

PROCESSO - A. I. N° 180642.0004/08-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - DURAN O SHOPPING DA CONSTRUÇÃO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4ª JJF nº 0108-04/09
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 09/07/2009

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0192-12/09

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Entretanto, após a vigência do referido diploma legal, considera-se que o autuado não atendeu a intimação no prazo regulamentar para apresentação dos arquivos magnéticos, sujeitando-se a multa no percentual de 1%, sobre o total das operações de saídas ocorridas no período. Configurado que, até o período anterior à edição da Lei nº 9.159/04, a motivação do autuante para a proposição da multa foi falta de atendimento à intimação, no período da ação fiscal, cabendo aplicar a multa prevista no art. 42, inciso XX, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. O contribuinte alega que houve erro na escrituração do número documento fiscal ou que lançado no exercício seguinte, sem apresentar provas. Infração caracterizada parcialmente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, cujo objeto é a reanálise da Decisão proferida em primeiro grau administrativo, referente as seguintes infrações à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações ou prestações realizadas, sendo exigido um valor histórico de R\$51.157,49.

INFRAÇÃO 3 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Consta na descrição dos fatos que as notas fiscais foram obtidas através do CFAMT, sendo exigido um valor histórico de R\$8.724,19.

Os julgadores de Primeira Instância, ao analisarem a impugnação interposta pelo autuado, julgaram as infrações 1 e 3 parcialmente procedentes sob os seguintes fundamentos:

“...A discussão envolve questões que dizem respeito entre outras coisas a aplicação da lei no tempo, em função do período da ocorrência dos fatos e a interpretação objetiva que deve ser dada a tipificação das infrações em matéria tributária. O Auto de Infração enquadra a infração nos artigos 686, 708-B do RICMS e aplica a multa prevista no art. 42, inc. XIII-A, alínea “g” da Lei nº 7.014/96. O autuado apresenta as alegações apontadas anteriormente e diz que não infringiu a norma, uma vez que segundo o art. 686, RICMS/BA, mantém consigo as notas recebidas e emitidas.”

Da análise das peças processuais e legislação pertinente à matéria, verifico que o art. 686, RICMS/BA prevê a obrigação dos contribuintes usuários de sistema eletrônico de processamento de dados de manterem os arquivos magnéticos, pelo prazo de cinco anos. O art. 708-A, aplica-se à obrigação de fazer a entrega mensal dos arquivos magnéticos, nos prazos regulamentares e o art. 708-B, a seu turno, aplica-se à falta de entrega de arquivos magnéticos, quando regularmente intimados.

Versa o Auto de Infração ter deixado o contribuinte de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações referentes aos meses de janeiro a dezembro de 2003 e janeiro a dezembro de 2004. Para isso emitiu termo de intimação de fls. 09/10. Ocorre, porém, que no caso concreto, a intimação é para que o contribuinte proceda aos ajustes, tendo em vista as inconsistências havidas nos arquivos efetivamente entregues pelo contribuinte, conforme faz prova a própria intimação e demais documentos anexos aos autos. É também um equívoco do autuado argumentar, face o art. 686, RICMS/BA, que não infringiu a norma, tendo em vista que suas notas fiscais recebidas e emitidas encontram-se arquivadas, estando assim desobrigado da entrega de arquivos magnéticos. Em realidade, contribuintes do ICMS autorizados ao uso de SEPD estavam obrigados entregar o arquivo magnético referente ao movimento econômico de cada mês, desde outubro de 2000, a teor do Decreto 7.886, de 29.12.00.

Entretanto, ao exigir conduta expressamente registrada no final da descrição da infração que diz respeito ao descumprimento de “intimação” para apresentação de arquivos magnéticos, ao invés da multa prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, a multa cabível, no período da ocorrência dos fatos, é a prevista no inciso XX, “b”, de acordo, inclusive, com decisões desse CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF 0004-12/04.

Para melhor entendimento, vamos a seqüência dos fatos.

Na inicial, diz o Auto de Infração que o sujeito passivo deixou de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, exigidos mediante intimação para apresentação dos arquivos. Na informação fiscal, o autuante esclarece que os arquivos foram entregues, porém com erros, o que demandou intimação para proceder aos ajustes. Ou seja, essa foi a motivação do Auto de Infração. Noutras palavras, a motivação do autuante para a proposição de multa foi o não atendimento da intimação para entrega dos arquivos magnéticos corrigidos, durante a ação fiscal, conforme está previsto atualmente no art. 708-B (Decreto 9.651/05).

“§ 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.”

A rigor, duas são as condutas omissivas que tipificam o descumprimento de obrigação acessória relacionadas à entrega dos arquivos magnéticos, em nossa legislação. O art. 708-A, aplica-se à obrigação de fazer a entrega mensal dos arquivos magnéticos, nos prazos regulamentares e o art. 708-B tipifica o descumprimento de intimação fiscal para a entrega do arquivo magnético. Observa-se que, quanto à dimensão do prejuízo causado à Fazenda Pública a não entrega do arquivo, descumprindo uma intimação fiscal traduz prejuízo e desatenção à Fazenda Pública de maior monta, merecendo assim reprimenda mais gravosa. É assim, inclusive que está prevista a sanção relacionada ao descumprimento com a entrega dos arquivos, na Lei nº 7.014/96 (art. 42, XIII-A “f” e “g”) na atual redação do Decreto 9.430/05.

Nesse passo, laborou o Auditor Fiscal. O contribuinte foi intimado para corrigir inconsistências dos arquivos, e para isso teve 30 dias de prazo, como manda o § 5º do art. 708-B do RICMS. Vencido o prazo, configurou-se a infração, consubstanciada na falta de entrega, à fiscalização, de arquivos magnéticos solicitados mediante intimação, com a aplicação da multa de 1% do valor das saídas de mercadorias no período considerado, prevista na alínea “g” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Ocorre que no lapso temporal supra referenciado, exercícios 2003 e 2004, o descumprimento de prestar esclarecimento, informação ou exhibir arquivos magnéticos, quando “regularmente solicitado por funcionário fiscal”, estava passível à incidência de multas seqüenciais e cumulativas, previstas no inciso XX, art. 42, Lei nº 7.014/96; sujeitando-se à penalidade da alínea “g”, inciso XIII-A, conforme anunciado no presente Auto de Infração, somente a partir de 10.07.04, com a alteração dada pela Lei nº 9.159, de 09.07.04.

XIII-A

(...)

g) 1% (um por cento) do valor das saídas do estabelecimento em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura.

Prova incontestável que o inciso XX em questão regia, anteriormente, as infrações atinentes à entrega dos arquivos magnéticos, mediante intimação, é que a mesma Lei nº 9.159/04 que alterava o disposto da alínea “g”, inciso XIII, tratou de retirar do seu texto tal incumbência, para acomodá-la no inciso XIII-A, a saber:

"XX - àquele que, dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exibir livro ou documento, arquivo magnético ou similar (exceto os arquivos contendo o valor das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas), ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado" (grifo nosso)

Tempos depois foi acrescentado § 6º ao art. 708-B, através Decreto nº 9.332, de 14/02/05, prevendo que a entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação tratada no caput do artigo, fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito também à penalidade prevista na alínea "g" do inciso XIII-A do art. 915 do Regulamento de ICMS.

Posto isso, embora a proposição do Auditor Fiscal contenha equívoco na aplicação da multa prevista na lei vigente na época dos fatos, cabe ao CONSEF fazê-lo, diante da situação fática. E assim, a multa aplicável neste caso tem previsão fundada no inciso XX do art. 42 da Lei nº 7.014/96 para o descumprimento das aludidas obrigações até 09.07.04, ainda que a intimação para apresentação dos arquivos tenham sido feitas em abril de 2008, incidindo na hipótese regras do art. 106, CTN, que fixa os critérios de aplicação de penalidade mais benigna e, portanto, como norma geral de direito tributário, surge como garantia do contribuinte que não pode ser alterada por lei ordinária.

Outrossim, as multas propostas (art. 42, XX, Lei nº 7.014/96), não serão aplicadas cumulativamente, tendo em vista que, apesar da afirmação fiscal da existência de outros contatos com o autuado, além da entrega de relatórios de inconsistências, nos dias 12.05.08, 20.05.08, dia 30.06.2008, as intimações formais, exceto a primeira (fls. 09/11), inclusive a Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas (art. 708-B, § 3º, RICMS BA), não se fazem anexas aos autos.

Diante do exposto não deve subsistir a multa proposta na autuação fiscal no valor de R\$ 51.157,49, cabendo a multa de R\$ 90,00, prevista na alínea "a" do inciso XX do art. 42, no período até 09.07.04.

Assistindo razão ao Auditor Fiscal, contudo, nas ocorrências a partir de julho/04, tendo em vista que a obrigatoriedade da entrega dos arquivos magnéticos encontra-se regulamentada, nos termos dos artigos 686, § 5º, 708-A, todos do RICMS BA, referente movimento econômico de cada mês, desde outubro de 2000, atendendo às especificações técnicas vigentes na data de entrega, estabelecidas no Convênio ICMS 57/95. A multa para tal descumprimento, no entanto, da forma como exigida no presente Auto de Infração, está prevista no inciso XIII-A "g" da Lei nº 7.014/96, com redação da Lei nº 9.159/04, com efeitos somente a partir de 10.07.04.

Assim, procedente em parte é a infração 01, com multa de R\$ 90,00, relativa a intimação não atendida abarcando os períodos envolvidos até 09.07.04, e, em relação aos demais períodos prevalecem as penalidades nos seguintes valores: R\$ 1.972,51 (jul 04); R\$ 2.194,68 (ago 04); R\$ 1.837,81 (set 04); R\$ 3.495,31 (out 04); R\$ 3.244,95 (nov 04) e R\$ 3.339,90 (dez 04), totalizando R\$ 16.175,16."

Quanto à infração 3 os julgadores a quo proferiram o seguinte voto:

"...o autuante apresenta demonstrativo de fls. 198/200 relacionando notas fiscais capturadas no sistema CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito) não escrituradas pelo sujeito passivo e anexa cópias das notas (fls. 201/216). O autuado, tomando conhecimento da imposição alega que as notas fiscais 450.156, AMANCO DO BRASIL S.A (fl. 204) e 122.186, BASF S.A (fl. 207) foram registradas com números 450.154 e 122.185.

De fato, consta escriturada no livro de Registro de Entradas do contribuinte, fl. 357, a nota fiscal 450.154 com o mesmo valor, data de emissão e fornecedor do documento considerado omitido; o mesmo ocorre com nota fiscal da BASF lançada com número 122.185, conforme livro fiscal de fls. 368. Assim, dessa infração devem ser excluídos dos valores R\$ 329,27(jan/04) e R\$ 665,89 (fev/04). Restando a infração caracterizada no valor total de R\$ 7.729,03."

VOTO

O presente Recurso de Ofício, cinge-se em analisar a pertinência do julgamento de Primeira Instância administrativa, levada a efeito através do Acórdão JJF nº 0108-04/09, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte.

A infração 1, foi imputada ao sujeito passivo sob a acusação de ter o mesmo deixado de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação referentes aos exercícios de 2003 e 2004. Por decorrência desses fatos foi aplicada a multa prevista no art. 42, XIII-A, "g" da Lei nº 7.014/96.

Ocorre que os julgadores de Primeira Instância administrativa, ao perceberem que a multa aplicada de 1% sobre o valor das saídas do estabelecimento, apenas foi inserida no ordenamento

jurídico tributário deste Estado em 09.07.2004, através da Lei nº 9.159/04. Antes do advento da citada Lei, ou seja, nos períodos anteriores a 09.07.2004, a multa aplicada era aquela prevista no inciso XX, “a” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, ainda que a intimação tenha sido realizada em abril de 2008.

Embora o raciocínio levado a efeito pelos julgadores da 4ª JJF, tenha sido baseado na retroatividade da lei mais benigna prevista no art. 106 do CTN, não comungo com tal entendimento, isto porque, no presente caso deve-se a regra do *tempus regit actum*, ou seja, deve-se aplicar a lei vigente à época dos fatos geradores.

Independentemente do raciocínio utilizado para se aplicar à lei vigente à época dos fatos geradores, o mais importante foi a finalidade atingida, ou seja, aplicar a penalidade devida de acordo com a ocorrência dos fatos tributários.

Desta forma, pode-se concluir que acertada foi a decisão proferida em primeiro grau, vez que adequou as penalidades a serem aplicadas de acordo com as leis vigentes à época, ou seja, do mês de janeiro de 2003 a julho de 2004 a multa a ser aplicada é aquela prevista no inciso XX, “a”, art. 42, “a”, da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$90,00 e nos meses subsequentes da autuação será aquela descrita no inciso XIII-A, “g” do art. 42, da Lei nº 7.014/96, no percentual de 1% sobre as saídas.

No que concerne à infração 3, a qual acusa o sujeito passivo de ter dado entrada de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, os julgadores *a quo*, após se certificarem que as Notas Fiscais nºs 450.156 (AMANCO DO BRASIL S.A., fl. 204) e a de número 122.186 (BASF S.A. fl. 207) foram escrituradas equivocadamente com os números 450.154 e 122.185, acataram os argumentos trazidos pelo autuado e excluiu da autuação os valores R\$329,27 e R\$665,89.

Analisando os documentos contidos nos autos e a legislação aplicada ao caso, pode-se facilmente constatar que a decisão recorrida encontra-se correta, motivo pelo qual voto no sentido de NÃO DAR PROVIMENTO ao recurso de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 180642.0004/08-0, lavrado contra DURAN O SHOPPING DA CONSTRUÇÃO LTDA., devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de R\$23.978,65, previstas no art. 42, incisos XX, “a”; XIII-A, “g”; XXII e IX, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de junho 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS - RELATOR

ANA CAROLINA IZABELLA MOREIRA – REPR. DA PGE/PROFIS