

. I. Nº - 269141.0013/03-2
AUTUADO - UNICASTRO COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - MARCO ANTONIO MACHADO DE ABREU
ORIGEM - INFAZ VALENÇA
INTERNET - 23.03.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0077/01-04

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração não contestada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADA. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias e dos serviços de transporte não escriturados. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. APRESENTAÇÃO DOS ARQUIVOS 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 registro fiscais dos documentos emitidos quanto as aquisições e vendas de mercadorias e prestação de serviços, em padrão previsto pela legislação. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 11/12/03, cobra 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 a utilização da expressão “in dúvida, pro contribuinte”. Assim, não poderia resolver sem questionamento mais acurado qual a base de cálculo do imposto.

Neste sentido passou a dissertar. Disse 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. Continuando, afirmou 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. Entendeu 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 descreveu 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 Civil e art. 108, I do CTN.

No que diz respeito à infração 3, disse que, embora intempestivamente, o 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. Neste sentido, entendeu 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 a 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.

Ratificou em sua totalidade a ação fiscal com base na legislação pertinente à matéria.

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 mantenho 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.

Mantenho 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 arguiu 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269141.0013/03-2**, lavrado contra **UNICASTRO COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado a 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 dos acréscimos moratórios correspondentes, mais a multa de **R\$21.529,01**, prevista no art. 42, IX e XIII-A, “g” do mesmo Diploma Legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR