

A. I. Nº - 279103.0008/10-6  
AUTUADO - SOCIEDADE COMERCIAL E IMPORTADORA HERMES S/A.  
AUTUANTES - JAYME BORGES DOMINGUES FILHO e MOYES DE OLIVEIRA ANDRADE  
JUNIOR  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
INTERNET 17.03.2011

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0023-05/11**

**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. Desproporcionalidade da multa aplicada. Redução do valor da infração para 50% da multa originalmente aplicada, de acordo com o que estabelece o § 7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Infração subsistente com redução da multa aplicada. Auto de infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 28/09/2010, exige multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 305.466,68 em razão de não ter fornecido arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

O autuado por meio de procurador ingressa com defesa, fls. 81 a 88, ressalta o caráter acessório da infração, pois segundo o autuante, o autuado: “*Deixou de fornecer arquivos magnéticos dos exercícios de 2005 e 2006, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Pelo descumprimento das intimações foi aplicado multa de 1% sobre o valor das saídas informadas pelas empresas em suas GIA-STs conforme anexo 01*”.

Salienta que a unidade da autuada que foi fiscalizada está estabelecida na cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, onde realiza suas operações de vendas para os seus clientes estabelecidos no Estado da Bahia, como também para outros nos demais Estados. Tem uma Inscrição Estadual perante o Fisco baiano em razão da realização de vendas enquadradas no regime de Substituição Tributária.

Em vista dessa situação presta, voluntariamente e com satisfação, um serviço que entende ser de boa qualidade ao fisco baiano, na medida em que cobra de terceiros, seus clientes, o imposto devido nas mencionadas operações de vendas e repassa ao Estado, no cumprimento das regras atinentes ao citado mecanismo da Substituição Tributária.

O ponto essencial e talvez o único na relação Fisco/Contribuinte, ou seja, da Autuada com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia é exatamente esse, por envolver valores e, portanto, aspectos de natureza econômica, que a autuada faz questão de destacar, sobre os quais está rigorosamente em dia, pois, aos cofres públicos baianos repassou nos dois últimos anos de 2008 e de 2009 um total superior a R\$ 5,5 milhões, tudo no momento e nas datas determinadas pela legislação.

Aduz que não dispõe, neste momento, de rebuscados meios de prova para demonstrar que a única infração relativa à ação fiscal em evidência, que diz respeito ao descumprimento de uma obrigação acessória, ocorreu sem nenhuma intenção ou intuito fraudulento, dado que, não há como se pensar em fraudes nos procedimentos que realiza.

Muito embora discorde, com veemência, da cobrança de tão descomunal soma de R\$ 305.466,68, pelo simples fato de ter fornecido dados estatísticos supostamente errados, discorda do lançamento, por absoluta inaplicabilidade jurídica do feito. Como visto, a questão está relacionada com o malsucedido SINTEGRA, que vem a ser um conjunto de regras que seriam sistematizadas para orientar a execução das rotinas fiscais por processamento de dados, mas que sempre teve sua eficácia comprometida por razões de natureza operacional. A rigor, a esperada orientação nunca ocorreu, dado que, os contribuintes não dispõem de uma base legal clara e definitiva para preparação e entrega dos dados ao fisco estadual. Faltam clareza e definição ao assunto, que foi modificado inúmeras vezes, gerando indiscutível insegurança jurídica.

Dessa constatação, salta aos olhos a premente necessidade de que seja observado o princípio da razoabilidade, vez que, não se concebe que a Administração se apresente diante do Administrado para dele exigir o cumprimento pecuniário de descomunal soma, que, a rigor, o deixa evidentemente desestabilizado do ponto de vista econômico.

Portanto, resta constatada a tentativa de geração de receita pública proveniente do vazio econômico, de forte conteúdo confiscatório, ao arrepi do mandamento constitucional esculpido no artigo 150, IV, da Lei Maior, que proíbe aos entes públicos o uso de “*tributo com efeito de confisco*”.

Em preliminar de nulidade aduz o enquadramento da infração em dispositivo ineficaz, posto que os ilustres autuantes valeram-se de um ardil todo especial para montagem da infração 1, que diz respeito a operações dos anos de 2005 e de 2006, mas, totalizadas para 12/09/2010 como se fosse um “valor atual” da matemática financeira. Essa prática, contudo, tem uma finalidade, a de contornar, sem sucesso, evidentemente, os limites da Lei nº 10.847, que modifica a Lei nº 7.014/96, em seu artigo 42, relativo às penalidades por infrações cometidas, com eficácia a partir da publicação da lei modificadora em 28/11/2007.

