

A. I. Nº - 281076.0008/07-7
AUTUADO - COPENOR COMPANHIA PETROQUÍMICA DO NORDESTE
AUTUANTES - SÉRGIO CABRAL LIBERATO DE MATTOS e UBIRAJARA RIBEIRO LIMA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 18/12/2007

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0414-03/07

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES REGISTRADOS E OS DOCUMENTOS FISCAIS. MULTAS. Autuado não atendeu a intimação no prazo regulamentar para correção dos arquivos, sujeitando-se a exigência de multa no percentual de 1%, prevista no artigo 42 XIII-A “g” da Lei 7.014/96. Infração subsistente. 2. LIVROS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. 3. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO- FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTAS. Infrações não impugnadas Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 14/08/2007, refere-se à exigência de penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no total de R\$1.658.934,19, pelas seguintes irregularidades:

Infração 01- Forneceu informações através de arquivo magnético exigido na legislação tributária, requerido mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) das saídas do estabelecimento em cada período. Total da multa aplicada: R\$1.408.705,84

Infração 02- Forneceu informações através de arquivo magnético exigido na legislação tributária, requerido mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes. Total da multa aplicada: R\$247.188,35

Infração 03- Deixou de apresentar livro fiscal, quando regularmente intimado. Consta na descrição dos fatos que se trata do livro de Registro de Inventário dos exercícios de 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 e 2006. Total da multa aplicada: R\$2.760,00

Infração 04- Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Consta na descrição dos fatos que se refere às DMAs de Fev/2005 e Mai/2005. Total da multa aplicada: R\$280,00

Inconformado, o autuado apresenta defesa às folhas 81/102, através de advogado legalmente habilitado (fl. 103). Diz que a empresa está instalada no Pólo Petroquímico de Camaçari - Bahia, e que iniciou suas atividades produtivas em 1979, tendo como meta principal substituir importações de alguns derivados do Metanol, como formaldeídos, hexametilenoamina, pentaeritritol, formiato de sódio e ácido fórmico. Sustenta que atualmente produz importantes matérias-primas, principalmente para indústrias produtoras de tintas e vernizes, explosivos, baquelites, lonas e pastilhas de freios, embreagens, rebolos e produtos de borracha, como também para aplicações em fundição, estabilizante de fungicidas e no tratamento de couros. Salienta que a presente autuação reclama apenas a cobrança de multa por infrações acessórias e que jamais deixou de cumprir com as suas obrigações para com o fisco do Estado da Bahia, agindo sempre de boa fé. Salienta que o fato que motivou a maior parte da presente autuação e conseqüentemente a aplicação da multa foi a entrega dos arquivos magnéticos do SINTEGRA referentes ao período de 2006, em divergência aos dados constantes nos documentos contábeis

fiscais correspondentes, que ocorreu por motivos alheios a sua vontade. Aduz que o SINTEGRA foi implantado pelo governo federal com intuito de facilitar o fornecimento de informações para o contribuinte, simplificando as obrigações relativas às operações de compra, venda e prestação de serviços, ao passo que para o Fisco Estadual, propicia maior agilidade no fluxo de informações nas Administrações Tributárias e entre as mesmas. Diz que é composto de um sistema administrativo e computadorizado que obriga o contribuinte a fornecer por meio magnético, arquivo magnético validado, contendo todas as operações praticadas pela empresa, e que esses arquivos devem ser validados com software validador de acessibilidade que verificam se as informações lançadas estão de acordo com o Convênio de ICMS. Assevera que o autuado sempre na tentativa de adequar-se ao SINTEGRA, utilizava como programa o Magnus Software/ e em 2004, aderiu ao programa Sap R3 que é um software desenvolvido em conjunto a Microsoft que permite a integração entre as informações e processos com os lançamentos na Administração Tributária com maior facilidade. Afirma que a sede administrativa da Companhia localiza-se em São Paulo, e como é cediço, o imposto em questão permite a cada Estado Membro autonomia para legislar, de logo observou que o software utilizado pela Companhia lançava as informações de acordo com a legislação de São Paulo, e que assim, o arquivo magnético gerado pela Companhia remetia as informações a esta Secretaria de acordo com a legislação de São Paulo. Sustenta que, verificando esse equívoco, e tentando adequar o programa validador/gerador à legislação baiana, através do banco de dados do próprio contribuinte, apresentou toda a documentação junto a esta Secretaria Estadual em 17.08.2007, conforme documentação acostada ao processo. Ressalta que não se pode deixar de considerar que a legislação que regula o SINTEGRA está em constantes modificações, fato este que dificulta ainda mais o adimplemento das obrigações acessórias impostas ao contribuinte em tempo hábil para tal, sem falar que muitas vezes o sistema literalmente "trava", impedindo que o contribuinte possa prestar as informações da maneira requerida pela fiscalização. Afirma que, contudo, não medindo esforços, vem tentando adequar o novo sistema de processamento de dados utilizado nas operações do Grupo para atender às exigências da Sefaz-Ba, envidando esforços na busca de um sistema integrado capaz de atender às necessidades do Fisco baiano, bem como de gerenciamento da empresa, para envio dos arquivos do SINTEGRA. Diz que a Companhia continua em constantes atualizações, tentando proceder da forma requerida pela fiscalização todas as modificações desde o período de 2002, em que pese continuar a tentar contornar os problemas, adquirindo novos programas e contratando funcionários para a digitalização dos dados e implantação dos novos sistemas, gerando assim enormes custos para o contribuinte. Entende que é certo que com todas estas modificações possam ocorrer equívocos de lançamentos de dados, desencontros de informações ou até mesmo travamento do sistema, mas nunca com a intenção de burlar a fiscalização. Sustenta que em relação à competência de 2006, objeto da presente autuação, todas as exigências apontadas, em relação ao SINTEGRA, já foram completamente sanadas pela Companhia através de arquivos enviados no dia 17/08/2007. Pede a nulidade absoluta por ofensa aos princípios da legalidade, moralidade administrativa e do devido processo legal. Esclarece que os Demonstrativos das infrações 1 e 2, anexos A e B, são nulos, eis que dão subsídios necessários à formalização do Auto de Infração. Entende que a falta de indicação, pela fiscalização, de como chegou aos valores da base de cálculo informados no demonstrativo mensal do SINTEGRA, contamina todo o procedimento, pois ocasiona o cerceamento do direito de defesa do contribuinte e, conseqüentemente a nulidade da ação fiscal como um todo, de acordo com a previsão do art. 18, inciso IV do RPAF/97. Diz que o descritivo das infrações 1 e 2, informa apenas quais as bases de cálculos supostamente divergentes, sem contudo apontar qual a documentação contábil que contraria os lançamentos, bem como os valores em divergência. Ressalta que em relação à primeira infração é aplicada uma multa de 1% das saídas do estabelecimento de cada período, e em relação à segunda infração, é aplicada uma multa de 5%, sendo que a fundamentação das irregularidades apontadas é idêntica à 1ª infração, bem como a fundamentação legal da multa aplicada, não havendo justificativa para aplicação de multa maior ou diferenciada. Reproduz o artigo 18 do RPAF-BA e o artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

Argüi que o art. 37, caput, da Constituição Federal, preconiza que a legalidade constitui um princípio insuperável da Administração Pública, sendo certo que a atuação administrativa não pode ultrapassar os limites do legislador, quando se trata - como na espécie - de uma competência plenamente vinculada, e que inexistindo a certeza ofende-se o contraditório e a ampla defesa do contribuinte, o que enseja a nulidade de todo o procedimento fiscal, conforme resta sedimentado na jurisprudência deste Conselho, citando e transcrevendo os Acórdãos CJF 0954/99, CJF 2.173/12/01, e a Súmula nº 01 do Consef. Requer à vista do princípio da eventualidade o julgamento pela improcedência ou ainda o cancelamento ou a redução da multa aplicada, com base no art. 158 do RPAF /99, considerando que em nenhum momento houve o descumprimento da obrigação principal que é o pagamento do imposto. Ratifica que conforme já informado, em 17/08/2007, antes mesmo da sua notificação para a presente defesa, que somente veio a ocorrer em 24/08/2007, a companhia apresentou os arquivos magnéticos corrigindo todos os dados divergentes em relação ao período de 2006. Diz que, como demonstrado, inexistente motivação para a aplicação de multa tão gravosa à empresa que sempre agiu de acordo com o previsto nas legislações em vigor, ainda mais neste caso, onde as divergências foram sanadas e inexistente prejuízo ao fisco, haja vista que em nenhum momento o autuado deixou de cumprir com as suas obrigações para com o pagamento do imposto, muito embora esteja encontrando sérias dificuldades para a implantação do SINTEGRA, que serve apenas para o envio de informações à SEFAZ. Diz que, por outro lado, verifica que são aplicadas duas diferentes multas percentuais, a primeira no percentual de 1% e a segunda em 5%, sem a devida demonstração e justificação para este tratamento diferenciado, uma vez que as narratórias das infrações 1 e 2 do presente auto são idênticas, bem assim a fundamentação legal. Diz que neste sentido a legislação do RICMS/97 não prevê em nenhum dos seus artigos qualquer diferenciação em relação ao percentual da multa aplicada que justifique a sobrevivência de ambas. Salienta que é importante ressaltar que embora a implantação e integração do sistema SINTEGRA esteja passando por dificuldades em rodar e adaptar-se ao sistema SAP R3, a empresa defendente continua escriturando regularmente todos os seus livros e emitindo corretamente os seus documentos o que desde já fica à disposição da Sefaz para verificação. Pede o cancelamento ou redução da multa, entendendo que o autuado em nenhum momento causou prejuízo ao Erário, pois sempre cumpriu com suas obrigações e nunca deixou de efetuar, mensalmente, de forma correta o recolhimento do imposto devido, e que o artigo 158 do RPAF /99, já citado, prevê o cancelamento ou a redução da multa aplicada quando do descumprimento de obrigação acessória, reproduzindo o referido artigo. Aduz que a Lei 7.014/96 também prevê o cancelamento ou redução da multa aplicada em casos de descumprimento de obrigação acessória em seu art. 42, § 7º, também transcrevendo o citado dispositivo legal. Sustenta que da análise dos artigos acima transcritos, verifica-se que para fruição do benefício de redução ou cancelamento da multa aplicada em caso de descumprimento de obrigação acessória, o que ocorre na presente autuação, basta que o contribuinte preencha os requisitos que são as seguintes: as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e, não tenham implicado em falta de recolhimento de tributo. Entende que nada impede que esta Douta Junta de Julgamento Fiscal, reduza ou mesmo cancele a multa reclamada neste Auto de Infração, ainda mais quando o contribuinte informa e acosta aos autos todas as atualizações e retificações das divergências apontadas pela presente autuação através dos arquivos eletrônicos enviados em 17/08/2007. Reproduz o Acórdão JF nº 0084/01. Afirma que se percebe que o art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, pode ser aplicado, haja vista, que em nenhum momento houve falta de recolhimento do imposto, bem como também restou demonstrado que a infração supostamente praticada não decorreu de dolo, fraude ou simulação, mas simplesmente em consequência das enormes dificuldades encontradas pelo contribuinte, em rodar o sistema integrado - SINTEGRA. Quanto ao mérito, diz que se vislumbra como cerne da presente autuação a entrega em divergência dos arquivos magnéticos do SINTEGRA e em decorrência desta constatação há desdobramento em duas infrações. Salienta que a primeira infração foi aplicada com multa de 1% do valor das operações de saída realizadas no período objeto da autuação, contudo sem determinar a base legal da sua aplicação, e, conforme já explicitado, torna-se

mesmo caso de nulidade, e em relação à segunda infração, sob a mesma argumentação fática da primeira infração é aplicada uma multa de 5%, conforme reza o art. 42, XIII-A, alínea "f", que reproduz. Ressalta que embora a empresa já tenha apresentado arquivo magnético retificando as divergências apontadas e justificado e comprovado que a falta de entrega dos arquivos magnéticos deu-se em virtude de força maior e em decorrência das dificuldades encontradas na implantação do sistema, bem como demonstrou também a inexistência de débitos para com o Erário Estadual. Diz que a multa aplicada utilizou uma base de cálculo absurda e irreal, uma vez ser esta muito superior às operações realizadas pelo contribuinte no período fiscalizado, fato que pode ser facilmente comprovado através de uma diligência fiscal, o que fica de logo requerido, para avaliação de toda a escrituração fiscal e contábil do contribuinte que se encontra regular e à disposição do fisco. Alega que se nota que o contribuinte autuado realiza regularmente diversos tipos de movimentações tais como remessas para o porto referente a operações de exportações, faturamento por consignação, remessas por conta e ordem, devolução de industrialização, dentre outras, que não são tributadas pelo ICMS, e, portanto, não deveriam fazer parte da base de cálculo para aplicação da multa prevista em Lei. Diz que em relação à primeira infração onde foi aplicada multa de 1% prevista no Art. 42 inciso XIII-A, alínea "f" da Lei nº 7.014/96 é certo que esta somente pode ser aplicada nas operações de saída onde há incidência de imposto não abrangendo as movimentações onde não incide o ICMS. Argüi que considerando o valor irreal apontado no demonstrativo mensal do SINTEGRA, apresentado pelo autuante, pode-se concluir que este não só incluiu na base de cálculo todos os tipos de operações de saída como também levou em conta as operações de entrada o que eleva surpreendentemente o valor da base de cálculo para a aplicação da multa. Afirma que a Lei do RICMS/97 é clara em determinar que a base de cálculo para aplicação de eventual multa a ser aplicada à suposta infração deva recair somente nas operações de saída do estabelecimento, excluindo aquelas operações onde não incidam o ICMS. Entende que se comprova, mais uma vez que a base utilizada pelo autuante para a aplicação da multa, não deve prosperar, haja vista que, a título exemplificativo, no mês de fevereiro de 2006 as operações de saída da empresa totalizaram um montante de R\$ 18.376,00 enquanto o valor lançado, como base de cálculo, no Auto de Infração soma R\$ 11.678.014,33, uma diferença de mais de 1000%, o que, inquestionavelmente traduz a insegurança da base de cálculo e da própria autuação. Diz que resta evidente que na composição da base de cálculo apresentada pelos demonstrativos existe a soma das operações de entrada e saída das mercadorias, desconsiderando por completo a legislação estadual em comento. Afirma que da mesma forma ocorre com a segunda infração, onde foi aplicada multa de 5%, com base no art. 42, inciso XIII-A, alínea "f" da Lei 7.014/96, sendo que a descrição da infração cometida pelo autuado é idêntica ao caso da primeira autuação o que de pronto já demonstra o descabimento da sua aplicação. Ressalta que a título exemplificativo, a base de cálculo utilizada para o cálculo da multa aplicada é absolutamente irreal, pois, no mês de abril de 2006, as operações de entrada da empresa totalizaram R\$2.135.857,82, enquanto que suas saídas totalizaram R\$ 18.915,00, entretanto, o valor lançado foi de R\$11.250.577,87, uma extorsiva diferença, que como o exemplo da primeira infração, muito superior a 100%. Esclarece que em ambas as autuações verificou ter o autuante utilizado cumulativamente as multas de 5% sobre as diferenças entre entrada e saída e de 1% sobre o total da saída, conforme se vê das tabelas que compõem os anexos A e B, ferindo a Legislação com a aplicação de multas cumulativas. Requer com base no art. 145 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, a realização de uma revisão fiscal pela ASTEC, a fim de reduzir o montante do débito, sob pena de nulidade por cerceamento ao direito de defesa, a fim de que sejam comprovadas todas as razões aqui apresentadas. Acrescenta que no art. 2º do RPAF/BA está claro que o princípio da verdade material deve prevalecer no processo administrativo ponto em que difere do processo judicial onde vigora o princípio da verdade formal, e que assim as provas e os fatos favoráveis ao interessado sempre devem ser considerados, ainda que este não os tenha alegado ou declarado. Cita ensinamentos de Aurélio Pitanga Seixas Filho. Protesta quanto a multa confiscatória, e o enriquecimento ilícito do Estado, citando o artigo 150, IV da Constituição Federal e ensinamentos do Min. Luiz Vicente

Cernicchiaro, além do professor Sacha Calmon Navarro Coelho, CTN, arts. 108, § 2º, e 111, Plácido e Silva, Agostinho Alvim, Silvio Rodrigues, Julgamento do RE nº. 79.625, relatado pelo Min. Cordeiro Guerra. Finaliza, requerendo que lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidas em direito, a juntada posterior de documentos que se fizerem necessários, inclusive os DAE's de recolhimento, a realização de prova pericial, e, especialmente a realização de uma revisão fiscal pela ASTEC, tudo para que, ao final, seja o Auto de Infração nº 281076.0008/07-7, julgado totalmente nulo, ou, no máximo, procedente em parte, com a redução da base de cálculo, ou mesmo o cancelamento ou redução da multa aplicada em percentual confiscatório, fazendo-se a justiça.

Os autuantes produzem informação fiscal às folhas 125/129, discorrendo inicialmente sobre as infrações imputadas e alegações defensivas. Aduzem que quanto à alegação de que o autuado apresentou os arquivos magnéticos em 17/08/2007, corrigindo todos os dados divergentes, antes da notificação fiscal, que se deu em 24/07/2007, informam que o contribuinte entregou os arquivos e entrou com o Processo nº 142.638/2007 pedindo prorrogação do prazo para entrega dos arquivos dos outros exercícios, que nem estavam sendo cobrados, pois o exercício de 2002 que apresentava divergências já havia sido cobrada multa pela falta de entrega do arquivo de outubro de 2002, na última fiscalização efetuada pelo Auditor Jorge Victor Grave, transcrevem o teor do parecer exarado pelos autuantes à folha 127. Entendem que o autuado obteve prazo suficiente para retificar os arquivos magnéticos, e só não o fez porque não quis, e nem se preocupou em pedir prorrogação de prazo antes da lavratura do Auto de Infração, só o fazendo, para os arquivos de exercícios que não apresentavam divergências ou que já se havia cobrado alguma multa, após a lavratura do presente Auto de Infração. Quanto à alegação de que a sede administrativa da Companhia localiza-se em São Paulo e que o software lançava as informações de acordo com a legislação daquele Estado, afirmam que os arquivos magnéticos devem ser gerados no formato do SINTEGRA, que é o mesmo para todo o Brasil, e mesmo que fosse diferente o autuado teria de usar um software que estivesse de acordo com a legislação do Estado da Bahia. Com relação à alegação de que nunca deixou de cumprir com as obrigações principais para com o Fisco do Estado da Bahia e que o Auto de Infração reclama apenas obrigações acessórias, entendem que para o defendente bastaria cumprir com as obrigações principais e nunca atender as obrigações acessórias, dificultando e até mesmo inviabilizando o trabalho da fiscalização. Aduzem que as obrigações acessórias também são "obrigações" e têm de ser cumpridas pelos contribuintes, e as multas por falta de cumprimento de obrigações acessórias servem para obrigar estes contribuintes a cumprir com as suas obrigações. No que tange à alegação de que os Anexos A e B são nulos, pois existiria falta de indicação de como se chegou aos valores da base de cálculo, asseveram que tais anexos servem apenas para resumir as informações detalhadas que constam da Intimação para Apresentação de Informações, às fls. 30 a 44 do PAF, que foram recebidas pelo autuado em 05/07/2007 e na sua folha 31 encontra-se o demonstrativo sintético das diferenças apuradas em Notas Fiscais (Reg. 50 x Reg. 54), sendo que nas folhas 32 a 44, o demonstrativo analítico, que mostra nota a nota qual a diferença encontrada. Entendem que não deve prosperar tal alegação, indagando que se o autuado não sabia o que deveria corrigir, como conseguiu corrigir, em apenas um dia, tudo que alega não ter conseguido fazer em mais de um mês. Com relação à alegação de que é aplicada uma multa de 1% das saídas em relação à infração 01 e de 5% para a infração 02, dizendo que a fundamentação das irregularidades é idêntica, bem como a fundamentação legal da multa aplicada, não havendo, no seu entendimento, justificativa para aplicação de multa maior ou diferenciada, informam que a autuação referente às infrações 01 e 02 têm como base o Art. 915, inciso XIII-A, alínea "f" do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, que reproduzem. Sustentam que houve a cobrança de 5% sobre as divergências encontradas nas entradas e saídas, limitadas ao valor de 1% sobre as saídas totais, e o SEAI obriga a lançar em infrações diferentes, 16.12.27 (limitado a multa de 1% das saídas) e 16.12.24 (multa de 5% sobre a diferença total), e que assim procederam; sendo a infração 01 (16.12.27) nos meses em que o valor encontrado para a multa de 5% sobre a diferença ficou acima do 1% sobre o total das saídas e a multa ficou limitada pelo valor de 1% sobre o total das saídas, e nos meses (março e

abril), em que a multa de 5% sobre a diferença ficou abaixo do limite já citado, foi lavrada a infração 02 (16.12.24). Afirmam que a base de cálculo da infração 02 é a diferença total apresentada em cada período nos arquivos magnéticos, sobre a qual é cobrada uma multa de 5%. Aduzem que para proteger o contribuinte, o legislador resolveu limitar esta multa a 1% sobre o valor total das saídas. Quanto à alegação que a multa aplicada utilizou uma base de cálculo absurda e irreal, sendo esta muito superior às operações realizadas pelo contribuinte no período, citando como exemplo o mês de fevereiro de 2006, onde as suas operações de saídas seriam de R\$ 18.376,00, enquanto o valor lançado como base de cálculo no Auto de Infração soma R\$ 11.676.014,33, citando como exemplo também o mês de abril de 2006, onde suas operações de entrada seriam de R\$ 2.135.857,82 e suas saídas seriam de R\$ 18.915,00 e o valor lançado como base de cálculo foi de R\$ 11.250.577,87, informam que a base de cálculo da infração 01 é o total das saídas e encontra-se claramente indicada, tanto no Anexo A (Total das Saídas), como na folha 31 do PAF (Intimação para Apresentação de Informações, Demonstrativo Sintético, coluna A - Reg 50), e que a base de cálculo da infração 02 é a diferença total nas entradas e saídas, que também se encontra claramente indicada, tanto no Anexo B (Diferença Total), como na folha 31 do PAF (Intimação para Apresentação de Informações, Demonstrativo Sintético, coluna G). Aduzem que os exemplos citados pelo autuado estão totalmente equivocados, ou seja, em fevereiro de 2006 o total das saídas foi de R\$ 11.676.014,33, como se encontra no Anexo A e na coluna A da folha 31 do PAF, sendo o valor de R\$ 18.376,00 (coluna G), a diferença entre o informado no Reg. 50 (coluna A) e o informado no Reg. 54 (coluna B), já em abril de 2006 a base de cálculo é a diferença total entre entradas e saídas, que foi de R\$ 2.154.572,82, como pode ser visto no Anexo B e na coluna G da folha 31 do PAF, sendo justamente a soma das diferenças de entrada (R\$ 2.135.657,82) e de saídas (R\$ 18.915,00), e não o valor de R\$ 11.250.577,87, que é o total das saídas. No que tange à alegação de que o fiscal utilizou cumulativamente as multas de 5% sobre as diferenças entre entradas e saídas e de 1% sobre o total das saídas, informa que tal alegação é totalmente descabida, haja vista que para os meses de março e abril foi cobrada a multa de 5% sobre as diferenças (entradas + saídas); na infração 02 e nos demais meses, como o valor desta multa de 5% sobre as diferenças ultrapassava o limite de 1% sobre o valor total das saídas, foi cobrada a multa de 1% sobre o valor total das saídas na infração 01. Finalizam, mantendo integralmente as infrações 01 e 02.

Consta na folha 132, extrato do Sistema SIGAT, da SEFAZ, indicando o pagamento do valor principal de R\$3.040,00.

VOTO

Inicialmente, em relação à preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, rejeito-a, por considerar que não foram descumpridos os dispositivos legais, especialmente os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA. Verifico que se encontram claramente identificados, os elementos necessários para determinar com segurança a infração, o infrator e o montante do débito tributário, consoante disposto no artigo do citado diploma legal. No corpo do Auto de Infração, estão descritos claramente os fatos considerados como ilícito tributário, e não houve o cerceamento de defesa argüido pelo defendente. Não houve ofensa aos princípios da legalidade, moralidade administrativa e do devido processo legal, uma vez que as infrações imputadas tem previsão na Lei 7.014/96, o procedimento dos autuantes está previsto no RICMS-BA e no RPAF-BA, e foram concedidos ao autuado todos os prazos legais para o oferecimento da defesa nos termos do artigo 166, § 1º, do RPAF-BA. Observo, ainda, que pela leitura da peça defensiva o autuado entendeu perfeitamente a natureza das infrações imputadas, os autuantes elaboraram demonstrativos às folhas 07 e 08, e, por isso, não há que se falar em desobediência aos princípios do contraditório e a ampla defesa. No tocante às demais alegações por se tratar de questões ligadas ao mérito da infração serão analisadas neste voto.

Com relação ao pedido de diligência requerido pelo autuado, indefiro, tendo em vista que os elementos constantes no Auto de Infração são suficientes para a formação do meu convencimento, nos termos do artigo 147, I, “a”, do RPAF.

Com relação ao pedido de perícia suscitado, também indefiro, tendo em vista que as provas dos fatos não dependem do conhecimento especial de técnicos nos termos do artigo 147, II, “a” do RPAF-BA.

No mérito, o Auto de Infração em lide, foi lavrado para exigir o pagamento de penalidades por descumprimento de obrigações acessórias referentes a quatro infrações.

Da análise das peças processuais, verifico que o autuado não impugnou as infrações 03 e 04, procedendo ao seu pagamento (fl. 132). Portanto, considero subsistentes as infrações não contestadas por inexistência de controvérsias.

Quanto às infrações 01 e 02, observo que se originam da mesma irregularidade, o fornecimento de informações através de arquivo magnético exigido na legislação tributária, requerido mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes sendo aplicada pelos autuantes as multas de 1% e 5%.

Antes de analisarmos o mérito das referidas infrações, entendo ser importante discorrer sobre a definição de obrigações acessórias na lição do mestre José Eduardo Soares de Melo, extraída do livro Curso de Direito Tributário 3ª Edição, o qual reproduzo: “A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos (§ 2º do artigo 113 do CTN), tendo a natureza de obrigação de fazer, não fazer, ou mesmo tolerar”.

Em termos práticos, consiste em atribuição de deveres aos contribuintes e/ou responsáveis, relativos à emissão de notas fiscais, escrituração de livros, entrega de arquivos magnéticos sem inconsistências, prestação de informações e não causar embaraço à fiscalização, com o objetivo fundamental de serem registrados e documentados fatos que tenham implicação tributária.

No caso em apreço, constato que o autuado entregou os arquivos magnéticos à fiscalização com inconsistências conforme intimações e respectivos Relatórios de Inconsistências, lavradas pelos autuantes às folhas 11 (22/03/2007) a 13/29 (04/04/2007), 30/44 (05/07/2007), 45/73 (25/07/2007), sendo concedido ao sujeito passivo o prazo legal de 30 dias para correção dos arquivos, intimações que não foram atendidas pelo autuado.

Verifico, igualmente, que o presente Auto de Infração foi lavrado em 14/08/2007, por isso, não acato as alegações defensivas de que os arquivos devidamente corrigidos foram entregues à fiscalização no dia 17/08/2007, haja vista que o lançamento de ofício já havia sido lavrado, e o defendente obteve prazo suficiente para a retificação dos aludidos arquivos magnéticos.

Ressalto que a multa aplicada pelos autuantes tinha previsão legal no artigo 42, XIII-A, “f” e “g”, da Lei 7.014/96, efeitos até 27/11/2007, que transcrevo:

Art. 42 (...)

XIII-A (...)

f) 5% (cinco por cento) do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período;

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;"

Verifico que os autuantes aplicaram a multa de 1% nos meses de janeiro, fevereiro, maio a dezembro de 2006 e 5% nos meses de março e abril do referido exercício, por ser mais benéfico ao sujeito passivo, por isso, não assiste razão ao autuado para sua irresignação de que a infração 2 cometida pelo autuado é idêntica ao caso da primeira autuação, eis que se referem a períodos distintos.

Observo que o artigo 708-A do RICMS-BA, preconiza a obrigatoriedade do contribuinte do ICMS usuário de SEPD de entregar o arquivo magnético, referente ao movimento econômico de cada mês, a partir do mês de outubro de 2000, inclusive, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, e a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas (§ 6º).

Já o artigo 708-B do mencionado diploma legal, reza que o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos, procedimento adotado pelos autuantes.

Os parágrafos 3º e 5º, do referido artigo, prelecionam que se tratando de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, devendo ser concedido o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, procedimento, também adotado pelos autuantes, conforme intimação à folha 30.

É importante ressaltar que o parágrafo 6º, do artigo 708-B, alerta que a entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação 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.

Art. 915

(...)

XIII-A (...)

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;

Consultando aos autos constato que os autuantes atenderam parcialmente a legislação pertinente para aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória pelo autuado, sendo exigida a penalidade de 1%, sobre o valor das saídas relativas ao período de janeiro, fevereiro, maio a dezembro de 2006, e aplicaram a penalidade 5% sobre as diferenças entre as entradas e saídas do contribuinte correspondentes ao período de março e abril de 2006.

Verifico que os autuantes incorreram em equívoco ao aplicar a penalidade para a infração 02, uma vez que a multa de 5%, incide sobre o valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos

magnéticos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes e o valor total das saídas relativas ao mês de março de 2006 importam em R\$17.028.911,93 e no mês de abril R\$11.250.577,87 (fl.26), que deve ser aplicada a multa no percentual de 1% sobre o valor das saídas conforme estabelecido no texto do artigo 42, inciso XIII-A, alínea “g” da Lei 7.104/96, no montante de R\$170.289,12 e R\$112.505,77, respectivamente. Portanto, não acato as alegações defensivas de que realiza regularmente diversos tipos de movimentações tais como remessas para o porto referente a operações de exportações, faturamento por consignação, remessas por conta e ordem, devolução de industrialização, dentre outras, que não são tributadas pelo ICMS, e sobre tais valores não deveria incidir a multa, pois a incidência da penalidade alcança o valor total das saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período de apuração, independentemente da sua natureza.

Entretanto, os referidos incisos foram alterados pela Lei 10.847/07, publicada no DOE de 28/11/07, efeitos a partir de 28/11/07, devendo ser aplicada a multa uniforme de 1% sobre o valor das saídas realizadas no período para as infrações 01 e 02, conforme abaixo:

Art. 42 (...)

XIII-A (...)

i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior 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 omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso;

Com efeito, nos termos do artigo 106, I, do Código Tributário Nacional, a lei nova aplica-se ao ato ou fato pretérito, isto é ocorrido antes do início de sua vigência, em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados. Ainda o Código Tributário Nacional no seu artigo 106, inciso II, alínea “c”, preleciona:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I-(...)

II- (...)

c) Quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática

Tal dispositivo legal foi buscar o alicerce no artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal e no Código Penal, que em seu artigo 2º dispõe que a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Ante o exposto, julgo procedentes as infrações 01 e 02 no valor total de R\$1.408.705,84 e R\$247.188,35 respectivamente e represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, no sentido de exigir-se a diferença da multa aplicada para a infração 02 no valor de R\$35.606,54, nos termos do artigo 156 do RPAF-BA.

Quanto ao caráter confiscatório das multas aplicadas, verifico a previsão legal para sua aplicação nos termos do artigo 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei 7.014/96.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, considerando que ficou caracterizado nos autos o cometimento das infrações apuradas, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281076.0008/07-7**, lavrado contra **COPENOR COMPANHIA PETROQUÍMICA DO NORDESTE**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$1.658.934,19**, previstas no art. 42, incisos XIII-A, alínea “i”, com a redação da Lei nº 10.847/07 e XVIII, alínea “c”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2007.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA- RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA