

PROCESSO	- A. I. Nº 206890.0005/02-5
RECORRENTE	- LOJAS DADALTO S/A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0237-03/03
ORIGEM	- INFAZ ILHÉUS
INTERNET	- 06/11/03

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0120-12/03

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS COM PREÇO INFERIOR AO DE AQUISIÇÃO. Infração comprovada. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DIFERENÇA DECORRENTE DA DIVERGÊNCIA ENTRE OS LIVROS REGISTRO DE ENTRADAS E DE REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. Infração parcialmente caracterizada. Modificada em parte a decisão da Junta de Julgamento 3. **a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração elidida em parte; **b)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração elidida em parte; **d)** ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Infração descaracterizada na forma como foi lançada pela fiscalização. Subsiste, todavia, a multa prevista no art. 42, inc. XX, letra “b”, da Lei nº 7.014/96, por se tratar de exigência relacionada com as sucessivas intimações fiscais dirigidas ao contribuinte e não atendidas em prazo razoável. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto com o objetivo de modificar a Decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima referenciado.

No presente Recurso Voluntário o contribuinte se insurge contra o julgamento que lhe foi desfavorável com relação às infrações 1, 2 e 8 e infrações 4 e 5 (em parte). Com referência às infrações 3, 6 e 7 afirmou estar conformado com a Decisão de Primeira Instância, tendo, inclusive, providenciado o recolhimento das parcelas devidas, conforme documento de arrecadação anexo.

Antes de adentrar ao mérito da autuação, o recorrente suscitou duas preliminares de nulidade na peça recursal, abaixo citadas:

- 1ª) falta de fundamentação legal dos dispositivos infringidos e;
- 2ª) inconstitucionalidade da multa confiscatória.

Afirma que a Junta de Julgamento Fiscal, quanto às preliminares, disse que não há nulidade do Auto de Infração, pois o mesmo preenche as formalidades legais e que as multas aplicadas não têm aspecto de confisco, pois estão previstas em Lei.

Alega que em todas as autuações o dispositivo legal citado como infringido estava amparado em DECRETO, o que não é suporte legal para servir de embasamento jurídico que determine a ação ou omissão de alguém, ou seja, SOMENTE A LEI, pode servir de fundamentação legal de alguma infração e cita a Constituição Federal, art. 150, I.

Sustenta que o poder de tributar é limitado e que a recorrente foi autuada, segundo os autuantes, por ter infringido dispositivos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, alegando que em matéria tributária há tanto reserva formal de lei quanto reserva absoluta e evoca a recepção pela CF de 88 do art. 97 do CTN, mais especificamente o inciso I.

A tese da defesa é de que no Direito Brasileiro só a lei – em sentido formal e material pode estatuir tributos. Sendo a Lei proveniente do Legislativo, a única fonte de Direito. Portanto, quaisquer dos atos do executivo: Decretos, Portarias, Instruções Normativas entre outros, que dispuserem nesse sentido são inconstitucionais. E segundo consta no Auto de infração, o recorrente infringiu dispositivos de um Decreto, ato do Poder Executivo, logo não procede a autuação.

Fundamenta suas razões em jurisprudência do STF, onde é afirmado que Decreto não basta para legitimar cobrança de imposto, que por Lei deve ser instituído (Ac. Un do STF de 29/02/72, RE 76.672)

Ao sustentar a nulidade da multa em razão da sua INCONSTITUCIONALIDADE, por entender ter efeitos CONFISCATÓRIOS, argumenta que nesta preliminar, a Junta se manifestou dizendo que não há que se falar em confisco das multas, já que as mesmas têm previsão legal (art. 42 da Lei 7.014/96).

O recorrente questiona a multa, argumentando que a mesma tem característica de confisco, questionando a Lei que instituiu tais multas.

Aduz que o Estado não pode usar Lei Tributária para estipular multas que têm efeito de confisco, além de infringentes da capacidade contributiva do contribuinte. O princípio do não confisco decorre do disposto no inc. IV do art. 150 da Constituição Federal. Em abono de sua tese, a defesa cita alguns doutrinadores e jurisprudência de Tribunais, justificando que é vedado no direito brasileiro o exercício de tributação confiscatória. Portanto, a imposição da penalidade sobre o valor do imposto tido como devido é imprópria configurando ato legislativo inconstitucional. Assim, a defendente aguarda a DESCONSTITUIÇÃO DA AUTUAÇÃO baseada nas preliminares suscitadas.

Passemos a relatar, a seguir, as questões pertinentes ao mérito do Auto de Infração.

INFRAÇÃO 01 – Imputação: Saída de mercadoria tributada em transferência com base de cálculo inferior ao de aquisição conforme previsto no art. 56, inc. IV, alínea “a” do RICMS/BA, aprovado

pelo Decreto nº 6.284/97, constatado através de prejuízo na Conta de Mercadoria (Auditoria da Margem de Valor Adicionado). Valor exigido: R\$66.826,69.

A Junta de Julgamento Fiscal considerou a autuação procedente, dizendo que o procedimento da recorrente contraria o disposto no art. 56, IV, “a”, do RICMS/97. O voto do Sr. Relator apresentou o seguinte conteúdo: *“o autuado não nega que realiza transferências de mercadorias com a base de cálculo abaixo do custo de aquisição. Entende que tal procedimento não causa prejuízo para o Estado, porque o valor debitado em um estabelecimento seria creditado no outro. No entanto, tal procedimento contraria o disposto no art. 56, IV, “a”, do RICMS/97, pelo que considero a exigência em questão correta.”*.

Os Agentes Fiscais alegam que houve saída de mercadoria tributada em transferência com base de cálculo inferior ao preço de aquisição, conforme previsto no art. 56 inc. IV, alínea “a” do RICMS aprovado pelo Dec. nº 6.284/97, constatado através de prejuízo da Conta de Mercadoria (Auditoria da Margem de Valor Agregado). O enquadramento legal foi art. 1º, inciso I c/c art. 2º, inciso I e art. 56, IV, alínea “a”, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97.

Como mencionado, a origem da presente autuação teve por base os mapas de Auditoria da Margem de Valor Adicionado – MVA, onde os agentes fiscais encontraram a suposta diferença.

A defesa alega tratar-se de TRANSFERÊNCIA de mercadorias do estabelecimento autuado para demais filiais estabelecidas neste Estado, portanto, mesmo que os dispositivos estejam prevendo a incidência do ICMS nas transferências de mercadorias do mesmo titular, inclusive determinando a base de cálculo, tal regra é ilegal e desnecessária já que não há circulação efetiva da mercadoria e nem VALOR AGREGADO.

O recorrente alega não ter causado prejuízo ao Erário Estadual pois as operações são todas de transferências na mesma empresa, o ICMS debitado em uma filial seria creditado nas outras, não alterando o resultado final do recolhimento do ICMS “do mesmo titular” existindo apenas o DESLOCAMENTO das mercadorias para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, dentro do Estado da Bahia, logo não constituindo fato gerador de ICMS. Cita jurisprudência de tribunais e pede a improcedência desse item da autuação.

INFRAÇÃO 02 – Imputação: Recolheu a menor ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no Livro Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS. Valor exigido: R\$2.278,57.

A Junta Julgamento Fiscal manteve a exigência, dizendo que efetivamente existe a divergência de lançamento entre os livros fiscais, ressaltando que a Recorrente somente apresentou a retificação do livro após a ação fiscal.

A defesa alega que os créditos apropriados são legais, tendo somente ocorrido um equívoco quando da autenticação do Livro de Registro de Entradas referente ao mês de MAIO DE 1999 que não contou com as notas lançadas na fl. nº 37, mas alega que as operações foram efetuadas e as notas fiscais contabilizadas e consideradas na movimentação fiscal da Defendente, pois as notas foram IMPUTADAS no sistema, geraram a entrada e o crédito de ICMS (provado através da DMA – apresentada à época e do Livro de Apuração, porém quando gerou o Livro de Registro de Entradas, por problemas do software, as mesmas não foram listadas, ou seja, impressas.

A defesa pede, também, para ser julgada improcedente a autuação deste item.

INFRAÇÕES 04 e 05 – Imputações: relacionam-se com a entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita à tributação sem o devido registro na escrita fiscal (infração 4) e o mesmo fato em relação às mercadorias não tributáveis (infração 5).

O recorrente afirma que a Junta de Julgamento Fiscal acatou grande parte da Defesa, mas em alguns valores há desacordo, conforme discriminado abaixo.

Mês de maio de 1999 – Vr. R\$1.217,51 – Esse valor, segundo a Defesa é reflexo da Infração nº 2, pois houve erro na impressão das folhas de registro de entradas, mas os documentos existem e foram considerados na movimentação fiscal, sendo contabilizados e dado entrada no estoque. A própria DMA é prova das alegações da recorrente.

Mês de setembro de 2000 – No mês 09/200, a diferença encontrada era de R\$2.289,52 que após a defesa, os autuantes alteraram para R\$506,06. A recorrente alega que o valor devido é R\$14,57 e já foi recolhido, pois o valor de R\$491,49 corresponde à Nota Fiscal nº 90.214 das Lojas Dadalto S/A. Houve equívoco da defendente que lançou a referida nota fiscal no livro com o nº 90.214 (ocorrendo uma inversão de números na digitação), mas os valores são comprovados através da juntada de cópia reprográfica do livro, em destaque.

INFRAÇÃO 08 – Imputação: Deixou de fornecer os arquivos magnéticos com as informações das operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura. Falta de apresentação dos arquivos magnéticos com o registro das operações referentes ao período de agosto de 2000 a fevereiro de 2002, apesar de regularmente intimado e reintimado para cumprimento da obrigação, conforme disposto no art. 686, inciso I, alínea “a” e seu parágrafo 5º, art. 708-B e art. 915, inciso XIII-A, alínea “g”, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Valor exigido: R\$158.283,00.

A Junta de Julgamento Fiscal considerou procedente a autuação, pois, segundo ela, o recorrente não comprovou nos autos a efetiva entrega dos arquivos e a legislação da época, já exigia a entrega dos arquivos por item da mercadoria. A Decisão recorrida, em relação a este item, assim se pronunciou:

“A emissão de documentos fiscais e a escrituração de livros fiscais por sistema eletrônico de processamento de dados está prevista no Convênio ICMS nº 57/95, como também no RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, conforme art. 683 e seguintes, sendo estipuladas condições específicas para utilização do sistema eletrônico de processamento de dados, dentre as quais a de que os contribuintes que utilizam sistema eletrônico de processamento de dados para emissão de documentos fiscais estão obrigados a apresentar sua movimentação em meio magnético por item de mercadoria (registro 54), conforme dispositivo a seguir reproduzido:

Art. 686. O contribuinte de que trata o art. 683 está obrigado a manter, pelo prazo decadencial, as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos recebidos ou emitidos por qualquer meio, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração, na forma estabelecida neste Capítulo.

I - por totais de documento fiscal e por item de mercadoria (classificação

fiscal), quando se tratar de:

a) Nota Fiscal, modelos 1 e 1-A;

IV - por total diário, por equipamento, e por resumo mensal por item de mercadoria (classificação fiscal), por estabelecimento, quando se tratar de saídas documentadas por:

a) Cupom Fiscal ECF;

b) Cupom Fiscal PDV;

c) Cupom Fiscal de máquina registradora quando acoplada a computador;

Logo se observa que, na data da ocorre do fato gerador (30/07/02) a legislação já previa a obrigação do contribuinte de informar as operações realizadas, por totais de documento fiscal e por item de mercadoria, cuja obrigação acessória não foi satisfeita pelo mesmo, sujeitando-se a multa 1% do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias ocorridas em cada período, pelo não fornecimento, nos prazos previstos na legislação, de arquivo magnético com as devidas informações das operações realizadas. Assim, subsiste a exigência”.

O recorrente alega ter juntado cópias dos recibos dos arquivos entregues tempestivamente à Secretaria de Estado da Fazenda (docs. apensados às fls. 466 a 488 do PAF), cumprindo sua obrigação. Informa que não estava obrigada a entregar os arquivos aos moldes exigidos pelos autuantes através do resumo dos itens mês a mês, pois entende que não havia dispositivo legal que assim exigia, pois o art. 686, IV, § 5º; art. 708 (A ou B?) e 712-B, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 não estabelecem essa exigência. Declara que os arts 708- A e 708-B, foram acrescentados pelo Decreto nº 7.886, de 29/12/00 com efeitos a partir de 30/12/00 (alteração nº 21), só podendo ser exigida a entrega nos moldes estabelecidos a partir de 30/12/00, que exclui a exigência desde agosto de 2000 a dezembro de 2000. Assim entende ser descabida a exigência com relação ao período de agosto e dezembro do ano 2000.

O sujeito passivo argumenta que não apresentou com os itens mês a mês porque entendeu que não estava sujeito a tal exigência, pois o art. 708-A falava em movimento econômico mês a mês, e o seu respectivo parágrafo 2º previa que não havia necessidade de conter itens. Somente através do Decreto nº 8.375, de 22/11/2002 é que foi alterada a redação do RICMS passando a exigir que os dados referentes aos itens de mercadorias constantes dos documentos fiscais.

Declara, ainda, que a informação que o contribuinte tem, por parte do Estado, quanto à exigência do SINTEGRA, com itens das mercadorias, seria a partir de JANEIRO DE 2003. Aduz que a questão do SINTEGRA é nacional e sofreu alterações em todos os Estados e que no Espírito Santo, Estado onde se localiza a sede administrativa do recorrente, só se estava exigindo a entrega dos arquivos nos moldes exigidos pelos agentes fiscais da Bahia a partir de dezembro 2002.

Reitera ter cumprido todas as exigências legais do Estado da Bahia, com a entrega dos arquivos magnéticos no formato previsto pela legislação vigente à época do cumprimento da obrigação, comprovando tal assertiva com a juntada de recibos de entregas.

Outro aspecto que suscitou no Recurso Voluntário, para efeito de argumentação, relaciona-se com a aplicação da multa, pois os autuantes usaram o movimento de entradas e saídas, método de cálculo que foi confirmado na Decisão recorrida. Sustenta que a multa deveria ser aplicada

sobre as operações de saídas, ao interpretar o art. 42, XIII-A, alínea “g” da Lei nº 7.014/96, quando o citado dispositivo faz referência à expressão “operações ou prestações realizadas”. Cita, como paradigma, o Acórdão nº 0148-01/02, da 1ª JF, que sobre o assunto decidiu que a multa deve ser aplicada sobre o valor das operações de saídas.

Destacou ainda que em todas as defesas apresentadas na instância administrativa, citou o Decreto nº 8.375, de 22/11/2002, que alterou a redação do § 2º do art. 708-A, do RICMS, modificação essa que passou a exigir a apresentação dos arquivos por item de produto e que nenhuma Junta se posicionou a respeito.

Ao final o requerente pede que este item da autuação seja julgado Improcedente.

A Procuradoria Fiscal (PGE/PROFIS), através da Dra. Maria José Ramos Coelho Lins de A. Sento Sé, exarou parecer, às fls. 569 e 570 do PAF, onde declara que inexistem razões jurídicas capazes de modificar o julgamento de 1ª Instância, haja vista que o recurso repete as razões aduzidas na inicial, sem apresentar prova documental capaz de legitimar suas operações, bem como o do demonstrativo de débito capaz de alterar os valores detectados no lançamento tributário. O julgamento recorrido analisou pormenorizadamente, todos os argumentos da defesa inclusive as preliminares apresentadas. É oportuno salientar que o CONSEF é incompetente para apreciar inconstitucionalidade. Aduz que as infrações constatadas pelos autuantes estão claramente tipificadas, comprovadas através de livros e documentos fiscais e fundamentadas na legislação tributária vigente à época da ocorrência dos fatos geradores. E conclui, opinando pelo CONHECIMENTO e NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente passo a apreciar as preliminares suscitadas pelo recorrente. A primeira relacionada com a falta de fundamentação legal dos dispositivos infringidos no Auto de Infração e a segunda, referente à inconstitucionalidade da multa confiscatória.

Afasto as duas preliminares de nulidade. A primeira com fundamento na parte inicial do art. 19 do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), ao dispor que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção de dispositivo de lei que lhe seja correspondente. Além disso, todas as infrações apontadas pela fiscalização foram tipificadas na Lei nº 7.014/96, que estabelece os percentuais de multa previstos para cada situação. Além disso não se pode aceitar a tese de nulidade do lançamento se descrição dos fatos é precisa e minuciosa, conforme se verifica neste processo, ainda que o enquadramento legal não tenha sido o adequado, pois não houve prejuízo para o exercício do direito de defesa. Se a exigência fiscal é devida ou não é questão que será oportunamente examinada quando da apreciação do mérito.

Quanto à segunda preliminar, relacionada à inconstitucionalidade das multas aplicadas no Auto de Infração, é matéria que foge à competência dos órgãos administrativos de julgamento, conforme estabelece o art. 167, inciso I, do RPAF/99. Portanto, o exame desta questão fica prejudicado. No julgamento de mérito, confrontando os fatos descritos pelas autoridades fiscais e as alegações defensivas com as disposições legais e regulamentares vigentes, poderemos deduzir se as exigências consignadas na peça de lançamento são legais ou não, mas é juridicamente impossível ao colegiado da Câmara de Julgamento Fiscal apreciar e decidir pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de qualquer norma que integre o sistema normativo vigente no Estado da Bahia ou na República Federativa do Brasil.

Relativamente ao mérito, apreciarei, separadamente, para melhor entendimento, cada uma das infrações que compõem o Recurso Voluntário.

Na infração 1, o contribuinte é acusado de promover saídas de mercadorias tributadas em transferência com base de cálculo inferior ao preço de aquisição conforme previsto no art. 56, inc. IV, alínea “a” do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, constatado através de prejuízo na Conta de Mercadoria (Auditoria da Margem de Valor Adicionado). Valor exigido: R\$66.826,69.

A Junta de Julgamento Fiscal considerou a autuação procedente, dizendo que o procedimento do recorrente contraria o disposto no art. 56, IV, “a”, do RICMS/97. Não deve prosperar a alegação do recorrente de que não verificou neste caso prejuízo para a Fazenda Pública, já que o valor debitado no estabelecimento remetente implicou também em crédito fiscal em valor reduzido no estabelecimento destinatário. Conforme alertado pelos agentes da fiscalização, na informação fiscal prestada à fl. 498, não cabe ao contribuinte mudar a sistemática legal do imposto sob esta alegação já que a legislação traz norma expressa sobre a base de cálculo nas transferências, devendo tal disposição ser aplicada. Na Lei nº 7.014/96, esta questão é tratada de forma específica no art. 17, § 7º, que estabelece comando determinado que a base de cálculo nas transferências seja o custo de aquisição ou de produção da mercadoria. Reproduzimos, abaixo, o teor da norma legal que deveria ter sido aplicada pelo recorrente:

Art. 17.

§ 7º. Na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo é:

I - o preço de aquisição ou o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria; ou

II - o custo da mercadoria, quando produzida, gerada, extraída ou fabricada pelo próprio estabelecimento.

Dessa forma, correto o julgamento de 1ª Instância, sendo devido o ICMS exigido no item 1 do Auto de Infração.

Relativamente à infração 2, verifiquei, compulsando os autos, que no mês de maio de 1999, uma parte dos créditos fiscais que foram glosados se referem as Notas Fiscais nºs 75.422, 75.423, 75.453 e 75.584, relacionadas a transferências de mercadorias do estabelecimento localizado no município de Linhares, no Espírito Santo, para o estabelecimento autuado, de forma que uma parcela do saldo que compõe o registro do Livro de Apuração do ICMS e da DMA, justifica-se com a apresentação dessas notas fiscais no processo, ainda que as mesmas não se encontrassem registradas no livro de Entradas de Mercadorias, autenticado pela Secretaria da Fazenda. O contribuinte fez a retificação da escrita, mas não formalizou a mesma perante o órgão fazendário. Todavia, o livro de Apuração e a DMA espelham os créditos daqueles documentos fiscais. Dessa forma, somando os créditos apurados nas notas fiscais apurou-se o total de R\$1.460,91, que deve ser deduzido da exigência do item 2, de forma que o valor efetivamente não comprovado passa a ser o a seguir demonstrado: valor autuado (R\$2.278,57) – valor dos créditos comprovados com notas fiscais (R\$1.460,91) = valor devido (R\$817,66). Cabe observar que as mencionadas notas fiscais foram objeto da exigência contida no item 4, aplicando-se multa de 10% sobre o valor das entradas não registradas na escrita fiscal, leia-se, no livro Registro de Entradas. Entendo não ser possível o mesmo fato gerar duas exigências fiscais distintas, devendo prosperar apenas uma, sob pena de impor ao contribuinte o “bis in idem”, que é legalmente vedado. Deve, portanto, o julgamento do item 2 ser reformado em parte, restando cobrar do contribuinte, pela imputação desta infração a parcela de R\$817,66.

Na infração 4, que diz respeito à aplicação de multa sobre o valor das entradas tributadas não registradas, com relação aos fatos ocorridos do mês de maio de 1999, os fundamentos já apresentados na análise da infração 2 denotam a solução do caso. De fato o contribuinte deixou de promover o registro das notas fiscais de transferência de mercadorias tributadas, no livro Registro de Entradas, que compõe a escrita fiscal do estabelecimento, em relação aos documentos elencados no demonstrativo produzido pelos autuantes na informação fiscal, após o ajuste da exigência originária, de forma que está comprovado o cometimento da infração. Já com relação à exigência vinculada ao mês de setembro de 2000 entendendo corretas as razões apresentadas pelo recorrente. Bastante verossímil a alegação de que a nota fiscal nº 90214 tenha sido digitada com a inversão de números, de forma que no livro de entradas foi registrada com o nº 90124, entretanto os valores e as datas são exatamente os mesmos, conforme faz prova a cópia de folha do livro registro de entradas (pág. 434 do PAF) e a 3ª via da nota fiscal (pág. 242 do PAF). Remanesce, portanto, o valor reconhecido pelo autuado, para o mês de setembro de 2000, correspondente a R\$14,57, que afirma já ter efetuado o devido recolhimento aos cofres públicos.

Com relação à infração 5, que envolve a aplicação de multa de 1% sobre o valor das notas fiscais não registradas que acobertaram entrada de mercadorias não tributadas, o contribuinte apesar de expressamente fazer menção deste item em seu Recurso Voluntário não trouxe nenhum argumento específico que contrariasse a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal. Deve-se, portanto, entender que o mesmo acatou, em relação a este item, o Acórdão da 1ª Instância.

Resta-nos a apreciação da infração 8, cuja imputação é : Deixou de fornecer os arquivos magnéticos com as informações das operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura. Falta de apresentação dos arquivos magnéticos com o registro das operações referentes ao período de agosto de 2000 a fevereiro de 2002, apesar de regularmente intimado e reintimado para cumprimento da obrigação, conforme disposto no art. 686, inciso I, alínea “a” e seu parágrafo 5º, art. 708-B e art. 915, inciso XIII-A, alínea “g”, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Valor exigido: R\$158.283,00.

Na assentada de julgamento o Conselheiro César Augusto da Silva Fonseca apresentou uma tese que entendo ser adequada para a solução deste caso. Essa mesma tese foi acolhida pelos demais membros da Câmara de Julgamento Fiscal. Fez observar o mencionado Conselheiro que a infração descrita no item 8 do Auto de Infração está tipificada de dois modos diferentes:

“Deixou de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura.”

e

“Falta de apresentação dos arquivos magnéticos com registro das operações realizadas no período de agosto de 2000 a fevereiro de 2002, apesar de regularmente intimado e re-intimado para cumprimento da obrigação. Demonstrativo no anexo 5.”

Se prevalecer a primeira descrição, o contribuinte terá cometido a infração ao tempo em que deveria fazer a entrega dos arquivos. Se prevalecer a segunda descrição, a infração terá sido cometida durante a ação fiscal. Na primeira hipótese a multa aplicável será aquela prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96. No segundo caso, a multa será a prevista no art. 42, inc. XX, letra “b” da mesma Lei. Se restasse caracterizada a primeira infração caberia a aplicação da respectiva multa, independente da apresentação dos arquivos após o início da auditoria fiscal.

Acontece que o contribuinte trouxe prova aos autos demonstrando a entrega dos arquivos magnéticos, todos recepcionados pela Secretaria da Fazenda, sem qualquer restrição.

Ao tipicar a infração no segundo parágrafo do texto descritivo do item 8 do Auto de Infração, ficou patente de que os autuantes propuseram a aplicação de multa pela entrega dos arquivos fora do padrão, pois objetivavam obter os dados da movimentação dos estoques, item a item, para a realização da auditoria, intimando e reintimando o contribuinte para fazer a produção do arquivo magnético a partir dos dados existentes na escrita fiscal da empresa, o que a empresa não logrou atender, ficando caracterizada a infração de não atendimento de informações quando solicitadas, tipificada a letra "b" do inciso XX do art. 42. Aliás, à fl. 324 consta relatório de justificativa datada de 03 de setembro de 2002, após a segunda intimação, onde a empresa revela grande dificuldade no cumprimento da obrigação, referenciando a necessidade de retorno dos disquetes enviados, para a produção do arquivo magnético solicitado.

Por isso, como se lê ao final da informação fiscal, de fls. 495-502, a infração foi caracterizada como falta de entrega dos arquivos quando solicitado, face às duas intimações não atendidas, caracterizando ter o contribuinte incorrido em infração continuada; considerando que na descrição da conduta infracional, no item 08 da autuação, consta a mesma indicação de conduta e considerando, também, o princípio "*in dubio pro reo*", entendo que a multa a ser aplicada deva ser aquela prevista no inciso XX, letra "b", do art. 42 da Lei n. 7.014/96, ou seja, R\$180,00, pelo não atendimento da intimação de entrega de arquivo magnético regularmente solicitado.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO PARCIAL, deste item 8 do Auto de Infração, ficando reduzida a multa originalmente lançada, no valor de R\$158.283,00, para R\$180,00, prevista no art. 42, inc. XX, letra "b", por se tratar de exigência relacionada com sucessivas intimações dirigidas ao contribuinte para entrega dos arquivos magnéticos e não atendidas em prazo razoável.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº **206890.0005/02-5**, lavrado contra **LOJAS DADALTO S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$71.881,47**, sendo R\$48.556,96, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a" e "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios e R\$23.324,51, acrescido de idêntica multa, lei e artigos citados, e demais acréscimos legais, além das multas nos valores de **R\$91,34**, e **R\$1.607,36**, atualizados monetariamente, e R\$917,06, com respectivos acréscimos legais, bem como **R\$180,00**, previstas, respectivamente, no art. 42, IX e XI, da lei acima citada e no art. 42, XX, "b", da Lei n.º 7.014/96, com redação dada pela Lei nº 8.534/02.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de Outubro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO - RELATOR

MARIA OLIVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS