

A. I. N°. - 108883.0012/09-4
AUTUADO - EUROSONO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA.
AUTUANTE - PAULO JOSÉ ARAPOONGA DORIA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 28. 12. 2009

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0441-01/09

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Multa de 1% sobre o valor das operações, em conformidade com o disposto na alínea “j” da Lei nº. 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração reconhecida. 3. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIAS ENTRE O REGISTRO DE SAÍDAS E O REGISTRO DE APURAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOS. Infração acatada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS E DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO. BRINDES. Infração não impugnada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 27/03/2009, foi efetuado o lançamento do crédito tributário correspondente à exigência de ICMS no valor de R\$1.024,19 e à multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$155.415,74, tendo sido atribuído ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações e prestações realizadas, em relação à data de ocorrência de 11/03/2009, sendo aplicada a multa de 1%, que representou o valor de R\$155.415,74. Consta que a data de ocorrência foi alterada para o primeiro dia útil subsequente ao vencimento da intimação, conforme Orientação Técnica DPF-3005, de 17/06/2005;

02 – deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de julho e outubro de 2007, exigindo-se o imposto no valor de R\$225,00, acrescido da multa de 60%;

03 – recolheu a menos o ICMS, em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no Livro de Registro de Apuração do ICMS, no mês de março de 2007, sendo exigido o imposto no valor de R\$605,80, acrescido da multa de 60%;

04 – deixou de recolher, nos prazos regulamentares, o ICMS referente a operações de saídas de mercadorias e/ou serviços em decorrência do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, no mês de maio de 2007, no valor de R\$193,39, acrescido da multa de 70%. Consta que o contribuinte deixou de emitir nota fiscal de saída e consequentemente de recolher o imposto relativo

à aquisição de brindes provenientes de outras unidades da Federação, de acordo com o art. 565, inciso II do RICMS/BA.

Por meio de petição acostada à fl. 63, o autuado solicitou o fornecimento de uma cópia integral do processo, isto é, do Auto de Infração e dos demonstrativos e documentos que o acompanham.

O contribuinte, através de representante legalmente constituído, apresentou impugnação às fls. 77 a 87, esclarecendo, inicialmente, que a defesa se reportaria somente ao item 01. Solicitou que, sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações fossem encaminhadas ao profissional que subscreve a impugnação, por ser o legítimo representante do autuado na ação administrativa.

Referindo-se à infração 01, frisa haver exagero na multa sugerida e a necessidade de aplicação do disposto no art. 42, § 7º da Lei nº. 7.014/96. Assim, solicita o cancelamento ou a redução, em 90% da sanção aplicada, apresentando oportunamente farto respaldo jurisprudencial para esta pretensão, ou apenas a manutenção da multa de R\$1.380,00, prevista no inciso XIII-A, alínea “j” do mesmo artigo e Lei, que transcreveu.

Alega que foi intimado em 21/11/2008 (fls. 07 e 08), para retificação dos seus arquivos magnéticos, no que concerne aos registros 60M, 60A, 60R, 61, 61R, 74 e 75. Em 10.02.09 (fl. 09), foi intimado para corrigir, tão somente, o Registro 54. Assim, duas leituras são possíveis: os registros anteriormente cobrados foram retificados e/ou não existiu em relação aos mesmos a “intimação subsequente”, citada na norma.

Portanto, a “intimação subsequente”, que poderia ensejar a aplicação cumulativa da multa de 1% sobre as saídas, não foi efetuada, pois as citadas intimações possuem desideratos diversos. Desse modo, as intimações no máximo ensejariam a aplicabilidade da primeira parte do inciso XIII-A, “j” do art. 42, ou seja, a pena de R\$1.380,00, o que expressamente requer. Buscando a alternativa contida no art. 42, § 7º da Lei 7.014/96, de acordo com a autuação, os arquivos não apresentados dizem respeito ao período de dezembro de 2005 a dezembro de 2007, gerando a exorbitante multa. Destaca que a ação fiscal investigou os exercícios de 2004 a 2007.

Além da multa contestada, os demais itens da autuação se reportam a valores insignificantes, em uma fiscalização que abordou quatro exercícios distintos, não indicando qualquer sonegação do ICMS, além de se referirem a ocorrências que não possuem qualquer relação com os arquivos magnéticos ou com as informações que estariam inconsistentes, não servindo a omissão relativa aos arquivos como fator impeditivo aos tais lançamentos, constituindo-se, assim, na primeira exigência legal para o cancelamento ou redução da sanção, que é a falta de sonegação.

Aduz que nas demais exigências, a falta de dolo, fraude ou simulação, encontram-se implícitas no PAF e se constituem em aspectos cujo ônus da prova é da fiscalização. Acrescenta que possui uma relação “saudável” com o fisco, não tendo histórico de problemas expressivos. Além disso, a fiscalização não ficou inviabilizada, pois o contribuinte possui todos os elementos relativos aos registros em meio físico. No máximo, teria ocorrido um pequeno embaraço à fiscalização, não se justificando a punição aplicada. Realça que a multa assumiu o caráter arrecadatório, abandonando a função punitiva, além de ter sido aplicada sem o devido amparo legal.

Alega que em situações de multas acessórias diversas e tratando de ocorrência de natureza bem mais grave, porém com circunstância similares à presente, o CONSEF tem reduzido o valor da multa, a exemplo dos Acórdãos CJF de nº.s 0041-21/05, 0368-12/06, 0111-12/05, 0379-12/05, 0125-12/07, 0065-12/06, 0301-12/08 e 0389-12/08, cujas ementas transcreveu.

Salienta que somente tem sido mantida a multa original quando o contribuinte incorre em sonegação ou impede o exercício da fiscalização, o que não ocorreu no caso em lide. Transcreve a decisão concernente ao Acórdão CJF nº. 0429-11/08, quando o julgador administrativo demonstrou

preocupação em não permitir que as sanções de caráter formal sirvam como “fontes de arrecadação”, procurando manter uma “proporcionalidade” entre a “infração” e a pena.

Ressalta que tratando-se de estabelecimento industrial, cabe apurar se a multa recaiu apenas sobre “vendas” ou se os valores apresentados no demonstrativo fiscal não contemplam “transferências” e “devoluções”, operações muito comuns nas atividades do autuado. Requer, então, a realização diligência por fiscal estranho ao feito, objetivando apurar se os totais apontados englobam tais operações, hipóteses em que a lei e a jurisprudência autorizam a exclusão.

Assim, estando comprovado que o enquadramento legal não contempla o fato concreto e que o autuado não agiu com dolo, fraude ou simulação e que não existe indício de sonegação fiscal, requer a fixação da multa de R\$1.380,00, ou, no caso de manutenção da multa proporcional, o cancelamento ou redução da sanção em 90%.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 101 a 107, alegando que ao iniciar a ação fiscal analisou os arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte para a SEFAZ, os quais constam do banco de dados do SCAM. Tendo verificado que os arquivos apresentavam inconsistências, intimou o autuado em 28/11/2008 e em 10/02/2009 (fls. 07 e 09) a apresentar novos arquivos com os registros 54, 60M, 60A, 60R, 61, 61R, 74 e 75 (relatório do SCAM fls. 13 a 30) para que fossem regularizadas as inconsistências verificadas, conforme demonstrativos SVAM (fls. 31 a 42).

Tece algumas considerações a respeito dos arquivos magnéticos, destacando que são os seguintes os itens que obrigam os contribuintes a enviar arquivos magnéticos: aquele que emita documentos fiscais por sistema eletrônico; que escriture livros fiscais por SEPD; que possua ECF; que seja atacadista, mesmo sem SEPD; e que seja contribuinte substituto tributário. Essa obrigatoriedade está prescrita nos artigos 683 e 686 do RICMS/BA, que transcreveu.

Aduz que de acordo com os registros fiscais, constante no sistema INC – Informações do Contribuinte, da SEFAZ/BA, o impugnante possui autorização para utilização de SEPD – Sistema Eletrônico de Processamento de Dados, para emissão de nota fiscal (nota fiscal fatura) e autorização para utilização de ECF – equipamento emissor de cupom fiscal.

Lembra que o Manual de Orientação (Anexo 64 do RICMS/BA), “*orienta a execução dos serviços destinados à emissão de documentos e escrituração de livros fiscais e a manutenção de informações em meio magnético, por contribuintes do IPI e/ou do ICMS usuários de sistema eletrônico, na forma estabelecida no Convênio ICMS 57/95, de 28 de junho de 1995 e nos artigos 683 a 712 do RICMS/BA*”.

Quanto às informações em meio magnético: “*O contribuinte de que trata o art. 683 está obrigado a manter, pelo prazo decadencial, o arquivo magnético com registro fiscal dos documentos emitidos por qualquer meio, referente à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração...*”

Em seguida, utiliza-se dos artigos 697 e 700 do RICMS/BA, ressaltando que o arquivo magnético é o conjunto dos registros fiscais a que um contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados está obrigado a apresentar. Deste modo, como o autuado é usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, está obrigado a entregar o arquivo magnético contendo os registros fiscais, em conformidade com o Manual de Orientação (Anexo 64 do RICMS/BA) e Convênio nº. 57/95, contendo a totalidade das operações de entrada e saída.

Salienta que com base nos arquivos magnéticos recebidos do contribuinte, a fiscalização pode se utilizar das informações para realizar alguns tipos de auditoria, dentre as quais se destacam: AUDIF 201 – Conta Corrente, com base nos registros fiscais tipos 50, 60-A e 61; AUDIF 207 – Levantamento Quantitativo por Espécie de Mercadoria, utilizando-se os registros fiscais tipos 54, 60R, 74 e 75; e

AUDIF 242 – Auditoria das Transferências de Mercadorias, utilizando-se dos registros fiscais tipos 54,74 e 75.

Acrescenta que quando da realização dos testes de consistência, para verificação do atendimento pelo contribuinte das especificações técnicas ou se os registros fiscais apresentados foram constituídos com documentos pertencentes ao seu movimento, constatou as inconsistências constantes das intimações e demonstrativos anexados ao processo, tendo concedido o prazo de trinta dias, na forma do § 5º do art. 708-B, embora os registros fiscais devessem já estar corretos, de acordo com o art. 700 do RICMS/BA.

Destaca que o contribuinte já havia utilizado tais registros, desde quando a sua escrituração fiscal é por processamento de dados, devendo utilizar o mesmo banco de dados. Assim, a ausência de registros, bem como qualquer inconsistência acarreta prejuízo à fiscalização, haja vista que sem os arquivos corretos, para executar os trabalhos de auditoria, os exames fiscais ficam limitados, por não abranger a totalidade do movimento da empresa, dificultando a descoberta de qualquer irregularidade porventura existente.

Tratando sobre a penalidade aplicada, salienta que desde quando não houve a retificação dos arquivos, foi aplicada aquela prevista na legislação vigente no período fiscalizado, que se encontra estabelecida no art. 915, inciso XIII-A, alínea “g” do RICMS/BA.

Assim, faz-se importante considerar dois aspectos: que os arquivos não foram apresentados no prazo legal e se a sua apresentação se deu com falta de registros. No primeiro caso, intimase o contribuinte, concedendo o prazo de cinco dias para o envio, enquanto que no segundo o prazo estipulado é de trinta dias.

Neste último caso, o não atendimento da intimação sujeita o contribuinte à multa de R\$1.380,00 pelo não envio do arquivo, enquanto que o envio com inconsistências e/ou ausência de registros após a intimação a uma multa de 1% sobre o valor das saídas. Desse modo, foi aplicada a multa de 1% sobre o valor das saídas em cada período de apuração, pelo não fornecimento do arquivo contendo a totalidade das operações de entrada e saída, uma vez que as inconsistências e a falta de registros impossibilitaram o uso dos arquivos para fins fiscais, ocorrendo descumprimento da legislação tributária, em especial os artigos 697, 700, 708-B, § 5º e 686 do RICMS/BA.

Utilizando-se do Acórdão JJF nº. 0061-03/06, realça que em casos análogos, o CONSEF assim já deliberou, sob o entendimento de que a entrega de novos arquivos com inconsistências equivale à falta de entrega. Deste modo, havendo previsão legal para aplicação da penalidade específica, entende que não há razão para se reduzir a sanção.

Entende restar evidenciado que o autuado não corrigiu as inconsistências dos arquivos magnéticos, tendo pertinência a manutenção da multa sugerida.

Quanto às infrações 02, 03 e 04, realça que o autuado apenas reporta-se aos “valores insignificantes”, porém sem apresentar qualquer prova documental que pudesse descharacterizar o lançamento efetuado.

Conclui que o processo fiscal está revestido de todas as formalidades legais, estando embasado na legislação tributária vigente à época dos fatos, sugerindo, assim, que seja julgado procedente.

O autuado apresentou nova impugnação às fls. 109 a 123, aduzindo que apesar de não reconhecer as infrações enumeradas de 02 a 04, optou pelo recolhimento dos créditos tributários por entender que o custo para a sua impugnação seria maior. Desse modo, contestaria somente a infração 01.

Transcrevendo o art. 18, inciso II do Decreto nº. 7.629/99, que regulamenta o Processo Administrativo Fiscal no Estado da Bahia, realça que esse preceito é um dos mais eficazes mecanismos de se assegurar ao administrado o fiel cumprimento das normas legais, sendo, inclusive, princípio jurídico consagrado em nossa Carta Maior. Deste modo, os atos praticados com o cerceamento de quaisquer

das garantias processuais constitucionais são absolutamente nulos. Ademais, ocorre a preterição ao direito de defesa sempre que no curso do processo suceder algo que inviabilize o direito ao contraditório e à ampla defesa do autuado.

Frisa que o sistema de nulidades destina-se a garantir que os atos administrativos não sejam praticados de maneira viciada. Enquanto isso, as “nulidades absolutas”, representam a sanção mais vigorosa contra atos que presumidamente resultam em prejuízo ao interesse público.

Salienta que comprovará que o Auto de Infração foi lavrado de modo tal que o exercício dos direitos ao contraditório e à ampla defesa tornou-se inexequível. Lembra que a “preterição do direito de defesa” está indissociavelmente ligada aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, CF/88), primados também acolhidos pela referida legislação processual (art. 18, inciso II, do Decreto nº. 7.629/99).

Ressalta que o direito à ampla defesa garante ao administrado conhecer todos os elementos que integram o processo, de modo a lhe permitir questionar sobre o que lhe está sendo imputado. A respeito desse tema, traz à colação as palavras de Hely Lopes Meirelles, para ressaltar que não só a ampla defesa formal deve ser garantida, mas, também, a defesa sob uma perspectiva substancial, sob pena de comprometimento do postulado constitucional em discussão.

Já o princípio do contraditório mantém estreita relação com a idéia de igualdade das partes no processo, revelando a necessidade de se garantir que reajam aos atos que lhes sejam adversos. Ressalta que através desse princípio, a parte deve ter condições de influir no convencimento do julgador, através da apresentação de elementos comprobatórios de suas alegações

Arremata que qualquer ato que reduza o alcance do princípio do contraditório estará ferindo de morte o necessário direito de defesa, devendo ser considerado absolutamente nulo. Havendo essa ocorrência, o julgador deverá declarar a nulidade absoluta do ato. Frisa ser indubitável que o Auto de Infração, notadamente em relação à infração 01, é nulo de pleno direito, por preterição do seu direito defesa, e, por conseguinte, todo o processo dele advindo.

Lembra que segundo o art. 142 do CTN, os procedimentos de fiscalização, visando a constituição de crédito tributário, compõem-se de atos administrativos plenamente vinculados, o que significa que o agente do fisco não pode afastar-se, em hipótese alguma, dos mandamentos legais que regem a sua atuação. Por esta razão, é absolutamente vedada qualquer ingerência subjetiva da parte do agente responsável pela realização dessa função, conforme ensinamentos de Alberto Xavier, extraídos da obra “Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro”.

Realça que dentre as regras impostas ao agente fiscal, sobressai aquela que fixa os elementos que deverão nele estar contidos. Utiliza-se do teor do art. 39, inciso III do RPAF/99, que estabelece que o Auto de Infração deve conter a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta.

Afirma que o Auto de Infração deve traduzir, com exatidão, os fatos tidos como infracionais, oferecendo condições ao autuado de saber do que ele está sendo acusado, existindo uma íntima vinculação dessa norma com o postulado que assegura o direito de ampla defesa, conforme palavras de Pontes de Miranda, ao se referir ao princípio da possibilidade de defesa. A esse propósito, apresenta a opinião manifestada pelo tributarista Clélio Berti.

Enfatiza que ao lavrar o Auto de Infração o Auditor Fiscal não descreveu, com clareza e precisão, os fatos motivadores da exação, conforme se depreende do exame da íntegra do relato da peça acusatória. Isto, porque o autuante descreve duas situações:

a) o autuado (usuário de sistema eletrônico de processamento de dados) não enviou à SEFAZ o arquivo magnético referente às operações com mercadorias e prestações de serviço;

b) o autuado não apresentou o meio magnético solicitado através do Termo de Início de Fiscalização e Termo de Intimação.

Considerando que as duas situações são absolutamente distintas, devem acarretar consequências jurídicas diversas, desde que efetivamente comprovadas as suas ocorrências fáticas.

Aduz que, além disso, os dispositivos do RICMS/BA tidos como infringidos se reportam a deveres distintos, isto porque o art. 686 versa sobre a manutenção, em qualquer meio, dos registros fiscais (dados constantes nos documentos fiscais), enquanto que o art. 708-B prevê a entrega dos documentos e arquivos magnéticos quando solicitados pelo fisco.

Ressalta que o autuante não definiu, com a exatidão necessária, qual a conduta que acarretou a infração, o que significa que o impugnante não dispõe da menor condição de exercer, de maneira plena, o seu direito à ampla defesa. Desta forma, mesmo examinando os documentos fiscais postos à disposição do fisco, o contribuinte não dispõe de meios suficientes para determinar com clareza como o agente fiscal chegou àqueles valores.

Considera que em razão do descuido do agente fiscal, não resta outra opção ao julgador, senão declarar a absoluta nulidade do Auto de Infração, especificamente quanto à infração 01, por força da presença do cerceamento ao direito de defesa nele contido.

Frisa que em momento algum adotou qualquer conduta que tenha ocasionado prejuízo ao fisco baiano, no que se refere à criação de óbices à realização da ação fiscal originária deste processo.

Tendo em vista que, conforme sustenta o autuante, a infração se refere a “*deixar de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas*”, entende que caso o julgador examine a presente situação com as devidas cautelas, verificará que o Auditor Fiscal precipitou-se ao acusar o autuado do ilícito apontado.

Entende estar clara a ilegalidade do Auto de Infração, pois não incorreu em nenhum desrespeito à legislação, pois sempre esteve à disposição da fiscalização para elucidar todas as dúvidas e atender a todas as solicitações. Assim, resta demonstrado que a autuação é absurda, pois se existisse alguma infração à legislação do ICMS no Estado da Bahia, a única violação que remotamente poderia aceitar seria um embaraço à fiscalização.

Ressalta que qualquer pretensão no sentido de sustentar uma infração tributária a partir de um mero entendimento pessoal do agente autuante deve ser repelida pelo órgão responsável pelo controle dos atos de lançamento. Mesmo porque, se o autuante tivesse agido com razoabilidade e prudência não teria havido autuação.

Transcrevendo o ensinamento de Celso Antonio Bandeira de Mello, salienta que o sistema jurídico brasileiro não admite qualquer tentativa de utilizar a idéia de má-fé como regra de interpretação.

Conclui que resta ao órgão julgador declarar que a autuação é improcedente.

Requer, ao final, o que segue: que o Auto de Infração seja julgado nulo, por cerceamento do direito de defesa, afastando-se em definitivo a indevida cobrança; no mérito, que o Auto de Infração seja julgado improcedente, afastando-se a cobrança dos valores exigidos, por inexistência da infração; que seja realizada a intimação de todos os atos processuais, inclusive quando da inclusão em pauta de julgamento para fins de sustentação oral de suas razões, no endereço dos procuradores, na pessoa do advogado José Erinaldo Dantas Filho, inscrito na OAB/CE sob o nº. 11.200, com endereço na Rua Nunes Valente, 2.604, Bairro Dionísio Torres, CEP 60.125-071, Fortaleza/CE.

O autuante produziu nova informação fiscal às fls. 130 a 134, ressaltando que descabe o pedido de nulidade do Auto de Infração, haja vista que foi lavrado em conformidade com a legislação tributária vigente e de acordo com o que determina o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, nos transcritos artigos 18, 19, 20 e 21.

Salienta que a ação fiscal se iniciou com o Termo de Início de Fiscalização, como consta à fl. 05 do PAF, em obediência ao disposto nos também transcritos artigos 26 e 28 do RPAF/99.

Complementa que o Auto de Infração foi lavrado seguindo-se estritamente o quanto determinado nos artigos 38, 39 e 41 a 47 do mesmo Diploma Legal

Destaca que o processo administrativo fiscal revestiu-se de todos os requisitos impostos pelas normas legislativas vigentes, tendo sido cumpridas todas as formalidades legais, estando em condições de ser julgado no mérito das infrações apontadas, não havendo o que se falar em sua nulidade.

Constam extratos do SIGAT/SEFAZ às fls. 137 a 139, concernentes ao pagamento parcial do débito, no montante correspondente às infrações 02, 03 e 04.

VOTO

Registro, inicialmente, que a ciência do Auto de Infração por parte do contribuinte se deu através de edital publicado no Diário Oficial do Estado em 16/06/2009. Por esta razão, a segunda peça defensiva, apresentada em 03/08/2009, não será objeto de apreciação neste voto, considerando que a mesma foi tempestiva.

Saliento que o processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais, estando determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza das infrações apuradas, que se encontram fundamentadas em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam a autuação. Ademais, o Auto de Infração segue estritamente as determinações previstas nos dispositivos constantes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99 (RPAF/BA), não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, tendo em vista que a defesa foi exercida plenamente, tendo o sujeito passivo demonstrado perfeito conhecimento das infrações.

O autuado aventou a possibilidade de a multa aplicada ter caráter meramente arrecadatório e quanto à necessidade de serem observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ressalto que a exigência fiscal está fundamentada em expressa disposição legal, não vislumbrando qualquer violação a nenhum dos princípios constitucionais, não existindo, tampouco, o enriquecimento ilícito por parte do erário estadual. Complemento que as multas sugeridas encontram-se em conformidade com previsão expressa na Lei nº. 7014/96.

No mérito, verifico que foi atribuído ao contribuinte o cometimento de quatro infrações. No que se refere à infração 01, vejo que a acusação fiscal está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição apresenta-se de forma clara e precisa no Auto de Infração, onde consta o esclarecimento sobre o procedimento fiscal e a origem da infração apurada, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. De forma contrária à alegada pelo autuado, o demonstrativo elaborado pelo autuante, que se encontra acostado à fl. 43, aponta de forma elucidativa os valores das bases de cálculo e das multas por ocorrência, os quais se originaram da comparação entre os dados transmitidos através dos arquivos magnéticos do SINGRA e aqueles informados nas respectivas DMAs (declaração e apuração mensal do ICMS). Assim, foram corretamente apontados os valores que geraram a imposição da multa pertinente à irregularidade apurada, tendo sido anexados todos os elementos que lhes deram sustentação.

Observo que através das informações fiscais prestadas, o autuante rebateu diversas questões apresentadas pela defesa, comprovando que toda a documentação atinente ao lançamento se encontrava anexada aos autos.

Analizando todos os elementos juntados ao processo, verifico que tendo sido constatado pela fiscalização que o contribuinte houvera efetuado a transmissão obrigatória dos arquivos magnéticos concernentes ao exercício de 2005 a 2007 com inconsistências, o intimou (fl. 07 a 10) a apresentá-los, quando foram apontadas todas as incorreções constantes nos referidos arquivos (fls. 13 a 42), com a concessão do prazo de 30 (trinta) dias para a realização dos ajustes necessários.

Observo que o autuante em atendimento ao quanto disposto no § 3º do art. 708-B do Decreto nº. 6.284/97 (RICMS/BA), tanto entregou ao contribuinte as relações nas quais indicou as inconsistências verificadas nos arquivos magnéticos, como lhe concedeu o prazo de 30 (trinta) dias para efetuar os ajustes correspondentes, procedimento não adotado pelo autuado.

Assim, a acusação fiscal é que o contribuinte deixou de forneceu informações através de arquivos em meio magnético, exigido mediante intimação, no formato e padrão estabelecido na legislação (Convênio ICMS nº. 57/95), gerado através do Programa SINTEGRA, referente aos exercícios de 2005 a 2007, conclusão decorrente da execução do Roteiro de Auditoria das Informações em Meio Magnético.

Repriso que o motivo que determinou a aplicação da multa equivalente a 1% sobre o montante das operações de saídas foi o descumprimento de obrigação acessória relativa ao fato de que o contribuinte forneceu arquivos em meio magnético com inconsistências, as quais foram apontadas por meio de demonstrativos impressos, que foram entregues ao contribuinte, para possibilitar a realização dos ajustes necessários.

Ressalto que a despeito da insurgência defensiva contra a presente exigência tributária, de acordo com a legislação do ICMS do Estado da Bahia, constante no RICMS/97, a qual recepcionou o disposto no Convênio ICMS nº. 57/95 e suas alterações posteriores, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados é obrigado a apresentar, quando solicitado, a documentação minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição, gabarito de registro (*layout*) dos arquivos, listagem dos programas e as alterações ocorridas no exercício de apuração, relativamente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias ou das prestações realizadas, inclusive o inventário das mercadorias, produtos, matérias primas e embalagens (art. 685, combinado com os arts. 708-A e 708-B do RICMS/97).

O art. 708-B estabelece que: “*O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, 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*”. O arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria.

Enquanto isso, o § 5º do art. 708-A, incorporado ao RICMS/BA através da Alteração nº. 63, em vigor a partir de 18/05/2005, estabeleceu um prazo de 30 dias contados da data do recebimento da intimação para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência.

Assim, todos os contribuintes autorizados ao uso de SEPD (Sistema Eletrônico de Processamento de Dados), exceto os autorizados somente para escrituração do livro Registro de Inventário, estão obrigados a entregar o arquivo magnético contendo os dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário nos meses em que este for realizado. O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que

disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético chancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Convênio ICMS 57/95.

Saliento que conforme disposto no art. 708-A, § 6º do RICMS/BA, a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, ou seja, a apresentação dos arquivos magnéticos sem conter todos os registros caracteriza a falta de sua apresentação, tendo em vista a natureza condicional do seu recebimento, sujeitando o contribuinte à correção posterior das inconsistências acaso verificadas.

A constatação de inconsistências nos arquivos entregues à SEFAZ, conforme ocorreu no caso em lide caracteriza a não entrega prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do artigo 915 do RICMS/97, conforme preceitua o § 2º do artigo 708-B do RICMS/97, tendo o autuado sido intimado para corrigir as inconsistências, quando lhe foram apresentados, conforme explanado acima, o detalhamento das inconsistências verificadas, ao tempo em que lhe foi concedido o prazo regulamentar para realizar os ajustes pertinentes, não tendo o contribuinte atendido a intimação. Descarto, assim, as alegações defensivas de que os dispositivos regulamentares aplicados pelo autuante se reportariam a situações distintas.

No presente caso, através da documentação acostada aos autos e entregue ao sujeito passivo, o lançamento obedeceu ao devido processo legal, pois foi precedido de intimações ao contribuinte para apresentação de informação em meio magnético e para correção dos registros inconsistentes, sendo concedido o prazo correto para que fossem corrigidas as irregularidades apontadas. Assim, entendo que foi correta a aplicação da penalidade indicada no presente Auto de Infração. Consigno que a penalidade correspondente ao caso em discussão se refere àquela prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº. 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº. 10.847 de 27/11/2007, conforme transcrevo abaixo:

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

...

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

...

j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo;”

Verifico que o autuante agiu com acerto ao indicar como data de ocorrência aquela que correspondeu à falta de atendimento ao quanto requerido nas intimações, haja vista que o campo "data de ocorrência" do Auto de Infração deve ser preenchido com a indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados. A

título de esclarecimento, consigno que este entendimento encontra-se em conformidade com a Orientação Gerencial nº OTE-DPF-2005, disponibilizada pela SAT/DPF/GAEFI/SEFAZ, que trata especificamente do Convênio nº. 57/95, que versa a respeito de arquivos magnéticos.

Assevero que não faz sentido a argumentação de que não poderiam ser incluídos na base de cálculo da multa os valores referentes a operações de “transferências” e “devoluções”, desde quando de acordo com o dispositivo acima transscrito a base de cálculo deve incidir sobre o montante relativo a todas as saídas do período, isto é, não somente sobre as operações e prestações tributáveis.

Deste modo, a infração 01 resta totalmente caracterizada.

Observo que não foram contestadas as infrações 02, 03 e 04, que se referem, respectivamente, à falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento; ao recolhimento a menos do imposto, em decorrência de divergências entre os valores consignados nos livros Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS; e à falta de recolhimento do tributo referente a operações de saídas de mercadorias e/ou serviços em decorrência do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. Ressalto que as exigências fiscais constante dessas infrações estão devidamente fundamentadas em expressa disposição legal, estando embasadas no RICMS/97 e na Lei nº. 7.014/96.

Assevero que as três imputações se encontram claramente caracterizadas nos respectivos demonstrativos (fls. 45, 47 e 51), assim como nas cópias reprográficas dos livros e dos documentos fiscais que os acompanham e lhes dão sustentação, tendo a fiscalização demonstrado, de forma inofismável que, efetivamente, o contribuinte incorreu na prática das irregularidades que lhe foram atribuídas, o qual, inclusive, acatou expressamente essas imputações, haja vista que efetuou o recolhimento dos valores apurados. Portanto, as infrações em referência ficam mantidas integralmente.

Consigno que em relação ao pedido do autuado para que as intimações relativas ao presente processo sejam encaminhadas para o endereço do seu representante legal, nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, ressalto que, no entanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99, em conformidade com o disposto no § 1º do art. 236 do CPC.

Quanto ao pedido de dispensa ou de redução da multa concernente à infração 01, considerando que a irregularidade ficou devidamente caracterizada e por não ter ficado evidenciado que o cometimento da infração não implicou na falta de recolhimento do imposto, não acolho o pleito, tendo em vista o disposto no § 7º do artigo 42 da Lei nº. 7.014/96. Importante lembrar aqui o seguinte comentário efetuado pelo autuante: a ausência de registros, bem como a existência de qualquer inconsistência nos arquivos magnéticos acarreta sim prejuízo à fiscalização, desde quando sem a posse desses elementos para executar os trabalhos de auditoria, os exames fiscais ficam efetivamente limitados, por não abrangerem a totalidade do movimento da empresa, dificultando a descoberta de qualquer irregularidade porventura existente.

Não acolho a solicitação de realização de diligência, considerando que apesar de ser detentor dos documentos que embasaram a ação fiscal, o autuado não acostou nenhum elemento de prova para dar sustentação a suas alegações. Ademais, tendo em vista o disposto no art. 147 do RPAF/99, entendo que os elementos de provas anexados aos autos são suficientes para o meu convencimento e decisão da lide.

Ante o exposto, voto pela procedência do Auto de Infração, cabendo a homologação dos valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº. 108883.0012/09-4, lavrado contra **EUROSONO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.024,19**, acrescido da multa de 60% sobre R\$830,80 e de 70% sobre R\$193,39, previstas nos incisos II, alíneas “a” e “f” e III do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$155.415,74**, prevista no inciso XIII-A, alínea “j” do mesmo artigo e Lei acima citados, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº. 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de dezembro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR