assim, diante de tantas infrações claramente cometidas, devidamente apuradas e reconhecidas, bem como da inexistência de demonstração da não ocorrência de dolo, não há como contemplar o pedido do impugnante de exclusão ou redução ou cancelamento das multas.

Ainda que dolo não existisse, devidamente demonstrado, considero o fornecimento de arquivos magnéticos com dados divergentes dos constantes dos documentos fiscais, da forma que forem apresentados, um elemento de fragilização de todo o sistema de controle implantado, através das obrigações acessórias, por atos normativos, visando acompanhar e assegurar o devido e regular recolhimento do ICMS aos cofres do Estado.

Não foi verificada a inaplicabilidade da legislação estadual, ou mesmo sua desconformidade com o Convênio em questão, pois os registros 51, 54 e 75, inicialmente não apresentados e posteriormente apresentados com divergências e omissões, violam tanto a legislação tributária estadual, indicada pelo autuante, como a do Convênio ICMS nº 57/95.

Assim, cabe a manutenção da autuação.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207185.0024/11-0**, lavrado contra **CONFECÇÕES CAMACAN LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do

imposto no valor de **R\$150.051,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “b” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$890.965,25**, previstas nos incisos XX e XVIII, “b”. XIII, “i”, do mesmo artigo e lei citados, alterada pela Lei nº 8.834/02, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de outubro de 2012

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR