

PROCESSO	- A I. N° 089599.0003/03-2
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A.
RECORRIDOS	- ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO Acórdão 1ª JJF n° 0492/01-03
ORIGEM	- INFRAZ ITABUNA
INTERNET	- 25.03.04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0079-11/04

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 e no prazo de cinco dias os arquivos magnéticos com os registro fiscais dos documentos emitidos quanto às suas operações comerciais. Refeitos os cálculos para adaptação da multa à legislação vigente à época do fato gerador. Modificada a Decisão. Recurso de Ofício **PROVIDO**. Decisão não unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/09/03, cobra multa no valor de R\$15.092,95 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 contribuinte (fls. 73/81) defendeu-se através de advogado legalmente habilitado, trazendo à lide três premissas que, disse, provaria sobejamente a insubsistência do Auto de Infração.

Na primeira alegou que à época do cometimento das infrações, a norma aplicada era ineficaz por defeito substancial. Explicou que o art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96 usava a expressão “*valor das operações ou prestações realizadas no período*”. Desta forma, a imprecisão terminológica do legislador foi fatal para deixá-la sem determinação precisa da base de cálculo de incidência da alíquota prevista, agredindo em sua totalidade o princípio da estrita legalidade e o da tipicidade cerrada. Afirmou que tal fato estava comprovado quando o Executivo Estadual percebendo a deficiência da norma e com a chancela do poder legislativo, alterou a redação do referido artigo para incluir as palavras “entradas e saídas”.

Continuando, afirmou que mesmo na absurda hipótese que se desse à interpretação do comentado artigo, a penalidade prevista não seria aplicada sobre todas as operações de entradas e saídas de mercadorias ocorridas nos períodos fiscalizados. Comentando o princípio da tipicidade cerrada, o da estrita legalidade, art. 112 do CTN e comentários de intérpretes doutrinários, afiançou que o percentual de multa aplicada somente poderia incidir, em hipótese, sobre o somatório de valores das diversas espécies de operações realizadas e jamais sobre as entradas e saídas totais do período. No caso, os valores escriturados nos Códigos Fiscais de Operações nº 1.99 e nº 5.99.

Na segunda premissa, dissertou sobre o conceito de ato jurídico e do princípio da irretroatividade da lei. Além deste assunto, afirmou que a norma punitiva em questão era inaplicável em qualquer caso, haja vista sua nítida natureza confiscatória. Neste sentido trouxe decisões do STF para reafirmar que os dispositivos legais editados pelo Estado da Bahia foram tidos como impositores de penalidades confiscatórias, em desproporcionalidade à infração cometida.

Como terceira premissa, entendeu que a multa aplicável à infração cometida era aquela determinada no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96 pelas razões apresentadas e comentadas.

Por derradeiro, comentando sobre as provas existentes, que trouxe em colação à defesa, inclusive cópia autenticada da cédula de identidade do profissional que subscreveu a impugnação, solicitou que a multa aplicada foi transformada naquela prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96.

A autuante (fls. 123/124) observou que o autuado encontra-se inscrito no cadastro desta Secretaria da Fazenda desde 1983 e autorizado a usar processamento eletrônico de dados – SEPD desde agosto de 2000. No entanto, nenhum arquivo em todo o período fiscalizado foi entregue, conforme verificado no Sistema de Controle de Arquivos Magnéticas, da GEAFI-SINTEGRA deste Estado, cuja cópia encontrava-se apensada aos autos.

Diante da situação e conforme determinações do art. 708-A e art. 915, XIII-A, “g”, do RICMS/97 entende provada a ação fiscal.

Comentou, ainda, que na defesa não ficou esclarecido o motivo do sujeito passivo em impugnar a base de cálculo da multa em questão uma vez que, quando a lei fala em totalidade de operações, estava a se referir às operações ou prestações de entradas e saídas de mercadorias ou serviços. Entendeu que se o legislador tivesse a intenção de restringir a base de cálculo detalharia a parte tributada ou não.

Ratificou em sua totalidade a ação fiscal.

VOTO DA RELATORA DA 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA [...]

“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 três vezes intimado (fls. 6/11). Os valores das entradas e saídas de mercadorias foram obtidos do livro Registro de Apuração do ICMS da empresa.

Observo que o autuado foi autorizado a escriturar e emitir seus livros e documentos fiscais através de processamento eletrônico de dados desde agosto de 2000. Assim, em dezembro de 2002, não poderia mais estar sem gerar os arquivos magnéticos. Esta constatação não foi negada pelo contribuinte. Entretanto, o impugnante apresentou três premissas que entendeu como razões fundamentais à insubsistência da infração.

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 1.99 e 5.99, 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 tomasse 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 1.99 (Outras Entradas Não Especificadas) e 5.99 (Outras Saídas Não Especificadas) 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 em 19/3/03 para apresentação dos livros e documentos fiscais, além dos arquivos magnéticos (fl. 10). O autuado não os entregou. Se, a fiscalização somente houvesse feita esta 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 2/9/03, 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 25/9/03.

Por tudo exposto, subsiste em parte a ação fiscal no valor de R\$7.881,83 e conforme a seguir indicado.

EXERCÍCIO DE 2000

Total das saídas - R\$218.655,96
Multa aplicada - 1%
Valor da multa - R\$2.186,56

EXERCÍCIO DE 2001

Total das saídas - R\$411.662,20

Multa aplicada - 1%

Valor da multa - R\$4.116,62

EXERCÍCIO DE 2002

ATÉ NOVEMBRO DE 2002

Total das saídas - R\$111.697,29

Multa aplicada - 1%

Valor da multa - R\$1.116,97

DEZEMBRO DE 2002

Total das ent/sai - R\$46.168,18

Multa aplicada - 1%

Valor da multa - R\$461,68

TOTAL EXERCÍCIO DE 2002 - R\$1.578,65

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

CÓDIGO DÉBITO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	MULTA (R\$)
60	31/12/00	09/01/01	2.186,56
60	31/12/01	09/01/02	4.116,62
60	31/12/02	09/01/03	1.578,65
TOTAL			7.881,83

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE da autuação.”

RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO

Recurso de Ofício - considerando que o resultado do julgamento reconsiderando levado a efeito pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal configura Decisão contrária à legislação tributária baiana, bem como a entendimento manifestado em julgamentos reiterados pelo CONSEF, o assistente do Conselho achou oportuno submeter o presente PAF a nova análise, via Recurso de Oficio, para tanto, teve o de acordo por competência do presidente do Conselho de Fazenda Estadual, que autorizou o processamento e encaminhamento a uma das Câmaras de Julgamento para a devida apreciação.

Recurso Voluntário – devidamente intimado a tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, o contribuinte inconformado impetrou o presente Recurso Voluntário, suscitando os mesmos argumentos apresentados quando da interposição da sua defesa inicial. Na peça recursal, em síntese, pugna pela aplicação da penalidade prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96, com a conseqüente determinação para a desconstituição do crédito tributário excedente lançado, porque de injuridicidade palmar.

A PGE/PROFIS forneceu Parecer de fls. 153/154, nos seguintes termos:

[...]

“Analisando os argumentos recursais, temos o seguinte entendimento quanto à aplicação e interpretação da legislação tributária:

À época da ocorrência do fato gerador, a redação do dispositivo de Lei aplicado deve ser interpretado, como se referindo à base de cálculo correspondente à totalidade das operações realizadas pelo contribuinte, pois eram todas as que deveriam constar dos arquivos não entregues, a interpretação adotada pela 1ª JJF, de que devem ser consideradas apenas as operações de saídas, é restritiva e não coaduna com as normas interpretativas de direito tributário, constantes do CTN, logo entendemos que deva ser provido o recurso de ofício para restaurar a base de cálculo da autuação.

A alteração introduzida pela Lei nº 8.534, de 13/12/02, nesse dispositivo, no nosso entender não é modificativa, é interpretativa e vai corroborar com o nosso entendimento e deve inclusive retroagir ao nascimento da Lei interpretada.

A proposta da recorrente que vem sendo articulada desde a inicial defesa não deve ser aceita, pois não encontra guarida nas normas de aplicação da legislação tributária, onde a regra específica tem superioridade à norma geral, que resta sendo subsidiária, logo a penalidade a ser aplicada ao descumprimento da presente obrigação acessória, objeto deste auto de infração é a autuação, previsto no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, tendo por base de cálculo o valor das operações de entradas e de saídas em relação a todo o período autuado, não merecendo reparo o referido auto de infração.”

Ante o exposto somos pelo não provimento do Recurso Voluntário.”

VOTO

Dado ao exame dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, constatei que no caso em lide, está sendo exigido multa por descumprimento de obrigação acessória, porque o contribuinte deixou de apresentar os seus arquivos magnéticos, apesar de ter sido intimado, por 3 (três) vezes, para fazê-lo.

A 1ª CJF já apreciou esta mesma tese, em Recurso de Ofício, quanto ao entendimento manifestado pela 1ª JJF, reformulando a Decisão contida no Acórdão JJF nº 0148-01/03, através do Acórdão CJF nº 0418-11/03, tendo como relatora do voto vencedor a Conselheira Ivone de Oliveira Martins, para que a multa incidisse sobre o somatório das entradas e saídas, que transcrevo:

“Quanto a Decisão do item 3, na parte que se refere ao Recurso de Ofício interposto na forma do art. 169, § 2º do RPAF vigente, com a devida vena, divirjo do entendimento da Ilustre Relatora que considerou correto o posicionamento adotado na 1ª Junta de Julgamento Fiscal, ao reduzir o valor indicado no Auto de Infração, para aplicar o percentual da multa prevista no art. 42, XIII-A, alínea “g” da Lei nº 7014/96, apenas sobre o valor das saídas.

Ocorre que embora os argumentos que embasaram o voto da relatora de 1ª Instância tenha relevância do ponto de vista da tributação, porque para efeito da incidência de imposto, ou seja do fato gerador, apenas decorre das operações de saídas de mercadorias, mas, o legislador ao determinar a multa, objeto da controvérsia, atribuiu que a mesma fosse

calculada em 1%, sobre o valor das operações de entradas e de saídas realizadas no período, pelo não fornecimento de arquivos magnéticos, consoante o disposto no art. 42, XIII-A, alínea “g”, com a alteração da Lei 8534/02, onde determina que o aludido dispositivo teria a seguinte redação.

*Art. 42 (.....)
Inciso XIII-A (.....)*

Alínea “g” – 1% (um por cento) do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como 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.

Assim, peço venia para discordar da interpretação dada pela Ilustre relatora da 1ª JJF que proferiu o Acórdão recorrido em 12/12/03, tendo em vista que o mesmo considerou que a lei ao determinar que a multa de 1% sobre as operações ou prestações realizadas estaria se referindo apenas às operações que a empresa realiza, e entendeu que se tratava apenas das operações de saídas, tendo em vista que o legislador textualmente determinou que a base monetária sobre a qual deveria ser aplicada a multa de 1%, era o valor das operações de entradas e de saídas do período. Como se infere do texto legal, acima transrito.

Neste sentido, verifica-se que a Decisão de 1ª Instância está em colisão com a norma prevista na legislação, devendo portanto ser reformada.

Ademais, outros julgados neste CONSEF, têm considerado correta a aplicação da multa na forma prevista na legislação, a exemplo do Acórdão nº 0468-11/02 da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, que em Decisão por maioria, manteve o procedimento fiscal, quanto a exigência da multa de 1% sobre o valor das operações das entradas e das saídas realizadas em um período, diante da não apresentação dos arquivos magnéticos.

Deste modo, entendo que o Recurso de Ofício deve ser Provido, devendo retornar todos os termos do lançamento de ofício contido na exordial, por estar de conformidade com a legislação tributária pertinente.”

Aliás, este já é um posicionamento consolidado nesta 1ª CJF, que vem decidindo que a multa terá como base de cálculo os valores de entradas e saídas que deixarem de ser informados, ou o foram como omissão ou divergência.

Por todo o exposto, concedo este voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para que seja restaurada a exigência da multa, aplicando 1% sobre o valor total das operações de entradas e de saídas no período de outubro de 2000 a dezembro de 2002, conforme consta do Auto de Infração.

No tocante ao Recurso Voluntário, verifiquei que o recorrente deixou de apresentar a totalidade dos seus arquivos magnéticos, que, obviamente, referem-se às entradas e saídas, inclusive por item de mercadoria, e, por esta razão, a base de cálculo sobre a qual incidirá a multa será o somatório dos valores de entradas e saídas. Por isso, acompanho e adoto o Parecer de fls. 153 e 154 da D. PGE/PROFIS, pelos seus fundamentos e, por já constar deste relatório o considero como se aqui estivesse transscrito.

Destarte, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo recorrente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso de Ofício e, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentados, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **089599.0003/03-2**, lavrado contra **ITÁO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa no valor total de **R\$15.092,95**, com os respectivos acréscimos legais, prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, com redação dada pela Lei nº 8.534/02.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as): Antonio Ferreira de Freitas, Ciro Roberto Seifert , Rubens Moutinho dos Santos, Nelson Teixeira Brandão.

VOTO VENCIDO: Conselheiros (as): Marcos Rogério Lyrio Pimenta.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de março de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS