

PROCESSO	- A. I. Nº 279266. 0901/07-0
RECORRENTE	- PARMALAT BRASIL S.A. - INDÚSTRIA DE ALIMENTOS
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0115-01/08
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
INTERNET	- 01/08/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0211-12/08

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor das operações realizadas, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07. Modificada a Decisão recorrida. Desproporcionalidade da multa aplicada. Redução do valor da infração para 10% da multa originalmente aplicada, de acordo com o que estabelece o § 7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Infração subsistente em parte. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a Decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0115-01/08, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

A infração 1 do Auto de Infração em lide é objeto de insurgência recursal impõe multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$450.788,63, atribuída ao autuado nos seguintes termos:

“deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, nos meses de janeiro a dezembro de 2003, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 450.788,63, correspondente ao percentual de 1% (um por cento) do valor das saídas do estabelecimento em cada período de apuração. Consta que intimado o contribuinte em 13/04/07 a corrigir as divergências apuradas nos registros 50, 54 e 74 dos arquivos magnéticos existentes na base de dados da SEFAZ, do ano de 2003, entregou novos arquivos em 10/08/07 com notas fiscais faltantes no registro 50, diferenças em notas fiscais informadas no registro 50 e 54 e falta de informação do registro 74, conforme relatórios apensados ao PAF, o que configura não entrega, nos termos do artigo 708-B, § 6º, do RICMS/BA;”

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa, reportando-se, inicialmente, à peça acusatória para, logo depois, descrever as infrações que lhe são imputadas, bem como os artigos violados referente à infração 1, quais sejam, os artigos 686 e 708-B, do RICMS/BA, reproduzindo-os.

Acrescentou que, em consequência da suposta infração cometida, o autuante aplicou a rigorosa sanção prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96, que transcreveu.

Prosseguindo, afirmou que não procede a exigência em questão, tendo em vista que apresentou regularmente os arquivos magnéticos à Secretaria da Fazenda da Bahia, os quais foram validados na época por meio do recebimento pelo sistema fazendário como atestará, bem como pelo despropósito da multa em questão, por ter sido aplicada em relação a fatos geradores anteriores ao da legislação que a determinou, assim como pelo próprio caráter confiscatório da penalidade, conforme passa a demonstrar.

Afirmou que entregou os arquivos magnéticos relativos às suas informações fiscais dos períodos de apuração de 01.01.2003 a 31.12.2003, na forma determinada pela legislação do ICMS da Bahia à época, conforme os protocolos que relacionou e juntou cópias às fls. 261 a 271.

Ressaltou o funcionamento à época do procedimento de envio de informações eletrônicas para a SEFAZ, afirmando que as informações necessariamente precisavam passar pelo programa validador de informações fornecido pela própria SEFAZ/BA, sem a qual os dados não poderiam ser enviados pelo SINTEGRA. Disse que, havendo equívocos, o programa validador apontava os erros e impedia o envio das informações. Caso estivesse com as especificações, o programa validador permitia o envio dos arquivos e emitia um número de protocolo que confirmava a recepção do arquivo. Asseverou que foi dessa forma que procedeu, manifestando o entendimento de que as informações enviadas foram validadas e, portanto, atestadas pelo Fisco Estadual, conforme protocolos de entrega anexos.

Questionou como poderia retificar eventuais problemas nos dados enviados quando o próprio validador do SINTEGRA atestou que as informações estavam de acordo com o que preceituava a legislação?

Asseverou que foram mantidos diversos entendimentos entre os seus funcionários e os Auditores Fiscais responsáveis pela auditoria nos arquivos magnéticos de 2003, com a finalidade de corrigir tais divergências que, pelo volume de informações geradas pela empresa, demandou alguns meses. Disse que nessas negociações expressou a dificuldade que enfrentou para elaborar tais correções, conforme correspondência enviada ao autuante, cujas cópias foram acostadas aos autos às fls. 272 a 285.

Afirmou que tais divergências foram retificadas por meio de envio de novos arquivos magnéticos, enviados em 09/08/2007 e 10/08/2007, segundo se verifica dos protocolos anexados às fls. 289 a 299, e que, após conferência em auditoria fiscal, verificou-se que a impugnante não deixou de pagar nenhum tributo nos períodos de apuração de 2003.

