

PROCESSO - A. I. Nº 269141.0013/03-2
RECORRENTE - UNICASTRO COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTARIO – Acórdão 1º JJF Nº 0077/01-04
ORIGEM - INFAC VALENÇA
INTERNET - 01.06.04

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0091-12/04

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADA. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias e dos serviços de transporte não escriturados. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. APRESENTAÇÃO DOS AQRUIVOS MAGNÉTICOS FORA DO PADRÃO EXIGIDO PELA LEGISLAÇÃO. MULTA Infração comprovada. De acordo com as normas regulamentares, o contribuinte é obrigado a apresentar ao fisco, no prazo de cinco dias, os arquivos magnéticos com os registros fiscais dos documentos emitidos quanto às aquisições e vendas de mercadorias e prestação de serviços, em padrão previsto pela legislação. Caracterizada a infração, porém, reduzido o valor da penalidade aplicada com fulcro na prerrogativa prevista pelo § 7º, art. 42 da Lei nº 7.014/96. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Reduzida a multa pertinente à infração 3. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração para cobrar ICMS no valor de R\$1.275,44 acrescido da multa de 50%, mais multas no valor de R\$21.529,01 em decorrência:

1. Recolhimento a menor do imposto, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no SimBahia (julho de 2002) – R\$1.275,44;
2. Multa pela falta de escrituração de entradas de mercadorias no estabelecimento (agosto e setembro de 2002) - R\$317,67;
3. 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 (exercício de 2002) – R\$21.211,34.

O autuado (fls. 33/41) apresentou defesa por advogado legalmente habilitado, afirmando como preliminar que esta Junta de Julgamento Fiscal deveria atentar aos princípios de direito existentes na Constituição Federal, na Lei Complementar à Constituição e CTN (art. 112) quanto à utilização da expressão “in dúvida, pro contribuinte”. Assim, não poderia resolver sem questionamento mais acurado qual a base de cálculo do imposto.

Em sua argumentação diz: (i) que a presunção indicada na infração 2 é relativa, além de estar desprovida de elementos comprobatórios, como exige o art. 2º, 18, IV e art. 41, II, do RPAF/99; (ii) que para a constituição do crédito tributário, dentro das normas legais, é indispensável a apresentação das provas relativas aos fatos argüidos sob pena de sua nulidade; (iii) que para a sua comprovação, o autuante deveria colar aos autos elementos que comprovassem, efetivamente, a entrega, no estabelecimento, das mercadorias aludidas nas notas fiscais relacionadas na exigência fiscal. Neste sentido, descreve várias situações, tais como:

1. a apresentação do canhoto de recebimento das mercadorias por qualquer preposto da empresa;
2. ao passar pelos postos fiscais, o fisco deveria acompanhar as mercadorias para averiguar onde foram descarregadas;
3. comprovantes de pagamentos junto aos fornecedores, ou cópias das prováveis duplicatas mercantis tão comuns em vendas a prazo;
4. demonstrar que a receita auferida em cada operação refletiu na conta Caixa/Bancos ou na conta Fornecedores;
5. comprovante do frete pago, ou
6. diferenças existentes nos estoques de mercadorias da empresa.

Neste contexto, não restava comprovado o recebimento das mercadorias e que o preposto fiscal transferiu ao impugnante o ônus da prova, que é sempre de quem acusa, conforme determinação, por analogia, do art. 333, I combinado com o art. 126, 2ª parte do CPC, do art. 4º da Lei de Introdução do Código Cível e art. 108, I do CTN.

No que diz respeito à infração 3, diz que, embora intempestivamente, havia entregado à fiscalização os arquivos magnéticos, porém o autuante denegou o seu recebimento “alegando o início dos trabalhos à Ação Fiscal.” Que à época informou a queda de energia, ocorrida em 6/12/03, quando houve danificação do disco rígido do computador da empresa onde estavam armazenados os arquivos magnéticos por ele solicitado, conforme atestava o Laudo Técnico que apensou cópia ao processo. Entende que houve ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Entretanto, com o fito de cumprir com suas obrigações tributárias, afirmou que a qualquer tempo os arquivos magnéticos estavam disponíveis para qualquer verificação. Ressaltou, ainda, que o recebimento intempestivo dos referidos arquivos não trazia qualquer prejuízo ao Erário, já que não se trata de obrigação tributária principal e que a multa era exorbitante, excedendo ao valor do imposto que foi pago.

Requeru a improcedência da autuação.

O autuante (fl. 51) observou que foram anexados aos autos, relativamente à infração 2, todas as notas fiscais das operações autuadas. Além do mais, de acordo com o art. 142, I, do RICMS/97 é obrigação do contribuinte exigir documento de identificação eletrônico do contribuinte destinatário e, finalmente, de acordo com o art. 123, § 5º do RPAF/99 o sujeito passivo deve realizar sua impugnação acompanhada de provas, o que não foi realizado.

Referente à infração 3, afirmou que o autuado entregou, quando da primeira intimação os arquivos magnéticos, que foram recepcionados. Entretanto, tais arquivos estavam totalmente fora do padrão previsto na legislação. Por este motivo havia reintimado o contribuinte, conforme termos anexados aos autos.

Quanto à danificação do disco rígido do computador da empresa onde os dados se encontravam armazenados, afirmou fugir de sua alçada discorrer sobre procedimentos regulares de segurança,

como exemplo antivírus, firewall, back-up, etc. No mais, embora o impugnante tenha afirmado que a pane tenha ocorrido em 6/12/03, o Laudo Técnico indicava a data de 18/12/02.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“O protesto de nulidade da ação fiscal referente à infração 2 apresentado pelo autuado não é pertinente. Como se confunde com o mérito da autuação, o abordo quando adentrar ao mérito da referida irregularidade.

A infração 1 trata do recolhimento a menos ICMS, no prazo regulamentar, quando o contribuinte encontrava-se enquadrado no Simbahia. Não houve contestação da infração apurada. Em sendo assim, considero como confessada a irregularidade e mantendo a autuação quanto a este item.

A infração apontada como 2 diz respeito à multa pela falta de escrituração de notas fiscais de aquisições no livro Registro de Entradas. Os documentos foram colhidos pela Secretaria da Fazenda através do sistema CFAMT.

O contribuinte tomando conhecimento dos documentos fiscais, alegou que nos autos não havia provas das efetivas entradas das mercadorias no seu estabelecimento, tais como: canhoto dos documentos fiscais acusando o recebimento das mercadorias, comprovantes de pagamentos das compras, duplicatas de pagamentos, demonstração de que a compra refletiu na Conta Caixa/Bancos e Fornecedores, fretes pagos, diferença do estoque da empresa ou que ao passar pelos postos fiscais, o fisco acompanhou as mercadorias para averiguar onde foram descarregadas. Ressaltou que houve apenas uma mera presunção e que o fisco estadual não poderia inverter o ônus da prova, que em direito tributário é sempre de quem acusa. Por este motivo requereu a nulidade do lançamento fiscal.

Tem pertinência a afirmativa da defesa de que a lei tributária, em regra, não admite autuações baseadas em meras suposições. Entretanto, a matéria em discussão, ao contrário do que advogou o autuado, encontra-se documentada. O autuante desenvolveu seus trabalhos realizando levantamento, nota a nota, consignando número do documento, mês e ano de sua emissão, base de cálculo e a multa devida. Além do mais os documentos fiscais estão, todos, anexados aos autos (vias do fisco).

Afora tais colocações, os documentos foram colhidos junto ao Sistema CFAMT da Secretaria da Fazenda, quando do trânsito das mercadorias neste Estado. Neste caso, fica comprovada pelo fisco a circulação das mercadorias no Estado da Bahia, no momento da ocorrência do fato gerador do imposto, estando identificado, com todos os dados, o destinatário, no caso, o autuado. Aliado a este fato, as notas fiscais estão revestidas de todas as formalidades legais e as mercadorias são condizente com o ramo de atividade do contribuinte. Assim, entendo que as notas fiscais acostadas ao PAF constituem prova bastante da existência de operações comerciais realizadas pelo contribuinte, não havendo pertinência que a fiscalização busque nos fornecedores da empresa ou mesmos os canhotos de recebimento das mercadorias, ou nos comprovantes de pagamentos das compras, duplicatas de pagamentos, etc, a prova do acontecido. Ela está documentada. A contraprova para desconstituir o crédito tributário caberia ao autuado, ao contrário de seu entendimento, pois aqui não se pode falar em inversão do ônus da prova e a decisão deste Colegiado proferida através do Acórdão nº JJF nº 0101-02/02 aqui não pode ser aceita para desconstituir a infração.

Mantendo a autuação quanto ao item 2 e ora em discussão.

A infração 3 cobra a multa pelo fato do contribuinte não ter entregado dentro do padrão determinado pela legislação tributária, quando regularmente intimado, os arquivos magnéticos à fiscalização estadual.

O impugnante afirmou que, embora intempestivamente, os havia entregado à fiscalização, porém o autuante não os recebeu “alegando o início dos trabalhos à Ação Fiscal”, indo tal procedimento de encontro aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. O autuante negou o fato. Relatou que os arquivos foram por ele próprio recepcionados, porém se encontravam fora do padrão legal, o que ocasionou nova intimação. Nesta última, o contribuinte não atendeu a solicitação.

Para o deslinde da matéria em discussão, é necessária a análise mais detalhada da questão.

O Decreto nº 7886 de 29/12/00 procedeu a diversas alterações do RICMS/97, entre elas a de nº 21, quando indicou 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, a 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 citado Regulamento.

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 § 5º do 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 e observada a forma estabelecida no Anexo 64 do Regulamento, mais uma vez obriga o contribuinte a fornecê-lo, quando solicitado.

No caso de inobservância desses preceitos, a legislação prevê a aplicação de penalidade, que se encontra inserta no art. 42, XIII-A, “g” da Lei nº 7.014/96, que transcrevo:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

XIII-A - nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados:

f)

g) 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;

Neste momento observo que a legislação, até dezembro de 2002 dava margem a interpretações diversas do art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, pois não especificava o texto “nos prazos previstos na legislação”. Isto somente aconteceu com o advento Lei nº 8.534, de 13/12/02 (DOE de 14 e 15/12/02, efeitos a partir de 14/12/02). Assim, é necessário se saber quais são os prazos previstos na legislação que se reportou o legislador.

Tratando-se da matéria sobre arquivos magnéticos, os prazos estão expressamente estabelecidos nos referidos artigos, ou seja, a entrega espontânea mensalmente (art. 708-A) e seu fornecimento ao fisco no prazo de cinco dias contados da data do recebimento da intimação (art. 708-B).

Diante destas determinações é necessário analisar como foi realizada a fiscalização. O autuante intimou o sujeito passivo em 26/9/03 para apresentação dos livros e documentos fiscais, além dos arquivos magnéticos, observando que para este item o contribuinte teria prazo de 24 dias para entregá-los (fl. 5). O autuado os entregou fora do padrão diferente do previsto na legislação, conforme provado pelas cópias dos mesmos apensadas às fls. 13/29 do processo. O proposto fiscal vez nova intimação em 27/11/03 (fl. 7), onde foi concedido prazo até 5/12/03 para fornecimento dos arquivos magnéticos. O Auto de Infração somente foi lavrado em 11/12/03.

Diante destes fatos, provado que o autuante não se recusou a receber os arquivos magnéticos durante todo o tempo que durou a fiscalização. Ao contrário o recebeu. Porém os arquivos não se encontravam de maneira regular. Ressalto que a fiscalização foi realizada no ano de 2003 e os arquivos magnéticos solicitados foram de 2002, que o contribuinte tinha por obrigação mantê-lo sob sua guarda (art. 686, do RICMS/97).

Além do mais, o motivo apresentado pelo impugnante de que a pane no disco rígido do seu computador ocasionou o não atendimento a contento a solicitação, não é fato para ser considerado. Primeiramente, qualquer informação arquivada em informática, manda a boa técnica que possua back-up. Em segundo lugar, o Laudo Técnico anexado pelo próprio impugnante lança por terra toda a sua argumentação. Por este laudo (fl. 46) o problema aconteceu em 18/12/2002 e não em 2003, como afirmou a defesa, pois este fato não poderia ter ocorrido em 2003 uma vez que o mês de dezembro deste ano ainda não havia passado, já que a autuação se deu entre setembro e novembro de 2003.

Nesta circunstância, não tem qualquer pertinência o argumento de afronta ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade como argüiu o impugnante, nem tampouco que não trouxe qualquer prejuízo ao Erário.

Subsiste a ação fiscal no valor de R\$ 21.211,34. Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA da autuação” .

O autuado em seu Recurso Voluntário, repete basicamente as razões expostas na defesa, enfatizando que “não restou comprovado o recebimento das referidas mercadorias. O que há é apenas uma mera presunção de que a autuada efetuou tais compras, à medida que não foram trazidas aos autos, por exemplo, o pedido de fornecimento, o canhoto das Notas Fiscais referidas com a assinatura do autuado; o comprovante do pagamento do frete referente a ditas notas fiscais; comprovante de pagamento das referidas compras junto aos fornecedores ou ainda a diferença no estoque que possa confirmar a presunção hipoteticamente admitida”.

Quanto aos arquivos magnéticos, reafirma que os entregou intempestivamente, sem qualquer prejuízo para o fisco, vez que não se trata de obrigação, principal, mas sim, de simples obrigação acessória, não ocorrendo nenhuma sonegação fiscal. Requer finalmente, a improcedência da ação fiscal.

A douta Procuradoria opina pelo improvimento do Recurso Voluntário, com a seguinte fundamentação:

“Da análise dos fatos, verifico inicialmente que as alegações relativas à falta de análise pela JJF de argumentos defensivos não devem ser acatadas, pois não constam da defesa inicial.

No mérito, verifico que as notas fiscais coletadas no CFAMT estão no processo, em primeira via, e constam os dados corretos da Autuada. Essa prova é suficiente para constituir o direito do Fisco, ainda que por presunção. Tal presunção deveria ter sido elidida pelo contribuinte, que não

trouxe qualquer argumento capaz de constituir ou modificar o direito do Fisco, descumprindo seu ônus processual.

Em relação à infração 3, não há qualquer prova de que o Autuante se negou a receber os arquivos magnéticos. Ao contrário, consta nos autos o recebimento em set/03, a verificação de estarem em desacordo e a intimação para nova apresentação em nov/03. Transcorrido o prazo *in albis*, foi lavrado o Auto de Infração.

O contribuinte tem a obrigação acessória de apresentar os arquivos magnéticos solicitados, no prazo e na forma regulamentar. O descumprimento dessa obrigação enseja a aplicação de multa, sendo irrelevante a existência de prejuízos ao ERÁRIO”.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade pois as alegações não constam da defesa, impossibilitando a sua análise pela JJF. No mérito, as notas fiscais coletadas pelo CFAMT são suficientes para comprovar a infração 2. Com referência à infração 3, o autuante informou que “o autuado entregou, quando da primeira intimação os arquivos magnéticos, que foram recepcionados. Entretanto, tais arquivos estavam totalmente fora do padrão previsto na legislação. Por esse motivo havia reintimado o contribuinte, conforme termos anexados aos autos”. Tal fato e o Laudo Técnico comprovando a ocorrência de danos no disco rígido do computador, caracterizam a boa fé do contribuinte. Por essas razões e, por considerar como confiscatória a multa referente a essa infração, nego provimento ao Recurso Voluntário, porém, proponho que seja reduzido o valor da penalidade aplicada, com fulcro na prerrogativa prevista pelo § 7º, art. 42 da Lei nº 7.014/96, para aplicar a multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) para cada mês, pela entrega intempestiva dos arquivos magnéticos, louvando-me como razão de decidir, no entendimento do ilustre Conselheiro César Augusto da Silva Fonseca, manifestado no Acórdão CJF Nº 0182-12/03, do qual destaco o seguinte trecho: “.....Assim, caberia a este Conselho aplicar a multa de 5%, prevista na alínea “g” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7.014/96. Observando, porém, que a multa pela falta de apresentação, no prazo regulamentar, da Declaração de Apuração Mensal do ICMS (DMA) ou de sua Célula Suplementar (CS-DMA), enseja a multa de apenas R\$ 460,00, e que a entrega da DMA pelo autuado revela a ausência de dolo ou de interesse de fraude ou de simulação, entendo que a multa proposta pelo autuante se revela por demais gravosa, caracterizando-se como irrazoável e distante do seu objetivo, posto que, independente da apenação, uma simples intimação poderia ter levado o contribuinte a promover a correção do ato infringente, posto que, se os dados serviram para a elaboração da DMA, certamente estão disponíveis para a elaboração de outros arquivos magnéticos. Por isso, tendo em vista a prerrogativa que tem o órgão julgador administrativo de reduzir ou cancelar as multas por descumprimento de obrigações acessórias, como previsto no § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96, proponho a este colegiado a redução da multa para R\$500,00.”

VOTO DISCORDANTE

Com a devida vénia para divergir do posicionamento do ilustre Conselheiro relator no tocante a sua proposição para redução da penalidade aplicada em relação a infração 3, a qual, no meu entender, está posta de forma correta pelo autuante vez que, para a situação em tela, é a prevista no inciso XIII-A, alínea “g”, art. 42 da Lei 7.014/96. Isto porque, o Regulamento do ICMS estabelece, de forma bastante clara, através do seu art. 708-B, que: “*O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo quando 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. O arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa*

disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte (inclusive os dados referentes a itens de mercadoria, quando for o caso), salvo ressalva contida na intimação”.

De maneira que, à luz do que consta dos autos, a infração restou plenamente caracterizada já que, em um primeiro momento, o contribuinte entregou os arquivos magnéticos solicitados pelo fisco, porém totalmente fora dos padrões estabelecidos pela legislação, fato este que motivou nova intimação, a qual não foi atendida. A questão pertinente ao Laudo Técnico, já foi corretamente enfrentada pela 1^a Instância, restando evidenciado que o problema ocorrido com o disco rígido do computador foi em 2002 (dezembro) enquanto a fiscalização foi levada a efeito entre os meses de setembro e novembro de 2003.

Considerando, portanto, que a infração está plenamente caracterizada, já que o contribuinte deixou de apresentar na forma e prazo legal os arquivos magnéticos solicitados, entendo que o descumprimento desta obrigação enseja a aplicação da multa, “sendo irrelevante a existência de prejuízos ao erário”, conforme destacou, com muita propriedade, a ilustre representante da PGE/POFIS, com a qual concordo.

Finalmente, por entender que para a situação em análise não se aplica à prerrogativa prevista pelo § 7º, art. 42 da Lei nº 7.014/96, voto pela Não Provimento do Recurso Voluntário para que seja mantida inalterada a Decisão recorrida, em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269141.0013/03-2, lavrado contra **UNICASTRO COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.275,44**, acrescido da multa 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 3, da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais, mais a multa no valor de **R\$317,67**, com os respectivos acréscimos legais, prevista no art. 42, IX, da lei acima citada, além da multa de **R\$21.211,34**, prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02, a qual fica reduzida a referida multa para o valor de **R\$3.500,00**, conforme o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as): Fauze Midlej, José Carlos Barros Rodeiro, José Raimundo Ferreira dos Santos e Cesar Augusto da Silva Fonsêca .

VOTO DISCORDANTE: Conselheiros (as): Carlos Fábio Cabral Ferreira e Tolstoi Seara Nolasco.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

TOLTOI SEARA NOLASCO – VOTO DISCORDANTE (Infração 3)

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