Nesse sentido, é essencial deixar claramente consignada a marcante inaplicabilidade de um dispositivo legal que tem vigência a partir de uma data, 28/11/2007, sobre operações que ocorreram antes dessa vigência, anos 2005 e 2006, circunstância que a autuada está certa será observada por essa insigne Corte de Julgamento, na conclusão de que o feito está eivado de incontornável nulidade.

Como segunda razão de nulidade, a inaplicabilidade dos dispositivos tidos como infringidos, **o artigo 686** do RICMS/97 (vide fl. 01 do PAF), em cujo *caput* consta o seguinte: “*O contribuinte de que trata o art. 683 está obrigado a manter, pelo prazo decadencial, as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos recebidos ou emitidos por qualquer meio, referentes a totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração*” pois a autuada, em nenhum momento, descumpriu o que nela está determinado, não servindo, portanto, tal dispositivo, para imputar o cometimento da infração.

Pede o cancelamento ou redução da multa, observado o já citado princípio da razoabilidade para considerar uma circunstância toda especial relacionada com as suas operações, dado que, ao longo de cada mês, são emitidas entre 300 e 400 mil notas fiscais, o que dificulta consideravelmente o cumprimento das obrigações acessórias, como a que está sendo objeto de discussão neste momento, que ocorreu, mas, sem a configuração ou prova da prática de fraude contra o Fisco baiano.

Ressalta que, em nenhum momento, simulou operações, informações, dados ou expressou conduta para fugir das suas obrigações, ao contrário, está rigorosamente em dia com todas as obrigações perante o Fisco do Estado da Bahia, tem a sua inscrição processada em 07/08/1995 e responde apenas pelo Auto de Infração aqui referido. Em vista disso, uma vez provado que os procedimentos referidos na Ação fiscal não configuram dolo, fraude ou simulação e que não implicaram na falta de recolhimento do imposto, a Autuada requer a aplicação simultânea das normas contidas no artigo 158 do RPAF/99 e no § 6º do artigo 915 do RICMS/97, que transcreve.

Junta cópias dos seguintes Acórdãos, com base nos quais está comprovada a aplicação da redução da multa em circunstâncias semelhantes, ao tempo em que requer tratamento isonômico: CJF Nº 0144-11/08 e CJF Nº 0282-11/08 da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal e CJF Nº 0125/12/07 e CJF Nº 0075-12/07 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, anexos, DOC. 02 a DOC. 05.

Requer seja julgado NULO o Auto de Infração em evidência, pela inaplicabilidade jurídica do artigo 686 do RICMS/97, tido como infringido, ou pela inaplicabilidade temporal do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, que foi modificada pela Lei nº 10.847, mas, com efeito a partir de 28/11/2007, considerando que as operações ocorreram nos anos de 2005 e de 2006.

Superadas as razões de nulidade acima referidas, a Autuada requer seja cancelada ou reduzido o valor da multa relativa à infração 1 do Auto de Infração em evidência, com base nos dispositivos do RPAF/99 e do RICMS/97 aqui indicados e com base em reiteradas decisões dessa qualificada corte de julgamento, que toma como precedentes e dos quais junta cópias.

Os autuantes prestam a informação fiscal, fls. 125 a 129, e afirmam que os argumentos do contribuinte não têm fundamento, pois o Convênio ICMS 57/95, vigente desde 1995, bem como suas alterações, que se encontram dentro das normas legais de aprovação, divulgação e vigência. A Hermes, empresa usuária de processamento de dados deveria manter os dados na íntegra, dentro do tempo exigido na lei, mas não o fez, embora intimada por duas vezes, conforme AR e e-mails, ao longo do trimestre. Devido ao volume significativo de documentos fiscas, seria muito difícil senão impossível uma auditoria sem a utilização do sistema de processamento de dados. Contestam a tentativa do contribuinte de minimizar a importâncias dos arquivos magnéticos gerados de acordo com o Convênio ICMS 57/95.

Outrossim, a indicação legal que tipifica a multa da infração 01 está correta e a data de 12 de setembro de 2010 é a data de ocorrência do fato gerador pelo descumprimento da segunda intimação via AR. O não cumprimento da intimação ensejou a imputação da penalidade prevista por meio do Auto de infração. A multa aplicada, alínea “j” do inciso XIII-A, do art. 42, está prevista na Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07.

Também foram apresentados ao fisco arquivos inconsistentes, com falta de registros, a exemplo do R54, que detalha item a item da mercadoria em cada documento fiscal e também o R75, que contém a descrição dos produtos constantes nos itens das notas. Outrossim, o art. 686, vem combinado com o art. 708-B.

Informa que já foi lavrado o Auto de Infração nº 2813310112080 contra o autuado, referente à mesma infração, aplicada sobre o exercício de 2004, julgado procedente, por unanimidade, do CONSEF, cuja quitação ocorreu em 27/05/2010. Ratifica a infração cometida em sua íntegra.

## VOTO

Inicialmente, cabe apreciar as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, pelo que não lhe assiste razão, como segue.

Constatou que o Auto de Infração, peça vestibular desta lide, está revestido das formalidades legais, em consonância com o art. 39 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), e acompanhado dos demonstrativos e documentos que embasaram a fundamentação. Ademais, a obrigação de entregar os arquivos magnéticos, à fiscalização, prevista no Convênio ICMS 57/95, e no Decreto nº 6.284/97 (RICMS/BA), não foi atendida, o que deu amparo ao presente lançamento tributário.

No que concerne à alegação de que a data de ocorrência da infração estaria equivocada, não procede, haja vista que o sujeito passivo foi intimado, por duas vezes, em 12/07/2010 e em 12/08/2010 (fls. 05/06), e a data de ocorrência mencionada no Auto de Infração, é de 12/09/2010, em estrita obediência ao disposto na Orientação Técnica Gerencial nº OG-GEAFI FISC 003/2005, disponibilizada pela SAT/DPF/GEAFI/SEFAZ, que trata especificamente do Convênio ICMS 57/95, item 6.1 “na lavratura de auto de infração por falta de apresentação ou irregularidade do

*arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento do auto de infração deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados.”*

Outrossim, a lei protege os interesses do fisco para fiscalizar o contribuinte, e este tem a obrigação de manter pelo prazo decadencial, as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos recebidos ou emitidos por qualquer meio, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração.

O não atendimento das intimações, nos prazos concedidos pela fiscalização, portanto, são os marcos do descumprimento da obrigação acessória, pela falta de fornecimento dos arquivos magnéticos. Destaco, ainda, que a Listagem Diagnóstico das inconsistências está anexa à fls. 59 a 61 do PAF.

Quanto à alegação de confisco, e o pedido de exclusão da multa aplicada, com base nos princípios constitucionais da capacidade contributiva, proporcionalidade e razoabilidade, não os acolho, haja vista que a imposição fiscal está prevista na Lei nº 7.014/96, e cabe exclusivamente ao Poder Judiciário a apreciação de constitucionalidade de lei ou de ato normativo.

No mérito, trata-se de auto de infração no qual está sendo exigida a multa prevista na alínea “j” do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07.

O sujeito passivo não nega o cometimento da infração, mas insurge-se quanto ao valor da multa aplicada, entendendo-a como confiscatória, e clama pela sua redução, com base no princípio da equidade, consoante o dispositivo do RPAF/99.

De fato, a teor do artigo 708-A do RICMS/97, o contribuinte do ICMS usuário de SEPD para emissão de documentos fiscais e/ou livros fiscais, 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.

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.*  
*(...)*

No presente caso, a infração versa sobre o fato de que o contribuinte não entregou arquivos magnéticos, nos prazos previstos na legislação, quando intimado pela fiscalização. Quanto ao pedido de exclusão da multa, sob o argumento de que não teria havido prejuízo ao fisco, restou

comprovado que devido ao volume significativo de documentos fiscais, emitidos ao longo dos exercícios fiscalizados, seria muito difícil senão impossível uma auditoria sem a utilização do sistema de processamento de dados, e em face desta ocorrência os autuantes contestam a tentativa do contribuinte de minimizar a importância dos arquivos magnéticos gerados de acordo com o Convênio ICMS 57/95.

Portanto, em princípio a falta de entrega dos arquivos magnéticos para a fiscalização, com as especificações exigidas na legislação, dificulta e pode até mesmo inviabilizar a aplicação dos roteiros normais de fiscalização.

Contudo, face ao sujeito passivo possuir inscrição especial no Estado da Bahia, para fins de recolher o ICMS pelo regime de substituição tributária; e não ficou demonstrado nos autos, em nenhuma ocasião em que os autuantes se manifestaram, que a aplicação do roteiro de substituição tributária tornou-se inviável frente à não entrega dos arquivos R54 (que detalha item da mercadoria em cada documento fiscal), e do R75, (que contém a descrição dos produtos constantes dos itens das notas fiscais), posto que via documentos, mesmo por amostragem, poderia ter sido aplicado o roteiro fiscal. Também não ficou demonstrado que os recolhimentos do ICMS Substituição Tributária não teriam sido recolhidos, ou que foram recolhidos a menos; bem como que a empresa já teria sido autuado em decorrência destes fatos.

Diante destas razões, não acolho o pedido de exclusão total da penalidade, mas entendo que a multa, no montante em que foi aplicada ao sujeito passivo, não pode prosperar, integralmente visto que excessiva para apena a sua conduta omissiva. Invoco, para fins de sua adequação, o permissivo legal sufragado no § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, que permite ao julgador, dentro de determinados critérios, “cancelar ou reduzir” multas lançadas através de Auto de Infração. A norma legal em referência possui o seguinte comando:

Art. 42

(...)

§ 7º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Percebe-se, pelo conteúdo do dispositivo supra, a clara intenção do legislador em dotar a instância administrativa de julgamento do poder de ajustar a aplicação da norma sancionadora às circunstâncias do caso concreto.

Assim, considerando o acima exposto, reduzo a penalidade para 50% (cinquenta por cento) do valor exigido originalmente, me valendo também do permissivo normativo constante do art. 158, do RPAF, e voto no sentido de julgar o Auto de Infração PROCEDENTE, com redução da multa aplicada.

#### **VOTO DIVERGENTE (Em relação à Redução da Multa em 50%)**

Concordo com a ilustre Relatora quanto à procedência da imputação, consubstanciada na peça inicial.

Contudo, com a devida *vénia*, discordo quanto à redução da multa no percentual de 50%, posto que no meu entendimento não ficou demonstrado que a falta de entrega do arquivo magnético não implicou na falta de recolhimento do imposto, uma vez que não se realizou a fiscalização exatamente por falta de entrega desses dados magnéticos, consoante constatou o autuante *restou comprovado que devido ao volume significativo de documentos fiscais emitidos ao longo dos exercícios fiscalizados, seria muito difícil senão impossível uma auditoria sem a utilização do sistema de processamento de dados*, deixando claro o autuante que o seu trabalho de fiscalização ficou prejudicado.

De outro lado, conforme informação do autuante, *já fora lavrado o AI nº 2813310112080 contra o contribuinte, atinente à mesma infração, aplicada sobre o exercício de 2004, julgado procedente*

por unanimidade do CONSEF, cuja quitação ocorreu em 27/05/2010, fato este repetido sistematicamente nos exercícios de 2005 e 2006, ficando patente que o sujeito passivo não demonstra qualquer interesse em informar o arquivo magnético.

O art.158, do RPAF/99, ao tratar das multas por descumprimento de obrigação acessória, somente admite a redução ou cancelamento pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, quando restar provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo. No caso em comento, observo que tais condições não foram satisfeitas pelo contribuinte, haja vista a apresentação ao fisco de arquivos inconsistentes, com falta de registros, a exemplo do R54, que detalha item a item da mercadoria em cada documento fiscal e também o R75, que contém a descrição dos produtos constantes nos itens das notas, consoante relatado pelo autuante, impedem a realização do roteiro de auditoria de estoques e da reconstituição dos livros fiscais, além de outros roteiros, bem assim, o exame para efeito de homologação do imposto recolhido pendente de verificação, e a apuração da existência ou não de débitos perante o fisco. Portanto, dada a subjetividade das alegações defensivas, e não tendo sido atendidas às exigências acima, é que não concordo com a redução da multa conforme decidiu a nobre Relatora.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto à redução da multa em 50%, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279103.0008/10-6**, lavrado contra **SOCIEDADE COMERCIAL E IMPORTADORA HERMES S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$152.733,34**, prevista no art. 42, inc. XIII-A, alínea “j”, reduzida nos termos do § 7º todos do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro 2011.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR/VOTO DIVERGENTE