

A. I. N° - 210432.0004/06-6
AUTUADO - ITALSOFA BAHIA LTDA.
AUTUANTE - LUCIANO SILVA MORAES
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 10.07.2007

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0191-02/07

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM OMISSÃO DOS REGISTROS TIPO 51, 54, 70, 74 e 75. MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DAS OPERAÇÕES REALIZADAS. Descumprimento de obrigação acessória. A legislação estabelece aplicação da multa de 1% sobre o valor das operações realizadas. Rejeitados os pedidos de nulidade e de diligência. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/12/2006, para aplicar a multa no valor R\$2.316.430,43, por ter deixado de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

Consta ainda da acusação que o autuado, apesar de regularmente intimado em 14/06/2006, reintimado em 17/08/2006, e ter solicitado a prorrogação do prazo para apresentação dos arquivos magnéticos do SINTEGRA que o contribuinte estava obrigado a fornecer desde 14/03/2001, por ter solicitado e obtido autorização para uso de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados - SEPD para escrituração de livros (Art. 683, inciso II do RICMS/97) e desde 14/09/2001 por ter solicitado e obtido autorização para uso de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados - SEPD para emissão de notas fiscais (Art. 683, inciso I do RICMS/97), deixou de cumprir com sua obrigação de transmitir arquivos magnéticos consistentes para corrigir as inconsistências verificadas nos arquivos originalmente transmitidos com falta dos registros R-51 referente aos períodos de JAN/2003 A MAI/2003, JUL/2003 A SET/2003, NOV/2003 E DEZ/2003; R-54 referente aos períodos de JAN/2002 a DEZ/2003; R-70 referente aos períodos JAN/2003 A MAI/2003, JUL/2003 A SET/2003, NOV/2003 E DEZ/2003; R-74 referente aos períodos de JAN/2002 a DEZ/2002; R-75 referente aos períodos de JAN/2002 a DEZ/2002, JUN/2003 e OUT/2003, além das inconsistências de dados identificados conforme Listagem Diagnóstico do SVAN indicativa das irregularidades verificadas e entregue ao contribuinte acostada às intimações supra mencionadas em que relaciona os dados divergentes constantes entre os documentos fiscais e a informação contida no respectivo registro e campo próprio do arquivo magnético para os documentos fiscais correspondentes anexos ao PAF, referentes aos períodos de JAN/2002 a DEZ/2003, contrariando a previsão contida no Convênio ICMS 57/95 e recepcionado pelo Regulamento do ICMS do Estado da Bahia aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 no seu TÍTULO IV, por meio do artigo 683 a 712-C.

Acrescentou ainda, que a falta da apresentação dos arquivos magnéticos contendo a correção das inconsistências identificadas impossibilitou a aplicação de roteiros de Auditoria de Levantamento de Estoque, previsto no artigo 936 do RICMS/97, além de prejudicar a realização dos demais procedimentos e roteiros de auditoria necessários a validação de altos valores de crédito fiscal constante em grande volume de documentos que se referem a aquisição de diferentes itens que precisam ser corretamente identificados para o que não haja prejuízo ao

erário público e então promover a responsável homologação dos exercícios programados para fiscalização. Tudo conforme as intimações acompanhadas dos demonstrativos das inconsistências anexas, Termo de Prorrogação, Petição do contribuinte e relatório do Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos - SCAM, tendo resultado na apuração da Base de Cálculo conforme demonstrativo constante no anexo, conforme previsão legal contida no artigo 915, XIII-A, “g” do RICMS/97.

O autuado apresentou defesa, fls. 352/377, mediante advogado legalmente habilitado nos autos, impugnando o lançamento tributário, inicialmente tecendo comentário sobre seu objeto social, produção, venda, importação e exportação de sofás, móveis estofados e materiais semi-pronto para a produção de móveis estofados.

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

Reconhece que algumas das operações ocorridas no período objeto da autuação, não foram prestadas pelo autuado no arquivo magnético de forma pertinente.

Frisa que, diante o fato acima, não pretende, nesta defesa administrativa, descaracterizar o cometimento da infração em lide, mas pugna pelo cancelamento ou, ao menos, pela redução da sanção pecuniária aplicada, com base nos argumentos de fato e de direito que passou a aduzir.

Tece comentário sobre o Convênio ICMS 57/95 e a ratificação na legislação do Estado da Bahia, sua obrigação de entregar os arquivos magnéticos.

Reitera que, relativamente a algumas operações ocorridas no período autuado, não “imputou”, no correspondente arquivo magnético, as informações pertinentes.

Reconhece que, quando intimado para regularizar os arquivos, deixou de sanar as irregularidades apontadas.

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

Aduz que, nesse contexto, o artigo 42 da Lei nº 7.014/96, no seu § 7º, o qual foi reproduzido pelo artigo 158 do Decreto nº 7.629/99 (RPAF), confere ao órgão julgador o poder de dosar a penalidade aplicável ao contribuinte infrator, em função não somente da sua culpabilidade, como também dos prejuízos causados ao Erário.

Argumenta que foram atendidas as condições previstas no § 7º, acima citado:

- a) A penalidade deve decorrer do descumprimento de obrigação acessória, não havendo dúvida de que a obrigação de entregar os arquivos magnéticos não se confunde com a obrigação principal.
- b) A conduta tipificada como infratora não pode ter sido praticada com dolo, fraude ou simulação, como entende que não ocorreu no caso em tela.
- c) Não pode implicar em falta de recolhimento do imposto, pois conforme pode-se inferir da análise dos demonstrativos anexos ao Auto de Infração, 99,61% das saídas são operações de

venda para o mercado externo (CFOP 7.11) e de remessa dos produtos a serem exportados para armazém geral localizado neste Estado (CFOP 5.99), operações sem incidência do ICMS. Em relação às demais operações, assevera que destacou e recolheu o ICMS devido.

Requer o cancelamento da multa, contudo se este não seja o entendimento da Junta de Julgamento, pede que seja reduzida a penalidade, aplicando-se a multa de R\$460,00, com fulcro no § 7º do artigo 42 da Lei 7.014/96, transcrevendo trechos de Acórdãos sem citar os respectivos números.

Aduz erro material incorrido pela fiscalização, já que, em alguns casos, a penalidade em questão foi aplicada duas vezes sobre uma mesma operação, pois não foram observadas algumas particularidades relativas a algumas das operações de saídas, quais sejam, remessas para armazém gerais situados neste Estado, identificadas sob Códigos Fiscais de Operações e Prestações – CFOP's 5.99 (ano 2002) e 5.905 (ano 2003), operações sem incidência do ICMS. Observa que, em cada nota fiscal emitida com os referido CFOP's consta um número no campo OC (Ordem de Cliente), que identifica o pedido de compra, sendo que esse mesmo número pode ser visualizado nos documentos fiscais que respaldam a posterior exportação. Entende que essas operações devem ser excluídas da base de cálculo da multa aplicada, o que reduziria a multa para o valor de R\$960.209,43.

Ao finalizar, requer o cancelamento da multa, ou não sendo atendido, que seja reduzida, nos termos do art. 42, XV-A, "b" da Lei 7.014/96, ou, ainda, que sejam excluídas as operações com CFOP's 5.99 (ano 2002) e 5.905 (ano 2003). Requer, por fim, a juntada posterior de documentos e a realização de diligência.

O autuante, às fls. 585/591, ao prestar a informação fiscal, ressalta que o autuado apesar de regularmente intimado em 14/06/2006, reintimado em 17/08/2006, e ter solicitado a prorrogação do prazo para apresentação dos arquivos magnéticos do SINTEGRA que o contribuinte estava obrigado a fornecer desde 14/03/2001, por ter solicitado e obtido autorização para uso de Sistema eletrônico de Processamento de Dados - SEPD para escrituração de livros (Art. 683, inciso II do RICMS/97) e desde 14/09/2001 por ter solicitado e obtido autorização para uso de Sistema eletrônico de Processamento de Dados – SEPD para emissão de notas fiscais (Art. 683, inciso I do RICMS/97), deixou de cumprir com sua obrigação de transmitir arquivos magnéticos consistentes para corrigir as inconsistências verificadas nos arquivos originalmente transmitidos, com falta dos registros R-51 referente aos períodos de JAN/2003 A MAI/2003, JUL/2003 A SET/2003, NOV/2003 E DEZ/2003; R-54 referente aos períodos de JAN/2002 a DEZ/2003; R-70 referente aos períodos JAN/2003 A MAI/2003, JUL/2003 A SET/2003, NOV/2003 E DEZ/2003; R-74 referente aos períodos de JAN/2002 a DEZ/2002; R-75 referente aos períodos de JAN/2002 a DEZ/2002, JUN/2003 e OUT/2003, além das inconsistências de dados identificados, conforme Listagem Diagnóstico do SVAN, indicativa das irregularidades verificadas e entregue ao contribuinte acostada às intimações supra mencionadas em que relaciona os dados divergentes constantes entre os documentos fiscais e a informação contida no respectivo registro e campo próprio do arquivo magnético para os documentos fiscais correspondentes anexos ao PAF, referente aos períodos de JAN/2002 a DEZ/2003, contrariando a previsão contida no Convênio ICMS 57/95 e recepcionado pelo Regulamento do ICMS do Estado da Bahia aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 no seu TÍTULO IV, por meio do artigo 683 a 712-C.

Acrescentou, ainda, que a falta e apresentação dos arquivos magnéticos contendo a correção das inconsistências identificadas impossibilitou a aplicação de roteiros de Auditoria de Levantamento de Estoque, previsto no artigo 936 do RICMS/97, além de prejudicar a realização dos demais procedimentos e roteiros de auditoria necessários de validação de altos valores de crédito fiscal constante em grande volume de documentos que se referem a aquisição de diferentes itens que precisam ser corretamente identificados para que não haja prejuízo ao erário

público e então promover a responsável homologação dos exercícios programados para fiscalização, principalmente pelo fato de que o autuado ter solicitado e obtido diversas autorizações de transferências de créditos acumulados com base no procedimento sumário de análise para convalidação dos créditos acumulados, em conformidade com o artigo 6º da Portaria nº 304/04.

Salienta que, em procedimento de verificação fiscal para atender ao pleito constante do processo nº 079304-2006-0, informou que apesar do contribuinte atender aos requisitos previstos no artigo 6º da referido Portaria, constatou a necessidade de realizar uma análise mais aprofundada para verificar a legitimidade dos créditos fiscais acumulados ora requeridos, constante as seguintes irregularidades:

- 1- Falta de apresentação do livro CIAP, apesar de regularmente intimado, impossibilitando a verificação de regularidade dos créditos referentes às aquisições de créditos fiscais oriundos das aquisições de Ativo imobilizado;
- 2- Falta de anotação do número do processo e do valor requerido no pedido para transferência dos créditos fiscais acumulados no campo “Observações” do Registro de Apuração do ICMS de Uso Especial durante o período de sua tramitação conforme prevê o artigo 2º da referida Portaria;
- 3- Falta de indicação da data de emissão dos certificados de créditos anteriormente emitidos para o contribuinte, devidamente baixado em sua escrita fiscal, de acordo com o artigo 6º, Parágrafo Único, inciso II da mesma Portaria;
- 4- Inconsistência nas informações dos saldos de créditos fiscais acumulados na Declaração e apuração Mensal do ICMS – MDA, previsto no artigo 3º da Portaria acima citada;
- 5- Situação irregular do sócio Fernando Riga Vitale, no cadastro de contribuintes.

Registra que os Arquivos Magnéticos do SINTEGRA, contendo todas as operações do autuado, são necessários para quantificar o repasse que o Estado da Bahia tem direito a receber da União em razão dos créditos de ICMS decorrentes de exportações, conforme previsto na Lei Kandir.

Ressalta que as atividades de fiscalização, apuração e lançamento são plenamente vinculadas, razão pela qual lavrou o Auto de Infração em lide, após constatada irregularidades referentes à entrega dos Arquivos Magnéticos do SINTEGRA. Para fins de apuração do valor devido pelo autuado, refez a sua conta corrente fiscal, separando e identificando todas as operações de saídas do estabelecimento, de acordo com o artigo 42, inciso XIII-A, alínea “g” da Lei nº 7.014/96.

Tudo conforme as intimações acompanhadas dos demonstrativos das inconsistências anexos, Termo de Prorrogação, Petição do contribuinte e relatório do Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos – SCAM, tendo resultado na apuração da Base de Cálculo conforme demonstrativo constante no anexo, conforme previsão legal contida no artigo 915, XIII-A, “g” do RICMS/97.

Quanto ao mérito da autuação, aduz que o artigo 686, I, III-A e IV do RICMS/97, prevê que o contribuinte de que trata o artigo 683 (o autuado se enquadra nesta previsão legal) está obrigado a manter, pelo prazo decadencial, o arquivo magnético com registro fiscal dos documentos emitidos por qualquer meio, referente à totalidade das operações de entrada e saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração, na forma estabelecida no Anexo 64 e neste Capítulo (Convênios ICMS nºs 57/95, 75/96, 66/98, 33/99), por totais de documentos fiscais e por item de mercadorias.

Prosseguindo transcreveu os artigos 708-A e seus §§ 2º, 4º e 6º; 708-B e itens 26.1 e 26.2 do manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o convênio ICMS 57/95:

“26.1 - O arquivo magnético será recebido condicionalmente e submetido a teste de consistência;

26.2 – Constatada a inobservância das especificações descritas neste manual, o arquivo será devolvido para correção, acompanhado de Listagem diagnóstica indicativa das irregularidades encontradas. A listagem será fornecida em papel ou meio magnético, de acordo com a conveniência da Repartição Fazendária.”

Frisa que, apesar de regularmente intimado e reintimado, o autuado deixou de apresentar os arquivos magnéticos, referentes ao período de Jan/2002 a Dez/2003, que já haviam sido anteriormente apresentados com inconsistência, conforme podemos constatar por meio de exame do Relatório do SCAM anexo às folhas 217 a 233 e listagem diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, “check-list”, anexos as vias da intimação e da reintimação entregues ao contribuinte, conforme está descrito no Auto de Infração. Para esta infração relacionada com processamento de dados, notadamente arquivos magnéticos, existem 3 (três) multas previstas no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, 2 (duas) específicas que são as expressas no seu inciso XIII-A, alínea “f” e “g”, e uma geral, que se encontra no inciso XX, lembrado sempre que a regra específica é hierarquicamente superior à regra geral, que somente será utilizada se ultrapassada a primeira.

Informa que procedeu o enquadramento da multa em conformidade com a orientação expedida pela Gerência de Automação Fiscal - GEAFI, a qual transcreveu. Diz que a defesa se confunde na interpretação do artigo 42, XIII-A, alínea “g” da Lei nº 7014/96, quando solicita que as saídas identificadas pelos CFOP's 5.99 e 5.905 sejam excluídas da base de cálculo da penalidade pecuniária imposta por meio do Auto de Infração em tela. De igual modo, não pode ser aplicada a multa prevista no inciso XX do mesmo artigo e lei, por se tratar de penalidade genérica, sendo derogada pela multa específica para o caso.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução de multa, salienta que está claramente evidenciado neste processo que a fiscalização identificou indícios de irregularidades no lançamento e utilização de créditos fiscais indevidamente acumulados pelo autuado, e que o mesmo admite a utilização da prática de atos que podem ser caracterizados como ocultação de informações, ao reconhecer à folha 9 da peça defensiva, correspondente à folha 360 dos autos, “que, relativamente a algumas das operações ocorridas no período fiscalizado, não imputou, no correspondente arquivo magnético as informações pertinentes” e à folha 369 dos autos ao sugerir “que trata da criação de embarço, dificuldade ou impedimento de ação fiscalizadora”. Sendo assim, não estão presentes nenhum dos requisitos previstos no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, sendo esse o entendimento do CONSEF, consoante os inúmeros Acórdãos até esta data prolatados, dentre os quais destacou os de números CJF nº 0047-11/04, cjf nº 0022-12/05, CJF nº 0028-12/05, CJF nº 0093-12/05 e CJF nº 0336-11/05.

Entende que poderia concluir que o autuado utilizou-se de prática de ocultação de informações, prestação de declarações falsas com verificação de indícios de simulação de um ato com aparência jurídica normal, mas que na verdade, não visou o efeito que juridicamente deveria produzir, podendo vir a ser caracterizado até como crime contra a ordem tributária, tendo como conduta a fraude, falsidade ou simulação, prevista nos incisos do artigo 1º e nos incisos I e II do artigo 2º da Lei nº 8.137/90, passível de inquérito civil e processo criminal.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

O autuado em nova manifestação fiscal, além de reproduzir os argumentos anteriores, frisa que não pugnou pela aplicação da multa prevista no inciso XX do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Em seguida tece comentários sobre fraude fiscal, simulação e falsidade, entendendo que não praticou nenhuma dessas condutas.

VOTO

Analisando os elementos que instruem o PAF, constatei que o auditor aplicou a multa de 1%, por ter o autuado deixado de apresentar os arquivos magnéticos com os registros 51, 54, 70, 74 e 75, apesar de devidamente intimado para regularizar.

Consta ainda da acusação que o autuado, apesar de regularmente intimado em 14/08/2006, reintimado em 17/08/2006, e ter solicitado a prorrogação do prazo para apresentação dos arquivos magnéticos do SINTEGRA que o contribuinte estava obrigado a fornecer desde 14/03/2001, por ter solicitado e obtido autorização para uso de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados - SEPD para escrituração de livros (Art. 683, inciso II do RICMS/97) e desde 14/09/2001 por ter solicitado e obtido autorização para uso de Sistema eletrônico de Processamento de Dados - SEPD para emissão de notas fiscais (Art. 683, inciso I do RICMS/97), deixou de cumprir com sua obrigação de transmitir arquivo magnéticos consistentes para corrigir as inconsistências verificadas nos arquivos originalmente transmitidos com falta dos registros R-51 referente aos períodos de JAN/2003 A MAI/2003, JUL/2003 A SET/2003, NOV/2003 E DEZ/2003; R-54 referente aos períodos de JAN/2002 a DEZ/2003; R-70 referente aos períodos JAN/2003 A MAI/2003, JUL/2003 A SET/2003, NOV/2003 E DEZ/2003; R-74 referente aos períodos de JAN/2002 a DEZ/2002; R-75 referente aos períodos de JAN/2002 a DEZ/2002, JUN/2003 e OUT/2003, além das inconsistências de dados identificados conforme Listagem Diagnóstico do SVAN indicativa das irregularidades verificadas e entregue ao contribuinte acostada às intimações supra mencionadas em que relaciona os dados divergentes constantes entre os documentos fiscais e a informação contida no respectivo registro e campo próprio do arquivo magnético para os documentos fiscais correspondentes anexos ao PAF, referente aos períodos de JAN/2002 a DEZ/2003, contrariando a previsão contida no Convênio ICMS 57/95 e recepcionado pelo Regulamento do ICMS do Estado da Bahia aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 no seu TÍTULO IV, por meio do artigo 683 a 712-C.

Acrescentou, ainda, que a falta da apresentação dos arquivos magnéticos contendo a correção das inconsistências identificadas impossibilitou a aplicação de roteiros de Auditoria de Levantamento de Estoque, previsto no artigo 936 do RICMS/97, além de prejudicar a realização dos demais procedimentos e roteiros de auditoria necessários de validação de altos valores de crédito fiscal constante em grande volume de documentos que se referem a aquisição de diferentes itens que precisam ser corretamente identificados para o que não haja prejuízo ao erário público e então promover a responsável homologação dos exercícios programados para fiscalização. Tudo conforme as intimações acompanhadas dos demonstrativos das inconsistências anexas, Termo de Prorrogação, Petição do contribuinte e relatório do Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos - SCAM, tendo resultado na apuração da Base de Cálculo conforme demonstrativo constante no anexo, conforme previsão legal contida no artigo 915, XIII-A, “g” do RICMS/97.

Observo que a acusação encontra-se bastante clara, com muitos detalhes sobre a irregularidade praticada pelo autuado.

Saliento que o próprio contribuinte autuado, na peça defensiva, reconhece que nos arquivos magnéticos apresentados não constam todas as operações por ele realizadas.

Mais ainda, reconhece que apesar de intimado para regularizar os arquivos, deixou de sanar as irregularidades apontadas.

Diz expressamente que não pretende descaracterizar o cometimento da infração em lide, mas pugna pelo cancelamento ou redução da multa aplicada.

Logo, não resta dúvida de que o autuado praticou a irregularidade apontada, inclusive, reconhecendo-a.

Assim, a lide encontra-se restrita ao valor da multa aplicada, uma vez que houve reconhecimento pelo contribuinte da infração praticada.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que a multa aplicada é apenas de 1%, a qual somente foi aplicada após o autuado ter sido intimado para correção dos arquivos magnéticos informados, sem ter adotado nenhuma providencia, simplesmente ignorando a intimação fiscal para sanar a irregularidade. Portanto, entendo que a legislação não afronta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Também não se observa qualquer erro ou vício que possibilite a decretação de nulidade.

Quanto ao pedido de isenção da multa e dos acréscimos moratórios, também não acato por falta de previsão legal, pois o art.158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte. Como bem ressaltou o autuante ressaltou não foi possível aplicar o Roteiro de Auditoria de Estoque por falta da apresentação dos referidos arquivos, além de outros roteiros, como crédito indevido, impedido a Administração Tributária Estadual de apurar a existência ou não de débito do contribuinte autuado, apesar de intimado por mais de uma vez. Assim entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, também do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação a presente lide. Ademais, foi o autuado que impediu a realização da fiscalização ao, reiteradamente, não atender a Intimação do Auditor da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia para correção dos arquivos magnéticos.

Por sua vez o art. 708-B, do RICMS/97, determina que o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético quando intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos. O arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria.

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

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

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

Com relação ao argumento defensivo de que quase a totalidade de suas vendas são para o mercado externo, infelizmente, por culpa exclusiva do autuado, a fiscalização não pode

comprovar este fato, que ficou impedida de conferir as operações do autuado. Ademais, não se observa nenhuma ressalva nos dispositivos acima que ampare o argumento defensivo de que devem ser excluídas as operações de exportação e as remessas para armazenagem.

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

De igual modo, não acolho o argumento de que houve duplicidade no levantamento do autuante, uma vez que o impugnante não comprovou nenhuma duplicidade do levantamento fiscal.

Logo, entendo que não resta qualquer dúvida quanto ao acerto do procedimento da autuante, ao aplicar a multa prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, pois trata de multa específica para situação em tela, não sendo possível qualquer redução na multa aplicada ou mesmo a aplicação de outra multa de caráter genérico.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE

Peço vênia para discordar do voto do nobre Relator.

Demonstrarei que, por um viés de interpretação, está errado matematicamente o cálculo da multa.

A defesa alega que a penalidade foi aplicada duas vezes.

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

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

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

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

.....

XIII-A - nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados:

.....

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

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

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

a) emite Nota Fiscal na remessa das mercadorias para o armazém geral, onde elas ficam aguardando o momento da exportação;

- b) quando da efetiva exportação, a empresa emite outra Nota Fiscal, em nome do adquirente no exterior, e o armazém geral emite Nota Fiscal de devolução simbólica para o estabelecimento do autuado.

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

Com efeito, se a lei prevê que a multa é de 1% do valor das saídas (do estabelecimento, naturalmente), isso importa reconhecer que, neste caso, a mercadoria não sai do estabelecimento do autuado duas vezes, sai apenas uma vez, embora transitando pelo armazém geral, com destino ao exterior. Note-se que, quando a mercadoria é embarcada para o exterior, o armazém geral emite Nota Fiscal de devolução simbólica da mercadoria ao estabelecimento do depositante, mas a mercadoria não volta fisicamente, como é óbvio. Sendo assim, essa devolução simbólica anula os efeitos da remessa anterior, de modo que, a rigor, do ponto de vista jurídico-econômico, que é o que importa, há apenas *uma saída*, que é documentada pela Nota Fiscal de faturamento da mercadoria para o adquirente estabelecido no estrangeiro.

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

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

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

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

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

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

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210432.0004/06-6**, lavrado contra **ITALSOFA BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no

valor de **R\$2.316.430,43**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “g” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de junho de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR VOTO DISCORDANTE