

PROCESSO - A. I. Nº 232954.0713/04-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e G. BARBOSA & CIA. LTDA.
RECORRIDOS - G. BARBOSA & CIA. LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO– Acórdão 3ª JFJ nº 0049-03/05
ORIGEM - COFEP – DAT/NORTE
INTERNET - 13/07/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0217-11/05

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA À FISCALIZAÇÃO COM OMISSÃO DOS REGISTROS TIPO 60-A, 60-M E 60-R MESMO APÓS INTIMAÇÃO. MULTA. Os contribuintes do ICMS autorizados ao uso de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados para Emissão de Documentos Fiscais e/ou Escrituração de Livros Fiscais (SEPD) deverão entregar, ao Fisco, quando intimado, os arquivos magnéticos com registro fiscal (por item de mercadoria) dos documentos emitidos por qualquer meio, contendo a totalidade das operações de entradas, de saída e das prestações efetuadas. Reduzido o valor da penalidade originalmente apontada para 1% sobre o total das operações de saídas, em razão da retroatividade benigna. Modificada a Decisão recorrida. Os usuários do sistema eletrônico de processamentos de dados somente para escrituração de livros fiscais estão dispensados da manutenção de registro fiscal por item de mercadoria, *ex vi* § 4º, art. 6º do RICMS/BA. Infração insubsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL. Restou comprovado que o valor lançado não pode subsistir por se referir a valor equivalente a imposto pago a mais no período imediatamente anterior. Mantida a Decisão recorrida quanto a este item. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente Recurso Voluntário impetrado pelo autuado contra a Decisão exarada pela 3ª JFJ, através da Resolução nº 0049-03/05, e diz respeito ao Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, I, “a”, I do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

O referido Auto de Infração exige o pagamento de ICMS no valor de R\$75.630,82, acrescidos da multa de 60%, além da multa de R\$97.592,95 pelo cometimento das seguintes infrações:

1. Recolhimento a menos do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88 – R\$56.092,78;
2. Falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88 – R\$6.237,07;
3. Recolhimento a menos do imposto em decorrência de divergência entre os valores lançados no livro Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS – R\$2.516,69;

4. Falta de fornecimento dos arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas ou a entrega em padrão diferente do previsto na legislação ou em condições que impossibilitaram a sua leitura. Consta, ainda, na descrição dos fatos que o contribuinte *“deixou de apresentar os arquivos magnéticos com os Registros 60-A, 60-M e 60-R, apesar de regularmente intimado na forma prevista no regulamento, em 29/06/2004 e reiterado em 16/08/2004”* e a falta de entrega dos referidos arquivos impossibilitou o levantamento dos estoques existentes em 30/06/01 dos produtos de panificação, massas alimentícias, biscoitos e bolachas, para ajuste às regras da antecipação tributária, bem como a execução do roteiro de auditoria de estoques – multa de R\$97.592,95;
5. Utilização indevida de crédito fiscal relativo à aquisição de energia elétrica e comunicação, na comercialização de mercadorias, em desrespeito à regra da proporcionalidade prevista no artigo 93, § 1º, inciso II, do RICMS/97 – R\$2.853,70;
6. Utilização indevida de crédito fiscal presumido em valor superior ao permitido na legislação em vigor, referente à 19ª parcela do crédito presumido relativo à aquisição de ECFs, o qual foi deferido em 18 parcelas – R\$777,77;
7. Utilização indevida de crédito fiscal sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito – R\$4.488,64;
8. Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias, oriundas de outras unidades da Federação, destinadas a uso e consumo do estabelecimento – R\$2.664,17.

O autuado ingressou com defesa (fls. 378 a 394), inicialmente reconhecendo, como corretos, os débitos apontados nas infrações 1, 2, 3, 5, 6 e 8 do Auto de Infração.

Quanto à infração 4, apresenta preliminarmente esclarecimentos sobre a estrutura dos arquivos magnéticos (Tipos 50, 54 e 60) e aduz que *“atendeu plenamente as intimações remetendo para o Auditor todos os livros e documentos fiscais, planilhas de levantamento do imposto devido por substituição, DAE's e DAM's, contas de Energia e Comunicação e os MAPAS RESUMO ECF-PDV”* e *“um disquete com os registros tipo 60 (60-A, 60-M e 60-R) do arquivo magnético que tratam do Cupom Fiscal – ECF”, “de sorte que, tudo que seria necessário para um bom e correto desempenho da fiscalização foi colocado a disposição do Auditor, haja vista que o autuante concluiu a fiscalização, lavrando mais de sete espécies de infração”*.

Acrescenta que a multa imposta é extremamente gravosa e entende que deveria ter sido aplicada uma penalidade de caráter educativo, uma vez que *“não se negou a apresentar os arquivos requeridos e se os apresentou em desconformidade foi pelo fato de estar desativada desde dezembro de 2001”*.

Transcreve parte do Acórdão CS nº 0001-21/04, em que a Câmara Superior decidiu pela redução da multa originariamente indicada, de R\$587.286,58 para R\$500,00, e pede *“tratamento isonômico, uma vez que não agiu com dolo ou má-fé”*.

Relativamente à infração 7, argumenta que lançou no livro Registro de Apuração do ICMS, no campo 7 – Outros Créditos, o valor de R\$4.488,64, a título de compensação, pelo fato de haver recolhido no mês anterior (novembro/00), um montante de imposto maior que o realmente devido. Ressalta que está anexando aos autos fotocópia do livro Registro de Apuração do ICMS referente aos meses de novembro e dezembro de 2000 e o respectivo DAE de recolhimento do imposto para comprovar as suas alegações, e pede a improcedência da acusação fiscal.

Por fim, requer a Procedência Parcial do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 417 e 418), esclarece, relativamente à infração 4, que a autuação foi feita porque o contribuinte, apesar de ser usuário de ECF, entregou os arquivos magnéticos fora dos padrões estabelecidos na legislação vigente, sem o Registro Tipo 60 (60-A, 60-M e 60-R), apesar de regularmente intimado por duas vezes (29/06/04 e 16/08/04).

Prossegue dizendo que, tal procedimento impossibilitou a apuração do imposto em função do descumprimento do artigo 4º, do Decreto nº 7947/01.

Afirma, ainda, que a falta de apresentação dos referidos arquivos magnéticos impediu a execução do roteiro de auditoria de estoques, considerando a existência de milhares de itens de mercadorias e a emissão de centenas de milhares de cupons fiscais e milhões de registros de itens.

Afirma que a alegação defensiva, de perda dos dados, é cômoda e comum nas defesas apresentadas pelos contribuintes, pois, quanto menos informação, menos condições de serem apurados os valores das infrações. Diz que o autuado possui dezenas de lojas nos Estados de Sergipe e Bahia e sua contabilidade é centralizada, tornando impraticável o desenvolvimento do roteiro de auditoria contábil.

Finalmente, observa que os arquivos magnéticos referidos na autuação *“são aqueles previstos no artigo 708-B, diferentemente daqueles de transmissão mensal obrigatória, que não contemplam os registros aqui citados e sim os registros trabalhados na infração 1”*, os quais são *“regulamentados no art. 708-A do RICMS/97”*.

Quanto à infração 7, reconhece que o sujeito passivo comprovou, por meio das fotocópias anexadas aos autos, que se trata de imposto recolhido a mais do que o apurado em novembro/00, o qual foi compensado, na forma da legislação vigente, no mês de dezembro/00.

Por fim, mantém a autuação em referência à infração 4 e acata as alegações defensivas relativas à infração 7.

A 3ª JJF informa que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS e multa em razão de oito infrações. O autuado reconheceu a procedência dos valores de débito apontados nas infrações 1, 2, 3, 5, 6 e 8.

Com relação à infração 4 o próprio autuado confessou, em sua peça de defesa, o cometimento da infração, quando afirmou que *“não se negou a apresentar os arquivos requeridos e se os apresentou em desconformidade foi pelo fato de estar desativada desde dezembro de 2001”*. Porém, argumentou que os demais livros e documentos fiscais apresentados foram mais do que suficientes para o desenvolvimento do trabalho fiscal.

O autuante, por outro lado, alegou que a falta dos arquivos Tipos 60-A, 60-M e 60-R impossibilitou a apuração do imposto relativo aos estoques de produtos de panificação, massas alimentícias, biscoitos e bolachas, existentes em 30/06/01, para o ajuste às regras da antecipação tributária; impediu a execução do roteiro de auditoria de estoques, considerando a existência de centenas de milhares de cupons fiscais e milhões de registros de itens.

O sujeito passivo transcreveu, ainda, parte do Acórdão CS nº 0001-21/04, em que a Câmara Superior decidiu pela redução da multa originariamente indicada no Auto de Infração, e requereu *“tratamento isonômico, uma vez que não agiu com dolo ou má-fé”*.

Observa o relator que o Acórdão acima mencionado foi exarado pela Câmara Superior em sede de Recurso Extraordinário interposto pela Procuradoria da Fazenda Estadual (PGE/PROFIS), contrariava a jurisprudência assente do CONSEF.

Diz que de acordo com a legislação vigente (Convênio ICMS nº 57/95, com a redação dada pelo Convênio ICMS nº 31/99), o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados deverá fornecer, quando solicitada, a documentação minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição, gabarito de registro (*“layout”*) dos arquivos, listagem dos programas e as alterações ocorridas no exercício de apuração, relativamente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias ou das prestações realizadas (artigo 685 combinado com os artigos 708-A e 708-B, do RICMS/97).

Afirma que na situação o contribuinte não atendeu às solicitações para apresentar os arquivos magnéticos com os Registros 60 A, 60 M e 60 R, referente ao período de outubro de 2000 a

dezembro de 2001, conforme previsto no Art. 708-B do RICMS/97. E que as intimações ressaltam que o seu não atendimento sujeitaria o contribuinte à multa prevista nas alíneas “f” e “g” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Realça o relator que a Decisão trazida pelo autuado e exarada pela Câmara Superior não espelha o entendimento atualmente prevalente no CONSEF, em relação à matéria objeto deste Auto de Infração, transcreve parte do Voto Vencedor proferido pelo relator no Acórdão CJP nº 0028-11/04, que versa, sobre a matéria em questão, o qual reflete a posição atualmente dominante no CONSEF.

Pelo exposto, aduz o ilustre relator da 3ª JF que a multa deverá ser aplicada a razão de 1% do valor apenas das saídas do estabelecimento em cada período de apuração.

Relativamente à infração 7, a Junta de Julgamento Fiscal concorda com as alegações do autuado, considera suficientes as provas acostadas aos autos, e, dessa forma, declara indevido o valor exigido nesta infração.

Em conclusão vota pela Procedência em Parte do Auto de Infração, reduzindo a multa cobrada na infração, de R\$97.592,95 para R\$54.049,50, e excluindo o débito exigido na infração 7.

O autuado formula Recurso Voluntário de referência à infração 4 que trata da falta de fornecimento de arquivos magnéticos com registros 60-A, 60-M e 60-R. Confia o recorrente na possibilidade de modificação da Decisão à luz do que dispõe o art. 169 do RPAF.

Argumenta o recorrente, que na infração 1 o autuante registrou que esta foi apurada com a utilização dos arquivos magnéticos, informados à SEFAZ, já no trato da infração 4, objeto do presente Recurso Voluntário foi a falta de apresentação dos referidos arquivos a motivação da lavratura da infração.

A seguir o recorrente embasa sua argumentação no que preceitua o art. 3º do Decreto nº 9.332/05, que isenta os contribuintes que utilizam sistema eletrônico de processamento de dados exclusivamente para emissão de cupom fiscal, de 01/01/00 a 30/06/05, da exigibilidade do cumprimento das obrigações do capítulo I título IV do RICMS. Após transcrever o capítulo citado da norma tributária, aduz que em se tratando de infração por descumprimento de arquivo magnéticos relativos aos ECF, a imposição fiscal deixa de existir, fundamentada nas normas aludidas.

Adiante o recorrente traz Decisão exarada por este CONSEF que reduziu multa a sua milésima parte, dizendo que restou manifestamente esclarecida a existência de jurisprudência administrativa.

A representação da PGE/PROFIS informa que o principal argumento usado pelo recorrente para se eximir do fornecimento dos arquivos magnéticos, não procede, haja vista que o Decreto nº 9.332, de 14/12/2005, em seu art. 3º, ao isentar os contribuintes que utilizam o sistema eletrônico de processamento de dados, exclusivamente para emissão de cupom fiscal, da apresentação dos referidos arquivos, não alcança o recorrente, pois o decreto citado impõe ao contribuinte a obrigação de fornecer tais arquivos, sempre que for intimado, o que de fato ocorreu por duas vezes, em 29/06/2004 e 16/08/2004. Desse modo estaria o recorrente obrigado a apresentar os arquivos magnéticos com os registros 60-A, 60-M e 60-R, referentes ao período de outubro de 2000 a dezembro de 2001, conforme previsto no art. 708-B do RICMS/97.

Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Do total das oito infrações que compõem o Auto de Infração acima referenciado, restou apenas as de 4 e 7, assim enunciadas pelo autuante:

- 4- Falta de fornecimento dos arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas ou a entrega em padrão diferente do previsto na legislação ou em condições que impossibilitaram a sua leitura. Consta, ainda, na descrição dos fatos que o

contribuinte “deixou de apresentar os arquivos magnéticos com os Registros 60-A, 60-M e 60-R, apesar de regularmente intimado na forma prevista no regulamento, em 29/06/2004 e reiterado em 16/08/2004” e a falta de entrega dos referidos arquivos impossibilitou o levantamento dos estoques existentes em 30/06/01 dos produtos de panificação, massas alimentícias, biscoitos e bolachas, para ajuste às regras da antecipação tributária, bem como a execução do roteiro de auditoria de estoques – multa de R\$97.592,95;

- 7- Utilização indevida de crédito fiscal sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito – R\$4.488,64;

Quanto à infração 7 autuado, em sua impugnação, demonstrou a improcedência, acostando aos autos documentação comprobatória de sua elisão, sendo prontamente acolhida pelo autuante.

No que trata da infração 4, a 3ª JJF valendo-se do art. 42 da Lei nº 7.014/96, alínea ”g”, e o art. 106, II, alínea “c” do CTN, conclui que há de se aplicar a multa que está atualmente em vigor, de 1% do valor apenas das saídas do estabelecimento em cada período de apuração, em razão da retroatividade benigna. Com isto, deduz o valor da autuação relativa a infração nº 4 de R\$97.592,95 para R\$54.049,50.

De referência ao Recurso de Ofício encaminhado pela JJF à Decisão desta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00, voto pelo seu NÃO PROVIMENTO.

Quanto ao Recurso Voluntário, discordo, *data venia*, da Decisão recorrida recepcionada pela eminente representante da PGE/PROFIS, quando ambos esclarecem o verdadeiro teor do Decreto nº 9.332/05, que impõe ao contribuinte a obrigação do fornecimento dos arquivos magnéticos, sempre que for intimado a fazê-lo. Ocorre que, neste caso, embora o contribuinte possua autorização para emissão de notas fiscais, jamais fez uso de tal prerrogativa, e de acordo com o § 4º, art. 686 do RICMS, alterado pelo Decreto nº 9.332/05, o contribuinte fica isento da apresentação dos registros 60A, 60M e 60R desse modo, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para que seja alterada a Decisão recorrida, e declarada a IMPROCEDÊNCIA da infração 4.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232954.0713/04-8, lavrado contra **G. BARBOSA & CIA. LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$71.142,18**, sendo R\$13.714,62, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “d” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais R\$57.427,56, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” e “f”, da referida lei, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de junho de 2005.

ANTONIO FERREIRA FREITAS - PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS - RELATOR

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