

A. I. Nº - 232941.0000/14-9
AUTUADO - PRIME – IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO S.A.
AUTUANTE - KLEITON GUSMÃO SCOFIELD
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 27/11/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0252-03/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Vício formal do procedimento. Intimação para correção de arquivos magnéticos com dados divergentes concedendo prazo para atendimento inferior ao legalmente previsto. Demonstrado nos autos que o contribuinte foi intimado para, no prazo de cinco dias, retificar os arquivos magnéticos fornecidos ao fisco com dados divergentes dos escriturados no LRAICMS. O §4º do art. 261 do RICMS-BA/12 prevê que o fisco intime o contribuinte para correção de inconsistências indicativa, das irregularidades encontradas, concedendo o prazo de trinta dias para que o contribuinte corrija o arquivo magnético apresentado com inconsistência. É nulo o procedimento, por inobservância do devido procedimento legal na condução da ação fiscal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/03/2014, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$179.741,33, em decorrência do fornecimento de informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas realizadas no estabelecimento em cada período, (infração 01 - 16.12.24). Multa calculada sobre o valor das operações divergentes, nos meses de julho a dezembro de 2012.

O autuado, por meio de sua contadora com procuração à fl. 45, apresenta impugnação às fls. 28 a 35.

Destaca que de acordo com a autuação, após realizar a fiscalização nos documentos contábeis, o autuante constatou divergências entre as informações lançadas nos arquivos SINTEGRA, aquelas escrituradas fisicamente em seus livros, resultando no descumprimento da obrigação prevista no art. 259 do RICMS-BA/12, que dá azo ao procedimento incrustado no art. 261 do mesmo regulamento, ensejando a aplicação da penalidade definida no art. 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96.

Observa que uma série de vícios eiva o Auto de Infração, razão pela qual merece ser anulado, nos termos do RPAF-BA/99.

Diz que a Administração Pública, no âmbito de sua atuação fiscalizadora, está sujeita à observância de diversas regras que objetivam conferir validade aos atos por ela praticados. Afirma que esta figura goza de fé-pública, e seus atos, em tese, são reputados válidos, desde que não sejam apresentadas provas irrefutáveis em contrário.

Destaca que tal presunção é relativa, de veracidade e validade dos atos do Auditor Fiscal, estritamente ligada - intrinsecamente até, poder-se-ia dizer - à inquestionabilidade de que estes mesmos atos foram perpetrados na seara da legalidade.

Observa que a certeza de que foi o Auditor quem agiu também se afigura elemento imprescindível à configuração de validade do ato administrativo por ele praticado.

Sustenta que a falta de assinatura do autuante no Auto de Infração evidencia vício que o macula, exigindo a sua anulação. Prossegue esclarecendo que este é o mandamento do RPAF-BA/99, conforme se pode concluir da leitura dos seus art. 28, §3º, inciso VIII e art. 39, inciso IX, cujo teor, reproduz.

Registra que no mesmo sentido da argumentação exposta, têm-se o posicionamento do CARF, o qual, ao julgar caso bastante semelhante, optou por decretar a anulação de Auto de Infração que não continha a devida assinatura do Auditor Fiscal responsável. Reproduz a ementa desta decisão, do ACÓRDÃO n. 2302-002.840 - Proc. N. 14337.000265/2010-09. Recurso Voluntário. CARF, Relatora Liege Lacroix Thomasi. Data de Julgamento: 19/11/13. 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária). Afirma que a falta de assinatura do autuante no Auto de Infração por ele lavrado se constitui em vício formal, o que torna nulo o ato praticado, nos termos das regras disciplinadoras do processo administrativo fiscal. Por isso, requer seja o Auto de Infração anulado, ante o vício demonstrado

Frisa que o RPAF-BA/99 em seu art. 18 dispõe acerca da necessidade de nulidade dos atos administrativos praticados com cerceamento de defesa do contribuinte.