Disse que, não obstante tenha efetivado a entrega dos arquivos magnéticos dos períodos de apuração de 2003, retificados em pequena parte em 08/2007, que não gerou nenhum tributo a pagar, o autuante houve por bem lavrar o Auto de Infração ora impugnado, para exigir multa de 1% do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços no total de R\$ 450.788,63. Por não vislumbrar prejuízo ao Erário, pediu que a penalidade fosse cancelada.

Continuando a sua impugnação, aduziu a impossibilidade de aplicação do artigo 708-B, § 6º, do RICMS/BA, em face da irretroatividade em matéria tributária, sustentando que o § 6º foi incluído no ordenamento jurídico pelo Decreto nº 9.332, de 14/02/2005, com eficácia a partir de 15/02/2005, ou seja, com efeitos apenas para os fatos imponíveis ocorridos depois de 02/2005. Afirmou que a legislação aplicável aos fatos geradores objeto da autuação não poderia ser instituída pelo decreto acima referido, mas a que vigorava até 2003, relativamente a fatos geradores apurados em 2003, que não trazia qualquer equiparação entre a não entrega e a entrega defeituosa de arquivos magnéticos.

Asseverou que interpretação diversa feriria os Magnos Princípios Constitucionais da irretroatividade e da legalidade, que dispõem que as normas tributárias serão aplicadas aos fatos geradores ocorridos após a sua instituição.

Reportando-se ao princípio da irretroatividade da lei tributária, citou e transcreveu lições de Roque Antônio Carrazza, bem como decisões do CONSEF, como reforço de suas alegações.

Asseverou que, mesmo que não se entenda pela falta de tipificação legal da pena aplicada ao caso em tela, a multa, por si só, deve ser afastada, pelo seu evidente caráter confiscatório.

Nesse sentido, invocou o artigo 150, IV, da Constituição Federal, para dizer que é vedada a aplicação de multa nitidamente confiscatória, reproduzindo ensinamentos de Roque Carrazza sobre a matéria. Transcreveu trechos do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551-1, em que se delineia os contornos do que devem ser considerado como confisco, bem como da ADI nº. 1075/DF.

Citou, ainda, entendimento de Douglas Yamashita, Ângela Maria da Motta Pacheco. Teceu comentário sobre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, para dizer que o Auto de Infração deve ser julgado improcedente com o consequente cancelamento da multa imposta ou, pelo menos, a sua redução a um patamar razoável.

Reiterou que não houve ausência de entrega das informações magnéticas, mas, se esse for o entendimento deste órgão julgador, no máximo deveria ser apenada com a multa prevista no artigo 915, XIII-A, alínea “i”, do RICMS/BA, referente à perda normal de prazo de entrega, no valor de R\$ 1.380,00, em cada período de apuração.

Concluiu requerendo que fosse julgado improcedente o Auto de Infração e cancelada a multa imposta por falta de previsão legal e em respeito ao princípio da irretroatividade da norma tributária, ou caso assim não se entenda, que seja ao menos reduzida a penalidade para a prevista no artigo 915, XIII-A, “i”, do RICMS/BA, em observância aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e vedação da utilização de tributo com efeito de confisco.

Requereu, ainda, a produção de todas as provas em Direito admitidas, inclusive, a posterior diligência e elaboração de laudo pericial para corroborar tudo o quanto aduzido.

Informou, também, que estará procedendo ao pagamento do ICMS com os acréscimos legais, descritos na infração 2.

Pediu, finalmente, que todas as intimações dos atos a serem produzidos no presente feito sejam realizadas no endereço da sede da impugnante, na Rua Ponta Delgada, nº 65, Vila Olímpia, 04548-020, São Paulo – SP.

O autuante prestou informação fiscal às fl. 312, contestando as alegações defensivas, afirmado que existe, sim, a impossibilidade de realização dos trabalhos de auditoria do exercício de 2003 com base nos arquivos magnéticos entregues pelo autuado em 09/08/2007 e 10/08/2007, pois tais arquivos não corrigiram divergências apresentadas em listagem diagnóstico apresentada ao contribuinte na intimação fiscal de 13/04/2007. Acrescentou que o contribuinte causou incomensurável prejuízo ao Erário estadual ao tolher-lhe os meios previstos em lei para o exercício de sua função fiscalizadora.

Referindo-se à alegação defensiva sobre a impossibilidade de aplicação do artigo 708-B, § 6º, do RICMS/BA, em decorrência da irretroatividade em matéria tributária, afirmou que o fato imponível de que cuida o presente Auto de Infração é o atendimento à intimação fiscal para correção de arquivos magnéticos recebida pelo autuado em 13/04/2007, já na vigência do referido dispositivo regulamentar, sendo esta intimação que não foi atendida, o que obrigou a imposição em 28/09/2007 da multa prevista em lei.

Contestou, ainda, as alegações defensivas sobre o caráter confiscatório da multa e sobre a necessidade de sua redução para o patamar previsto pelo artigo 915, inciso XIII-A, alínea “i”, do RICMS/BA, afirmando que cabe ao agente do Fisco cumprir os ditames legais e que a multa aplicável ao caso está correta, haja vista que a infração cometida se enquadra no artigo 686 e 708-B, § 6º, do RICMS/BA, nada tendo a ver com o artigo 915, XIII-A, “i”, referido pelo autuado.

Concluiu mantendo integralmente a autuação.

Constou à fl. 314 demonstrativo de pagamento de valor parcial do débito.

Através do Acórdão JJF nº 0115-01/08, decidiu a 1ª Junta de Julgamento Fiscal pela procedência do Auto de Infração em epígrafe, sob o entendimento de que:

“Inicialmente, no que concerne ao pedido do autuado de que todas as intimações dos atos a serem produzidos no presente feito sejam realizadas no endereço da sede da impugnante, na Rua Ponta Delgada, nº 65, Vila Olímpia, 04548-020, São Paulo – SP, observo não haver óbice para atendimento do pleito, devendo o órgão competente da Secretaria da Fazenda enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao presente processo para o endereço requerido. Contudo, vale ressaltar que, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão previstas no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99.”

Da análise das peças processuais, verifico que, relativamente à infração 01, o autuado alega que entregou os arquivos magnéticos relativos às suas informações fiscais dos períodos de apuração de 01.01.2003 a 31.12.2003, na forma determinada pela legislação do ICMS da Bahia à época, conforme os protocolos que relaciona e junta cópias às fls. 261 a 271, e que estas

informações foram validadas pela própria SEFAZ/BA, e, portanto, atestadas pelo Fisco Estadual, conforme protocolos de entrega acostados aos autos.

Afirma que tais divergências foram retificadas por meio de envio de novos arquivos magnéticos enviados em 09/08/2007 e 10/08/2007, segundo se verifica dos protocolos anexados às fls.289 a 299, e que após conferência em auditoria fiscal, verificou-se que a impugnante não deixou de pagar nenhum tributo nos períodos de apuração de 2003.

Aduz, ainda, sobre a impossibilidade de aplicação do artigo 708-B, § 6º, do RICMS/BA, em face da irretroatividade em matéria tributária, sustentando que o § 6º foi incluído no ordenamento jurídico pelo Decreto nº. 9.332 de 14/02/2005, com eficácia a partir de 15/02/2005, ou seja, com efeitos apenas para os fatos imponíveis ocorridos depois de 02/2005. Afirma que a legislação aplicável aos fatos geradores objeto da autuação não poderia ser instituída pelo decreto acima referido, mas a que vigorava até 2003, relativamente a fatos geradores apurados em 2003, que não trazia qualquer equiparação entre a não entrega e a entrega defeituosa de arquivos magnéticos.

Reitera que não houve ausência de entrega das informações magnéticas, mas, se esse for o entendimento deste órgão julgador, no máximo deveria ser apenada com a multa prevista no artigo 915, XIII-A, alínea "i", do RICMS/BA, referente à perda normal de prazo de entrega, no valor de R\$ 1.380,00, em cada período de apuração.

Por outro lado, noto que consta no Auto de Infração na descrição da infração 01, ter sido 'intimado o contribuinte em 13/04/07 a corrigir as divergências apuradas nos registros 50, 54 e 74 dos arquivos magnéticos existentes na base de dados da SEFAZ, do ano de 2003, entregou novos arquivos em 10/08/07 com notas fiscais faltantes no registro 50, diferenças em notas fiscais informadas no registro 50 e 54 e falta de informação do registro 74, conforme relatórios apensados ao PAF, o que configura não entrega, nos termos do artigo 708-B, § 6º, do RICMS/BA'.

Nos termos do artigo 708-A do RICMS/97, o contribuinte do ICMS usuário de SEPD para emissão de documentos fiscais e/ou livros fiscais, caso do autuado, deverá entregar o arquivo magnético, referente ao movimento econômico de cada mês, a partir do mês de outubro de 2000, inclusive, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, devendo ser incluídos todos os registros exigidos pela legislação. Já o § 4º do citado art. 708-A, determina que:

'§4º O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético chancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.'

Vale registrar que o arquivo magnético é recebido e submetido a teste de consistência, e por isso, a legislação prevê que a sua recepção pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, de acordo com o § 6º do mesmo artigo 708-A do RICMS/BA, abaixo transcrito:

'§ 6º A recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas.'

Independentemente da entrega mensal prevista no art. 708-A do RICMS/97, acima referido, o contribuinte também é obrigado a entregar, quando intimado, os referidos arquivos, conforme a previsão do art. 708-B, § 5º, do mesmo RICMS/97, in verbis:

'Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.'

(...)

§ 5º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade '2', referente a retificação total de arquivo'.

O que se verifica no caso em exame, é que após a constatação de divergências apuradas nos registros 50, 54 e 74, referentes aos exercícios de 2003 e 2004, o contribuinte foi intimado (fl. 07), a corrigir as irregularidades apontadas, no prazo de 30 (trinta) dias, na forma do artigo 708, §5º, do RICMS/BA, contudo, entregou novos arquivos em 10/08/2007, sem os ajustes necessários, inclusive, com falta de informação do registro 74, o que configurou a não entrega, consoante o artigo 708-B, § 6º, do RICMS/BA, infração passível da multa de 1% sobre o valor das operações.

Registro que de acordo com o art. 42, inciso XIII-A, alínea 'g', da Lei nº. 7.014/96, 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, sem condições que possibilitem a sua leitura, sujeita o contribuinte ao pagamento da multa de 1% do valor das operações ou prestações realizadas.

No respeitante à alegação do autuado de impossibilidade de aplicação do artigo 708-B, § 6º, do RICMS/BA, em face da irretroatividade em matéria tributária, por ter sido incluído no ordenamento jurídico pelo Decreto nº 9.332 de 14/02/2005, com eficácia a partir de 15/02/2005, ou seja, com efeitos apenas para os fatos imponíveis ocorridos depois de 02/2005, concordo com o autuante quando diz que 'o fato imponível de que cuida o presente Auto de Infração é o atendimento a intimação fiscal para correção de arquivos magnéticos recebida pelo autuado em 13/04/2007, já na vigência do referido dispositivo regulamentar, sendo esta intimação que não foi atendida, o que obrigou a imposição em 28/09/2007 da multa prevista em lei.'

Vale consignar que o entendimento do CONSEF, tanto na primeira quanto na segunda instância, em reiteradas decisões sobre matéria semelhante a de que cuida o Auto de Infração em exame, envolvendo exercícios anteriores a 2005, inclusive, ao ano de 2003, têm sido pela aplicação da penalidade prevista no artigo 42, XIII-A, alínea 'g', da Lei nº 7.014/96.

A título de exemplo, cito o Acórdão nº CJF 0318/11/07, cujos trechos do relatório e voto da lavra da Ilustre Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade, reproduzo abaixo, para uma melhor compreensão do que está sendo dito:

'RELATÓRIO

(...)

No mérito, manteve a autuação, observando que o autuante lavrou duas intimações datadas de 31/07/2006 e 05/09/2006 (fls. 06//07), concedendo o prazo de 30 dias para que o autuado fornecesse os arquivos magnéticos validados pelo SINTEGRA, do período compreendido entre 01/01/2001 e 31/12/2005, sendo alertado no corpo dos referidos documentos que o não atendimento no prazo estabelecido ou sua entrega com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais sujeitaria o autuado às penalidades previstas no artigo 42, da Lei 7.014/96, não tendo o deficiente atendido as intimações, fato por ele mesmo reconhecido na sua peça defensiva.

'VOTO

(...)

No que toca ao argumento de que lhe deve ser aplicada a multa da alínea 'i' do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014 – multa fixa de R\$1.380,00 - e não a que lhe foi imputada – descrita na alínea 'g' do mesmo dispositivo, 1% - melhor sorte não assiste ao recorrente. Como destacou a Decisão recorrida ao apreciar este argumento, apresentado também na Impugnação, tratam de penalidades que se destinam a ilícitos diferentes. A falta de entrega dos arquivos magnéticos exigidos mediante intimação está prevista no artigo 42- XIII-A, 'g' da Lei nº 7.014/96, já a multa prevista na alínea 'i', se refere a falta de encaminhamento dos

referidos arquivos nos prazos previstos na legislação, quando não houver a lavratura da aludida intimação fiscal.

Quis o legislador imputar penalidade maior àquele contribuinte que, embora intimado, não cumpriu a obrigação da entrega do arquivo magnético, por entender que tal descumprimento se reveste de maior gravidade, posto que de fato tem potencial mais lesivo o não atendimento voluntário a um ato administrativo persecatório que é a intimação, que visou verificar a regularidade das operações realizadas pelo contribuinte, verificação esta que foi frustrada pelo seu não atendimento.

Do exposto, não merece acolhida a tese de que as duas normas têm fatos antijurídicos iguais – quais sejam a não entrega do arquivo magnético, e sim que elas trazem como pontos diferenciadores, e que resultou na modulação diferenciada da penalidade, condutas com potenciais de lesividade distintas.”

Como se vê da leitura dos trechos acima reproduzidos, a exigência fiscal alcançou os exercícios de 2001 a 2005, tendo sido aplicada ao caso a multa prevista no artigo 42, XIII-A, 'g', da Lei nº. 7.014/96.

Assim, considerando que o procedimento fiscal foi efetuado observando os requisitos estabelecidos na legislação tributária, quanto à necessidade de intimação específica ao contribuinte para a necessária correção dos arquivos, conforme acima exposto, e as divergências não foram sanadas, equivalendo à falta de entrega dos arquivos, este item da autuação é integralmente subsistente'.

No que tange à argüição de inconstitucionalidade da multa, por entender o autuado que esta é confiscatória e desrespeita os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ressalto que, nos termos do artigo 167, I do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, estando a multa aplicada prevista no art. 42, XIII-A, 'g' da Lei nº 7.014/96.

Quanto ao pedido de que seja aplicada a multa prevista na alínea 'i' do art. 42, XIII-A, da Lei nº 7.014/96, não se aplica ao caso, haja vista que os arquivos magnéticos foram exigidos mediante intimação, inclusive, com a concessão de prazo de 30 (trinta) dias para o seu atendimento, enquanto a multa prevista na alínea 'i', diz respeito à falta de encaminhamento dos arquivos magnéticos nos prazos previstos na legislação, quando não há lavratura de intimação fiscal.

Assim, a multa aplicada foi específica para o caso em tela, ou seja, pelo não fornecimento de arquivos magnéticos, exigido mediante intimação.

Cumpre registrar que, o artigo 42, XIII-A, 'g' da Lei nº 7.014/96, teve a sua redação modificada através da Lei nº 10.847 de 27/11/2007, passando a multa pela falta de fornecimento de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, para o artigo 42, inciso XIII-A, alínea 'j' da Lei nº 7.014/96, contudo, permanecendo o percentual de 1% sobre o valor das operações ou prestações realizadas.

Quanto ao item 02 da autuação, constato que o autuado reconhece o cometimento da infração, inclusive, efetuando o pagamento do valor exigido, conforme demonstrativo acostado aos autos.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido referente à infração 02”.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, repisando, quase que integralmente, os argumentos pelo mesmo expendidos em sua peça defensiva.

Acrescenta que da análise do Acórdão é possível extrair que o recorrente entregou à SEFAZ todos os arquivos magnéticos relativos às informações fiscais dos períodos de apuração, nos termos da legislação baiana e do programa validador da época fornecido pela própria SEFAZ, o que está demonstrado através dos documentos jungidos à peça impugnatória. Aduz que, passados três anos da entrega dos arquivos acima referidos, foi intimado em 13.04.2007 a corrigir divergências

apuradas nos registros 50, 54 e 74, de modo que em 09.08.2007 e 10.08.2007, segundo documentos também anexados à peça defensiva, tais divergências foram retificadas por meio do envio de novos arquivos magnéticos. Logo, prossegue, como reconheceu a Decisão recorrida, não há que se falar na ausência de entrega dos documentos solicitados pela fiscalização, premissa indispensável ao deslinde do presente caso.

Assevera que a informação de que os arquivos magnéticos enviados ainda teriam alguma divergência é um fato novo trazido aos autos pela manifestação apresentada pela autoridade autuante somente após a apresentação da impugnação, da qual o recorrente jamais foi intimada a se pronunciar, de modo que não pode ser levada em consideração, sob pena de se ferir o Magno princípio que consagra a ampla defesa. Afirma que; a) entregou corretamente os arquivos magnéticos nos termos da legislação vigente; b) não deixou de pagar nenhum tributo no período de apuração de 2003; e c) não causou qualquer prejuízo ao Erário Público, de modo que urge seja a penalidade em questão cancelada.

Salienta que pretende o autuante aplicar multa exigida por lei posterior ao fato imponível tributário, o que não é possível, tendo a Decisão recorrida se equivocado ao pretender considerar o critério temporal do fato imponível de que cuida o presente Auto de Infração à data de atendimento à intimação fiscal. Diz que o dever instrumental de apresentar os arquivos magnéticos solicitados pelo Auditor Fiscal, como acessório à obrigação principal, deve observar a legislação vigente à época do fato imponível da obrigação tributária, no caso em tela, ocorrida no ano-calendário de 2003. Transcreve doutrina de Geraldo Ataliba a respeito da matéria.

Argumenta que não procede a tese sufragada na Decisão de primeira instância no sentido de que a aplicação da multa prescrita no art. 915, XIII-A, “i”, do RICMS/BA, apenas deveria ser utilizada quando não houver a lavratura de intimação fiscal. Destaca que da leitura da norma em questão, pode-se aferir que não há qualquer condição imposta na hipótese em tela que exija a não lavratura de intimação fiscal para a sua aplicação. Assim, conclui, *“caso se entenda pela necessidade de aplicação de penalidade, o que se admite apenas para argumentar, requer seja a multa corrigida para que se imponha a prevista relativa ao artigo 915, XIII-A, 'i' do RICMS/BA, por entrega dos arquivos magnéticos com atraso ou com padrão diferente do previsto, tendo em vista ainda a ausência de prejuízo ao Erário Público”*.

Ao final, requer o Provimento do Recurso Voluntário para que seja julgado improcedente o presente Auto de Infração, cancelando-se a multa imposta por ausência de previsão legal e em respeito ao princípio da irretroatividade da norma tributária; ou, em assim não ocorrendo, que seja reduzida a penalidade para a prevista no artigo 915, XIII-A, “i”, do RICMS/BA, obedecendo-se os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e vedação da utilização de tributo com efeito de confisco.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, após tecer escorço histórico do presente PAF, emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, através do qual assevera que:

- a) houve a correta intimação para a retificação dos arquivos magnéticos entregues com incorreções e omissões e essa segunda entrega também ocorreu com erros e informações incompletas, o que configura a não entrega, exatamente nos termos do art. 708-B, § 6º, do RICMS/BA;
- b) a infração cometida efetivamente causou prejuízo ao fisco quando da apuração do imposto no exercício, o que não implica em falta de pagamento do imposto tão somente referente à parte sem incorreções ou incompletudes, como bem evidenciou o autuado;
- c) a infração contida no processo é decorrente do descumprimento de uma obrigação de fazer, a qual se materializa na prática de um ato em uma determinada época, o que ocorreu na vigência da legislação citada pelo recorrente, ficando assim equiparada à não entrega que realizou de arquivos magnéticos com incorreções e omissões;
- d) sobre a alegação do autuado da multa aplicada estar ferindo princípios constitucionais de direito tributário, o entendimento predominante neste CONSEF é de que estaria fora da seara administrativa a apreciação de questões constitucionais, e por conseguinte cabe a aplicação da legislação tributária estadual, apesar de não se tratar de cobrança de imposto, e sim

descumprimento de obrigação acessória; além disso, é relevante o fato de que não foram entregues livros e documentos fiscais suficientes à apuração do tributo porventura devido, não tendo sido corrigidos, de igual forma, os arquivos defeituosos.

Ao final, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO

Cinge-se a insurgência recursal ao lançamento tributário concernente à infração 1, atinente à falta de entrega dos arquivos magnéticos, mesmo após intimação fornecida pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, convindo reiterar o quanto já observado pelo julgador de primeira instância no sentido de que a infração 2 já foi reconhecida e paga pelo contribuinte.

É inegável o cometimento da infração por parte do contribuinte. Isso porque foi o mesmo devidamente intimado para corrigir as divergências apuradas nos registros 50, 54 e 74, dos seus arquivos magnéticos referentes ao ano de 2003, restando comprovado que foram entregues novos arquivos em 10/08/07 com notas fiscais faltantes no registro 50, diferenças em notas fiscais informadas no registro 50 e 54 e falta de informação do registro 74, conforme relatórios apensados ao PAF, fato que, à luz do quanto insculpido no artigo 708-B, § 6º, do RICMS/BA, configura a não entrega dos aludidos arquivos.

É de corriqueira sabença que, ao contrário do quanto pugnado pelo recorrente, o arquivo magnético recebido estará sujeito a teste de consistência, razão pela qual a legislação prevê que a sua recepção pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, em face do que preceitua o § 6º, do mesmo artigo 708-A, do RICMS/BA, já transcrito no *decisum a quo*.

Noutro giro, sem prejuízo da entrega mensal supramencionada, estava o recorrente também obrigado, após a respectiva intimação, à entrega dos aludidos arquivos, em conformidade com o art. 708-B, § 5º, do mesmo RICMS/97.

Ora, a não efetivação dos ajustes e correções necessárias configura a não entrega dos arquivos magnéticos, ensejando, portanto, a aplicação da multa estatuída no artigo 708-B, § 6º, do RICMS/BA c/c o art. 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96.

Outrossim, no que se refere à tese recursal de que não é possível a aplicação do artigo 708-B, § 6º, do RICMS/BA, tendo em vista o Princípio da Irretroatividade em matéria tributária, reparo algum, como brilhantemente asseverou o julgador de primeira instância, merece a assertiva do Fiscal autuante de que “*o fato imponível de que cuida o presente Auto de Infração é o atendimento a intimação fiscal para correção de arquivos magnéticos recebida pelo autuado em 13/04/2007, já na vigência do referido dispositivo regulamentar, sendo esta intimação que não foi atendida, o que obrigou a imposição em 28/09/2007 da multa prevista em lei.*”

Reitere-se, aqui, o quanto consignado na Decisão recorrida de que tem sido este o entendimento pacífico deste CONSEF a respeito da matéria.

Incompetente é este CONSEF para apreciar a alegação de confiseração da multa, suscitada pelo recorrente com espeque em princípios constitucionais, tendo em vista a vedação imposta no artigo 167, I do RPAF/99.

Pari passu, de referência ao pleito de aplicação, ao caso vertente, da multa albergada na alínea “i” do art. 42, XIII-A, da Lei nº 7.014/96, evidente a sua impossibilidade de incidir sobre a hipótese objeto da presente autuação, notadamente porque os arquivos magnéticos foram exigidos mediante intimação, tendo sido concedido, inclusive, o prazo de 30 (trinta) dias para o seu atendimento, ao passo que a multa prevista na alínea “i”, diz respeito à falta de encaminhamento dos arquivos magnéticos nos prazos previstos na legislação, quando não há lavratura de intimação fiscal.

Todavia, ao contrário do quanto manifestado na Decisão recorrida, entendo que o montante da multa inicialmente aplicada, em face do permissivo constante do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96 e art. 158, do RPAF, deve ser reduzido.

Isso porque o recorrente, desde o início da ação fiscal, entregou ao autuante todos os livros e documentos fiscais da empresa, submetendo-se ao início e fim da fiscalização, tendo o autuante apurado imposto a recolher de pequeníssima monta, objeto da infração 2, que já fora, inclusive, objeto de reconhecimento e pagamento por parte do contribuinte.

Ora, por tal razão, a despeito do cometimento da infração, o ilícito praticado pelo recorrente se encontra “relativizado”, vez que o mesmo entregou documentos outros à fiscalização, os quais, inclusive, redundaram em cobrança de valor de imposto, absolutamente desproporcional em relação à multa exigida na infração 1, a despeito de se tratarem de períodos distintos concernentes ao levantamento quantitativo de estoque. Saliento, portanto, que em relação ao exercício de 2003, não há qualquer imposto exigido na presente autuação.

Daí porque, minimiza-se, na prática, o prejuízo ao Fisco Estadual que, através de outros roteiros de auditoria e com os documentos apresentados pelo próprio recorrente, poderia apurar o imposto devido.

Tenho ressaltado em outros votos por mim proferidos e que se assemelham ao presente que o que deve almejar o Estado da Bahia é a cobrança do imposto, jamais a aplicação de multas com o fim de substituir aquela cobrança, utilizáveis apenas como “meio” de compelir o contribuinte a pagar eventual imposto devido. O objetivo é a cobrança do imposto (fim) e não a aplicação de multa acessória (meio), que não se confunde com o mesmo.

Assim, a manutenção do valor da multa constante da autuação - sem prejuízo da cobrança do imposto propriamente dito –, afigura-se como manifesta violação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade que deve, indubitavelmente, nortear o processo administrativo fiscal, apresentando-se absurda no caso vertente.

Destarte, a despeito de ser inegável o cometimento da infração e a dificuldade que a omissão do autuado gerou para a fiscalização, entendo, por outro lado, ser irrazoável a multa aplicada, razão pela qual, invocando, no particular, os Acórdãos paradigmas de nºs 0383-12/06 e 0405-12/06 e com espeque no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, c/c o art. 158, do RPAF, aplicando *in casu* a eqüidade, voto no sentido PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário para reduzir para 10%, ou seja, R\$45.078,86, o valor da infração 1, como demonstra abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO				
D. DE OCORRÊNCIA	D. DE VENCIMENTO	VALOR EM REAL	MULTA	VALOR JULGADO
31/01/2003	09/02/2003	31.202,01	10%	3.120,20
28/02/2003	09/03/2003	43.990,25	10%	4.399,02
31/03/2003	09/04/2003	55.379,18	10%	5.537,92
30/04/2003	09/05/2003	55.541,71	10%	5.554,17
31/05/2003	09/06/2003	69.799,19	10%	6.979,92
30/06/2003	09/07/2003	44.333,97	10%	4.433,40
31/07/2003	09/08/2003	29.818,99	10%	2.981,90
31/08/2003	09/09/2003	21.691,29	10%	2.169,13
30/06/2003	09/10/2003	20.836,50	10%	2.083,65
30/10/2003	09/11/2003	35.812,72	10%	3.581,27
30/11/2003	09/12/2003	24.198,36	10%	2.419,83
31/12/2003	09/01/2004	18.184,46	10%	1.818,45
		450.788,63		45.078,86

VOTO DIVERGENTE

Divirjo do ilustre relator quanto à redução da multa, porém o acompanho no que tange aos demais aspectos abordados em seu brilhante voto.

Efetivamente, o disposto no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 facilita a este colegiado reduzir multa por descumprimento de obrigação acessória, desde que fique comprovado que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação e não implique falta de recolhimento do imposto.

Quando cabível, essa faculdade concedida ao julgador administrativo deve ser utilizada para que a pena aplicada, considerando as peculiaridades envolvidas, seja ajustada ao caso concreto. O exercício dessa faculdade, contudo, requer muita cautela, uma vez que são raros os casos em que os requisitos legais para a redução estão caracterizados nos autos. Não se deve conceder o benefício sem o atendimento dos requisitos previstos, pois, além de ilegalidade, seria uma

injustiça com os contribuintes que zelam pelo cumprimento de suas obrigações tributárias.

Só quando ficar comprovado que o contribuinte atendeu aos requisitos legais, o julgador administrativo poderá dosar a pena ao caso concreto, observando os diversos fatores que influenciaram no cometimento da infração. No caso concreto, considero que não estão presentes as condições exigidas pela lei para que se aplique a redução da multa.

Tendo em vista a diversidade das mercadorias comercializadas e o porte da empresa, não havia como se fiscalizar o recorrente sem os arquivos magnéticos. Os livros e documentos apresentados pelo contribuinte e citado pelo ilustre relator não eram suficientes para que se fiscalizasse com segurança uma empresa do porte do recorrente. Esse fato fica claro quando se observa que, no exercício de 2003, o recorrente não foi fiscalizado. Desse modo, entendo que apenas com base nos autos, não se pode dizer se houve ou não falta de recolhimento do imposto, porém se pode afirmar que o procedimento irregular do recorrente causou um claro prejuízo “operacional” ao fisco.

Uma vez que não restou comprovada a presença das condições legais previstas para a redução da multa, o benefício não é cabível.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279266.0901/07-0, lavrado contra **PARMALAT BRASIL S.A. - INDÚSTRIA DE ALIMENTOS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$1.176,48**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$45.078,86**, prevista no artigo 42, XIII-A, “j”, do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor recolhido.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Nelson Antonio Daiha Filho, Márcio Medeiros Bastos, Helcônio de Souza Almeida, Fauze Midlej e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO DIVERGENTE - Conselheiro: Álvaro Barreto Vieira.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO DIVERGENTE

SYLVIA MARIA AMOÉDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS