

A. I. N° - 180461.0005/13-7
AUTUADO - DATAGEO INFORMÁTICA DA BAHIA LTDA.
ATUANTES - MARIA JOSÉ MIRANDA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 09/07/2014

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0105-05/14

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. **a)** ERRO NA DETERMINAÇÃO. MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Infração reconhecida. **b)** REDUÇÃO INDEVIDA DA CARGA TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. OPERAÇÕES INTERNAS COM PRODUTOS DE INFORMÁTICA. Autuado não apontou com exatidão mercadoria com NCM idêntica à que a legislação permite redução de base de cálculo. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração reconhecida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. A multa aplicada por descumprimento de norma, tem caráter punitivo, de forma a evitar a repetição da infração e não pode ser dispensada ou excluída na via administrativa sob o argumento de que tal exigência seria injusta ou gravosa, visto que os princípios constitucionais da vedação ao confisco, são dirigidos ao legislador e não ao aplicador da lei. Não fica caracterizada a ausência de dolo, visto a infração se repetir ao longo de todo o exercício fiscalizado, de janeiro a dezembro, não sendo uma situação eventual envolvendo algumas poucas notas fiscais. Mantida a infração. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO INTIMADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Nos termos do art. 708-B, parágrafo 6º, a entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014, de 04/12/96. A reincidência da mesma infração em outro exercício fiscalizado não demonstra a indispensável ausência de dolo, conforme exige o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, para que seja beneficiado pela redução da multa. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No Auto de Infração lavrado em 09/12/2013, foi efetuado lançamento de imposto e multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor total de R\$99.181,90 em razão das seguintes infrações à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 - Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Nas operações internas com produtos de informática, a empresa reduziu a base de cálculo em valor maior que o previsto na legislação, sendo lançado o valor total de R\$2.861,08 acrescido de multa de 60%, II "a";

INFRAÇÃO 2 - Recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, referente a operações internas com produtos cujas NCM não estão indicados no Anexo 5-A do inciso V do art. 87 do RICMS, sendo lançado o valor de R\$18.434,34, acrescido da multa de 60%, II, "a";

INFRAÇÃO 3 - Deixou de proceder o recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, sendo lançado o valor total de R\$393,37 acrescido de multa de 60%, II, "f";

INFRAÇÃO 4 - Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, sendo lançado o valor de R\$61.714,83. II, "d";

INFRAÇÃO 5 - Deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação com informações das operações ou prestações realizadas, sendo intimado a retificar as informações do registro 74 nos meses de janeiro a dezembro de 2009 e 2020, sendo lançada a multa de R\$15.297,19. XIII-A, "j";

INFRAÇÃO 6 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, incidindo em multa no valor de 1% sobre o valor contábil, totalizando R\$481,09. Multa de 1%, XI.

A impugnante apresenta defesa à fls. 406/429, e impugnou apenas as infrações 2, 4 e 5 e que, como se pode observar, na infração 2 exige-se o ICMS em decorrência da utilização indevida do benefício de redução de base de cálculo previsto no art. 87, inciso V, do RICMS/97 que, segundo a descrição da infração, foi utilizado indevidamente o referido benefício em relação às operações internas realizadas com produtos não indicados no Anexo 5-A, a que se refere o art. 87, inciso V, do RICMS/97, discriminados, por ela, nos Anexos 02A e 02B do Auto de Infração.

Alega entretanto, que diversos itens arrolados nos Anexos 02A e 02B, em relação aos quais o benefício de redução de base de cálculo foi glosado, enquadram-se perfeitamente na lista prevista no Anexo 5-A do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, pelo que não existira imposto a ser lançado.

Já no que concerne à infração 4, entende que a multa aplicada é desproporcional, uma vez que se trata de falta de antecipação de imposto, que foi recolhido posteriormente quando da saída das mercadorias, razão pela qual a suposta infração não foi praticada com dolo, fraude ou simulação, bem como que não implicou em falta do recolhimento de tributo por completo, diante de seu recolhimento posteriormente.

Por fim, entende que o valor que foi lançado a título de multa na infração 5, de 1% do valor das saídas, também é desarrazoado em virtude de ter feito a retificação dos arquivos magnéticos em sua quase totalidade, restando ausente apenas o Registro 74, residindo a desproporção entre a infração cometida e a penalidade sofrida, em razão de que, o estoque poderia ser levantado pela Autuante, por meio dos livros de registro e inventário da Impugnante que lhe foram entregues, razão pela qual não houve qualquer óbice à atividade de fiscalização que justificasse o valor aplicado a título de multa.

Alega que na infração 2, entende que diversos itens arrolados nos Anexos 02A e 02B do Auto de Infração enquadram-se perfeitamente na lista prevista no Anexo 5-A do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, pelo que não existe diferença de imposto a ser exigida.

Aponta que seu entendimento subsidia-se em premissa simples: diversos itens foram arrolados nos Anexos 02A e 02B do Auto de Infração sob o código nº 8544.42.00 da NCM, porém, estes mesmos itens deveriam ser considerados com o código nº 8473 da NCM, por se tratarem de partes e peças de máquinas das posições 8469 a 8472.

Que, com efeito, o código nº 8544 refere-se a fios e cabos voltados a condução de energia elétrica, bastante diferente de cabos de uso em informática e necessários para transmissão de dados, tais como cabos de ligação USB, cabo UTP – CMX C5E 24X4P, cabo para HD SATA, cabo de força, cabo de rede, cabo flat HP 600 (painel), cabo extensor de teclado, cabo para monitores e painéis de máquinas de automação e inserção de textos, cabos de dados de impressoras, cujo enquadramento correto na NCM é 8473, código que está presente no Anexo 5-A do RIMCS/97.

Portanto, não concorda com o lançamento exatamente porque diversas mercadorias reputadas pela Fiscalização Tributária como impassíveis de redução da base de cálculo constam no Anexo 5-A do RICMS/97, razão pela qual gozam da redução de base de cálculo. Por ser oportuno, veja-se a diferença entre os dois códigos da NCM (8544 x 8473), cuja simples leitura das descrições destacará a diferença ontológica entre ambos.

Além disto, foram arrolados nos Anexos 02A e 02B da autuação mercadorias como fontes (exemplos: “fonte 24 pinos 450W”, “fonte ATX 550W”, “fonte alimentação HP 5650/7260/7400/7600”, “fonte de alimentação de 275 WATTS”, “fonte HP PSC 1300/23/2410/2500/7900/1510”, dentre outras espécies de fontes) e coolers (exemplos: “Cooler Spire Coolflow II”, “cooler para gabinete 80X80 X25 DG 12846” e “cooler P4 pata Intel 775”), mercadorias que estão incluídas no Anexo 5-A do RICMS/97 sob os códigos da NCM 8473.30 e 9032.89.1/8414.59.10, respectivamente, razão pela qual a Impugnante não entende o motivo que levou a Fiscalização Tributária a considerá-los como excluídos do referido anexo do regulamento do imposto estadual.

Tem-se ainda o caso das mercadorias “SWITCH – 08 portas 10/100 – RJ45”, “Adaptador USB 108MBPS ENUWI-SG”, “SWITCH 52 POR 48P 10/100 e 2P10/100/1000”, “SWITCH – 24 PORTAS”, “SWITCH 3COM 8 Portas Gigabit”, “Switch baseline 24 portas 3COM”, “Roteador WRT54G2-BR Wireless-G”, que efetivamente constam no Anexo 5-A sob os códigos da NCM 8517.62.4 (Roteadores digitais, em redes com ou sem fio) e 8517.62.54 (Distribuidores de conexões para rede [hubs]), pelo que também não podem compor a base de cálculo da infração 02.

Por fim, tem-se ainda que as mercadorias “cartão de memória 2GB MS PRO DUO”, “Cartão de memória Stick 2GB Mark2 Sony”, “pen drive 8GB Kingston”, “pen drive 32GB Kingston” e “pen drive 8GB” também encontram guarida no Anexo 5-A sob a NCM 8523.51, pois se tratam de “dispositivos de armazenamento não-volátil de dados à base de semicondutores” exatamente por guardarem os dados nele gravados mesmo sem fornecimento de energia (memória não-volátil) e envolverem semicondutores (componente básico de diodos, transistores, microprocessadores e nano-circuitos).

Pelo exposto, entende que os produtos ora indicados, por constarem no Anexo 5-A do RICMS/97, não podem dar supedâneo à autuação por não ser possível à Autoridade Fiscal simplesmente glosar o benefício de redução de base de cálculo em relação a eles. E mesmo que eventualmente a Impugnante tenha inserido ou indicado o código da NCM de forma equivocada a alguma mercadoria, deve esse Egrégio Conselho, em respeito ao princípio da verdade material que rege o processo administrativo fiscal, considerar a classificação correta da mercadoria na NCM e o seu consequente enquadramento no Anexo 5-A, preservando a legalidade tributária estrita para conformar os fatos envolvidos no lançamento ao que determina a legislação e ao efetivamente ocorrido.

E uma vez considerados os códigos corretos das mercadorias na NCM e seu enquadramento no Anexo 5-A do RICMS/97, entende a Impugnante que a infração 2 praticamente não subsistirá, eis

que as mercadorias abrangidas representam aproximadamente 90% da base de cálculo apurada na infração.

Volta a defender a infração 4, destacando que não está a se insurgir quanto ao percentual da multa por infração considerado isoladamente, mas sim em relação ao alto valor aplicado (R\$61.714,83), valor que a torna, no caso concreto, confiscatória, irrazoável e desproporcional, especialmente quando considerado que:

- a) *A infração 4 é a de maior valor dentre as demais infrações do auto de infração, pelo que se pode atribuir um caráter eminentemente arrecadatório;*
- b) *A suposta infração não foi praticada com dolo, fraude ou simulação;*
- c) *Não implicou em falta do recolhimento de tributo por completo, diante de seu recolhimento posteriormente, não ocorrendo apenas a antecipação do ICMS.*

Portanto, entende a Impugnante que deve ser aplicado, por analogia, a disposição do § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, para se reduzir ou cancelar a multa diante da comprovação que a alegada infração não foi praticada com dolo e, importantíssimo, também não implicou na falta de recolhimento do imposto, que foi recolhido posteriormente pela Impugnante.

Volta também a defender a infração 5, alegando que a desproporcionalidade da multa fica mais evidente quando se constata que nenhum livro ou documento fiscal deixou de ser apresentado, consoante o recibo de arrecadação e posterior devolução pela Fiscalização Estadual, e por isso, eventual omissão do Registro 74 foi totalmente suprida pela documentação fiscal e contábil posta à disposição da ilustre Fiscalização. Como se sabe, a irregularidade encontrada nos arquivos magnéticos da Impugnante não resultou de ato intencional, mas de mera falha operacional, sem qualquer grau de intenção de lesar o Fisco Estadual.

Daí porque a Impugnante requer a esse Egrégio CONSEF que pratique medida de justiça fiscal ao cancelar a infração apontada no Auto de Infração, resultante de uma infelicidade, que não resultou em qualquer evasão fiscal. Noutro giro, caso esse Conselho entenda ser prudente a redução da multa, vale como parâmetro o Acórdão CJF N° 0206-12/05, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal e que merece registro também o Acórdão JJF N° 0186-01/02, da 1ª Junta de Julgamento Fiscal.

Que em sendo assim, tem-se que a acusação de não fornecimento de arquivos magnéticos (alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96) não corresponde à verdade dos fatos, conforme explanado, razão pela qual as infrações de não fornecimento de arquivos e apresentação de arquivos com omissão possuem conteúdo diverso e sujeitas, desta forma, à aplicação de multas diferenciadas, não poderia a Fiscalização tratar uma pela outra.

Daí porque, em homenagem aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como ao art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, a Impugnante entende ser razoável a redução da multa aplicada pela infração reportada no Auto de Infração para aquela prevista no inciso XX, letra “b” do mesmo artigo, como forma de realizar uma verdadeira justiça fiscal.

Requer que seja julgada improcedente a infração 2, uma vez que os produtos glosados pela Autoridade Fiscal estão, efetivamente, abrangidos pelo Anexo 5-A do RICMS/97, e, portanto, não houve qualquer mácula na utilização do benefício de redução de base de calcula utilizado pela Impugnante. Por fim, requer também, com fulcro no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, o cancelamento ou a redução da multa aplicada nas infrações 4 e 5, tudo conforme o prudente arbítrio desse CONSEF, como forma de realizar uma verdadeira justiça fiscal e evitar-se a aplicação de multas fiscais eminentemente desproporcionais e confiscatórias.

A autuante apresenta informação fiscal fls. 437/447, onde inicialmente constata que a ação fiscal ora impugnada formalizou seis infrações, destacando a autuada que impugnará as infrações 2, 4 e 5, e que parcelará as infrações 1, 3 e 6, não apresentando impugnação às mesmas na presente manifestação.

Quanto à defesa da infração 2, diz que o código da NCM 85.44.42.00, dos diversos tipos de cabo constantes dos Anexos 02A e 02B, bem como de todos os outros, não foram atribuídos pela

autuante aleatoriamente; eles foram obtidos através das notas fiscais de entradas de mercadorias, cujas cópias se encontram anexas ao demonstrativo da infração 4 - antecipação parcial (fls. 147 a 272), códigos esses atribuídos pelo fornecedor, na grande maioria, a indústria, o próprio fabricante, detentor do conhecimento técnico do processo de fabricação. (Notas Fiscais nºs 69395, fl. 179, 68676, fl. 180, 104002, fl. 185, 212277, fl. 196 e muitas outras.) Assim, diz que não poderia afirmar que o enquadramento correto é no código da NCM 8473, como quer a autuada. Ademais, o código NCM 8473 de forma abrangente não conta no Anexo 05A como afirma a autuada, e sim os códigos NCM específicos: 8473.30, 8473.40 e 8473.50.

Alega também a impugnante, no tocante às mercadorias descritas como “fontes e cooler”, nos diversos tipos, com o argumento de que também estão incluídas no Anexo 5-A sob os códigos da NCM 8473.40 e 903289.1/8414.59.10. Tem-se ainda o caso das mercadorias Switch diversas, Adaptador USB e Roteador que alega a autuada que constam no Anexo 5A sob códigos da NCM 8517.62.4 (Roteadores) e 8517.62.54 (Distribuidores de conexões para rede (hubs)). Mais uma vez a autuante esclarece que os códigos da NCM das mercadorias, fontes, cooler, switch, adaptador e roteador atribuídos por ela nos demonstrativos que foram objeto desta infração, foram obtidos através das notas fiscais de entrada de mercadorias (fls. 147 a 272). Assim, não poderia a autuante enquadrá-los em códigos diferentes, como quer a autuada.

Para finalizar, diz que as mercadorias cartão de memória e *pen drive* citadas pela autuada no item 14 da defesa, alegando que se encontram inseridas no Anexo 5-A sob a NCM 8523.51, a autuante glosou o benefício da redução da base considerando que as mesmas estão com o código NCM 8473.50.20 que foram excluídas do Anexo 5-A a partir de 09/09/2009. Nesse sentido, diz que teve recentemente um Auto de Infração julgado procedente, em questão similar, conforme Acórdão da 4ª JJF nº 0018-04/14. Ademais, existem outras mercadorias tais como projetor Hitachi, controle remoto, tela elétrica, servidor, chaveador, chassis, gateway, etc., que não foram objeto de questionamento pela autuada.

Que na infração nº 4, a obrigatoriedade no recolhimento do imposto devido por antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, está prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96. Assim sendo, como não poderia ser diferente, a autuante apenas aplicou a legislação, pelo não recolhimento do imposto devido pela antecipação parcial.

Quanto ao valor de R\$61.714,83, considerado pela autuada como "*um alto valor aplicado*", diz que não chegou a ele aleatoriamente. Que é o resultado de um demonstrativo (fl. 148 a 154) referente à auditoria, que mostra de forma clara e precisa o cálculo do ICMS devido pela antecipação parcial, com base notas fiscais das aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, sendo aplicada a multa sobre o resultado obtido, em função do não recolhimento do imposto.

Que na infração nº 5, o contribuinte foi intimado em 24/09/2013 a retificar as inconsistências dos Arquivos Magnéticos dos exercícios de 2009 e 2010, inclusive com as informações do Registro 74 - Inventário dos meses de janeiro e dezembro e que o mesmo não atendeu à solicitação relativa às informações do Registro 74 dos meses de janeiro e dezembro dos referidos exercícios, incidindo em multa apurada conforme Anexos 5A e 5B. Que com base na descrição da infração e na legislação vigente à época da ocorrência, acima transcritas, quem está a trocar uma infração pela outra é a autuada e não a autuante.

Reafirma que a redação do texto da multa aplicada é : "*pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo*" e não " pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura". Conforme já descrito, em 24/09/2013, a autuada foi intimada a apresentar as informações do registro 74 dos arquivos magnéticos de janeiro e dezembro de 2009 e janeiro e dezembro/2010, não informando mesmo após a intimação, o que ensejou a cobrança de multa de 1% de trata a alínea "j" do Inciso XIII-A da Lei nº 7.014/96, sendo devida a autuação.

Que ante o exposto, considerando que o processo está revestido de todas as formalidades essenciais, e não tendo a autuada apresentado nenhuma prova contrária que fizesse jus ao seu

pleito, entendemos, salvo melhor juízo, que o Auto de Infração em questão, deva ser julgado procedente, nos itens questionados.

VOTO

Fazem parte desta lide, conforme descrição do relatório, apenas as infrações 2, 4 e 5, havendo reconhecimento pelo impugnante, dos demais itens lançados no Auto de Infração. Assim, passo ao julgamento destas supracitadas infrações, que foram defendidas no bojo da impugnação.

Na infração 2, entende a autuante, que em algumas operações internas com produtos de informática, são indevidas a redução de base de cálculo em virtude da respectiva NCM não comportar a redução prevista em lei. Já a Impugnante, afirma que a infração praticamente não subsistirá, eis que as mercadorias listadas na impugnação, teriam direito à redução da base de cálculo, e *representam aproximadamente 90% da base de cálculo apurada na infração*. Ou seja, reconhece parcialmente a infração, embora não tenha apresentado memorial de cálculo acerca dos valores reconhecidos. Entre outras razões, alega que mercadorias cuja NCM consta como sendo nº 8544.42.00 deveriam ser considerados com o código nº 8473 da NCM, por se tratarem de partes e peças de máquinas das posições nºs 8469 a 8472, e portanto, fariam jus à redução da base de cálculo.

Neste caso, compulsando os autos, à fl. 179, DANFE nº 69.395, o cabo para monitor fornecido pela DELL computadores do Brasil tem NCM nº 8544.42.00; Seguramente não pode o autuante, nem este julgador, fazer juízo de valor, de que tal NCM deveria ser considerada com o código nº 8473, além do que, não bastaria que figurasse no grupo nº 8473, mas também nos subgrupos, pois não são todas as mercadorias com NCM nº 8473 que faze jus ao benefício, mas apenas algumas delas, conforme se verifica em transcrição de parte do Anexo 5-A.

84.73.30	Partes e acessórios das máquinas da posição 84.71.
8473.40	Partes e acessórios das máquinas da posição 84.72
8473.50	Partes e acessórios que possam ser utilizados indiferentemente com as Máquinas ou aparelhos de duas ou mais das posições 8469 a 8472
8473.50.20	Cartões de memória (“memory cards”)

Se erro houve na emissão da nota fiscal pela DELL, deveria o impugnante buscar carta de correção da NCM contida nas notas fiscais, pois só o fabricante estaria devida balizado a afirmar que houve erro na nomenclatura, e identificar integralmente a NCM e não apenas o grupo da nomenclatura a que pertence, visto tratar de mercadorias fabricadas e comercializadas por ele.

O impugnante trouxe uma série de mercadorias como exemplo, sem contudo apresentar o número das notas fiscais ou as páginas do processo. Assim, ao fazer rastreamento nos autos, de alguns itens reclamados pelo impugnante, constato as seguintes mercadorias e suas nomenclaturas :Switch 24p - fl. 203, DANFE nº 4.479, NCM 8517.62.39; Roteador 3com, fl. 237, DANFE nº 20.612 NCM nº 85.17.62.39; fazendo comparação com as NCM do Anexo 5-A, encontro o seguinte:

8517.62.40	Roteadores digitais, em redes com ou sem fio.
8517.62.54	Distribuidores de conexões para rede (hubs)
8517.62.55	Moduladores/demoduladores (“modems”).

Constatou que embora parecidos, não são exatamente as mesmas NCM, pois apenas tem em comum, o fato de pertencerem ao Grupo nº 8517. Outro exemplo, é a Fonte 600w atx p/p4 20+4 pinos fl. 182, Nota Fiscal nº 628, NCM nº 8504.40.29.

A única NCM parecida é a que está abaixo transcrita:

8504.40.40	Equipamento de alimentação ininterrupta de energia para microcomputadores – “no break”
------------	--

Dessa forma, fica evidente que a lide se resume mesmo a uma questão de interpretação do dispositivo do Anexo 5-A, não havendo necessidade de se aprofundar outros pormenores, se no caso em discussão, a NCM cuja numeração seja muito próxima, como os exemplos acima citados, e cujas mercadorias podem até ter descrições semelhantes e funções igualmente similares, se poderia aproveitar o fato de estarem no mesmo grupo da NCM, para efeitos de redução de base de cálculo concedida em benefício fiscal.

Conforme já explicitado no voto citado pela autuante, 4^a JJF Nº 0018-04/14, em situação idêntica a esta lide e coincidentemente deste mesmo Relator, a melhor doutrina dita que nos casos de benefícios fiscais, a interpretação deve ser literal ou restritiva, contrapondo-se à interpretação ampliativa ou extensiva. Tal entendimento, decorre do texto do art. 111 do CTN:

Art. 111 - Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I – suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II – outorga de isenção;

III – dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Assim, a redução de base de cálculo equivale a uma isenção parcial e se aplica perfeitamente a interpretação ordenada pelo artigo supracitado, pois não pode a incidência da lei que autoriza diminuição da carga tributária ir “além” da fórmula ou hipótese expressas em seu texto, o que vem a se traduzir na necessária segurança jurídica nas relações entre o fisco e os contribuintes. A interpretação literal deve ser a mais restritiva possível, na medida em que exige do intérprete que este se mantenha atrelado às expressões contidas no texto legal, dado que na acepção da interpretação restritiva, “*o que é regra se presume e o que é exceção deve estar expresso em lei*”.

É bem verdade que o impugnante citou em sua defesa a NCM nº 8517.62.4 (Roteadores) e nº 8517.62.54 (Distribuidores de conexões para rede (hubs) que constam exatamente com a mesma numeração no Anexo 5-A, no entanto não comprovou apontando qualquer nota fiscal do processo. Este Relator também se deu ao trabalho de fazer uma varredura nos documentos acostados ao PAF, destes e de outras mercadorias na tentativa de encontrar qualquer das a NCM correspondente ao Anexo 5-A, sem êxito. Se de fato, existe alguma mercadoria com NCM idêntica à que a legislação permite redução de base de cálculo, deveria o impugnante apontar com exatidão, no intuito de se possibilitar uma diligência para correção. No entanto, apenas alegou os fatos sem trazer efetiva comprovação, indicando o número da nota fiscal ou a páginas do processo onde pudesse se comprovar a alegação. Além disso, pode se verificar que há outros julgamentos de assuntos semelhantes e do mesmo contribuinte: ACÓRDÃOS JJF Nºs 0309-01/13 e 0266-13/13. Pelo exposto, voto pelo acatamento deste lançamento. Infração 2 procedente.

Quanto à infração 4, o impugnante não discorda quanto à prática da infração, mas argumenta que a multa é desproporcional, *uma vez que se trata de aplicação de multa pela falta de antecipação do imposto, que foi recolhido posteriormente, quando da saída das mercadorias, pelo que a suposta infração não foi praticada com dolo, fraude ou simulação, bem como que não implicou em falta do recolhimento.*

Entende o impugnante que tal multa é exorbitante, mas não tem esta Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 167, competência para apreciar tal arguição, por se tratar de defesa afeta à constitucionalidade ou ilegalidade da norma. O recolhimento da antecipação parcial constitui uma obrigação tributária acessória, cujo fato gerador é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal, de acordo com os termos do art. 115 do CTN:

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

Assim sendo a multa cobrada por descumprimento de norma, cuja função tem caráter punitivo de forma a evitar a repetição da infração e não pode ser dispensada ou excluída na via administrativa sob o argumento de que tal exigência seria injusta ou gravosa, visto que os princípios constitucionais da vedação ao confisco, são dirigidos ao legislador e não ao aplicador da lei. Se o impugnante entender que a norma é constitucional, a declaração de constitucionalidade é atribuição exclusiva do Poder Judiciário. Assim, a antecipação parcial tem sua incidência prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/97, incluído pela Lei nº 8.967/03:

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

O descumprimento da norma, sem que haja descumprimento de obrigação principal, em virtude da saída das mercadorias com tributação normal, como foi o caso, resulta em multa por descumprimento de obrigação acessória de 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. Nos termos do art. 158 do RPAF, as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.

Fica caracterizada a ausência de fraude ou simulação, no entanto não fica caracterizada a ausência de dolo, visto a infração se repetir ao longo de todo o exercício fiscalizado, de janeiro a dezembro, não sendo uma situação eventual envolvendo algumas poucas notas fiscais, e assim, mantendo a infração no seu inteiro teor. Infração 4 procedente.

Na infração nº 5, consta no processo, que o contribuinte foi intimado em 24/09/2013, conforme prova às fls. 283, a retificar as inconsistências dos Arquivos Magnéticos, inclusive relatando a ausência do Registro 74 - Inventário dos meses de janeiro e dezembro. Nos termos do art. 708-B, parágrafo 6º, a entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014, de 04/12/96. A este respeito, vejamos julgamento da 3ª CJF, ACÓRDÃO Nº 0266-13/13, envolvendo o mesmo contribuinte deste processo em julgamento. É salutar a descrição da infração cometida e julgada em grau de Recurso Voluntário, que negou provimento, para que não pairem dúvida sobre a exatidão da infração julgada, coincidentemente também de nº 5:

INFRAÇÃO 5. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, no valor de R\$19.012,98. O contribuinte foi intimado a retificar as inconsistências dos arquivos magnéticos em 06/01/2011, inclusive a apresentação dos Registros 74 dos meses de janeiro e dezembro dos exercícios de 2006 e 2007, os quais não foram apresentados. Termo de Intimação com anexos às fls.11 a 32, com data de ciência do contribuinte em 06/01/2011, concedendo ao intimado o prazo de trinta dias para correção das inconsistências discriminadas pelo Fisco na mencionada intimação; demonstrativo de cálculo do levantamento fiscal à fl. 607 (volume III).

Vejamos agora o que decidiu a Câmara:

Não se trata de multa por falta de envio mensal de arquivo magnético. O contribuinte enviou os arquivos a esta SEFAZ, e o fez de forma incorreta, ou seja, enviou arquivos com dados inconsistentes. O Fisco, detectando esta irregularidade, intimou o sujeito passivo para corrigir os erros dos arquivos enviados mensalmente. Os erros dos arquivos magnéticos foram verificados exatamente a partir da escrita fiscal do contribuinte, posto que os dados de parte dos registros de seus arquivos magnéticos não espelhavam, e deveriam rigorosamente espelhar, os dados que o contribuinte escriturou em seu livro Registro de Inventário. Ou seja, o livro Registro de Inventário que o contribuinte apresentou ao Fisco comprova que há irregularidade a ser corrigida. Não comprova que o Fisco poderia efetivar roteiros de auditoria fiscal utilizando tal livro fiscal, ou utilizando os arquivos magnéticos que contêm dados inexatos. Pelo contrário, a escrita fiscal comprova a irregularidade quando ao cumprimento da obrigação acessória de informação correta de dados nos arquivos magnéticos que devem ser enviados mensalmente a esta SEFAZ, por força do Convênio ICMS 57/95 e legislação correlata.

Observo que as multas aplicadas, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Por outro lado, quanto ao argumento, levantado pelo contribuinte, no sentido de que na Infração 5 não estaria caracterizado o dolo, ou má-fé, do contribuinte, observo que o contribuinte, não apenas durante uma ocasião isolada, mas durante o período objeto da apuração fiscal, continuadamente deixou de declarar corretamente os dados fiscais nos registros dos seus arquivos magnéticos, situação esta comprovada nos autos deste processo.

Com este procedimento retardou o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da totalidade das operações que praticou, e do estoque que possuía ao encerrar seu exercício fiscal. A prática infracional compele à aplicação da multa prevista na legislação. A dispensa, ou redução, de imposição de penalidade que se encontra prevista no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, exige do sujeito passivo a comprovação de que as infrações teriam sido praticadas sem dolo, fraude, ou simulação, e que não houvessem implicado falta de recolhimento do ICMS.

Portanto, da conduta infracional decorre a aplicação da multa, e nos termos do § 2º do artigo 40 da mesma Lei está previsto que independe, tal sanção, da comprovação da ocorrência de dolo.

Contudo, para que ocorra a dispensa da aplicação de multa é que se faz necessária a comprovação da falta de dolo. Portanto, caberia ao contribuinte comprovar que não houvera dolo, e que o imposto relativo às operações que praticou teria sido regularmente recolhido ao erário. Observo que inexiste comprovação de falta de pagamento de imposto ao erário, nos autos deste processo, pelo que igualmente inexistentes as condições previstas legalmente para a redução da multa indicada no Auto de Infração e mantida pela Decisão de primeiro grau.

Voto pela manutenção da Decisão a quo no sentido da manutenção da multa relativa à Infração 5, tal como indicada no Auto de Infração.

Assim, o voto proferida na câmara ratifica a aplicação da multa nos mesmos termos em que aqui ficou caracterizada, razão pela qual não vislumbro outra decisão que não a de manter a infração por estar em absoluta conformidade com a lei.

Quanto ao pedido de diminuição da multa, diz o impugnante em sua justificativa, *que eventual omissão do Registro 74 foi totalmente suprida pela documentação fiscal e contábil posta à disposição da Fiscalização*. Tal afirmação não condiz com a verdade, visto que os registros 74 indicam a descrição das mercadorias, e são fundamentais para a execução do roteiro de auditoria de estoques, utilizando-se dos aplicativos modernos postos à disposição do fisco.

Em não havendo tais registros, embora não signifique que seja impossível a auditoria de estoques, por meios convencionais, na prática é inviável a sua aplicação pela demanda de tempo, logística e erros decorrentes da execução sem os meios adequados, tal diversidade de itens, códigos e descrições das mercadorias. Além disso, a transcrição do julgamento acima, deste mesmo contribuinte, e com a reincidência da mesma infração em outro exercício fiscalizado não demonstra a indispensável ausência de dolo, conforme exige o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, para que seja beneficiado pela redução da multa. Infração 5 procedente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **180461.0005/13-7**, lavrado contra **DATAGEO INFORMÁTICA DA BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.688,79**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas "a" e "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas pecuniária no valor de **R\$61.714,83** e por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$15.778,28**, previstas nos incisos II, "d", XI e XIII-A, "j", do mesmo diploma legal citado, sendo a última alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de maio de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO- JULGADOR