Assinala que constatou grave inconsistência nos dados fornecidos pelo autuante, quando da lavratura do combatido Auto de Infração. Explica que, não obstante constar no Auto de Infração que o fiscalizado é de 27/06/2012 a 31/12/2012, o demonstrativo da base de cálculo da multa mostra-se em sentido diverso. Apresenta reprodução do demonstrativo de apuração que lhe fora entregue pelo onde consta que as datas fiscalizadas correspondem, em realidade, a meses do ano de 2009. Sustenta que esta incongruência dificulta o entendimento acerca do que efetivamente foi fiscalizado e, por consequência, cerceia seu direito de defesa, ao passo que se torna bastante difícil saber quais os documentos a serem apresentados com fins a demonstrar a inocorrência de ilícitos tributários.

Arremata destacando que permeado o Auto de Infração por inconsistências quanto ao período de fiscalização, o que torna dificultoso, ao extremo, o exercício de seu direito de defesa, e que por isso deve o Auto de Infração ser anulado, com fulcro no art. 18, inciso II do RPAF-BA/99.

Ao cuidar da multa, observa que em matéria tributária é imprescindível, principalmente no que se refere às exações de caráter punitivo - isto é, as multas - a observância da Proporcionalidade, Razoabilidade e Não confisco.

Diz que a multa, objeto do Auto de Infração, foi aplicada pelo suposto descumprimento da obrigação acessória de ter lançado no SINTEGRA, sistema eletrônico, todas as informações contábeis relativas às saídas de mercadorias, o que teria, de acordo com o autuante, gerado diferenças, inconsistências entre os dados nos livros físicos e nos arquivos magnéticos.

Ressalta, porém, que não houve inadimplemento de obrigação principal, pois o tributo foi recolhido, devidamente, inexistido quaisquer danos ao erário e à sociedade, haja vista ter sido o equívoco bastante singelo, consistido na observância de meras divergências entre as saídas operadas - nas quais foram realizados, comprovadamente, os pagamentos dos tributos exigidos - e os dados lançados no arquivo magnético do SINTEGRA.

Frisa que as saídas foram escrituradas nos livros contábeis físicos, apenas não tendo sido dispostas digitalmente. Esclarece que para verificar as ditas inconsistências nas informações dos arquivos magnéticos, o autuante utilizou os livros, evidenciando que a escrituração foi, sim, realizada. Prossegue esclarecendo não ter dificultado o procedimento de fiscalização, visto haver entregue todas as informações requeridas pelo Fisco.

Destaca que cumpriu com a exigência objeto da autuação, lançando no sistema eletrônico os dados ora faltantes, como se pode verificar na documentação que diz anexar, não havendo prejuízo algum oriundo de erro, por ter agido, em todos os momentos, pautada na boa-fé.

Afirma que a aplicação da multa no presente caso, que se viu limitada a 1% das saídas em cada período fiscalizado, e resultou na cobrança do montante de R\$179.741,34, é completamente desproporcional e desarrazoada, munida de efeito confiscatório.

Registra que a aplicação de multas consistidas em valores altos implica desvirtuamento do próprio instituto da penalidade tributária. Destaca que o objetivo da multa é coibir a reincidência do sujeito passivo na prática daquilo considerado ilícito, e, portanto, a renda auferida com o pagamento desta é de caráter excepcional, eventual. Prossegue mencionando que, diferentemente do tributo, da obrigação tributária principal, os frutos dos adimplementos de multas por descumprimentos obrigacionais (i) não se destinam à arrecadação de recursos para suprir os gastos da União, (ii) não constituem receita ordinária, (iii) nem se prestam a incrementar a receita pública.

Aduz que há de se ter uma proporção entre os danos advindos do inadimplemento obrigacional do contribuinte e a multa que vai ser cobrada, sob pena de tornar-se a penalidade mais um instrumento de arrecadação, quando, em verdade, esta consiste em meio apto apenas a coibir a prática reiterada do ilícito, conforme explicado anteriormente.

Reproduz trechos de julgados sobre a matéria pro tribunais superiores pátrios para asseverar que se deve, sempre, imprimir as noções de Proporcionalidade, Razoabilidade e Não Confisco no exercício de quantificação das punições a serem postas, a fim de que haja coerência entre o descumprimento e a multa a ser cobrada.

Assinala que existe outra mácula intrínseca a aplicação da multa exigida no Auto de Infração, pois calculada a partir da base de cálculo de tributo - *in casu*, o ICMS - obrigação principal que foi devidamente cumprida e, portanto, afasta-se da hipótese de inadimplemento observada no caso em comento. Acrescenta frisando que existe uma distinção entre as penalidades que decorrem do não recolhimento do tributo e aquelas advindas do descumprimento de obrigações acessórias, vez que o arbitramento da multa deve guardar conexão com o ilícito ao qual ela se vincula. Destaca que se o inadimplemento é de obrigação principal, relativa ao pagamento de imposto, por exemplo, é bastante adequado que a valoração da punição a ser aplicada baseie-se no montante do tributo não recolhido ou em sua base de cálculo. Traz a colação trecho de ensinamento do jurista Hugo de Brito Machado para aduzir que sendo o descumprimento apurado decorrente de alguma incumbência do contribuinte referente a ato que tenha por fito facilitar a arrecadação ou fiscalização por parte da Administração Pública, no âmbito tributário, ou seja, de obrigações acessórias – afigura-se incoerente arbitrar a respectiva multa calculando-a com lastro no quantum ou base de cálculo do tributo com o qual tal dever descumprido se relaciona.

Afirma que viola a proporcionalidade e a razoabilidade a aplicação de multas em percentual da quantia do tributo, ou de sua base de cálculo, pois dá margem à constituição de valores incompatíveis com a obrigação descumprida, com o dano causado - ou com a falta dele - além de subverter o sentido em aplicar-se multas com caracteres distintos para o descumprimento de obrigações principais e para o de acessórias.

Pugna pela minoração da multa em questão, aplicada no absurdo e incompatível montante de R\$179.741,34, a qual se afigura desproporcional e desarrazoada, com claro efeito confiscatório.

Conclui requerendo a anulação do Auto de Infração, e por cautela, caso assim não se entenda, pugna pela redução da multa aplicada.

O autuante presta informação fiscal, fls. 49 e 59, resumindo inicialmente as razões de defesa e em seguida articula as seguintes ponderações.

No que diz respeito a preliminar de nulidade suscitada pela falta de assinatura do Funcionário Fiscal no Auto de Infração, assevera que não assiste razão o contribuinte, pois, como se pode ver às fls. 02 e 03 o Auto de Infração/Termo de encerramento e o Demonstrativo de Débito encontram-se assinados pelo auditor fiscal.

Quanto à alegação do impugnante de que “Não obstante estar disposto, no aludido Auto, consistir o período fiscalizado entre 27/06/2012 a 31/12/2012, o demonstrativo da base de cálculo da multa mostra-se em sentido diverso. Afinal, neste último consta que as datas fiscalizadas correspondem, em realidade, a meses do ano de 2009.”, informa que não houve qualquer tipo de cerceamento de defesa, já que a fiscalização foi acompanhada pela contadora de Teixeira de Freitas a Sra. Vilma, e a responsável pela contabilidade geral na matriz, a Sra. Andreza Soares em Recife.

Esclarece que o Demonstrativo apresentado na defesa com data 2009, foi entregue por mim à contadora como os demais documentos, parte do processo, após encerramento da fiscalização. Assinala que ao perceber o equívoco da data retirou o demonstrativo dos autos para posteriormente juntar o demonstrativo com data correta, e não o fez.

Afirma que infelizmente não juntou ao Auto de Infração o demonstrativo como se pode ver, fl. 11 se reporta ao mesmo, mas revela que se esqueceu de juntá-lo.

Explica que, apesar disso, no Auto de Infração consta o exercício de 2012 na data de ocorrência, fl. 01, e na 2ª Intimação para Apresentação de Informações em Meio Magnético, fl. 08, também consta 2012. Observa que do mesmo modo, o Termo de Início de Fiscalização, fl.10, fala de 2012, o arquivo Reg. 50 traz equívocos que geraram a multa, fl.12 a 16, com a data 2012, bem como as cópias do Livro de Apuração, fl.18 a 24, apontam 2012 como o período abrangido pelas irregularidades apuradas.

Arremata asseverando não entender porque o contribuinte fala em cerceamento de defesa.

Conclui mantendo a autuação, sob o fundamento de que a defesa nada de novo apresentou.

VOTO

Cuida o Auto de Infração do fornecimento de informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requerido mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado 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, nos meses de julho a dezembro de 2012.

O impugnante, em sede de preliminar, suscitou nulidade da autuação pelos fatos de que a cópia do Auto de Infração que lhe fora entregue não consta a assinatura do fiscal autuante, constato que o Auto de Infração e o Demonstrativo de Débito, fls. 01 a 03, constam a assinatura tanto do preposto fiscal do impugnante, tanto do autuante, portanto, não vislumbro qualquer óbice ao exercício da plena defesa pelo defendente a alegada ausência de assinatura na cópia que lhe fora entregue.

Saliento que o arquivo magnético 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. Tanto é assim, que assim dispõe o §6º do art. 261 do RICMS-BA/12, *in verbis*:

§6º A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no Conv. ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014, de 04/12/96.

Ao compulsar os elementos que constituem e lastreiam a acusação fiscal, constato que, após a constatação das divergências entre os dados informados nos arquivos Sintegra e o livro Registro de Apuração do ICMS escriturado pelo defendente, o impugnante foi intimado para apresentar os arquivos com a necessária correção, foi concedido o prazo de cinco dias para atendimento, tendo sido indicadas a irregularidade encontrada - divergência de informações em relação aos livros e documentos fiscais, conforme demonstrativo anexo - consoante se verifica com a ciência e

aposição da assinatura do preposto do autuado na intimação acostada à fl. 08. Verifico também constam dos autos o demonstrativo “Conta Corrente pelo Reg 50”, fls. 12 a 16, e copia do LRAICMS do autuado, fls. 18 a 24, ambos atinentes ao período de apuração objeto da exigência fiscal

O RICMS-BA/12 estabelece que em caso de correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, e o mesmo tem o prazo de trinta dias para corrigir o arquivo magnético, conforme os §4º do art. 261, *in verbis*:

Art. 261. Sempre que for intimado, o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata esta seção, 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.

[...]

§4º 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.

Apesar de o autuado ter sido intimado para corrigir as divergências constatadas não foi observado o procedimento estabelecido nos §4º do art. 261 do RICMS-BA12, acima reproduzido, relativamente à concessão do prazo de trinta dias para correção dos arquivos magnéticos.

É nula a exigência fiscal decorrente da intimação efetuada sem requisito estabelecido na legislação, tendo sido efetuado o lançamento em desacordo com as normas que regem a matéria. Tal falha é insanável, haja vista que não se trata de incorreção eventual, devido ao equívoco no procedimento fiscal, o que comprometeu a sua eficácia, implicando nulidade da autuação.

No tocante a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante, em razão de divergência entre o período da apuração da irregularidade, por constar o ano de 2012 como período de apuração no Auto de Infração e no Demonstrativo de débito, fls. 01 a 03, e o ano 2009 no demonstrativo de apuração que lhe fora entregue, fl. 30, constato que assiste razão ao defendente, uma vez que a divergência apontada impede a determinação com segurança da infração, também implicando cerceamento de defesa e na conseqüente nulidade da autuação, consoante preceito estatuído expressamente no inciso II e na alínea “a” do inciso IV do art. 18 do RPAF-BA/99.

Assim concluo pela nulidade, por inobservância do devido processo legal e por cerceamento de defesa, e represento à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **nº 232941.0001/14-9**, lavrado contra **PRIME - IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO S.A.**,

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2014

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA