

A. I. N° - 117808.0007/08-0
AUTUADO - SEMP TOSHIBA BAHIA S.A.
AUTUANTES - ALZIRA LORDELO SANCHES e BERNADETE LOURDES LEMOS LORDELO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 04. 06. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0139-01/09

EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIO FISCAL. PERDA DO BENEFÍCIO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. No caso do autuado, a aferição do faturamento de 50% referente à produção própria, conforme previsto no Decreto n. 4.316/95, deve ser feita englobando o faturamento de ambas as empresas por se tratar de um único empreendimento incentivado. Infração insubsistente. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor das operações realizadas, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei n° 7.014/96, com a redação dada pela Lei n° 10.847/07. Desproporcionalidade da multa aplicada. Redução do valor da infração para 10% da multa originalmente aplicada, de acordo com o que estabelece o § 7º do art. 42, da Lei n° 7.014/96. Infração parcialmente subsistente. Não acatadas as preliminares de decadência e nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/12/2008, exige ICMS no valor de R\$ 22.780.933,56, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 3.468.810,39, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 22.780.933,56, acrescido da multa de 60%. Consta o registro de que o contribuinte fez o uso indevido do benefício concedido pelo Decreto n. 4.316 de 19/06/95, conforme artigo 1º, inciso II, alínea “d”, do citado Decreto. Anexos Demonstrativos nº.s 1,2,3,4, 5, e 6 e cópias do livro Registro de Apuração de ICMS de 2003 e 2004, onde fica comprovado que o contribuinte não atingiu nos exercícios de 2003 e 2004, o percentual de 50% da produção própria, percentual este exigido no artigo 1º, §1º, inciso II, alínea “d” do decreto acima citado. Nos exercícios de 2003 e 2004, a Semp Toshiba Bahia S.A. na sua atividade de produtos eletrônicos (telefone sem fio) só atingiu em 2003 o percentual de 4,97% (demonstrativos nº.s 1 e 2) e em 2004 o percentual de 8,48% (demonstrativos nº.s 3 e 4).

Consta ainda que, conforme o artigo 9º do Decreto nº. 4.316/95, a Semp Toshiba S.A., ao não atingir o percentual mínimo exigido de produção própria fica desabilitado para operar com o diferimento

e conforme parágrafo 6º do artigo 1º do decreto 4316/95 ficando obrigado a recolher o imposto incidente em cada operação de importação, sendo devido tal imposto na forma da legislação vigente à época do efetivo desembaraço aduaneiro.

Ressalta, também, que a Semp Toshiba S.A., vem tentando ludibriar o Estado da Bahia, que lhe concedeu o benefício de venda de produção com redução de base de cálculo de 100% (alíquota zero) e revenda com redução de base de cálculo de forma que alíquota passa a ser de 3,5%. Apesar de não atingir o percentual de produção própria de 50%, vem obtendo a renovação da habilitação do regime de diferimento.

Consta também que o Governo da Bahia vem concedendo este benefício à Semp Toshiba S.A., com o objetivo de gerar novos empregos, utilização de insumos produzidos no estado, aumento de oferta de produtos eletro eletrônicos em substituição a importação de outros Estados da Federação e do exterior e gastos locais estimados em mais de R\$ 50.000.000,00.

2. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, no mês de março de 2008, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 3.468.810,39. Consta que foram localizadas diversas inconsistências no arquivo magnético transmitidos, referentes aos períodos de janeiro de 2003 a dezembro de 2004, enviados com divergências de informações conforme listagens diagnósticos, apresentadas ao contribuinte acostadas às intimações 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, além das omissões de informações relativas às operações de entradas e saídas de mercadorias, contrariando a previsão legal contida no Convênio ICMS 57/95 e recepcionada pelo Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo decreto 6284/97 no seu título XIV por meio do artigo 683 a 712 C.

Consta ainda o registro que, apesar de regularmente intimado, o contribuinte reenviou o arquivo com as mesmas divergências apresentadas anteriormente, o que impossibilitou a aplicação de roteiros de auditoria de Levantamento Fiscal de Estoques, previsto no artigo 936 do RICMS Bahia, além de prejudicar a realização dos demais procedimentos e roteiros de auditorias necessários para a execução do trabalho programado, em virtude do grande volume de documentos e itens decorrentes das operações de entradas e saídas de produção e revenda de artigos eletrônicos.

Ressalta que o contribuinte possui um sistema diferenciado de tributação por usufruir dos benefícios do Decreto n. 4.316/95, sistema este de apuração com base nos CFOP(s), estes, lançados incorretamente no arquivo magnético, tendo impedido a apuração por esta fiscalização do real valor do ICMS devido e não recolhido, contribuindo também para o atraso na conclusão dos trabalhos de auditoria.

Anexaram ainda diversas intimações acompanhadas dos demonstrativos das inconsistências, anexas, termos de prorrogações, declarações do contribuinte e relatórios do Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos – SVAM, tendo resultado na apuração da base de cálculo, conforme demonstrativos nº7 e 8º, anexos e previsão legal contida no artigo 915, inciso XIII-A, alínea “j” do RICMS/BA.

O autuado apresentou defesa (fls. 216 a 241), argüindo, preliminarmente, a decadência do direito de constituição do crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos em 01/01/2003 a 22/12/2003, conforme o artigo 150, § 1º e 4º, e art.173, inciso I e II, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, os quais reproduz.

Invoca a Teoria do Conhecimento para dizer que existem duas linhas a serem adotadas, sendo a primeira quando o Fisco tem conhecimento da ocorrência do fato gerador, caso em que o prazo decadencial será contado a partir dessa ocorrência, e a segunda quando há desconhecimento, caso

em que o prazo será contado a partir do primeiro dia do ano seguinte àquele em que deveria ter havido o lançamento.

Afirma que, conforme se vê, no caso de lançamento por homologação, onde o contribuinte antecipa o pagamento, corretamente ou a menos, o termo inicial da contagem do prazo decadencial se dá a partir da data de ocorrência do fato gerador, consoante o artigo 150, § 4º do CTN, em decorrência de o Fisco ter conhecimento da data da ocorrência do respectivo fato.

Sustenta que o fato de o Fisco notificar a empresa a apresentar a documentação ou efetuar o pagamento não interrompe a decadência, caso o Auto de Infração não seja lavrado dentro do prazo de cinco anos, decaindo o direito de constituição do crédito tributário, sendo esta situação do lançamento de ofício em exame, haja vista que a lavratura somente ocorreu em 22/12/2008, decaindo o direito referente aos fatos geradores ocorridos no período anterior a cinco anos, ou seja, 22/12/2003. Acrescenta que, este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Cita e transcreve também decisões do Conselho de Contribuintes, no caso, o Recurso nº. 126827,8ª Câmara Processo nº. 10280.005146/00-98 e o Recurso nº. 114702, 1ª Câmara, Processo nº. 10665.000230/96-70.

Adentrando no mérito da autuação, diz que as autuantes elencaram simplesmente todas as notas fiscais que entenderam ausentes, considerando períodos mensais, sem verificar as informações prestadas no processo, autuando sem qualquer apresentação de prova fática ou mesmo de direito.

Assevera que a autuação se deu por presunção de que as operações a que se refere são tributadas, quando contrariamente são operações não tributadas, baseando-se apenas na simples descrição das notas fiscais, bem como no período mensal de apuração e não anual, sem apresentar qualquer prova fática. Cita e reproduz parte do Acórdão JJF Nº. 0159-02/06, para reforçar os seus argumentos.

Rechaça a infração 01, afirmando que foi autuado por realizar operações de importações com diferimento do ICMS, em virtude do benefício fiscal concedido pelo Decreto nº 4.316/95, em razão de terem as autuantes entendido que a impugnante não cumpriu o percentual mínimo exigido de produção própria, nos anos de 2003 e 2004, previsto no Artigo 1º, parágrafo 1º, inciso II, alínea “d” do Decreto 4.316/95, pela suposta infração aos artigos 2º, 50, 111, inciso I do RICMS/BA, bem como aplicou multa de 60% sobre o valor do imposto “supostamente” devidos, com base no artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Acrescenta que, em suas razões a autuante ressalta que a Impugnante vem tentando ludibriar o Estado da Bahia, que lhe concedeu o benefício do diferimento, informando ainda que apesar de não atingir o percentual mínimo de produção, a empresa vem obtendo a renovação da habilitação do regime em referência.

Afirma que tais alegações são completamente infundadas e contrárias, inclusive, ao entendimento interno da própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, conforme diz irá demonstrar.

Prosseguindo, apresenta o que denomina de breve resumo dos fatos ocorridos durante o processo de instalação da unidade fabril no Estado da Bahia, esclarecendo que foi constituída em 25/11/97 (fls. 242 a 245), como uma subsidiária integral da empresa Semp Toshiba Amazonas S/A, com sede em Salvador – Bahia, cujo objeto é a indústria e comércio de aparelhos elétricos, eletrodomésticos, eletrônicos e componentes; a indústria e comércio de bens de informática, periféricos, equipamentos assemelhados e respectivos componentes; a importação e exportação de produtos elétricos, eletrodomésticos, eletrônicos, bens de informática periféricos e assemelhados, placas e componentes, entre outros.

Diz que, dentro do projeto de criação de um Grande e Único Empreendimento Semp Toshiba no Estado da Bahia, foi alterada a sede da empresa Semp Toshiba Informática, de São Paulo para Salvador, em 16/01/98 (fls. 248/249), cujo objeto social é a industrialização e comercialização de produtos eletrônicos; importação e exportação de placas e componentes eletrônicos para utilização em equipamentos eletro-eletrônicos; desenvolvimento de produtos e programas para

processamento de dados; comercialização de programas utilizados em processamento eletrônico, entre outros.

Ressalta que a Semp Toshiba Informática Ltda. tem como sócia controladora a empresa Semp Toshiba Amazonas S/A (da qual a Semp Toshiba Bahia é subsidiária), bem como o mesmo presidente da Semp Toshiba Bahia S/A, Sr. Afonso Antonio Hennel (fls. 250 a 256).

Prosseguindo, afirma que se constata que ambas as empresas estão localizadas no mesmo endereço, o qual abrange a UNIDADE INDUSTRIAL do grupo Semp Toshiba na Bahia, cuja sócia majoritária é a Semp Toshiba Amazonas S/A.

Acrescenta que foram criadas duas empresas distintas com o fim único de segregar a linha de produção, qual seja, de um lado a linha de áudio e vídeo (Semp Toshiba Bahia S/A) e de outro a linha de informática (Semp Toshiba Informática Ltda.).

Salienta que, a fim de dar seguimento ao Empreendimento da Semp Toshiba neste Estado, foi assinado o "Protocolo de Intenções" (fls. 251 a 263) firmado entre o Governo do Estado da Bahia e as empresas Semp Toshiba Bahia S/A e Semp Toshiba Informática Ltda., no qual restaram delineadas as condições, direitos e obrigações das partes na criação do Projeto referido.

Assevera que da análise do documento referido, verifica-se que tanto os direitos quanto as obrigações são inerentes a um único empreendimento, inclusive no que tange à concessão de benefícios fiscais.

Argumenta que o próprio instrumento afirma em toda a sua extensão que as obrigações de apoio de infra estrutura e a concessão de incentivos se aplicam a ambas empresas, em virtude da implantação de uma indústria destinada à produção de eletro-eletrônicos (áudio e vídeo) e aparelhos de informática.

Alega que a área disponibilizada pelo Governo da Bahia nos termos do Protocolo, serve para abranger a construção de pólo industrial da Semp Toshiba, a fim de que produtos Semp Toshiba ali sejam fabricados.

Sustenta que no Protocolo de Intenções firmado com o objetivo de dar início ao processo de instalação de empreendimentos do Grupo Semp Toshiba, todas as obrigações e direitos são inerentes a um único projeto, não havendo qualquer distinção, seja quanto a infra-estrutura, seja quanto à geração de empregos e realização de investimentos entre as empresas do Empreendimento Industrial, fato comprovado por estarem ambas as empresas, Semp Toshiba Informática e Semp Toshiba Bahia, localizadas no mesmo endereço, em uma única Unidade Industrial.

Afirma que, após devidamente instaurado o projeto Semp Toshiba como uma unidade industrial, passou o mesmo a fazer jus aos benefícios do Decreto nº 4.316/95, conforme reproduz.

Continuando, diz que o Decreto nº 4.316/95 trouxe a possibilidade de empreendimentos industriais se aproveitaram de benefícios fiscais relativamente ao ICMS devido nas importações, desde que preenchidos os requisitos determinados, no caso, renovação anual da habilitação concedida pela SEFAZ/BA, e atingir um faturamento mínimo nas vendas de produtos fabricados na unidade industrial. Acrescenta que o referido decreto reconheceu, ainda, o benefício para projetos industriais instalados na Região Metropolitana de Salvador, desde que o valor do investimento total, seja equivalente a, no mínimo R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais).

Reitera que nos termos do Protocolo de Intenções acima referido, as empresas Semp Toshiba Bahia e Semp Toshiba Informática constituíram uma unidade industrial, cujo investimento total superou o montante previsto no parágrafo 3º do artigo 1º do Decreto n. 4.316/95, autorizando-a a usufruir dos benefícios fiscais previstos no mencionado Decreto, fato confirmado com as

renovações anuais das habilitações, conforme entendimento da SEFAZ/BA (fls. 266/267), o que evidencia de forma inequívoca a plena regularidade de ambas as empresas.

Assevera que as correspondências que acosta aos autos, atestam que no decorrer de 10 anos, todos os requisitos, procedimentos, obrigações inerentes à instituição da unidade industrial da Semp Toshiba, sempre foram tratados em conjunto pelas empresas Semp Toshiba Informática e Semp Toshiba Bahia S/A, conforme enumerado abaixo:

1. Ofício ao Diretor do Departamento de Indústrias da Secretaria de Indústria, Comércio e Mineração do Estado da Bahia, requerendo enquadramento dos projetos industriais no Decreto n. 4.316/95.(fls.268/269);
2. Ofício nº 75/98 expedido pelo Governo do Estado da Bahia ao Presidente das empresas Semp Toshiba, informando sobre o financiamento a ser concedido ao projeto, cujo objetivo é a “a viabilização da produção(montagem) neste estado dos produtos SEMP TOSHIBA, listados no mencionado Protocolo”(fls.270/271);
3. Informações prestadas pelas empresas, sobre as realizações ocorridas(fl. 272 a 275);
4. Ofício n. 020/99 do Governo do Estado da Bahia ao Presidente das empresas Semp Toshiba, informando que está plenamente de acordo com a implantação da segunda etapa do empreendimento na Bahia e assegurando financiamento dos tributos federais pagos pela empresa na importação das peças, partes e componentes para industrialização por mais 10 anos. Informando ainda que o benefício deveria contemplar o período de 8 anos a partir do início da produção(fl. 276/277);
5. Resposta ao Ofício n. 001/99(fl.278 a 280);
6. Requerimento ao Secretário da Fazenda da SEFAZ/BA, referente a prorrogação da vigência da Lei Federal n. 11077/04 (fls.281/282);
7. Requerimento ao Secretário da Indústria, Comércio e Mineração do Estado da Bahia acerca da prorrogação do Decreto n. 4.316/95 (fls.283/284).

Frisa que, segundo o artigo 5º do Decreto n.4.316/95, cabe aos Secretários da Fazenda e da Indústria, Comércio e Mineração, estabelecer as condições necessárias à utilização do benefício, bem como a forma e condições de habilitação para adoção do tratamento tributário.

Assevera que, pelos documentos acostados aos autos não resta qualquer dúvida de que a Semp Toshiba sempre esteve de acordo com o entendimento da SEFAZ/BA e SICM/BA.

Acrescenta que, em atendimento a requerimento apresentado em 14/04/2005, a Superintendência de Indústria e Mineração apresentou Ofício n. 06/2005, esclarecendo que os projetos foram analisados em conjunto por se tratar de um único empreendimento executado com recursos viabilizados pelas duas empresas, sugerindo ao Departamento de Administração Tributária o enquadramento dos projetos no Decreto n. 4.316/95(fl. 287).

Reafirma que, conforme amplamente demonstrado pelos documentos apresentados, faz jus ao benefício, conforme entendimento dos órgãos locais responsáveis pela concessão e renovação de sua habilitação, por fazer parte de um único empreendimento, de uma única unidade industrial, a qual cumpre com folga os percentuais mínimos de faturamento anual com a venda dos produtos fabricados.

Diz que além dos argumentos acima apresentados, obteve Regime Especial de ICMS pelo qual faz jus ao direito de utilizar como crédito fiscal o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de mercadorias e insumos em cada período de apuração(fl. 288 a 300), considerando que se trata de um empreendimento único, permitindo a transferência de créditos de ICMS entre as empresas partes do empreendimento. Acrescenta que o referido Regime Especial foi renovado

anualmente, tendo em 11/02/2008, sido celebrado 2º Termo de Reti-Ratificação do Protocolo de Intenções (fls.302 a 306), pelo qual foi prorrogado o direito ao aproveitamento dos créditos de ICMS decorrentes das aquisições no mercado interno, de mercadorias e insumos destinados à industrialização, conforme o Parágrafo Terceiro que reproduz.

Conclui afirmando que por qualquer ângulo, se verifica que as empresas sempre foram consideradas um único empreendimento, fazendo jus aos benefícios fiscais decorrentes do Decreto n. 4.316/95.

No que concerne à infração 02, afirma que jamais deixou de fornecer os arquivos magnéticos, conforme dispõe o artigo 708-B, sendo fácil comprovar que jamais deixou de fornecer qualquer documento que lhe tenha sido solicitado, tendo cumprido as diversas intimações apresentadas pelas autuantes, o que possibilitou a estas suscitar eventual divergência entre os registros magnéticos e os livros fiscais, sendo tal alegação completamente insubsistente.

Quanto à alegação das autuantes de omissão de dados em arquivos magnéticos e mesmo após ser intimada das inconsistências apontadas manteve exatamente os mesmos erros, invoca o artigo 708-A e 708-B do RICMS/BA reproduzindo-os, para sustentar que a legislação é clara quando prevê que os arquivos magnéticos são enviados pelo contribuinte através do programa Validador/Sintegra que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo, chancelado eletronicamente após a transmissão, ou na repartição fazendária, sendo que, 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.

Diz que mesmo o contribuinte cumprindo a obrigação de efetuar os lançamentos fiscais corretamente, não terá a certeza dos procedimentos adotados até que os arquivos magnéticos sejam definitivamente validados pela SEFAZ, em programa próprio para tal. Acrescenta que o programa validador denominado Sintegra não valida efetivamente os lançamentos efetuados, sendo a acusação de existência de inconsistências nos arquivos irrelevante na análise do presente caso, haja vista que é prática comum a existência de inconsistências que somente serão sanadas após procedimento fiscal, sendo exatamente o que ocorreu no presente caso.

Continuando, rechaça a alegação das autuantes de que teria ignorado as listagens diagnósticas apresentadas, pois, pelas próprias listagens diagnósticas anexas, se verifica claramente, se comparadas com as inconsistências ao final apontadas e objeto da autuação, que a maioria das divergências e omissões que haviam sido apontadas foi devidamente sanada.

Aduz que na primeira listagem (fls. 318), verifica-se a quantidade de inconsistências apontadas (102, 103,108,109,114), e que na segunda listagem constata-se que muitas das inconsistências foram sanadas(fl. 319), e se comparadas ao término do procedimento fiscal que culminou no Auto de Infração foram mantidas a 102,109 e 114, sendo que a 202 não havia sido apontada anteriormente. Ressalta que, nesse contexto não procede a aplicação dos artigos 686 e 708-B do RICMS/BA, isso porque jamais se insurgiu contra a exigência destes, tendo fornecido todas as informações e arquivos solicitados pelo Fisco, conforme atestam os protocolos anexos.

Salienta que procedeu às alterações possíveis, corrigindo as divergências apontadas, razão pela qual a lista de divergências foi reduzida, contudo, nem todas as divergências apontadas na autuação são efetivamente divergências tampouco omissões, conforme diz será demonstrado, razão pela qual não foram sanadas.

Prosseguindo, diz ter sido surpreendido com a lavratura do Auto de Infração, o qual teve como base a aplicação de multas monstruosas, sobre infrações ínfimas, se àquelas comparadas, em decorrência de as autuantes terem aplicado multa sobre a totalidade das operações de saídas efetuadas nos anos de 2003 e 2004, e não apenas sobre aquelas em que ocorreram irregularidades,

com base em dispositivo que sequer existia à época da infração, no caso, o artigo 42, inciso XIII-A, alínea 'j', introduzido pela Lei n. 10.847/07.

Sustenta que não existe a omissão/divergência nos documentos fiscais, pois, na primeira listagem diagnóstica apresentada (fls. 318), verifica-se a quantidade de inconsistências apontadas (102, 103, 108, 109, 114), e que na segunda listagem constata-se que muitas das inconsistências foram sanadas (fls. 319), restando, por fim, apenas as divergências/omissões descritas nos Demonstrativos 102 – Demonstrativo Analítico das diferenças apuradas em notas fiscais (Registro 50xRegistro 54), 109 – Notas Fiscais com itens com valor do produto igual a 0 (zero), 114- Notas Fiscais de Saídas Ausentes no Registro 50 e 202- Notas Fiscais de Saídas informada pelo INC e ausentes no Registro 50.

Afirma que tais divergências são inexistentes, conforme explicação abaixo:

Demonstrativo 102- Demonstrativo Analítico das diferenças apuradas em notas fiscais (Registro 50x54).

Ressalta que no relatório emitido em 29/11/2007, objeto do presente Auto de Infração, as autuantes elencaram uma série de notas fiscais nas quais foram constatadas divergências. Contudo, no relatório anterior apresentado à empresa em 28/05/2007 (Doc 22), havia tão somente 592 notas fiscais com divergências nos termos do demonstrativo 102, ou seja, no último relatório apresentado surgiram novas divergências não localizadas pelo Sistema Validador da SEFAZ/BA quando da emissão da Listagem Diagnóstica de 28/05/2007, infringindo tal procedimento o direito do contribuinte previsto no artigo 708-B, §3º e 5º do RICMS/BA, o qual possibilita a correção dos arquivos magnéticos.

Demonstrativo 202 – Notas Fiscais de Saídas informadas pelo INC e ausentes no Registro 50.

Afirma que não procedem tais informações, tendo em vista que as notas fiscais de saída emitidas foram devidamente registradas nos livros fiscais e no correspondente arquivo magnético – Registro 50. Diz que está juntando a título exemplificativo algumas notas fiscais consideradas ausentes no Registro 50, demonstrando assim que todas as notas foram devidamente registradas na respectiva saída (fls. 320 a 343). Alega que basta uma análise das operações ocorridas durante um exercício para se verificar que uma nota fiscal de saída pode ser emitida em data diversa de sua saída e respectivo registro.

Demonstrativo 114 – Notas Fiscais de Saídas ausentes no Registro 50.

Diz que este demonstrativo apresenta relação de notas fiscais de saída não localizadas no registro 50, por série e modelo, não emitidas como notas de entradas e/ou canceladas, não procedendo tal informação, pois, utiliza o mesmo talonário para as entradas e saídas, significando dizer que numa seqüência numérica de notas fiscais tanto há notas fiscais de entrada como notas fiscais de saída, que obviamente estarão registradas em seus respectivos livros. Afirma que as autuantes incorreram em erro ao apontar a ausência de tais notas em seu relatório, podendo ser verificado que as notas fiscais foram devidamente registradas em seus respectivos livros.

Esclarece que está apresentando a título exemplificativo algumas notas séries de notas fiscais apontadas como ausentes pelas autuantes no Demonstrativo 114, comprovando a emissão de tais notas fiscais (entrada e saída), bem como seu respectivo registro no livro Registro de Entradas e Saídas (fls. 344 a 385) e seguintes. Diz ainda que as autuantes tomaram como base para análise das notas fiscais e seus registros nos respectivos livros, o período mensal, sendo que, algumas notas fiscais são emitidas quando do pedido, porém, somente serão registradas quando da efetiva saída do estabelecimento. Assevera que uma diligência mais apurada poderá concluir que o Demonstrativo 114 é totalmente improcedente, inexistindo qualquer omissão de informação quanto às notas fiscais.

Continuando, assevera inexistir dolo, fraude ou simulação, sendo fácil verificar no seu caso, que sempre agiu de forma idônea, recolhendo corretamente seus impostos e cumprindo com suas obrigações tributárias e que as notas fiscais apontadas pelo Fisco tiveram seus impostos corretamente e tempestivamente recolhidos. Ou seja, a conduta infratora de que ora se trata não decorre de dolo, fraude ou simulação, além de não implicar na falta de recolhimento do ICMS, tratando-se tão somente de obrigação acessória que deixou de ser observada mas nunca com o intuito de sonegar o imposto.

Invoca os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, para dizer que deve haver o cancelamento da multa aplicada, ou quando menos a sua redução. Cita e transcreve parte do texto produzido em março de 1996, pelo Grupo de Estudos da Justiça Federal de Primeira Instância de Curitiba/PR, sobre o princípio da proporcionalidade, bem como decisão do Conselho de Contribuintes, Acórdão n. 103-19879. Reproduz ainda entendimento do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo e decisões da SEFAZ/Roraima, no sentido de redução das multas aplicadas em obrigação acessória.

Afirma que, se o contribuinte não tem a intenção de fraudar ou de simular a ocorrência de operações tributáveis, comprova o recolhimento da integralidade do imposto devido, não se apresenta razoável a aplicação de multas nitidamente confiscatórias pelo descumprimento de obrigação acessória, sob pena de violar o disposto no artigo 150, inciso IV da Constituição Federal. Manifesta o entendimento de que a multa deve ser cancelada ou, se esse não for o entendimento, reduzida por não ter atuado com dolo, simulação ou fraude.

Finaliza, requerendo a desconstituição do crédito tributário e o cancelamento do Auto de Infração.

As autuantes prestaram informação fiscal (fls. 387 a 397), esclarecendo, inicialmente, que o contribuinte é beneficiário do Decreto n. 4.316/95, alterado pelos Decretos n.s 6741/97; 7341/98; 77337/99 e 8375/02.

Contestam as alegações defensivas relativas à infração 01, pedindo que sejam desconsiderados todos os documentos acostados pelo impugnante às fls. 264 a 306, em virtude de se tratar de documentos referentes a exercícios posteriores à fiscalização realizada que alcança os exercícios de 2003 e 2004.

Afirmam que nos termos do artigo 9º do Decreto n. 4.316/95, a Semp Toshiba Bahia S.A., ao não atingir o percentual mínimo exigido de produção própria de 50% (cinquenta por cento) a partir do quarto ano de produção, fica desabilitada para operar no regime de diferimento, e que de acordo com o § 6º do artigo 1º do Decreto n. 4.316/95, fica obrigado a recolher o imposto incidente em cada operação de importação, sendo devido o imposto na forma da legislação vigente à época do efetivo desembaraço aduaneiro, consoante o artigo 1º, inciso II, § 1º do referido Decreto n. 4.316/95, que reproduzem.

Acrescentam que, conforme o benefício concedido pelo Decreto n. 4.316/95, no caso de produção própria, há a redução da base de cálculo de 100% “alíquota zero” e revenda com redução de base de cálculo de forma que alíquota passa a ser de 3,5%.

Dizem que o Governo do Estado da Bahia vem concedendo o benefício previsto no decreto acima referido à Semp Toshiba Bahia S.A., com o objetivo de gerar novos empregos, utilização de insumos produzidos no Estado, aumento da oferta de produtos eletro eletrônicos em substituição a importação de outros Estados e do exterior e gastos locais estimados em mais de R\$ 50.000.000,00. Prosseguindo, ressaltam que a Semp Toshiba Bahia S.A. e a Semp Toshiba Informática Ltda., possuem cadastros distintos tanto na Receita Federal como na Secretaria da Fazenda da Bahia, portanto, estabelecimentos distintos e devem ser considerados como tal.

Asseveram que é incabível os argumentos defensivos à fl. 224 dos autos, de que a Semp Toshiba S.A., faz parte de um “Empreendimento da Semp Toshiba”, com o intuito de justificar o percentual de produção própria (montagem de telefones sem fio) de apenas 4,97% no exercício de 2003(fl. 11) e de 8,48% em 2004 (fl. 13), os quais estão muito abaixo do previsto no Decreto n. 4.316/95, artigo 1º, inciso II, §1º que transcrevem, o que motivou a aplicação da penalidade prevista no § 6º, que reproduzem.

Salientam que durante a fiscalização constataram que a Semp Toshiba Bahia S.A, funciona num galpão de lona onde está localizada também outra empresa a Semp Toshiba Informática Ltda., que segundo alega o autuado faz parte do “Grande e Único Empreendimento Semp Toshiba do Estado da Bahia”.

Afirmam que o fato das empresas funcionarem em um mesmo galpão, com estoques misturados, prejudicou a fiscalização, por não poderem adotar o roteiro de auditoria de contagem de estoques em aberto. Acrescentam que ao constatarem a inexistência de qualquer linha de montagem na Semp Toshiba S.A., questionaram ao contador a razão pela qual as mercadorias estavam juntas, tendo este justificado que a Semp Toshiba S.A., tinha o projeto de construir sua sede e ainda não havia sido feito, motivo pelo qual guardava seu estoque junto com o da empresa Semp Toshiba Informática Ltda. Dizem que solicitaram que os estoques fossem separados, no intuito de procederem a contagem física, tendo o responsável alegado ser impossível, mesmo sendo alertado da ilegalidade e punição cabível.

Asseveram que ao final da fiscalização em dezembro de 2008, constataram em visita a empresa que esta não tomara nenhuma providência, no sentido de atender ao Protocolo de Intenções às fls. 251 a 261, Projeto PROBAHIA, SICM 0318/98, isto é, de construir a sua sede, continuando a exercer as suas atividades de forma irregular no galpão de lona.

Ressaltam que o Estado da Bahia deixou de arrecadar o imposto relativo a diversas operações, com a concessão do benefício concedido, renunciando a receitas tributárias que, em contrapartida a empresa se comprometeu a fazer investimento no Estado, implementar nova tecnologia, gerar empregos e renda, o que de fato não provou ter feito.

Registram que, quando do início da fiscalização em 2007, a única atividade da empresa era revenda de produtos, todos importados do exterior e que não encontraram qualquer registro de fiscalização do benefício concedido e acompanhamento do Projeto PROBAHIA. Consignam a que SICM e a Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA analisam apenas os aspectos formais deixando de fiscalizar o compromisso da empresa em troca de todos os benefícios recebidos, contrariando o PROBAHIA, cuja finalidade principal era a de substituir as importações do exterior e de outros Estados da Federação, por insumos produzidos no Estado da Bahia, inexistindo qualquer linha de produção, contrariando outra finalidade do PROBAHIA que seria a criação de tecnologia avançada e um novo pólo de produtos eletroeletrônicos (telefone sem fio e DVDs), não cumprindo assim o protocolo de intenções.

Tecem comentário sobre a renovação da habilitação do diferimento pretendida pelo autuado, e deferida pelo Diretor da DITRI, esclarecendo que deram entrada de comunicação fiscal, conforme protocolo SIPRO 199874/2008-8, na qual informaram que a Semp Toshiba não tem atividade de industrialização e montagem, portanto, não tendo direito de fruição do diferimento pretendido, conforme “e-mail” às fls. 398 a 431, que inclusive transcrevem.

Acrescentam que, apesar do parecer contrário que manifestaram por não ter a Semp Toshiba Bahia S.A. linha de montagem, sendo a sua produção própria 0% (zero por cento), foi concedida a renovação da habilitação.

Concluem a contestação dos argumentos defensivos referentes a esta infração, mantendo integralmente a autuação.

No que concerne à infração 02, contestam a alegação defensiva referente ao aspecto formal da autuação, afirmando que foram observados todos os dispositivos legais que disciplinam o procedimento e o processo, estando a infração devidamente caracterizada, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, tudo de acordo com o demonstrativo elaborado e as provas necessárias para demonstração do fato argüido.

Dizem que, apesar de regularmente intimado em 16/02/2007, re-intimado em 16/03/2007, juntamente com os relatórios das inconsistências encontradas, o contribuinte afirmou ter retificado seus arquivos tendo reenviado para o sistema SCAM, contudo, constataram que os arquivos enviados continuavam com as mesmas inconsistências e até outras que não apresentava antes. Acrescentam que re-intimaram em 09/01/2008 e em 28/02/2008, conforme às fls. 39 a 41, juntamente com os relatórios 102,109,114 e 202.

Reportando-se ao relatório 114, dizem que o contribuinte juntou aos autos cópias de algumas páginas do livro Registro de Saídas de Mercadorias e algumas notas fiscais, referentes aos exercícios de 2003 e 2004, alegando que utiliza um único talonário para emitir notas fiscais de entrada ou de saída. Ressaltam que o autuado utiliza o mesmo sistema adotado por todos os contribuintes, ou seja, um campo próprio da nota fiscal para declarar se a nota fiscal é de entrada ou de saída, não sendo justificável a alegação defensiva, já que deve lançar em seu arquivo magnético as notas fiscais de entrada e saída em seus campos específicos.

Dizem que o sistema SVAM ao fazer a análise referente a saídas exclui todas as notas fiscais de entrada e notas fiscais canceladas, não tendo sentido a juntada pelo autuado de cópias do livro Registro de Saídas de Mercadorias, tendo em vista que a autuação decorreu por inconsistências encontradas em seu arquivo magnético.

Quanto ao relatório 102, sustentam que, contrariamente ao alegado pelo autuado, o relatório que lhe foi entregue em 26/02/2007(fl.318), foram encontrados no Sistema Validador 21.915 notas fiscais com diferença no total e após retificar o seu arquivo ainda permaneceram 592 notas fiscais com diferenças no total, conforme fl. 319, portanto, havendo uma diminuição. Acrescentam que em 29/11/2007, imprimiram o relatório e intimaram o contribuinte em 09/01/2008 e 28/02/2008, a fim de que justificasse o motivo pelo qual o arquivo continuava com os erros, porém, não obtiveram resposta.

Continuando, dizem que em 10/12/2007, o autuado foi intimado a justificar o lançamento da Nota Fiscal n. 300903, no valor de R\$ 247.625,00, já que não constava em seus pedidos de notas fiscais no PAIDF e não existia qualquer comunicação no sistema CPT, que o justificasse(fl. 114 a 117). Dizem que em 11/12/2008, o contribuinte foi re-intimado, contudo, não obtiveram resposta.

Citam e transcrevem o §6º do artigo 708-A do RICMS/BA, o Manual de Orientação para usuários de SEPD que trata do Convênio n.57/95, nos seus itens 26.1 e 26.2.

Esclarecem que para a multa apontada no Auto de Infração foi observada a orientação gerencial 0G-GEAFI FISC-003/2005, disponibilizada em 17/06/2005, revisada em 01/10/2008, pela SAT/DPF/GEAFI, cujo texto transcrevem.

Asseveram que a infração 02 decorreu de inconsistências nos arquivos magnéticos, nos exercícios de 2003 e 2004, cabendo a aplicação da penalidade prevista no artigo 915, inciso XIII-A, alínea “j” do RICMS/BA, conforme o §6º do artigo 708-B do RICMS/BA e orientação técnica acima referida.

Salientam que quando constataram as inconsistências existentes nos arquivos magnéticos, entregaram ao contribuinte os relatórios das inconsistências, conforme o manual de orientação, sendo dado o prazo de 16/03/2007 a 28/02/2008, quando poderia ter retificado uma vez seus arquivos e não o fez.

Reafirmam que a falta de apresentação dos arquivos magnéticos com as correções das inconsistências identificadas impossibilitou a aplicação de roteiro de Auditoria de Levantamento Quantitativo de Estoques, além de prejudicar a realização dos demais procedimentos e roteiros de auditoria necessários para a execução do trabalho programado.

Manifestam entendimento contrário ao pedido de redução ou cancelamento da multa, invocando as decisões deste CONSEF através dos Acórdãos CJF N.0047-11/04, CJF N.0022-12/05, CJF N.0028-12/05, CJF N.0093-12/05, 0336-11/05, CJF0190-11/06, acostados às fls. 447 a 453, assim como os Acórdãos JJF N.0121-05/07, 0191-02/07(fl. 432 a 446).

Consignam a título de esclarecimento, que o autuado apesar de ser beneficiário do Decreto n.4.316/95, com o intuito de produzir neste Estado em substituição à importação, em verdade, importa hoje 100% de mercadorias para revenda.

Registram, ainda, que o impugnante deu entrada em pedido para manutenção de talonário de notas fiscais para emissão na filial localizada no Estado de São Paulo, contudo, tendo sido intimado para justificar o pedido não apresentou qualquer resposta, o que motivou a informação que prestaram opinando pelo indeferimento, que foi acatado pelo GECOT/DITRI, conforme Parecer n. 22539/2008, anexado às fls. 454/464.

Afirmam que a fiscalização foi feita de forma criteriosa, sendo juntado ao processo cópia de toda documentação necessária para comprovar o cometimento das infrações apontadas no Auto de Infração. Discordam da realização de diligência suscitada pelo impugnante, por entenderem que tudo está esclarecido. Rechaçam a declaração do autuado de inexistência de dolo, fraude ou simulação, em decorrência dos prejuízos na apuração real do ICMS devido, “dos diversos erros”, que o próprio defendente reconhece. Ressaltam que as suas atividades de fiscalização, apuração e lançamento são plenamente vinculadas, conforme o artigo 3º e Parágrafo único do artigo 142 do Código Tributário Nacional-CTN.

Finalizam mantendo integralmente o Auto de Infração.

Intimado o contribuinte para conhecimento da informação fiscal, este acusa a ciência e se manifesta às fls. 468 a 476, ressaltando, inicialmente, que não houve qualquer pronunciamento acerca da questão trazida na impugnação relativa à decadência do direito de constituir o crédito tributário dos fatos geradores ocorridos anteriormente à 22/12/2003, objeto da autuação, devendo, neste caso, presumir-se por verdadeiros os argumentos apresentados e não contestados pela Fiscalização.

Relativamente aos pontos trazidos pelas autuantes, afirma que nada mais absurdo do que a alegação de descon sideração dos documentos acostadas na peça de defesa, por ser óbvio que o impugnante pode e deve juntar aos autos todos os documentos que de alguma forma comprovem suas alegações, independentemente do período a que se refiram.

Acrescenta que o direito à ampla defesa e ao contraditório se encontra previsto no artigo 5º da Constituição Federal, que trata exatamente do direito dos cidadãos de apresentarem sua defesa da melhor e mais ampla forma cabível. Diz ainda que o próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia-RPAF/99, prevê a possibilidade de se apresentar tantos quantos forem necessários os documentos a comprovar a verdade dos fatos apresentados, no inciso IV do artigo 8º, que transcreve.

Aduz que os documentos relacionados pelas autuantes se referem justamente aos atos concessórios dos benefícios fiscais a que faz jus, atos estes que foram renovados ano a ano pelas autoridades estaduais competentes. Acrescenta que os Termos de Reti-ratificação juntados aos autos, bem como os certificados de habilitação expedidos, respectivamente em 2005 e 2008, servem para comprovar que o Governo do Estado da Bahia firmou acordo com o Grupo Semp Toshiba, garantindo-lhe a manutenção dos créditos fiscais ora impugnados. Afirma que referido acordo

teve início com o Protocolo de Intenções assinado em 1997, diversas vezes mencionado na contestação das autuantes, servindo os documentos anexados para comprovar que em decorrência do Regime Especial único concedido às empresas, estas podem transferir os créditos de ICMS entre si.

Sustenta que tais documentos devem ser mantidos e considerados para fins de julgamento nos presentes autos, a fim de comprovar que desde 1997 a Impugnante vem mantendo seu relacionamento com o Governo deste Estado e cumprindo, com larga margem, as obrigações que lhe foram imputadas, pois caso contrário, não estaria obtendo tais concessões por todos esses anos.

Afirma que a alegação das autuantes de que houve uso indevido do benefício concedido pelo Decreto n.4.316/95, por não ter atingido o percentual de 50% de produção própria nos anos de 2003 e 2004, não pode prosperar na medida em que a impugnante foi constituída em 25/11/97, como uma subsidiária integral da empresa Semp Toshiba Amazonas S/A, com sede em Salvador – Bahia.

Acrescenta que dentro do projeto de criação de um grande e único empreendimento Semp Toshiba no Estado da Bahia, foi alterada a sede da empresa Semp Toshiba Informática, de São Paulo para Salvador, em 16/01/98 (fls. 248/249), cujo objeto social é a industrialização e comercialização de produtos eletrônicos; importação e exportação de placas e componentes eletrônicos para utilização em equipamentos eletro-eletrônicos; desenvolvimento de produtos e programas para processamento de dados; comercialização de programas utilizados em processamento eletrônico, dentre outros.

Diz que ambas as empresas estão localizadas no mesmo endereço, o qual abrange a unidade industrial do Grupo Semp Toshiba na Bahia, cuja sócia majoritária é a Semp Toshiba Amazonas S/A, verificando-se que foram criadas duas empresas distintas com o fim único de segregar a linha de produção, isto é, de uma lado a linha de áudio e vídeo –Semp Toshiba Bahia S.A.- e de outro lado a linha de informática – Semp Toshiba Informática Ltda.

Alega que tanto é assim, que o “Protocolo de Intenções” foi firmado entre o Governo do Estado da Bahia e as empresas Semp Toshiba Bahia S/A e Semp Toshiba Informática Ltda., restando delineadas as condições, direitos e obrigações das partes na criação do Projeto referido como um todo, verificando-se de sua análise que tantos os direitos quanto às obrigações são inerentes a um único empreendimento.

Assevera que o próprio instrumento afirma em toda a sua extensão que as obrigações de apoio de infra-estrutura e a concessão de incentivos se aplicam a ambas as empresas, em virtude da implantação de uma indústria destinada à produção de eletro-eletrônicos (áudio e vídeo) e aparelhos de informática.

Acrescenta que a área disponibilizada pelo Governo da Bahia nos termos do Protocolo, serve para abranger a construção de pólo industrial da Semp Toshiba, a fim de que produtos Semp Toshiba ali sejam fabricados.

Destaca que jamais se considerou as empresas como empreendimentos distintos, e que dentro do conceito de empreendimento único foi efetuada a instalação das empresas no Estado da Bahia, com um investimento total superior aos R\$100.000.000,00 (cem milhões de reais) previstos na legislação e necessários para se fazer jus aos benefícios ali contidos.

Reitera que o percentual de produção própria dentro do faturamento no empreendimento Semp Toshiba supera, em muito, o percentual de 50% mínimo previsto para sua produção, implementando sempre novos projetos e criando novos postos de trabalho.

Com relação a alegação das autuantes que a empresa funciona em galpão de lona, onde está localizada também a empresa Semp Toshiba Informática Ltda., salienta que basta simples diligência no estabelecimento para se verificar e comprovar que a empresa não funciona em um galpão de lona, tampouco a empresa Semp Toshiba Informática poderia fabricar seus computadores em um galpão de lona. Acrescenta que o único galpão existente no empreendimento, que não é de lona, como é comum em muitos outros, tem a função única de manter o estoque de itens pouco utilizados e de pouco valor agregado, jamais tendo funcionado neste galpão. Diz que ali é mantido, de forma segregada e identificada, estoque da impugnante de produtos que exigem mais urgência e facilidade de manuseio, principalmente itens que são vendidos individualmente a clientes que os necessitam com urgência.

Com relação a alegação de que os estoques são misturados e por isso não foi possível fazer o roteiro de contagem em aberto, prejudicando os procedimentos fiscais, sendo informado pelo contador da empresa que era impossível separar os estoques, consigna o seu inconformismo dizendo inexistir provas de que o contador tenha prestado qualquer informação nesse sentido.

Assevera que é perfeitamente possível se fazer a contagem individualizada do estoque da impugnante, se assim não foi feito, não o foi por razões únicas da fiscalização, mas jamais pela impossibilidade de contagem física do mesmo ou por impedimento da Impugnante.

Frisa que as autuantes permaneceram fiscalizando a impugnante por mais de 2 anos, colhendo diversos relatórios internos, sempre entregues, a fim de facilitar e viabilizar a fiscalização, conforme comprovam os documentos juntados aos autos e inúmeros “e-mails” que possui.

Quanto à alegação das autuantes de que o Estado, ao conceder benefícios fiscais, deixou de arrecadar o imposto sobre diversas operações, cuja contrapartida seria a implementação de nova tecnologia, novos empregos e renda, o que não foi feito pela Impugnante, ressalta os termos apresentados em sua defesa, no sentido de que, o empreendimento Semp Toshiba faz jus como um todo ao benefício fiscal e vem sim cumprindo com a sua contrapartida, desenvolvendo novas tecnologias e gerando mais empregos.

Prosseguindo, diz que as autuantes fazem duras críticas aos Órgãos Estaduais responsáveis pela concessão de benefícios, como a Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração e a Divisão de Tributação da Secretaria da Fazenda, alegando que estes somente analisam os aspectos formais, não fiscalizando o cumprimento da empresa de suas obrigações, bem como questionam a habilitação concedida no ano de 2008 obtida com base em parecer favorável do Diretor da DITRI, o qual esclareceu que o projeto Semp Toshiba foi analisado e habilitado como um todo e, pleiteiam seu cancelamento.

Reitera que obteve durante todos estes anos suas habilitações junto à Secretaria da Fazenda, por entender este órgão que se trata de um empreendimento único e que, portanto, o cumprimento de suas obrigações deve ser analisado em conjunto.

Manifesta o entendimento de que a discussão que se trava pelas afirmações das autuantes se situa dentro do próprio Órgão Fazendário, responsável pela concessão e habilitação dos benefícios decorrentes do Decreto 4.316/95.

Aduz que como mero contribuinte, vem cumprindo e se adequando aos Acordos firmados com o Governo do Estado da Bahia, mas jamais deixou de cumprir qualquer obrigação que lhe foi imputada, sendo o presente Auto de Infração uma grande surpresa, tendo em vista que no próprio ano de 2008, apresentou a relação do faturamento decorrente da venda de produtos produzidos internamente por empresa, de forma segregada e, após a análise de tais documentos obteve a renovação de sua habilitação, estando todos os procedimentos adotados sempre em consonância com o entendimento do Governo Estadual.

Acrescenta que se existe dúvidas quando à análise procedida pela DITRI e o posterior deferimento do pedido formulado pela empresa, tais dúvidas devem ser sanadas administrativamente, dentro

da esfera do poder público, mas jamais no presente Auto de Infração, em que se imputa uma infração e conseqüente responsabilidade à impugnante.

No que diz respeito à infração 02, rechaça a alegação das autuantes de que apesar de intimado das inconsistências apresentadas nos arquivos magnéticos, não efetuou as correções, sustentando que demonstrou documentalmente ter atendido às intimações da fiscalização, apresentando todos os documentos fiscais que lhe foram solicitados.

Assevera que não é verdadeira a alegação de que mesmo após intimação, as inconsistências apontadas foram mantidas nos arquivos magnéticos, e novas surgiram, pois, conforme atestam os documentos às fls. 318/319 juntados aos autos, efetuou sim retificações, tanto é que na primeira listagem foram apontadas inconsistências nos Demonstrativos 102, 103, 108, 109 e 114. Já na segunda listagem, verifica-se que muitas das inconsistências foram sanadas e, se comparadas ao término do procedimento fiscal que resultou no Auto de Infração, verifica-se que das inconsistências apontadas, foram mantidas a 102, 109 e 114, sendo que a 202 não havia sido apontada a impugnante anteriormente (fls. 320 a 343).

Reportando-se ao relatório 114, diz que as autuantes alegam que o talonário único para entradas e saídas é procedimento utilizado por todos os contribuintes e que não se justifica a alegação do contribuinte que deve lançar em seu arquivo magnético as notas fiscais de entrada e saídas em seus campos específicos. Além disso, informam que não há sentido na juntada à defesa de cópias do livro de Registro de Saídas se a autuação foi por inconsistências encontradas em seu arquivo magnético. Contudo, tais alegações são completamente descabidas, pois o Demonstrativo 114 apresenta relação de notas fiscais de saída não localizadas no Registro 50, por série e modelo, não emitidas como Notas de Entradas e/ou canceladas. Ou seja, com a apresentação da relação de notas fiscais de saídas “supostamente ausentes”, as autuantes fizeram crer que a impugnante teria omitido informações.

Diz que a relação de notas fiscais apresentadas no Demonstrativo 114 se refere tanto a Notas Fiscais de Entrada como a Notas Fiscais de Saídas, devidamente registradas nos livros de Entradas e Saídas, sendo certo que há o arquivo magnético de registro de entradas e de registro de saídas, tendo as autuantes analisado tão somente o arquivo magnético de registro de saídas e neste, verificaram a ausência de notas fiscais, as quais foram lançadas no auto de infração como “ausentes”.

Acrescenta que, conforme já comprovado, utiliza o mesmo talonário para as entradas e saídas, significa dizer que numa seqüência numérica de notas fiscais há tanto notas fiscais de entrada quanto há notas fiscais de saídas, as quais, obviamente, estarão registradas em seus respectivos livros, além de existirem notas fiscais que foram canceladas e desconsideradas na análise da fiscalização.

Afirma que as alegadas notas fiscais ausentes estão no arquivo magnético de registro de notas fiscais de entradas e canceladas, tendo as autuantes incorridos em erro ao apontar a ausência de tais notas em seu relatório.

Consigna que da análise dos livros fiscais se verifica, que as notas fiscais foram devidamente registradas em seus respectivos livros, conforme exemplificativamente comprovam algumas séries de notas fiscais apontadas como ausentes pelas autuantes no Demonstrativo 114, comprovando a emissão de tais notas fiscais (de entrada e saída), bem como seu respectivo registro no livro de Entradas e de Saídas (fls. 344 a 385).

Diz ainda que as autuantes tomaram como base para análise das notas fiscais e seus registros nos respectivos livros, o período mensal, contudo, algumas notas de saída são emitidas quando efetuado o pedido correspondente e somente são registradas quando da efetiva saída/circulação do estabelecimento, momento no qual se dá a incidência do imposto, razão pela qual, ao se analisar

somente determinado mês, muitas notas estarão ausentes, pois foram registradas no mês em que se deu sua saída.

Referindo-se ao relatório 102, afirma não ser verdadeira a afirmativa das autuantes de que foi intimado a justificar o lançamento da nota fiscal 300903 no valor de R\$ 247.625,00, numeração esta que não constava em seus pedido de notas fiscais, haja vista que, conforme atestam os diversos e-mails trocados entre as partes juntados aos autos (fls. 477 a 487), nos quais esclarece que o número da nota fiscal foi impresso de forma errada e que o correto seria 30903, devidamente registrado.

Rechaça o argumento trazido pelas autuantes referente ao pedido feito para emissão de notas fiscais e expedição de mercadorias por Armazém Geral do Grupo localizado em São Paulo, afirmando que se trata de matéria completamente alheia àquela em discussão nos presentes autos, deixando de se manifestar acerca de tais argumentos, posto que a matéria ali em discussão é diversa daquela em pauta no presente Auto de Infração, devendo tais alegações ser completamente desconsideradas para fins de julgamento deste auto.

Quanto à conclusão das autuantes de que houve dolo, fraude e simulação no presente caso, diante dos prejuízos causados ao Fisco Estadual, reitera os termos apresentados na defesa inicial, por entender que comprovou cabalmente o cumprimento de todas as obrigações inerentes à concessão de benefício fiscal ao Grupo Semp Toshiba, tendo o aval das autoridades estaduais responsáveis pelo deferimento e manutenção de tais benefícios.

Sustenta que sempre agiu de forma idônea, recolhendo corretamente seus impostos e cumprindo com suas obrigações tributárias, inexistindo qualquer conduta infratora que denote dolo, fraude ou simulação, além de não implicar na falta de recolhimento do ICMS.

Alega se tratar tão somente de obrigação acessória que deixou de ser observada, mas nunca com o intuito de sonegar o imposto, valendo dizer que não causou qualquer prejuízo ao erário, muito menos foi levada ao seu enriquecimento ilícito pela falta de pagamento de impostos.

Manifesta o entendimento de que em atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, deve haver o cancelamento da multa aplicada no Auto de Infração, ou quando menos, a redução da mesma.

Conclui reiterando o seu pedido de improcedência do Auto de Infração.

VOTO

A princípio, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em total observância às disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF/99, especialmente, o seu artigo 39, estando os fatos descritos com clareza e precisão, possibilitando o exercício do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte, inexistindo qualquer vício que o inquine de nulidade.

Observo que, em caráter preliminar, o autuado argúi a ocorrência de decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário, relativamente aos fatos geradores ocorridos em 01/01/2003 a 22/12/2003, invocando o artigo 150, §§ 1º e 4º, e o artigo 173, incisos I e II, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, por ter a lavratura do Auto de Infração ocorrida em 22/12/2008, decaindo o direito referente aos fatos geradores ocorridos no período anterior a cinco anos, ou seja, 22/12/2003.

Certamente, não pode prosperar a pretensão do contribuinte, haja vista que este tomou conhecimento do início da ação fiscal em 16/02/2007, conforme intimação, e da lavratura do Auto de Infração em 22/12/2008, portanto, dentro do prazo de 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

As disposições do artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97, prevêm que o

direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

O entendimento prevalecente neste CONSEF é de que a disposição do artigo 150, § 4º, do CTN alcança as situações nas quais o contribuinte lançou o valor do imposto e antecipou o seu pagamento antes da homologação pela autoridade administrativa.

No caso em exame, a autuação acusa o contribuinte de ter deixado de oferecer parcelas do tributo e o Fisco agiu no sentido de recuperá-las mediante o lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, sendo que, o prazo de contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do CTN, ou seja, 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Assim sendo, o prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2004, com termo final em 31/12/2008. O lançamento ocorreu em 22/12/2008. Portanto, não há que se falar em decadência.

A propósito, a título ilustrativo, reproduzo abaixo decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal que, nos termos do Acórdão 0009-12/08, rejeitou a decadência argüida pelo sujeito passivo em situação semelhante.

“Inicialmente, passarei a enfrentar o Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, em especial quanto à preliminar de decadência reiterada pelo sujeito passivo em segunda instância.

Rejeito a referida preliminar.

Este CONSEF tem firmado cristalinamente o entendimento de que o caso em apreço se refere a lançamento de ofício, devendo, por tal razão, ser cumprido o quanto disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, e estabelece o prazo de decadência de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ademais, como ressaltado no primeiro Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, o STJ, através do Resp 63.529-2/PR, dentre outros julgados, vem decidindo nessa diretiva, sem prejuízo do fato de que o COTEB prevê em seu art. 28, de forma expressa, um prazo diferenciado, razão pela qual deve ser rechaçada a preliminar suscitada pelo autuado.”

No que concerne à diligência suscitada pelo sujeito passivo, entendo que os elementos acostados aos autos, são suficientes para decisão da lide, motivo pelo qual indefiro o pedido, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99.

No mérito, constato que relativamente à infração 01, a exigência fiscal diz respeito ao uso indevido do diferimento concedido pelo Decreto n. 4.316 de 19/06/95, por não ter o autuado atingido nos exercícios de 2003 e 2004 o percentual de 50% da produção própria, percentual este exigido no artigo 1º, §1º, inciso II, alínea “d” do referido Decreto, para fruição do benefício.

Verifico que o autuado sustenta ter cumprido a exigência do Decreto n. 4.316/95, pois, o seu faturamento do empreendimento único – Semp Toshiba e Semp Informática – ultrapassou com folga o percentual de 50%.

Observo que as autuantes sustentam que nos termos do artigo 9º do Decreto n. 4.316/95, a Semp Toshiba Bahia S.A., ao não atingir o percentual mínimo exigido de produção própria de 50% (cinquenta por cento) a partir do quarto ano de produção, fica desabilitada para operar no regime de diferimento, e que de acordo com o § 6º do artigo 1º do Decreto n. 4.316/95, fica obrigado a recolher o imposto incidente em cada operação de importação, sendo devido o imposto na forma da legislação vigente à época do efetivo desembaraço aduaneiro, consoante o artigo 1º, inciso II, § 1º do referido Decreto n. 4.316/95.

Vejo, ainda, que as autuantes dizem que a Semp Toshiba Bahia S.A. e a Semp Toshiba Informática Ltda., possuem cadastros distintos tanto na Receita Federal como na Secretaria da Fazenda da Bahia, sendo, portanto, estabelecimentos distintos, descabendo o argumento defensivo de que a Semp Toshiba S.A., faz parte de um “Empreendimento da Semp Toshiba”, para justificar o percentual de produção própria (montagem de telefones sem fio) de apenas 4,97% no exercício de 2003(fl.11) e de 8,48% em 2004 (fl.13), os quais estão muito abaixo do previsto no Decreto n. 4.316/95, artigo 1º, inciso II, §1º, o que motivou a aplicação da penalidade prevista no § 6º.

A análise das peças acusatória, impugnatória e contestatória, permite concluir que o cerne da questão reside no fato de se determinar se o benefício previsto no Decreto n.4.316/95, concedido ao autuado, alcançou individualmente as empresas Semp Toshiba Bahia e Semp Toshiba Informática – conforme entendem as autuantes - ou, se considerou o empreendimento como único, isto é, as duas empresas como integrantes do mesmo projeto de incentivo –conforme entendimento do autuado.

A identificação acima referida é crucial para deslinde da questão, haja vista que, se considerado o benefício individualmente, a exigência na forma do presente Auto de Infração estará correta, pois, a empresa não teria alcançado o percentual de 50% de produção própria para que fosse habilitada a operar com o diferimento, sendo exigível o imposto no recebimento de mercadorias do exterior. Contrariamente, se considerado um único empreendimento, portanto, conjuntamente, o faturamento de ambas as empresas, o autuado terá atendido o requisito exigido para o quarto ano de produção, ou seja, 50% do faturamento de produção própria, podendo fruir do benefício, conforme procedeu.

Nessa linha de pensamento, após análise dos documentos acostados aos autos, concluo assistir razão ao autuado, haja vista que os documentos abaixo indicados não permitem outra conclusão, senão vejamos:

1- O Protocolo de Intenções firmado entre o Governo do Estado da Bahia e a Semp Toshiba Bahia S/A e Semp Toshiba Informática diz, claramente, quando fala do objeto que: *O presente instrumento objetiva estabelecer relações obrigacionais que entre si ajustam como partes...obrigações essas decorrentes do apoio de infra-estrutura e da concessão de incentivos administrados pelo Poder Público Estadual às aludidas empresas, nos termos da legislação norteadora da espécie, em virtude da implantação de **uma indústria** destinada à produção de:* (g.n).

2. O Ofício Nº 06/2005, da Superintendência de Indústria e Mineração(fl. 287), traz como resposta a uma solicitação de esclarecimento feita ao Superintendente de Indústria, que os *“projetos foram analisados em conjunto, **por se tratar de um único empreendimento** que foi executado com recursos viabilizados pelas duas empresas”*(g.n.).

Registra ainda o Superintendente de Indústria: *“Assim, confirmamos o entendimento desta Superintendência de que as empresas Semp Toshiba Bahia S/A e Semp Toshiba Informática Ltda., são parte de um único empreendimento.”*

3. O Termo de Reti-Ratificação do Protocolo de Intenções (fls. 304/305), firmado pelo Governo do Estado e pelas empresas em 11/02/2008, em sua Cláusula Terceira diz que:*O Estado da Bahia se compromete a prolongar o prazo de fruição dos benefícios do Decreto n. 4.316, de 19 de junho de 1995, e seus aditivos, juntamente como o prazo de fruição do regime especial de que gozam as EMPRESAS até 31 de dezembro de 2019.*

Ora, se o Estado da Bahia reti-ratificou o Protocolo de Intenções, inclusive, constando no “Termo de Reti-Ratificação” a assinatura do próprio Secretário da Indústria, Comércio e Mineração, cuja Superintendência em momento anterior, respondera ao contribuinte se tratar de um

empreendimento único, não vejo como considerar posteriormente empreendimentos diversos, para exigir imposto.

Afinal, não se deve perder de vista que não pode o contribuinte ser surpreendido com a mudança de entendimento que venha a ser dado pelo próprio ente estatal, consignado em protocolo, pois, restariam feridos os princípios da segurança jurídica, moralidade e razoabilidade, dentre outros.

Portanto, conforme exposto acima, há que se concluir que se trata de um único empreendimento, significando dizer que, a verificação do atendimento dos requisitos exigidos pelo Decreto n. 4.316/95, no caso, deve ser feita computando a totalidade do faturamento das empresas e não isoladamente, conforme realizado no Auto de Infração em exame.

O fato de a empresa Semp Toshiba Bahia S.A. e a Semp Toshiba Informática Ltda. terem cadastros distintos tanto na Receita Federal como na Secretaria da Fazenda da Bahia, é explicado pelo autuado pela necessidade de segregar a linha de produção, ou seja, de um lado a linha de áudio e vídeo -Semp Toshiba Bahia S/A- e de outro a linha de informática - Semp Toshiba Informática Ltda.-, parecendo tal explicação bastante razoável, não sendo fator determinante para descaracterização do benefício fiscal, haja vista a natureza acessória da situação cadastral do contribuinte.

Apesar de reconhecer a relevância do trabalho realizado pelas autuantes, que demonstrando zelo pela coisa pública e comprometimento com as atividades funcionais que exercem, pois, realizaram o levantamento por um longo e exaustivo período, culminando com a presente autuação, coadunado com o entendimento manifestado pelo autuado de que a concessão do benefício; a renovação ao longo dos anos de suas habilitações junto à Secretaria da Fazenda são discussões que devem ser travadas dentro do próprio ente estatal, responsável pela concessão e habilitação dos benefícios previstos no Decreto n. 4.316/95. É certo que as dúvidas porventura existentes entre os próprios órgãos e integrantes do ente estatal devem ser dirimidas antes da formalização da exigência do crédito tributário mediante Auto de Infração, a fim de afastar qualquer possibilidade de fragilização dos argumentos sustentados. Considero, pois, a infração insubsistente.

No respeitante à infração 02, constato que as autuantes dizem que apesar de ter sido regularmente intimado em 16/02/2007 e 16/03/2007, juntamente com os relatórios das inconsistências encontradas, o contribuinte afirmou ter retificado seus arquivos, reenviado para o sistema SVAM, porém, os arquivos enviados continuavam com as mesmas inconsistências e até outras que não apresentava antes. Acrescentaram que reintimaram em 09/01/2008 e em 28/02/2008, conforme intimações às fls. 39 a 41, juntamente com os relatórios 102,109,114 e 202.

Reportando-se ao relatório 114, dizem que o sistema SVAM ao fazer a análise referente a saídas exclui todas as notas fiscais de entrada e notas fiscais canceladas, não tendo sentido a juntada pelo autuado de cópias do livro Registro de Saídas de Mercadorias, tendo em vista que a autuação decorreu por inconsistências encontradas em seu arquivo magnético.

Quanto ao relatório 102, sustentam que, contrariamente ao alegado pelo autuado, o relatório que lhe foi entregue em 26/02/2007(fl.318), foram encontrados no Sistema Validador 21.915 notas fiscais com diferença no total e após a retificar o seu arquivo ainda permaneceram 592 notas fiscais com diferenças no total, conforme fl. 319, portanto, havendo uma diminuição. Acrescentam que em 29/11/2007, imprimiram o relatório e intimaram o contribuinte em 09/01/2008 e 28/02/2008, a fim de que justificasse o motivo pelo qual o arquivo continuava com os erros, porém, não obtiveram resposta.

Asseveram que a infração 02 decorreu de inconsistências nos arquivos magnéticos, nos exercícios de 2003 e 2004, cabendo a aplicação da penalidade prevista no artigo 915, inciso XIII-A, alínea “j” do RICMS/BA, conforme o §6º do artigo 708-B do RICMS/BA e orientação técnica acima referida.

Salientam que quando constatarem as inconsistências existentes nos arquivos magnéticos, entregaram ao contribuinte os relatórios das inconsistências, conforme o manual de orientação, sendo dado o prazo de 16/03/2007 a 28/02/2008, quando poderia ter retificado uma vez seus arquivos e não o fez.

Reafirmam que a falta de apresentação dos arquivos magnéticos com as correções das inconsistências identificadas impossibilitou a aplicação de roteiro de Auditoria de Levantamento Quantitativo de Estoques, além de prejudicar a realização dos demais procedimentos e roteiros de auditoria necessários para a execução do trabalho programado.

Observo que, apesar de o autuado ter reenviado os arquivos diminuindo as inconsistências existentes, mesmo assim permaneceram outros registros não sanados. Constatado que assiste razão às autuantes quando afirmam que, contrariamente ao alegado pelo autuado, no relatório 102 que lhe foi entregue em 26/02/2007 (fl. 318), foram encontrados no Sistema Validador 21.915 notas fiscais com diferença no total e após a retificar o seu arquivo ainda permaneceram 592 notas fiscais com diferenças no total, conforme fl. 319, portanto, havendo uma diminuição e não aumento, conforme alegado na peça de defesa. Vejo ainda que tem razão as autuantes quando dizem que em 29/11/2007, imprimiram o relatório e intimaram o contribuinte em 09/01/2008 e 28/02/2008, a fim de que justificasse o motivo pelo qual o arquivo continuava com os erros, porém, não obtiveram resposta.

Por outro lado, verifico que assiste razão ao autuado quanto à Nota Fiscal n. 300903, pois, apesar de as autuantes afirmarem que em 10/12/2007, o autuado foi intimado a justificar o lançamento da mencionada nota fiscal, no valor de R\$ 247.625,00, já que não constava em seus pedidos de notas fiscais no PAIDF e não existia qualquer comunicação no sistema CPT que o justificasse e mesmo sendo re-intimado, o contribuinte não apresentara resposta, realmente, os “e-mail” acostados aos autos indicam que houve resposta sobre o referido documento fiscal.

Constatado que o próprio autuado reconhece que nos arquivos magnéticos apresentados nem todas as inconsistências foram corrigidas, inclusive, requerendo o cancelamento ou redução da multa aplicada. Portanto, não resta dúvida de que o autuado praticou a irregularidade apontada, mesmo tendo corrigido parte das divergências existentes, sendo a infração subsistente.

Contudo, entendo que deve ser acolhido o pedido do autuado de redução da multa, haja vista que não ocorreu falta de pagamento do imposto, nem dolo, fraude ou simulação, além do fato de os registros terem sido feitos nos livros fiscais próprios, estando atendidas as condições previstas no §7º do artigo 42 da Lei n.7.014/96, para atendimento do pleito.

Registro que este tem sido entendimento deste CONSEF, especialmente na Segunda Instância, conforme Acórdãos n.s 0171-12/08, 0145-12/08 e 0282-11/08, CJF 0211-12/08, sendo que, deste último, reproduzo parte do voto a título ilustrativo:

“Cinge-se a insurgência recursal ao lançamento tributário concernente à infração 1, atinente à falta de entrega dos arquivos magnéticos, mesmo após intimação fornecida pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, convindo reiterar o quanto já observado pelo julgador de primeira instância no sentido de que a infração 2 já foi reconhecida e paga pelo contribuinte.

É inegável o cometimento da infração por parte do contribuinte. Isso porque foi o mesmo devidamente intimado para corrigir as divergências apuradas nos registros 50, 54 e 74, dos seus arquivos magnéticos referentes ao ano de 2003, restando comprovado que foram entregues novos arquivos em 10/08/07 com notas fiscais faltantes no registro 50, diferenças em notas fiscais informadas no registro 50 e 54 e falta de informação do registro 74, conforme relatórios apensados ao PAF, fato que, à luz do quanto insculpido no artigo 708-B, § 6º, do RICMS/BA, configura a não entrega dos aludidos arquivos.

É de corriqueira sabença que, ao contrário do quanto pugnado pelo recorrente, o arquivo magnético recebido estará sujeito a teste de consistência, razão pela qual 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, em face do que preceitua o § 6º, do mesmo artigo 708-A, do RICMS/BA, já transcrito no decisum a quo.

Noutro giro, sem prejuízo da entrega mensal supramencionada, estava o recorrente também obrigado, após a respectiva intimação, à entrega dos aludidos arquivos, em conformidade com o art. 708-B, § 5º, do mesmo RICMS/97.

Ora, a não efetivação dos ajustes e correções necessárias configura a não entrega dos arquivos magnéticos, ensejando, portanto, a aplicação da multa estatuída no artigo 708-B, § 6º, do RICMS/BA c/c o art. 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96.

Outrossim, no que se refere à tese recursal de que não é possível a aplicação do artigo 708-B, § 6º, do RICMS/BA, tendo em vista o Princípio da Irretroatividade em matéria tributária, reparo algum, como brilhantemente asseverou o julgador de primeira instância, merece a assertiva do Fiscal autuante de que “o fato imponível de que cuida o presente Auto de Infração é o atendimento a intimação fiscal para correção de arquivos magnéticos recebida pelo autuado em 13/04/2007, já na vigência do referido dispositivo regulamentar, sendo esta intimação que não foi atendida, o que obrigou a imposição em 28/09/2007 da multa prevista em lei.”

Reitere-se, aqui, o quanto consignado na Decisão recorrida de que tem sido este o entendimento pacífico deste CONSEF a respeito da matéria.

Incompetente é este CONSEF para apreciar a alegação de confiscatoriedade da multa, suscitada pelo recorrente com esboço em princípios constitucionais, tendo em vista a vedação imposta no artigo 167, I do RPAF/99.

Pari passu, de referência ao pleito de aplicação, ao caso vertente, da multa albergada na alínea “i” do art. 42, XIII-A, da Lei nº 7.014/96, evidente a sua impossibilidade de incidir sobre a hipótese objeto da presente autuação, notadamente porque os arquivos magnéticos foram exigidos mediante intimação, tendo sido concedido, inclusive, o prazo de 30 (trinta) dias para o seu atendimento, ao passo que a multa prevista na alínea “i”, diz respeito à falta de encaminhamento dos arquivos magnéticos nos prazos previstos na legislação, quando não há lavratura de intimação fiscal.

Todavia, ao contrário do quanto manifestado na Decisão recorrida, entendo que o montante da multa inicialmente aplicada, em face do permissivo constante do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96 e art. 158, do RPAF, deve ser reduzido.

Isso porque o recorrente, desde o início da ação fiscal, entregou ao autuante todos os livros e documentos fiscais da empresa, submetendo-se ao início e fim da fiscalização, tendo o autuante apurado imposto a recolher de pequeníssima monta, objeto da infração 2, que já fora, inclusive, objeto de reconhecimento e pagamento por parte do contribuinte.

Ora, por tal razão, a despeito do cometimento da infração, o ilícito praticado pelo recorrente se encontra “relativizado”, vez que o mesmo entregou documentos outros à fiscalização, os quais, inclusive, redundaram em cobrança de valor de imposto, absolutamente desproporcional em relação à multa exigida na infração 1, a despeito de se tratarem de períodos distintos concernentes ao levantamento quantitativo de estoque. Saliento, portanto, que em relação ao exercício de 2003, não há qualquer imposto exigido na presente autuação.

Daí porque, minimiza-se, na prática, o prejuízo ao Fisco Estadual que, através de outros roteiros de auditoria e com os documentos apresentados pelo próprio recorrente, poderia apurar o imposto devido.

Tenho ressaltado em outros votos por mim proferidos e que se assemelham ao presente que o que deve almejar o Estado da Bahia é a cobrança do imposto, jamais a aplicação de multas com o fim

de substituir aquela cobrança, utilizáveis apenas como “meio” de compelir o contribuinte a pagar eventual imposto devido. O objetivo é a cobrança do imposto (fim) e não a aplicação de multa acessória (meio), que não se confunde com o mesmo.

Assim, a manutenção do valor da multa constante da autuação - sem prejuízo da cobrança do imposto propriamente dito -, afigura-se como manifesta violação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade que deve, indubitavelmente, nortear o processo administrativo fiscal, apresentando-se absurda no caso vertente.

Destarte, a despeito de ser inegável o cometimento da infração e a dificuldade que a omissão do autuado gerou para a fiscalização, entendo, por outro lado, ser irrazoável a multa aplicada, razão pela qual, invocando, no particular, os Acórdãos paradigmas de nºs 0383-12/06 e 0405-12/06 e com espeque no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, c/c o art. 158, do RPAF, aplicando in casu a equidade, voto no sentido PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário para reduzir para 10%, ou seja, R\$45.078,86, o valor da infração 1, como demonstra abaixo:”

Diante do exposto, considero subsistente a infração 02, com a redução da multa, com base no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 para 10% do valor originalmente exigido, percentual este aplicado pelas Câmaras deste CONSEF em reiteradas decisões, passando o valor exigido para R\$ 346.881,03.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **117808.0007/08-0**, lavrado contra **SEMP TOSHIBA BAHIA S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$346.881,03**, prevista no artigo 42, inciso XIII-A, “j”, da Lei n. 7.014/96, e dos acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR