

A. I. N°. - 206854.0001/10-4
AUTUADO - DOW BRASIL NORDESTE INDUSTRIAL LTDA.
AUTUANTES - LUIZ CARLOS PRATES SANTOS e ANTONIO TORRES DE BARROS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 19.07.2010

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0181-01/10

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. **a-1)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. **a-2)** MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 1% e 10% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações acatadas. **b)** ARQUIVOS MAGNÉTICOS. OMISSÃO DE DADOS. Multa de 1% sobre o valor das operações realizadas, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “i” da Lei nº. 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº. 10.847/07. Infração caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. Infração reconhecida. 3. IMPORTAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração não impugnada. 4. ZONA FRANCA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DE PRODUTOS PELA SUFRAMA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não contestada. Rejeitadas as arguições de nulidade e de constitucionalidade e indeferidos os pleitos pela redução ou exclusão da multa concernente à infração 05. Não acatado o pedido de realização de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 22/03/2010, foi efetuado o lançamento do crédito tributário correspondente à exigência de ICMS no valor de R\$67.099,12 e à multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$11.954.233,97, tendo sido atribuído ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de agosto a dezembro de 2006 e janeiro a maio de 2007, sendo aplicada a multa de 1%, correspondente ao valor de R\$16.603,82, conforme demonstrativo anexo;

02 – deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de junho e setembro a dezembro de 2006 e janeiro a maio de 2007, sendo aplicada a multa de 10%, correspondente ao valor de R\$27.574,87, conforme demonstrativo anexo;

03 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade, no mês de junho de 2006, sendo exigido o imposto no valor de R\$6.298,39, acrescido da multa de 60%, conforme demonstrativo anexo;

04 – recolheu a menos o ICMS devido pelas importações de mercadorias, erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão incorridas até o seu desembarço, quer pela utilização incorreta da taxa

ACÓRDÃO JJF N° 0181-01/10

2006, sendo exigido o imposto no valor de R\$13.492,56, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere às DIS 400365361 e 400365507, conforme Demonstrativo do Detalhamento das Importações, às fls. 166 a 170, cujas cópias foram entregues ao contribuinte. Consta que a infração decorreu da falta de agregação do AFRMM e da taxa de liberação de BL à base de cálculo do imposto nas importações desembaraçadas no Porto de Santos;

05 – forneceu informações através de arquivo(s) magnético(s) exigido(s) na legislação tributária, requeridas mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviço realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes, em relação aos meses de maio a dezembro de 2006 e janeiro a maio de 2007, representando o valor de R\$11.910.055,28. Consta que se refere a divergências das mercadorias constantes nas notas fiscais de entrada e de saída em relação à descrição constante nos arquivos magnéticos (Sintegra), conforme demonstrativos anexos 5.0, 5.1, 5.2 e 5.3;

06 – deixou de recolher o ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto, sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA [Superintendência da Zona Franca de Manaus], no mês de outubro de 2006, exigindo imposto no valor de R\$47.308,17, acrescido da multa de 60%, conforme demonstrativo anexo. É ressalvado que através da 4^a intimação foi solicitado que o contribuinte comprovasse o internamento, o que não foi realizado.

O contribuinte apresentou impugnação às fls. 167 a 183, salientando, inicialmente, ter optado por recolher os montantes concernentes às infrações 01, 02, 03, 04 e 06.

Impugna a infração 05, que se refere à entrega de arquivo magnético apresentando divergências de dados, quando comparados à sua escrituração fiscal, tendo sido compelido ao pagamento de multa arbitrada no importe de R\$11.910.055,28, equivalente a 1% do valor das saídas do período objeto da fiscalização, por força de leitura superficial da legislação aplicada pelos autuantes.

Realça que não apenas a legislação utilizada como supedâneo para a cominação da multa não se aplica ao caso em tela, mas a fixação de multa em importe de tal magnitude, frente à realidade dos fatos, revela-se descabida e excessiva, com verdadeiro caráter confiscatório, uma vez que a suposta discrepância dos arquivos eletrônicos apresentados em nada lesou a arrecadação, conforme passou a comentar.

Da discrepância observada – aduz que a divergência entre o arquivo eletrônico apresentado e os dados constantes dos documentos fiscais reside no campo “descrição dos produtos ou serviços”, que no Sintegra corresponde ao campo 75, o qual deve trazer a descrição do bem constante da nota fiscal a ser escriturada, de modo a possibilitar a correta identificação do produto.

Alega que para alimentação do Sintegra usou de alguns descritivos de mercadorias genéricos, extraídos automaticamente de seu sistema de controle interno, falha que ocasionou a divergência apontada pelo fisco. Afirma que apesar do grande volume de operações realizadas durante o período, essa falha já foi corrigida, como demonstração da mais lídima boa-fé. Ainda assim, a divergência apontada naquele campo não acarretaria qualquer óbice à análise do arquivo ou ao trabalho da fiscalização, uma vez que a identificação dos produtos poderia ter sido realizada por meio da observação dos descritivos de NCMs e CFOPs de cada uma das mercadorias/operações, informados no mesmo arquivo eletrônico apresentado à fiscalização.

Entende ter demonstrado que a divergência não causou qualquer tipo de embaraço à análise do fiscal, que concluiu seu trabalho com celeridade, graças à objetividade dos arquivos apresentados e à disponibilidade da documentação fiscal de suporte das operações patente a natureza irrisória da discrepância, que por referir-se ape

mercadoria, não impactou na arrecadação, por não corresponder a valores, de modo que poderia ter sido facilmente contornada, mediante análise dos códigos NCM e CFOP das mercadorias.

Da inadequação da legislação aplicada – a despeito da imaterialidade das discrepâncias observadas, que não ocasionaram prejuízo ao erário, foi aplicada a multa, fundamentada no art. 42, inciso XIII-A, alínea “f” da Lei nº. 7.014/96, posteriormente alterada pela Lei nº. 9.159/04, cujo texto foi radicalmente alterado pela Lei nº. 10.847/2007. Observa que a nova redação do dispositivo pertinente ao caso em lide se encontra na alínea “i” do inciso XIII-A do mesmo artigo e Lei, que foi ignorado quando da capituloção da multa.

Salienta que com base na nova redação da norma, resta claro que o objeto refere-se ao valor informado nos arquivos eletrônicos. Isto, porque a expressão “dados divergentes” foi modificada pela expressão “sobre o valor das divergências”, excluindo-se as divergências na descrição dos produtos ou códigos, as quais não alteram o valor das operações realizadas e, consequentemente, da base de cálculo da exação tributária.

Conclui que havendo dados divergentes, a penalidade deve ser calculada sobre o valor destas e se a divergência não ocasionou qualquer alteração de valores, não há sobre o que calcular a multa, atitude lógica do legislador, que visou coibir atos elisivos, não penalizando o contribuinte que recolheu integralmente os tributos devidos. Ressalta que não se pode falar em inaplicabilidade desse dispositivo, tendo em vista que a retroatividade da legislação advém do disposto no art. 106, inciso II do CTN [Código Tributário Nacional], que transcreveu.

E, conforme esse comando, a redução de penalidade em sede de direito tributário aplica-se a fatos futuros e pretéritos, sendo esse o entendimento predominante na doutrina, conforme lições colacionadas, de autoria de Costa Júnior e Zelmo Denari, Aliomar Baleiro e Roque Joaquim Volkweiss. No mesmo sentido, traz diversos julgados do STF - Superior Tribunal de Justiça. Conclui que enquanto não apreciada a matéria de forma definitiva pelo Poder Judiciário, a lei mais benéfica é aplicável ao contribuinte para os casos de redução de multa moratória.

Aduz que como consequência da aplicação da legislação subsequente, e considerando o princípio da tipicidade, a lei, e somente a lei, possui o condão de introduzir uma nova figura ilícita para atribuir penalidade específica: a entrega de arquivos eletrônicos com divergências de descrição, códigos, etc., uma vez que elas foram retiradas do arquétipo das figuras antijurídicas pela Lei nº. 10.847/2007. Realça que a única conclusão possível é pelo cancelamento da multa, tendo em vista que a legislação vigente à época da autuação adota tratamento diverso às divergências verificadas nos arquivos apresentados, excluindo tais divergências do âmbito daquelas passíveis de penalização por multa, uma vez que o cálculo da multa dar-se-á apenas sobre as diferenças de valor eventualmente observadas, o que não ocorre no caso em questão.

Entende que se faz necessária a aplicação da Lei 10.847/07 aos fatos observados pelo fisco durante a ação fiscal, excluindo-se a multa por divergência entre os arquivos eletrônicos e a escrituração fiscal nas descrições dos produtos, uma vez que essa divergência consistiu na mera utilização de descritivos genéricos para os bens listados, não impedindo a identificação dos bens, nem impactando no valor das operações envolvidas, portanto não trazendo nenhum prejuízo ao erário.

Do erro no cálculo da penalidade – afirma ser necessária uma análise da composição da multa levantada pelo fisco, que foi realizada sobre a totalidade das operações de entrada e saída, somadas indiscriminadamente, incluindo-se operações sem qualquer divergência. De acordo com os valores que serviram de base de cálculo da multa, apontadas no levantamento (item 5.0 do Auto de Infração), os autuantes utilizaram da fórmula: “Total Divergê¹
Divergência Saídas (B)”; “Divergência Total (C = A+B)”. Em todos os
divergências são utilizados como base para aplicação da penalidade. ‘

são reais, por terem sido retirados do livro Registro de Apuração, referindo-se ao total das operações do período e não às divergências constantes do arquivo eletrônico.

Observa que o arquivo encaminhado contém grande parte da descrição das mercadorias de forma específica e correta, o que afasta a divergência apontada entre os dados do Sintegra e o LRE, fundamento da autuação. Registra que de acordo com a legislação aplicável, os autuantes não poderiam ter considerado a totalidade das operações de entradas e saídas do período, uma vez que a multa somente deve incidir sobre as operações nas quais tivesse ocorrido divergência.

Resta claro, assim, que para calcular a multa, o fisco se baseou em valores do livro de apuração e não na verificação das divergências no item descrição de produtos do arquivo eletrônico, o que revela que a autuação fundamenta-se em análise amostral e não individual dos registros apontados. Realça que esse fato confere à multa verdadeiro caráter confiscatório, por incluir na base de cálculo operações com descrição correta e, portanto, fora do escopo da autuação.

Da natureza confiscatória da multa aplicada - na hipótese de adotar-se entendimento diverso ao demonstrado, o que admite apenas por argumentar, a multa aplicada revela-se desproporcional e excessiva, estando patente a sua característica confiscatória, ainda mais quando compara-se o valor da penalidade (R\$ 11.910.055,28) ao valor do tributo apurado e recolhido no período (aproximadamente R\$ 13.000.000,00). Aduz que esse fato indica a inadequação da multa ao ato praticado, que não resultou em prejuízo ao erário, não se admitindo que um ato que não causou prejuízo seja punido num valor equivalente ao tributo pago pelo impugnante durante um ano.

Assevera que mesmo admitindo-se a aplicação do disposto no inciso XIII-A, alínea “f” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, a penalidade é exacerbada, tendo em vista que a conduta não representou nenhum prejuízo ao erário, pois dela não resultou recolhimento de imposto a menos, como se pode verificar da memória de cálculo acostada ao Auto de Infração.

Enfatiza que o interesse do direito tributário é o efeito econômico do ato praticado, ou seja, o Estado busca a reparação pelo dano sofrido, apenas e tão somente, concluindo-se que satisfeita a obrigação do pagamento do tributo nas operações por ele alcançadas, não há que se falar em dano. Assim, tem-se que o objetivo da multa é recompensar o Estado por um prejuízo causado pelo contribuinte, ou, ainda, desestimular uma conduta que gere efeitos danosos ao patrimônio público. E é por este motivo que as penalidades devem ser equivalentes com o delito praticado.

Frisa que, quando muito, poder-se-ia admitir a aplicação de uma multa proporcional, como um valor fixo, mas jamais um percentual sobre o valor total da operação.

Consigna que diante de situações como a que ora se apresenta, o próprio legislador estadual, ao dar redação ao transcreto § 7º do art. 42 da lei nº 7.014/96, prevê a possibilidade de redução e mesmo de cancelamento da penalidade.

Alega que o caráter confiscatório da multa é vedado pelo princípio que se constitui em uma das limitações ao poder de tributar, constante no art. 150, IV da Constituição Federal de 1988. Aduz que não se pode cogitar da aplicação do princípio da vedação ao confisco apenas para os valores advindos da exação tributária, pois há muito os tribunais superiores reconhecem a sua aplicabilidade às multas, especialmente àquelas punitivas, independente da ausência de recolhimento a menor de tributo.

Faz uso de trechos de obras que versam a respeito do tema e registra que o STF - Supremo Tribunal Federal já admitia há bastante tempo a extensão do não confisco às multas, conforme entendimento do Ministro Bilac Pinto, proferido no julgamento do RE 80.093-SP, bem como o Ministro José Augusto Delgado, do STJ - Superior Tribunal de Justiça, ao lecionar através Revista Dialética de Direito Tributário.

Destaca que o referido princípio visa preservar a propriedade dos co
fiscal do Estado, que poderá representar na impossibilidade de contin
ACORDÃO JJF N° 0181-01/10

uma vez que a cobrança de multa em valores desarrazoados também se subsume ao entendimento concernente ao princípio cuja positivação se refere aos tributos. Afirma que esse tem sido o entendimento das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF/BA, conforme julgados relativos aos Processos de nºs 232884.0011/00-8 e 09168559/08, cujas ementas transcreveu.

Considerando que a sua conduta não causou prejuízo ao fisco e restando claro que não houve dolo, fraude ou má-fé no procedimento adotado, requer que, em homenagem aos dispositivos legais mencionados, a multa por descumprimento de obrigação acessória seja cancelada.

Realça que provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a posterior juntada de documentos imprescindíveis à elucidação dos fatos. Solicita a realização de perícia contábil, com vistas à demonstração da inadequação do cálculo da multa aplicada, já que incluiu operações que não apresentam divergências, bem como a realização de sustentação oral.

Requer, por fim, que o Auto de Infração seja julgado insubsistente, para o fim de se determinar o cancelamento da multa correspondente à infração 05, com o consequente arquivamento do processo administrativo fiscal, frente ao pagamento das demais autuações.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 188 a 190, realçando que as exigências atinentes às infrações 01, 02, 03, 04 e 06 tinham sido reconhecidas e pagas pelo contribuinte, conforme DAE Detalhado emitido pelo Sistema INC/Sefaz.

Ao contestar as alegações da defesa relativas à infração 05, enfatizam que a alegação de que o CFOP e a NCM seriam suficientes para identificar as mercadorias, não causando embaraço à fiscalização, é destituída de fundamento, haja vista que o CFOP (código fiscal de operações e prestações) nada tem a ver com a descrição das mercadorias, refletindo o tipo da operação ou prestação, ou seja, trata de uma venda, de uma transferência, de uma remessa para conserto, etc. Já a NCM (nomenclatura comum das mercadorias) fornece apenas a descrição genérica da classe da mercadoria, isto é, várias mercadorias semelhantes podem ter uma mesma NCM.

Portanto, fica provado que apenas o CFOP e a NCM, de forma alguma identificam de maneira precisa o tipo de mercadoria, essencial para diversas análises, a exemplo do roteiro do crédito fiscal, auditoria de estoque, material de uso e consumo, etc.

Para dar uma idéia da dificuldade que representa essa falha, ressaltam que no período auditado o contribuinte emitiu cerca de 14.700 notas fiscais de entradas e cerca de 11.000 notas fiscais de saídas, consignando nas mesmas apenas três tipos de descrições genéricas, “peças e partes de almojarifado”, “item de almojarifado” e “IX Y MS99CA320 DRFB5CF G SAC-DISC”. Assim, para executar os citados roteiros e também outros, o fisco precisou manusear milhares de notas fiscais físicas de entrada e de saída, acarretando, consequentemente, um aumento enorme no prazo de execução da auditoria.

Lembram que os sistemas Sintegra, Nota Fiscal Eletrônica, DMA, INC, etc., foram criados para aumentar a eficiência da fiscalização, pois para sua realização, que é bastante complexa, o registro tem que ser realizado de forma completa, com a descrição específica da mercadoria, pois do contrário não será possível a fiscalização de tantas operações em cada empresa.

Insurgem-se contra a afirmação do contribuinte de “*que se a divergência não ocasionou qualquer alteração de valores, então não há sobre que calcular a penalidade...*”, realçando que a lei fala em dados divergentes, sendo que as informações contidas na nota fiscal referentes ao destinatário, ao transportador, à descrição da mercadoria e aos valores formam o conjunto que se constitui nos dados. Assim, havendo descrição divergente, a falha tem que ser penalizada, com o percentual da multa incidindo sobre o valor da nota fiscal que apresenta a descrição “”

Frisam que os arquivos magnéticos têm que refletir exatamente o que de modo que os valores e a descrição das mercadorias são igualmente

ocorrido a infração da descrição divergente, como a função do Auditor Fiscal é vinculada, tem que aplicar a multa prevista na legislação tributária.

Quanto à alegação de que a discrepância das descrições em nada lesou a arrecadação e que o contribuinte sempre cumpriu suas obrigações principais, replicam que isto induz a concluir que para o autuado bastaria cumprir com as obrigações principais, nunca atendendo as obrigações acessórias, mesmo dificultando ou inviabilizando o trabalho da fiscalização. Realçam que as obrigações acessórias também são “obrigações” e têm de ser cumpridas pelos contribuintes, sendo que a multa delas decorrentes serve para obrigar os contribuintes a cumpri-las. Asseveram que tais obrigações são de fundamental importância para a administração tributária, visando o controle da obrigação principal, que vem a ser o pagamento do tributo.

Ressaltam que inicialmente intimaram o contribuinte em 28/12/2009 (fl. 21), concedendo um prazo inicial de 30 dias, e posteriormente em 28/01/2010 (fl. 24), renovaram a intimação, concedendo mais 30 dias, porém mesmo assim a solicitação não foi atendida.

Mantêm na íntegra o valor da multa reclamada na infração 05 e esperam um julgamento justo por parte do CONSEF.

Constam extratos do SIGAT/SEFAZ às fls. 193 a 196, concernentes ao pagamento parcial do débito, no montante correspondente às infrações 01, 02, 03, 04 e 06.

VOTO

Observo que o Auto de Infração é composto por seis imputações, das quais o contribuinte acatou as infrações 01, 02, 03, 04 e 06, tendo, inclusive, efetivado o pagamento dos valores correspondentes. Desta forma, não existe lide a respeito dessas imposições tributárias, considerando, ademais, que de acordo com os demonstrativos e demais elementos, acostados às fls. 31 a 94 e 161 a 163, as exigências em questão se encontram devidamente caracterizadas.

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 (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, não ensejando em qualquer violação aos princípios que regem o processo administrativo fiscal, tendo o sujeito passivo demonstrado perfeito conhecimento das infrações.

O autuado aventou a possibilidade de a multa aplicada na infração 05 ser constitucional e confiscatória e que teria caráter meramente arrecadatório. Ressalto, de imediato, que de acordo com o disposto no art. 167, inciso I do RPAF/BA, não se inclui na competência deste órgão julgador administrativo a declaração de constitucionalidade. Apesar disso, analisando os argumentos do autuado, afasto tal pretensão, considerando que a exigência fiscal está fundamentada em expressa disposição legal, não existindo, tampouco, o enriquecimento ilícito por parte do erário estadual. Complemento que a multa sugerida encontra-se em conformidade com a previsão expressa na Lei nº. 7014/96.

Verifico que a infração 05 se referiu ao fornecimento de informações através de arquivos magnéticos com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando a multa limitada a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviço realizadas no estabelecimento em cada período.

O impugnante argumentou que teria ocorrido inadequação da legislação, baseou no art. 42, inciso XIII-A, alínea “f” da Lei nº. 7.014/96, posteri-

9.159/04, tendo em vista que o seu texto fora radicalmente alterado pela Lei nº. 10.847/2007 e considerando que a nova redação do dispositivo atinente ao caso se encontra na alínea “i” do inciso XIII-A do mesmo artigo e Lei, fato não considerado pelos autuantes.

Acrescentou que segundo a nova redação da norma o objeto da exigência se refere ao “valor das divergências nos arquivos eletrônicos” e não mais aos “dados divergentes”, de forma que, segundo o seu entendimento, as divergências na descrição dos produtos ou códigos, as quais não alteram o valor das operações realizadas, não poderiam se constituir em motivo ensejador da aplicação da penalidade. Assevero que aqui ocorreu em equívoco por parte do defendant, haja vista que, na verdade, apesar de ter ocorrido a mudança da alínea “f” para a alínea “i”, conforme alegado, tal alteração não trouxe a pretensa modificação no objeto da penalização, uma vez que a parte atinente à base de cálculo não sofreu nenhuma alteração.

Isto porque, a despeito de efetivamente os autuantes terem indicado uma alínea que não mais se aplicava à situação objeto da presente discussão, pois o dispositivo correto passou a corresponder à alínea “i” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, este fato, no entanto, não implicou em nenhuma prejudicial de validade da autuação, desde quando a irregularidade detectada se encontra corretamente descrita no Auto de Infração, tendo se referido à existência de inconsistências nos arquivos magnéticos entregues à SEFAZ.

Para um melhor entendimento e deixar claro que descabe a alegação de que a legislação vigente à época da autuação teria adotado tratamento diverso em relação à infração incorrida pelo autuado, transcrevo abaixo os citados dispositivos, que devem ter a mesma interpretação, sendo que o enquadramento baseado na alínea “f” vigorou até 27/11/2007, enquanto que a mudança para a alínea “i” decorreu da Lei nº. 10.847/2007, cuja vigência se iniciou em 28/11/2007:

“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:

f) 5% (cinco por cento) do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período: Redação anterior dada pela Lei nº. 9.430, de 10/02/2005, DOE de 11/02/05, efeitos de 11/02/05 a 27/11/07;

i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso: Redação atual dada pela Lei nº. 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, efeitos a partir de 28/11/07.”

Constatou que no presente caso, os autuantes intimaram o contribuinte para que efetuasse as correções de inconsistências verificadas, que se referiram a divergências nas notas fiscais de entrada e de saída em relação à descrição constante demonstrativos próprios, tendo entregue a Listagem ACORDÃO JJF N° 0181-01/10

irregularidades encontradas, conforme atesta a documentação acostada às fls. 96 a 110. Contudo, mesmo dispondo do prazo de 30 dias contados da data do recebimento da intimação para corrigi-los, prazo prorrogado por igual período, de acordo com as 9^a e 10^a intimações, tais arquivos permaneceram com as diferenças de dados. Portanto, o contribuinte teve atendido o direito de correção dos arquivos, no prazo estipulado e previsto na legislação, mas determinadas divergências não foram sanadas, razão da presente autuação.

Assim, conforme preceitua o § 2º do artigo 708-B do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.248/97, o autuado foi intimado para corrigir as inconsistências, quando lhe foi apresentado, 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 às intimações.

Entendo ter ficado caracterizada a falta de atendimento às intimações específicas, na forma descrita, o que caracteriza o acerto da multa aplicada. Ademais, a despeito das argumentações oferecidas na peça defensiva, o contribuinte não demonstrou a falta de cometimento da infração em discussão, enquanto que no demonstrativo de fl. 105 e nos demais elementos juntados ao processo, os autuantes apontaram inequivocamente as divergências existentes entre as informações repassadas pelo impugnante por meio dos arquivos magnéticos e aquelas consignadas nas notas fiscais correspondentes.

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 (art. 685, combinado com os artigos 708-A e 708-B do RICMS/97).

Assim, a despeito das alegações defensivas de que as falhas apontadas pela fiscalização não teriam representado em dificuldade para a fiscalização nem teriam implicado na falta de recolhimento do tributo estadual, assevero que as inconsistências em questão se constituíram em obstáculo à fiscalização estadual, em especial no que concerne ao efetivo controle das operações realizadas pelo contribuinte, motivo bastante para justificar a imposição da penalidade sugerida.

Ademais, a alegação de que as inconsistências na descrição das mercadorias poderia ser sanada através da verificação do CFOP (código fiscal de operações e prestações) e da NCM (nomenclatura comum de mercadorias) não tem nenhuma sustentação, pois, conforme observaram os autuantes, esses elementos não bastam para que sejam identificadas, com precisão, as mercadorias objeto das operações praticadas pelo contribuinte, elemento fundamental para diversas análises por parte do fisco, a exemplo do roteiro do crédito fiscal e auditoria de estoques.

Convém lembrar aqui que 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 o mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário realizado.

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 existentes.

Verifico, entretanto, que no caso em lide, os autuantes incorreram em equívoco no que se refere às datas de ocorrência, tendo em vista que como a imputação diz respeito à falta de atendimento de intimação específica respeitante a arquivos magnéticos, a data de ocorrência deve ser aquela correspondente à falta de atendimento ao quanto requerido na intimação. A título de esclarecimento, consigno que este entendimento encontra-se em conformidade com a Orientação Gerencial nº. 0G-GEAFI-FISC-003/2005, disponibilizada pela SAT/DPF/GEAFI/SEFAZ, que trata especificamente do Convênio nº 57/95, e que versa a respeito de arquivos magnéticos.

De acordo o item 5.1 da referida Orientação, na lavratura de Auto de Infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos "data de ocorrência" e "data de vencimento" deverão ser preenchidos com 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.

Como o contribuinte foi intimado para regularizar as inconsistências, assinalando-lhe para tanto o prazo de trinta dias, o primeiro dia útil subsequente ao término do prazo concedido para correção dos erros indicados corresponde à data que deve ser consignada como a de ocorrência da presente infração, correção que faço de ofício. Deste modo, a infração 05 resta totalmente caracterizada, porém a data de ocorrência fica modificada para 01/03/2010, que corresponde ao primeiro dia útil subsequente ao vencimento da segunda e última intimação específica sobre arquivos magnéticos, que se encerrou em 28/02/2010.

Noto que o impugnante apresentou alegações contra os cálculos realizados pela fiscalização, aduzindo que existiriam inconsistências nos mesmos, porém não apresentou nenhum elemento de prova em favor de seus argumentos. Em primeiro lugar, vejo que não tem nenhuma base a afirmação de que os valores da multa foram apurados com base na totalidade das operações de entrada e saída, inclusive com a agregação de operações sem divergências. No demonstrativo correspondente, que se encontra à fl. 95, observo que os autuantes apontaram os valores totais das divergências, sobre os quais aplicaram o percentual de 5%, comparando-o ao percentual de 1% sobre os montantes das operações de saída praticadas pelo contribuinte, sendo que estes últimos prevaleceram, sendo exigidos na autuação.

Deste modo, além de não trazer nenhum elemento que desse sustentação a suas alegações, concluo que de acordo com o referido demonstrativo o fisco seguiu exatamente a disposição contida na norma, lançando a multa correspondente ao limite de 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período.

Quanto ao pedido de dispensa ou de redução da multa concernente à infração 05, 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 que a existência de qualquer inconsistência nos arquivos magnéticos acarreta sim prejuízo à fiscalização, desde quando sem a existência desses elementos elaborados de forma correta, para executar os trabalhos da auditoria, os exames fiscais ficam efetivamente limitados, por não abrangerem a empresa, dificultando a descoberta de irregularidades porventura existentes.

Não acolho a solicitação de realização de perícia, 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, inciso II, alínea “b” do RPAF/99, entendo que os elementos de provas anexados aos autos são suficientes para o meu convencimento e decisão da lide.

Desta forma, a infração 05 resta totalmente caracterizada.

Voto pela procedência do Auto de Infração, cabendo a homologação dos valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206854.0001/10-4, lavrado contra **DOW BRASIL NORDESTE INDUSTRIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$67.099,12**, acrescido da multa de 60%, prevista nos incisos II, alínea “a” e VII, alínea “a” do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$11.954.233,97**, previstas nos incisos XI, IX e XIII-A, alínea “i” do mesmo artigo e Lei acima citados, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de julho de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR