

PROCESSO - A. I. Nº 298947.0018/04-6
RECORRENTE - MÓVEL - MOTORS E VEÍCULOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JF nº 0210-01/05
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 06/12/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0429-11/05

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A autuação contém vício jurídico que afeta a sua eficácia. A legislação (§ 3º, do art. 708-B, RICMS) estabelece que o contribuinte deve ser intimado sobre as inconsistências apresentadas nos arquivos magnéticos para que possa corrigi-las, antes do procedimento fiscal. Não tendo sido tomada tal providência regulamentar, a autuação se encontra eivada de nulidade. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 1ª JF – Acórdão nº 0210-01/05 em relação ao Auto de Infração, lavrado em 10/12/2004, o qual exige a multa, no valor de R\$45.954,26, por ter deixado de fornecer informações através de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura, no período de janeiro a dezembro de 2001.

Iniciam seu julgamento os ilustres membros da 1ª JF, dizendo do Auto de Infração em comento, o qual lavra multa pelo não fornecimento de arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, solicitados através intimação. E que o autuado alegou que não foi observado o princípio da legalidade, por não existir lei, tanto homologando dito programa validador, nem exigindo que o arquivo seja aprovado por este sistema. Atestam que a obrigação está prevista no Convênio nº 57/95 o qual o Estado da Bahia é signatário e a Lei nº 7.667/00 incluiu a multa pela falta de entrega dos arquivos magnéticos ao art. 42, XIII-A, “g” da Lei nº 7.014/96, portanto desnecessário a lei expressar que o arquivo deve ser válido, pois a validade do arquivo é um consectário lógico do comando legal. Além disso, a Lei nº 7.014/96, em seu art. 35, atribuiu poderes ao Regulamento para exigir o cumprimento de obrigações acessórias, estando a obrigação de entrega do arquivo validado pelo programa fornecido pela SEFAZ/BA expressamente prevista no art. 708-B do RICMS/97.

O recorrente alegou o fato de não ter sido descrita a infração de maneira clara, a vista das três possibilidades aplicáveis. E dizem os ilustres julgadores ter o autuado consciência da entrega, relativa aos meses 01 a 11/2001 sem a devida validação, o que caracteriza a falta de entrega, fato que está claramente relatado na descrição dos fatos do Auto de Infração, bem como ali consta que não foi entregue o arquivo referente ao mês 12/2001. Aduzem, ainda, que o Auto de Infração foi lavrado através do Sistema Informatizado da SEFAZ, sendo padrão a descrição dos fatos para a caracterização da infração.

Informam que o autuado alegou a nulidade do Auto de Infração, em virtude de não ter sido entregue a Listagem Diagnóstico, das irregularidades encontradas, prevista nos itens 26.1 e 26.2 do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Convênio ICMS nº 57/95, porém a

referida listagem só deve ser entregue quando se tratar de arquivos magnéticos com omissão de operações ou com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, o que não é o caso em tela, onde os arquivos não foram entregues, dado que não validados.

Citam o art. 708-A do RICMS/97, -usuário de SEPD para emissão de documentos fiscais e/ou livros fiscais, caso do autuado, 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. E o § 4º do citado art. 708-A, diz 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 cancelado 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.”

Destaca que a falta de entrega de qualquer registro do arquivo magnético é considerado como omissão de entrega do respectivo arquivo, pois impede a realização da auditoria por este meio, diferentemente da omissão de documentos fiscais no arquivo que é, inclusive, penalizado com uma multa mais alta - percentual de 5%. Independentemente da entrega mensal prevista no art. 708-A do RICMS/97, o autuado também é obrigado a entregar, quando intimado, os referidos arquivos, conforme a previsão do art. 708-B do citado 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.”

E concluem, pelo exposto, a rejeição dos requerimentos de nulidade.

Atacam à arguição de inconstitucionalidade da multa por entender que a mesma é confiscatória e desrespeita o princípio da isonomia: aduzem que, com base no art. 167, I do RPAF/99, extrapola a competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, estando esta aplicada conforme o art. 42, XIII-A, “g” da Lei nº 7.014/96.

Esclarecem quanto ao cancelamento, nos termos do art. 158 do RPAF/99, não caber apreciação, haja vista que a não entrega dos arquivos magnéticos não permite afirmar que não tenha havido falta de recolhimento do imposto.

Realçam que laudos técnicos apensos pelo autuado, questão nº 11, confirmaram a impossibilidade dos arquivos serem validados, confirmando, portanto, a sua não entrega. Assim, não se trata de fora do “padrão”, mas não entrega dos arquivos magnéticos.

Expõe que o arquivo magnético sem validação, não pode ser considerado como base para o lançamento. Assim, o valor da base de cálculo para a aplicação da multa de 1% deve ser tomada considerando os valores escriturados no livro Registro de Apuração (fls. 11 a 48) dos autos, conforme cópias anexadas, ficando a multa reduzida para R\$22.065,20, conforme abaixo demonstram:

MÊS/ANO	VALOR DAS SAÍDAS	MULTA DE 1%
JANEIRO DE 2001	79.111,15	791,11
FEVEREIRO DE 2001	106.663,13	1.066,63
MARÇO DE 2001	283.361,39	2.833,61
ABRIL DE 2001	117.275,21	1.172,75
MAIO DE 2001	166.838,16	1.668,38
JUNHO DE 2001	120.406,43	1.204,06
JULHO DE 2001	166.232,48	1.662,32

AGOSTO DE 2001	325.035,39	3.250,35
SETEMBRO DE 2001	104.179,06	1.041,79
OUTUBRO DE 2001	150.020,29	1.500,20
NOVEMBRO DE 2001	425.337,02	4.253,37
DEZEMBRO DE 2001	162.063,11	1.620,63
TOTAL	2.206.522,82	22.065,20

Dizem ainda que multa da alínea “i”, art. 42, XIII-A, da Lei nº 7.014/96, não é aplicável, haja vista que os arquivos magnéticos foram exigidos mediante intimação, em conformidade com o “caput” do art. 708-B do RICMS/97, tendo sido, estendido o prazo previsto na legislação para o seu atendimento, e que a multa aplicada foi específica para o caso em tela, ou seja, pelo não atendimento, mediante intimação.

Ao final do julgamento, informam que o Decreto nº 9332/05 não se aplica ao recorrente, pois que conforme consulta ao Sistema de Informações do Contribuinte INC, este utiliza SEPD também para emissão de nota fiscal fatura e para escrituração de livros fiscais. Assim, combinado com a sua situação cadastral no regime normal, também não se aplica a dispensa de entrega disposta no recente Decreto nº 9.426/05.

E votam os ilustres julgadores pela Procedência em parte do Auto de Infração.

No referido Recurso Voluntário apresentado por prepostos do autuado, enfrentam a Decisão da 1ª JJE, preliminarmente apresentando a tese da nulidade por cerceamento do direito a ampla defesa e ao contraditório, pois que a capitulação de infrações alternativas sem especificar qual delas se aplica a hipótese do Auto de Infração.

Ainda sob a invocação da nulidade, o recorrente diz, dentro do princípio da legalidade, da inexistência de Lei no Estado da Bahia que exija submissão do arquivo magnético a consistência do programa Validador, pois que Convênio nº 57/95 descreve condicionalmente –poderá-, o que cria necessidade do Estado Conveniado criar a obrigação mediante Lei local, a após tecer comentários, citações e publicações, afirma da inexistência na Bahia de referido diploma legal. Dizem da inexistência também, de homologação no Estado, do referido programa de registros fiscais utilizado pela SEFAZ-BA como apto a exercer juízo prévio de que as informações gravadas nos meios magnéticos divergem das fontes contidas nos documentos fiscais. Realçam que os dados reais extraídos dos livros fiscais já haviam vindo sendo entregues ao fisco, mensalmente, e que o agente autuante não entregou o recorrente qualquer listagem diagnosticando irregularidades encontradas pelo Estado, de conformidade ao item 26 do Manual de Orientação aprovado pelo Convênio ICMS nº 57/95.

Adentrando ao mérito, requer para o caso das nulidades retro indicadas não serem aceitas, tenha-se a vista o fato do recorrente ser concessionária de veículos, o que a classifica na sistemática de substituição tributária, com quase 100% do ICMS recolhido antecipadamente.

E que o arquivo magnético contendo as operações totais de entradas e de saídas, foi entregue dentro do padrão previsto no Convênio ICMS nº 57/95, e citam os dois Laudos técnicos agregados ao PAF: O laudo Softfisco e o Laudo Máximas, ambos respondendo afirmativamente que os arquivos gerados, após processo de descompactação, obedecem ao padrão definido no Convênio ICMS nº 57/95. Concluem que os arquivos, portanto, estavam em condições de leitura normal, pelo que requerem reforma do Acórdão para acolher a improcedência da autuação.

Quanto à multa aplicada de 1% das saídas, frente ao princípio da proporcionalidade das multas fiscais, da inexistência de dolo, fraude ou simulação, invocam o art. 158 do RPAF para cancelamento da mesma. E arrazoam que o enquadramento infracional está em desacordo com a legislação estadual, pois o arquivo magnético não é declaração, não contém a assinatura, e o lançamento fiscal (CTN, art. 147) é efetuado com base na declaração, e que outros elementos da escrita fiscal são disponíveis a dar suporte a fiscalização, hipótese na qual se aloja a multa conforme previsão, no inciso XXII do art. 42 da Lei nº 7014/96.

E concluem os prepostos do recorrente, confiarem na reforma do Acórdão da 1ª JJF, para que o Auto de Infração em comento seja julgado, sucessivamente: nulo, improcedente, ou no mínimo, procedente em parte para aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, de R\$50,00 ou de R\$270,00 em ultima hipótese.

A i. procuradora da PGE/PROFIS vem aos autos, dar Parecer quanto a não acolher as nulidades suscitadas, e as descreve como:

- a) a infração tipificada é alternativa, e o fiscal autuante a quem competia indicar qual se encaixava aos fatos descritos, o fez com precisão:
- b) de referência a previsão legal, indica o art. 35 da Lei nº 7014/96, que autoriza o Regulamento dispor acerca de obrigações acessórias, no que se enquadra a entrega de arquivos magnéticos. A penalidade a ser aplicada em caso de descumprimento da obrigação acessória é que precisa necessariamente estar prevista em lei, nos sentidos material e formal. E isto ocorre na Lei nº 7014/96 e suas alterações posteriores:
- c) quanto a última nulidade, entende a nobre procuradora não dever ser declarada, pois vislumbra, no mérito, ser favorecido o contribuinte.

Discorda na análise do mérito, da Decisão da 1ª JJF, pois verifica-se o contribuinte ter entregue os arquivos magnéticos no padrão determinado, com inconsistências e distorções, e a partir deste fato, conforme preceitua o art. 708-B do RICMS/97, deveria ter o agente autuante fornecido listagem diagnóstica dos erros e inconsistências para que, no prazo legal, o contribuinte pudesse corrigi-los. E transcreve referido artigo.

E consideram, até mesmo com a verificação as folhas 210 e 211, não poder se enquadrar o contribuinte no art. 42, XIII-A, da Lei nº 7014/96, e aduzem entender mesmo que citada listagem de diagnósticos estivesse integrante do Auto de Infração, não se poderia enquadrar o contribuinte no mencionado art. 42 XIII-A da Lei nº 7014/96, pois deveria ser dada a oportunidade para correção dos erros.

Entende a ilustre procuradora que a falta de entrega do relatório diagnóstico, não somente gera a nulidade da autuação, como também permite concluir-se que os fatos ocorridos não ensejam a aplicação da multa indicada pelo autuante.

Aponta que para infrações inespecíficas, ora vislumbrada, a multa a ser aplicada é a prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7014/96, pois se tratar unicamente da entrega de arquivos magnéticos com erros, e não encontra na legislação tributária dispositivo de multa qualquer que lhe seja próprio.

Cita o Recurso Voluntário e de Ofício, Acórdão nº 0128/02-05, cuja ementa tem o mesmo fulcro que o do presente PAF.

Finaliza seu Parecer a Douta procuradora, para que o Recurso Voluntário seja provido, e que se aplique a multa de R\$50,00, prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7014/96.

VOTO

O Auto de Infração objeto do presente PAF, relativo à caracterização da não entrega dos arquivos magnéticos pelo recorrente, tem seu foco na questão do programa Validador, sobre o qual o autuado alega a inexistência de Lei que homologaria ou obrigaria a que mencionados arquivos fossem aprovados por esse sistema.

Observo nos autos, que ambos os laudos, da Softfisco e o das Máximas, afirmam que após processo de descompactação, os arquivos magnéticos gerados obedecem ao padrão definido no Convênio e ICMS nº 57/95, concluindo que estavam em condições normais para a leitura a que se destinavam.

Os ilustres julgadores da 1ª JJF disseram desnecessário a lei expressar que o arquivo deve ser válido, pois isto é uma decorrência lógica do comando legal.

E que a Lei nº 7.014/96, art. 35, exige cumprimento de obrigações acessórias, estando a entrega do arquivo, subordinada a validade pelo programa fornecido pela SEFAZ/BA, consoante art. 708 B do RICMS/97.

O autuado alegou a nulidade do lançamento, por não ter recebido a Listagem Diagnóstica das irregularidades havidas, e os nobres julgadores aduziram que a mesma só seria entregue quando os referidos arquivos omitissem operações, ou com dados divergentes, do que não trata o caso em tela, visto que não validados, portanto não entregues.

Com a devida *venia*, também discordo do julgamento da ilustre JJF por ter o contribuinte entregue os arquivos magnéticos, com distorções e inconsistências, e o agente autuador, à vista do fato deveria ter fornecido Listagem Diagnóstica, consoante art. 708 B do RICMS/ 97, para que no prazo legal o recorrente pudesse corrigi-los.

Divirjo do entendimento da ilustre procuradora quanto à aplicação da penalidade sugerida, e voto, pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, para que o Auto de Infração seja julgado NULO, devendo ser renovado o procedimento fiscal a salvo das incorreções apresentadas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **298947.0018/04-6**, lavrado contra **MÓVEL - MOTORS E VEÍCULOS LTDA.**, devendo ser renovado o procedimento fiscal a salvo das incorreções apresentadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

OSWALDO IGNACIO AMADOR – RELATOR

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