

PROCESSO	- A.I. Nº 089599.0004/03-9
RECORRENTES	- ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDOS	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0491- 01/03
ORIGEM	- INFRAZ ITABUNA
INTERNET	- 24.03.04

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0035-12/04

**EMENTA:** ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Infração comprovada. De acordo com as normas regulamentares, o contribuinte é obrigado a apresentar ao Fisco, no prazo de cinco dias, os arquivos magnéticos com os registros fiscais dos documentos emitidos quanto às suas operações comerciais. Modificada a Decisão. A legislação estabelece que a multa incide sobre o total das operações de entradas e de saídas realizadas em cada período. Recurso de Ofício PROVIDO. Vencido o relator. Decisão por maioria. Recurso Voluntário NÃO PROVIDO. Reduzida a multa aplicada. Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Recurso Voluntário, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 1ª JJF, através do Acórdão nº 0491-01/03, que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração em epígrafe, a teor do art. 169, Inciso I, “b”, do RPAF - Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e alterações posteriores.

O Auto de Infração, lavrado em 26/09/03, cobra multa no valor de R\$587.286,58 em decorrência da falta de apresentação dos arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, ou a entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitam as suas leituras (outubro 2000 a dezembro de 2002).

O sujeito passivo apresenta defesa tempestiva. Houve informação fiscal rebatendo as alegações da defesa.

O trecho a seguir transcrito resume a linha exegética adotada pela Douta 1ª Junta de Julgamento Fiscal, para decidir a questão:

*“O Auto de Infração cobra multa pela falta de entrega dos arquivos magnéticos referentes às entradas e saídas de mercadorias no estabelecimento autuado durante o período de outubro de 2000 a dezembro de 2002. A empresa não apresentou os arquivos magnéticos de suas operações naquele período, mesmo que por quatro vezes intimado”*

*(fls. 6/13). Os valores das entradas e saídas de mercadorias foram obtidos do livro Registro de Apuração do ICMS da empresa.”*

A impugnante apresentou três premissas que entendeu como razões fundamentais à insubsistência da infração:

- 1) que a época do cometimento da infração, a norma sancionadora era ineficaz por defeito substancial e ainda que eficaz fosse, a base de cálculo da multa não abrangeia todas as operações de entradas e de saídas de mercadorias ocorridas nos períodos fiscalizados;
- 2) que a norma que hoje vige não alcança infrações cometidas anteriormente à sua entrada em vigor;
- 3) que a multa tem natureza confiscatória e que a penalidade aplicável seria a prevista no inciso XXII do art. 42, da Lei nº 7.014/96.”

Ao apreciar as premissas acima, invocadas pelo recorrente, desde a sua peça de defesa inaugural, o D. relator da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, inicialmente ressalta que o autuado foi autorizado escriturar seus livros e documentos fiscais através de processamento eletrônico de dados desde agosto de 2000. Assim, afirma, em dezembro de 2002, não poderia mais estar sem gerar os arquivos magnéticos, entretanto, como o impugnante apresentou as premissas supra, que, entendeu como razões fundamentais à insubsistência da infração, apreciou cada uma delas, pronunciando-se nos termos a seguir transcritos:

*“Na primeira disse que como à época dos fatos geradores o art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96 falava em “valor das operações ou prestações realizadas no período ....”, esta imprecisão terminológica do legislador quanto à base de cálculo fulminava com a multa naquele artigo determinada, vez que agredia os princípios da estrita legalidade e o da tipicidade cerrada. Inclusive, o Executivo Estadual percebendo a deficiência da norma e com a chancela do Poder Legislativo, havia alterado a redação do referido artigo para incluir as palavras “entradas e saídas”. Comentando o princípio da tipicidade cerrada, o da estrita legalidade e o art. 112 do CTN, afiançou que o percentual de multa aplicada somente poderia incidir, em hipótese, sobre os valores escriturados nos Códigos Fiscais de Operações 1.63 e 6.12, por serem os de menor valor.*

*Ressalto inicialmente que o primeiro argumento do impugnante não se aplica aos fatos geradores da multa ora em questão a partir do dezembro de 2002. A Lei nº 8.534, de 13/12/02 (DOE de 14 e 15/12/02), com efeitos a partir de 14/12/02, alterou a redação da alínea “g”, do inciso XIII-A do art. 42. A redação anterior que era: nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados: 1% (um por cento) do valor das operações ou prestações realizadas no período, pelo não fornecimento de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura, passou para: 1% (um por cento) do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, ocorridas em cada período, pelo não fornecimento, nos prazos previstos na legislação, de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura.*

*Pela análise da atual redação com vigência a partir de dezembro de 2002, a lei tributária do Estado da Bahia não deixando margem a qualquer tipo de interpretação, determina que a multa incida sobre as entradas e saídas de mercadorias ou prestações de serviços tomadas, ocorridos em cada período.*

*Entretanto para o período até novembro de 2002, a redação anterior da lei determinava que se tivesse por base o valor das operações (ou prestações) realizadas no período. Ora, como o fato gerador do ICMS ocorre no momento da saída de mercadorias, devem ser levadas em conta as operações que a empresa realize com terceiros, e não as operações que terceiros realizem com a empresa. Na entrada de mercadoria, é o vendedor e não o adquirente quem “realiza” a operação. Entradas somente são operações realizadas pelo contribuinte do ICMS quando se trata de importações do exterior, ou, ainda, para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas. Sendo assim, a base monetária sobre a qual deve recair a multa é o valor das operações realizadas (saídas) pelo estabelecimento entre os meses apurados até novembro de 2002 e escrituradas no livro Registro de Apuração do ICMS. Tratando-se de matéria de cunho penal, não existe interpretação extensiva de lei. Ela define de maneira clara a base de cálculo da penalidade imposta. E, se assim não fosse, não existiria a necessidade de se alterar a redação do citado artigo como realizado.*

*Neste sentido concordo com o impugnante, e para o citado período, de que poderia haver, caso não se saneasse a base de cálculo da multa, ofensa ao princípio da estrita legalidade e da tipificação cerrada. Igualmente, concordo com o impugnante quanto ao argumento de que, se alguma imprecisão houvesse em relação à matéria em pauta, a interpretação a ser dada deve obedecer a determinação inserta no art. 112, IV do CNT: A lei tributária que define infrações, ou lhe comine penalidade, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto a natureza da penalidade aplicável ou a sua graduação.*

*Quanto ao argumento de que a multa somente poderia recair sobre o menor somatório de valores das diversas espécies de operações, no caso, aqueles escriturados nos códigos fiscais 1.63 (Aquisição Serviço de Transporte pelo Comércio) e 6.12 (Vendas para outros estados de mercadorias adquiridas e/ou recebidas de terceiros) entendo sem lógica o argumento, uma vez que se estaria elegendo, aleatoriamente, operações tanto de entradas como de saídas de mercadorias. Não vejo sentido na colocação posta.*

*Na segunda premissa o autuado alega o princípio da irretroatividade da lei. Diante do que já explanei, este assunto foi superado. Quanto a questão de que a norma punitiva em questão é inaplicável, haja vista sua nítida natureza confiscatória, tenho a dizer que ela encontra-se previstas na lei vigente. Neste foro administrativo não se discute a constitucionalidade da norma tributária, conforme art. 167 do RPAF/99, não sendo caso a apreciação das decisões do STF trazidas como paradigmas.*

*Como terceira premissa, que decorreu das duas primeiras, entendeu que a multa aplicável à infração cometida era aquela determinada no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96. Não concordo com esta posição, vez que existe multa específica para a situação posta.*

*O Decreto nº 7886 de 29/12/00 procedeu a diversas alterações do RICMS/97, entre elas a de nº 21, indicando novos procedimentos para os contribuintes usuários do sistema eletrônico de processamento de dados de livros e documentos fiscais, como exemplo, a obrigatoriedade do envio dos arquivos magnéticos, mensalmente, à SEFAZ,*

*conforme cronograma que estabeleceu. Estas determinações foram inseridas no RICMS/97, no seu art. 708-A. A Portaria nº 460 de 31/10/00 já havia disposto, anteriormente, sobre o assunto, observando, inclusive, que não existia a desobrigação do contribuinte em fornecer aqueles arquivos, quando solicitado pela fiscalização, conforme arts. 686 e 708 do RICMS/97.*

*Como o art. 708 do Regulamento não dispunha sobre a obrigatoriedade do contribuinte em enviar os arquivos magnéticos, mensalmente, para a Secretaria da Fazenda, foi o mesmo revogado em 30/12/00 e, pela mesma alteração (nº 21) foi acrescentado o art. 708-A (já comentado) e art. 708-B. Este último tem a mesma redação do anterior art. 708, ou seja, estabelece que o contribuinte deve fornecer ao fisco, quando exigidos, os documentos e o arquivo magnético, no prazo de 5 dias úteis, contado da data da exigência, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos. Inclusive no seu § 2º determina que o explicitado no caput do artigo não exclui a obrigação de que trata o art. 708-A, ou vice versa.*

*Afora tais determinações, o art. 686 da norma regulamentar e que trata da obrigatoriedade de manter, pelo prazo decadencial, as informações atinentes ao registro magnético das transações comerciais do estabelecimento no seu § 5º (inserido no Regulamento com a Alteração nº 19 – Decreto nº 7.842, de 11/9/00, efeitos a partir de 1/8/00) determina, igualmente, a obrigatoriedade de o contribuinte fornecê-los. No caso de inobservância dessa determinação, a legislação prevê a aplicação de penalidade, determinada no art. 42, XIII-A, “g” da Lei nº 7.014/96.*

*Nesta situação, é necessário analisar como foi realizada a fiscalização. A autuante intimou o sujeito passivo, por duas vezes para apresentação dos livros e documentos fiscais, além dos arquivos magnéticos (fls. 10/13). O autuado não os entregou. Se, a fiscalização somente houvesse feita estas intimação, entendo que estaria caracterizada a multa prevista no art. 42, XX, “a”, da Lei nº 7.014/96, uma vez que o prazo concedido para apresentação de tal informação foi de 48 horas. Entretanto, em 16/7/03 e 18/8/03, a fiscalização emitiu duas novas intimações, desta vez na forma expressa no Regulamento e pertinente a matéria em discussão (fls. 6/9), onde foi concedido prazo de 5 dias úteis, para fornecimento dos arquivos magnéticos. O Auto de Infração somente foi lavrado em 26/9/03.*

Com base nesse entendimento, refez os cálculos, reduzindo a exigência da atuação, subsistindo a ação fiscal no valor de R\$341.291,58, conforme demonstrativo inserto no seu voto, pela PROCEDÊNCIA EM PARTE .

A 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, recorre de Ofício da presente Decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Irresignado com a Decisão supra, o contribuinte, interpõe o presente Recurso Voluntário. Em suas razões recursais, insurge-se contra o Acórdão recorrido, utilizando, basicamente, as mesmas argumentações já esboçadas por ocasião de sua defesa, todas devidamente enfrentadas pelo órgão julgador de 1<sup>a</sup> Instância.

Submetidos os autos à análise da PGE/PROFIS, esta em Parecer de fls. 201/202, esclarece que: “Em apertada síntese, o recorrente propugna a desconstituição do crédito tributário ora constituído fundamentando em quatro premissas, a saber; que a época do cometimento da infração, a norma sancionadora era ineficaz por defeito substancial e ainda que eficaz fosse, a base de cálculo da multa não abrangeia todas as operações de entradas e de saídas de mercadorias ocorridas nos períodos fiscalizados; que a norma que hoje vige não alcança infrações cometidas anteriormente à sua entrada em vigor; que a multa tem natureza confiscatória; que a penalidade aplicável seria a prevista no inciso XXII do art. 42, da Lei nº 7.014/96.”

Aduz que análise dos autos permite concluir que razão não assiste ao recorrente. Afirma que a multa a ser aplicada ao caso é aquela estabelecida em lei para a espécie. Por tal razão, não pode ser aquela pretendida pelo recorrente porquanto existe outra específica.

Também diz que não cabe à Corte Administrativa imiscuir-se acerca da natureza confiscatória ou não da multa. Por caber-lhe apenas seguir o quanto previsto em lei.

Afirma que a multa é aquela corretamente aplicada, devendo prevalecer inclusive quanto à adequação que resultou na procedência parcial da autuação.

Como as razões recursais são incapazes de alterar a Decisão recorrida, opina pelo IMPROVIMENTO do Recurso.

#### **VOTO (VENCIDO QUANTO AO RECURSO DE OFÍCIO)**

Da análise dos elementos que compõem o presente Processo Administrativo Fiscal, à luz da legislação do RPAF e do RICMS vigentes, chega-se à seguinte conclusão:

Quando do Recurso de Ofício, verifica-se que a redução do valor do Auto de Infração, que originou o mesmo, deu-se em decorrência de adequação da multa. Estando corretos os cálculos efetuados. Entendo não merecer reparo a Decisão de 1<sup>a</sup> Instância, devendo ser mantida. Voto pelo Não Provimento do Recurso de Ofício.

Quanto à alegação da constitucionalidade das multas confiscatórias aplicadas, falece a este Egrégio Conselho, competência para apreciação de arguições de constitucionalidade, em consonância com os termos do art. 167, Inciso I do RAPF/99. Portanto, o CONSEF tem que tomar como base para seu julgamento a legislação vigente.

No que diz respeito ao mérito, efetivamente restou confirmada nos autos a falta de apresentação dos arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, ou a entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitam as suas leituras (outubro 2000 a dezembro de 2002).

Quanto ao valor da multa, restando caracterizado o cometimento da infração, o cálculo de adequação da mesma foi efetuado corretamente, pela 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, conforme previsto no artigo 42, inciso XIII-A, da Lei nº 7.014/96.

Em sua razões recursais, o recorrente pretende a desconstituição do crédito tributário ora constituído fundamentando em quatro premissas, já bastante apreciadas desde o julgamento inicial.

Em discordância, data vénia, da Ilustre PGE/PROFIS, a análise dos autos e toda a documentação que o compõe, permite-nos, concluir que razão não assiste ao autuante, pelas seguintes razões:

O art. 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96, prevê que a falta de fornecimento de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, ou sua entrega em padrão diferente do previsto na legislação, e ainda, em condições que impossibilitem a sua leitura, sujeita o contribuinte ao pagamento da multa de 1% do valor das operações ou prestações realizadas. Ora, estando perfeitamente caracterizado nos autos, inclusive nas manifestações defensivas e nas razões expendidas no Recurso Voluntário ora analisado que ocorreu efetivamente a falta de entrega nos prazos regulamentares dos arquivos magnéticos que ensejaram a proposição de multa, a autuação é legítima, daí porque mantenho a Decisão recorrida em relação a este item e entendo que cabe a este Conselho aplicar a multa de 1%, prevista na alínea g, do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Observando, porém, que o autuante tendo acesso aos livros fiscais da empresa, dos quais retirou a base de cálculo para aplicação da multa, não reclamou da falta de entrega de DMA, nem da falta de recolhimento do imposto e observando, também, que a multa pela falta de apresentação, no prazo regulamentar, da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) ou de sua Cédula Suplementar (CS-DMA) enseja a multa de apenas R\$460,00 e que a entrega da DMA e o recolhimento mensal do ICMS relativo ao período fiscalizado revela a ausência de dolo ou de interesse de fraude ou de simulação para fugir à obrigação principal, entendo que a multa proposta pelo autuante se revela por demais gravosa, caracterizando-se como irrazoável e distante do seu objetivo, posto que uma multa inicial menos gravosa, de caráter educativo poderia conduzir o contribuinte ao cumprimento voluntário da obrigação acessória, considerando que os referidos dados certamente estão disponíveis para a elaboração de novos arquivos magnéticos, proponho a este colegiado, utilizando-nos da prerrogativa que tem o órgão julgador administrativo de reduzir ou cancelar as multas por descumprimento de obrigações acessórias, como previsto no §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, a redução da multa aplicada para R\$500,00 (quinquinhentos reais).

Voto, portanto, em relação a autuação pelo **NÃO PROVIMENTO** do Recurso Voluntário, devendo a multa de infração ser reduzida para R\$ 500,00(quinquinhentos reais).

#### **VOTO VENCEDOR (QUANTO AO RECURSO DE OFÍCIO)**

A expressão operações ou prestações, contidas na norma legal (art. 42, inc. XIII-A, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96), abrange o montante das entradas e saídas ocorridas no período objeto da fiscalização e a mudança na redação não implicou na ampliação da base de cálculo da multa, cujo propósito é apena os contribuintes que não cumprirem a obrigação de entrega das informações fiscais em arquivos magnéticos, que envolve as operações de entradas e saídas de mercadorias e os serviços prestados ou tomados. Portanto, a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal deve ser reformada, inclusive pelo fato dessa matéria já se achar na segunda instância do CONSEF da Bahia pacificada, havendo inúmeros precedentes.

#### **VOTO DISCORDANTE (QUANTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO)**

Limita-se a discordância em relação à redução da multa proposta pelo Sr. relator, pela falta de entrega das informações fiscais em meio magnético. Não vislumbro neste processo qualquer circunstância atenuante da multa que justifique a sua redução, razão pela qual discordo do relator. Em verdade o contribuinte, em relação ao período objeto da ação fiscal, não entregou as informações solicitadas pelo Fisco, mesmo depois de reiteradas intimações, não havendo qualquer justificativa nos autos que revele a razão do não cumprimento da obrigação tributária.

Dessa forma, em face do princípio da legalidade objetiva, meu voto é pela manutenção da multa na forma como foi lançada pela fiscalização.

## **RESOLUÇÃO**

**ACORDAM** os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em Decisão por maioria, com o voto de qualidade do Presidente, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em Decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 2089599.0004/03-9, lavrado contra **ITÁO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A**, devendo ser intimado o autuado a efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$500,00**, reduzida de acordo com o § 7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96

### RECURSO DE OFÍCIO

VOTO VENCEDOR: Conselheiros – César Augusto da Silva Fonseca, Tolstoi Seara Nolasco e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO: Conselheiros - José Raimundo Ferreira dos Santos, Fauze Midlej e José Antonio Marques Ribeiro.

### RECURSO VOLUNTÁRIO

VOTO VENCEDOR: Conselheiros – César Augusto da Silva Fonseca, Fauze Midlej, José Antonio Marques Ribeiro e José Raimundo Ferreira dos Santos.

VOTO VENCIDO: Conselheiros - Tolstoi Seara Nolasco e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

Sala das sessões do CONSEF, 8 de março de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS – RELATOR VOTO VENCIDO (Recurso de Ofício)

TOLSTOI SEARA NOLASCO – VOTOVENCEDOR( R. de Ofício) e DISCORDANTE ( R. de Voluntário)

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS