

A. I. N° - 293259.1203/04-5
AUTUADO - SUPERMERCADO CANOA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ RAIMUNDO RIBEIRO DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 05. 05. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0136-04/05

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM OMISSÃO DE INFORMAÇÕES. 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 intimados, 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. No entanto, em função da nova redação da Lei nº 7.104/96, dada pela Lei nº 9.159/04, e considerando o princípio da retroatividade benigna disposta no art. 106, do CTN, a presente multa está sendo corretamente exigida apenas sobre os valores das operações de saída do estabelecimento. **Infração confirmada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) NÃO HOUVE A ENTRADA EFETIVA DA MERCADORIA NO ESTABELECIMENTO. Infração caracterizada; b) FALTA DE APRESENTAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO REFERIDO CRÉDITO. Infração subsistente. 3. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Infração confirmada. 4. LIVRO FISCAL. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória confirmada. 5. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/12/04, exige ICMS no valor de R\$ 34.168,78, acrescido das multas de 60% e 150%, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no montante de R\$ 63.930,08, imputando ao autuado as seguintes infrações:

1 – Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido 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 a sua leitura – multa de R\$ 63.520,08;

2 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado - R\$ 30.315,80;

3 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS – R\$ 340,42;

4 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Creditou-se do ICMS devido por antecipação parcial sem ter comprovado o pagamento no respectivo mês - R\$ 3.512,58;

5 – Deixou de apresentar Livros Fiscais, quando regularmente intimado em 03/05/04 e 26/10/04 – multa de R\$ 270,00;

6 – Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) – multa de R\$ 140,00.

O autuado, através de seu advogado, apresenta impugnação, inicialmente solicitando a nulidade da infração 1 sob o argumento de que o auditor usou da conjunção alternativa “ou” na primeira infração, fato que segundo o defendente dificulta sua defesa. Entende que a acusação é dúbia e confusa.

No mérito, ainda em relação à infração 1, afirma que os arquivos magnéticos foram entregues no prazo legal e nos padrões exigidos na legislação, citando o art. 708-B, do RICMS/97. Entende que mesmo se houvesse o ilícito aventado pelo autuante, a legislação tributária não permite que o fisco use base de cálculo de imposto para aplicação de penalidade pelo descumprimento de obrigação acessória. Considera que a pena imposta é confiscatória.

No que diz respeito, à infração 2, esclarece que acusação é de que adquiriu mercadorias do fornecedor Gaivota Alimentos Ltda, sem que o referido fornecedor tenha registrado as notas fiscais em sua escrita, nem que o mesmo tenha comprovado a existência de tais mercadorias em seu inventário. Entende que não tem o dever nem poderes para fiscalizar ou obrigar fornecedores a cumprir obrigações tributárias, e que cabe ao fisco tal atribuição. Afirma que adquiriu mercadorias devidamente acobertadas por notas fiscais e as lançou em seu livro de entrada de mercadorias.

Quanto à infração 3, diz ser improcedente, afirmando que o imposto lançado foi recolhido nos valores respectivos, e que cabe ao fisco a prova da acusação.

Em relação à infração 4, diz que lançou mão do direito de discordar da antecipação parcial, optando pelo regime normal de apuração. Entende que tal procedimento não causou prejuízo ao erário estadual.

No que tange à infração 5, nega o seu cometimento, dizendo que todos os livros e documentos estão a disposição do fisco, e que cabe a este provar a acusação.

Ao final, pede a improcedência do Auto de Infração.

O autuante em informação fiscal diz, quanto à infração 1, que o autuado foi intimado em 05/10/04 e 26/10/04 (fls. 8 e 13), nas quais foi informado de que os arquivos apresentados estavam com ausência dos registros 54 e 60R, e que deveriam ser apresentados os arquivos completos do período de 01/01/03 a 31/12/03.

Quanto à infração 2, expõe que o autuado não tem o poder para fiscalizar seus fornecedores, porém tem o dever e obrigação de provar os registros efetuados em sua escrita fiscal e contábil. Esclarece que foram detectadas a existência de duas notas fiscais de entradas (nºs 9805 e 10150 às fls. 27 e 28), cujo fornecedor é a empresa Gaivota Alimentos Ltda, em valores elevados (R\$ 106.412,30 e R\$ 128.275,65), comparando-se com as demais notas de entrada do estabelecimento. Explica que diante de tal situação, o autuado foi intimado (fls. 20 e 21) para apresentar comprovante de pagamentos, e que não o fez. Acrescenta que aliado a isto, a empresa Gaivota não registrou tais notas em sua escrita fiscal, não recolheu o imposto devido, nem

apresentou o Livro de Inventário para comprovar a existência de tais mercadorias em seu estabelecimento.

Em relação à infração 3, diz que o recolhimento a menor do imposto está demonstrado na planilha à fl. 29.

No que diz respeito à infração 4, discorda de que o procedimento do autuado não causou prejuízo ao Estado. Aduz que o autuado creditou-se em abril/04 e maio/04, dos valores de R\$ 1.422,77 e R\$ 2.089,79, indevidamente, pois o pagamento de tais valores a título de ICMS Antecipação Parcial, só ocorreram em junho/04. Acrescenta que o crédito só pode ser lançado no mês em que houve o pagamento.

No que tange à infração 5, afirma que o autuado não apresentou os livros contábeis (diário e razão), apesar de intimados para tal, conforme Termos de Arrecadação às fls. 10 e 14.

Quanto à infração 6, diz que o autuado não apresentou defesa.

Ao final pede a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, em relação a infração 1, haja vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, de acordo com o que dispõe o art. 18, do RPAF/99. Os demonstrativos acostados aos autos descrevem de forma satisfatória a situação verificada, não havendo do que se falar em cerceamento de defesa, tendo em vista, ainda, que no prazo legal o autuado manifestou-se, demonstrando ter ciência da exigência fiscal.

No mérito, no que diz respeito à infração nº 1, verifico que o autuado entregou os arquivos magnéticos em padrão diferente do previsto no Convênio ICMS nº 57/95, atualizado pelo Convênio ICMS nº 69/02, efeitos a partir de 01/01/03 (Item 54 e 60R).

Apesar de devidamente intimado para entregar os arquivos de forma completa em 05/10/04 e 26/10/04 (fls. 8 e 13), referente ao período de 01/01/03 a 31/12/03, o autuado assim não procedeu.

Ressalto que, de acordo com a legislação vigente, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados deverá fornecer, quando solicitado, 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 (artigos 685, 708-A e 708-B, do RICMS/97).

O §2º, do art. 708-A do RICMS/97, alterado pelo Decreto nº 8.375/02, ainda determina que o arquivo magnético entregue deverá conter também os dados referentes aos itens de mercadorias constantes dos documentos fiscais e registros de inventário.

Como o CONSEF já tem uma posição dominante sobre a matéria em comento, apoiada em diversas decisões, peço vênha para reproduzir parte do Voto Vencedor proferido pelo Ilustre Conselheiro Sr. Ciro Roberto Seifert, no Acórdão CJF nº 0028-11/04, que passa ser parte integrante deste Voto:

VOTO VENCEDOR

Discordo da relatora do PAF.

No caso em lide, está sendo exigido multa por descumprimento de obrigação acessória, porque o contribuinte apresentou seus arquivos magnéticos sem os Registros 54 e 75, apesar de ter sido intimado, por 3 (três) vezes, para fazê-lo corretamente.

Antes de adentrar ao mérito, é necessária a colocação de alguns pontos, inclusive cronológicos.

Começo esclarecendo 4 (quatro) tipos de registro de arquivo magnético, que reputo essenciais para o deslinde do presente caso. São eles: Registros Tipo 54 e 75 (não apresentados pelo contribuinte autuado) e 50 e 60 (transmitidos, via SINTEGRA, no prazo legal, pelo autuado).

No Anexo 64 ao RICMS/97, está definido que:

- *O Registro Tipo 54 refere-se às entradas e saídas por item de cada documento fiscal;*
- *O Registro Tipo 75 se reporta aos códigos de produtos e serviços;*
- *O Registro Tipo 50 se destina a informar o total por documento fiscal de entradas e de saídas;*
- *Por fim, o Registro Tipo 60 serve para informar as operações e prestações realizadas com os documentos fiscais emitidos por equipamento emissor de cupom fiscal.*

Como salientou a Douta representante da PGE/PROFIS, é incontroverso que o contribuinte autuado, ao transmitir via SINTEGRA os seus arquivos magnéticos, o fez sem os registros 54 e 75 (conforme recibos de recepção de arquivos, fls. 11 a 22). Também, está claro que, mesmo intimado por três vezes, deixou de apresentá-los à fiscalização.

(...)

Postos os fatos, passo ao exame da legislação, vigente à época (exercício de 2001).

O art. 686, I, III-A e IV, do RICMS/97 prevê que o contribuinte de que trata o art. 683 (o recorrente se enquadra nesta previsão legal) está obrigado a manter, pelo prazo decadencial, o arquivo magnético com registro fiscal dos documentos emitidos por qualquer meio, referente à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração, na forma estabelecida no Anexo 64 e neste Capítulo (Convênios n^{os} ICMS 57/95, 75/96 e 66/98, 33/99), por totais de documento fiscal e por item de mercadoria.

Já o art. 708-A, do mesmo RICMS, estabelece que o contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar este arquivo, 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.

No entanto, o seu § 2º preconizava que o arquivo magnético entregue nos termos deste artigo não devia conter dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais [exatamente os Registros 54 e 75], salvo quando se tratar de operações de saída sujeitas à substituição tributária.

Obviamente, o § 3º, do mesmo artigo, definia que esta dispensa da informação por itens de mercadorias não desobrigava o contribuinte de manter armazenados os referidos dados.

Esta regra somente foi modificada com a alteração de n.º 36 ao RICMS/97 (Decreto n.º 8375, de 22/11/02), que deu nova redação a este § 2º, que passou a ser: “O arquivo magnético entregue nos termos deste artigo deverá conter, também, dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário nos meses em que este for realizado.”, e revogou o § 3º.

Portanto, a transmissão, via SINTEGRA, dos arquivos magnéticos, na forma que foi feita pelo recorrente, encontra-se dentro das exigências legais vigentes à época, o que, de logo, descarta a infração ao art. 708-A, do RICMS/97.

Contudo, o RICMS, no seu art. 708-B, acrescentado pela Alteração nº 21 (Decreto nº 7886, de 29/12/00. DOE de 30 e 31/12/00), efeitos a partir de 30/12/00, resguardou os interesses da Fazenda Estadual ao prever que o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético 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, sendo que 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.

Assim, é inconteste a infração ao art. 708-B, porque o contribuinte, intimado por 3 (três) vezes não apresentou o seu arquivo magnético com os dados referentes a itens de mercadoria (Registros Tipo 54 e 75), que está devidamente caracterizada através dos relatórios estatísticos dos arquivos do contribuinte (fls. 23 e 25), o que leva à procedência da autuação.

O recorrente pleiteou que a multa aplicada incidisse, somente, sobre o valor das operações de saída, arrimado em decisões da 1ª JF.

Esta 1ª CJF já apreciou, em Recurso de Ofício, o entendimento manifestado pela 1ª JF, reformulando a decisão contida no Acórdão JF nº 0148-01/03 (acostado pelo autuado às fls. 42 a 50), através do Acórdão CJF nº 0418-11/03, tendo como relatora do voto vencedor a Conselheira Ivone de Oliveira Martins, para que a multa incidisse sobre o somatório das entradas e saídas.

Este já é um posicionamento consolidado nesta 1ª CJF, que vem decidindo que a multa terá como base de cálculo os valores de entradas e saídas que deixarem de ser informados, ou o foram como omissão ou divergência.

No presente caso, o Registro Tipo 54 (e também o 75) refere-se às entradas e saídas por item de mercadoria, e, por esta razão, a base de cálculo sobre a qual incidirá a multa será o somatório dos valores de entradas e saídas.

(...)

Para as infrações relacionadas com processamento de dados, notadamente arquivos magnéticos, existem 3 (três) multas previstas no art. 42, da Lei nº 7.014/96, 2 (duas) específicas, que são as expressas no seu inciso XIII-A, alíneas “f” e “g”, e uma geral, que se encontra no inciso XX, lembrando sempre que a regra específica é hierarquicamente superior à regra geral, que somente será utilizada se ultrapassada a primeira.

(...)

A alínea “f”, do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, preconiza a aplicação da multa de 5% (cinco por cento) do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes.

Entendo como operações ou prestações omitidas aquelas cujos documentos fiscais não foram lançados. Exemplifico: o contribuinte emite 100 documentos e lança, somente, 90. Caberia a aplicação da multa sobre o valor dos 10 omitidos, devidamente identificados no confronto entre os que foram emitidos e os lançados.

Como operações ou prestações informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, penso que seguem regra semelhante. Exemplifico: o valor constante no documento fiscal é R\$100,00 e o lançado, R\$10,00. A penalidade incidirá sobre a diferença entre estes valores.

No presente caso, o recorrente, quando transmitiu, na forma e no prazo legal previstos à época, via SINTEGRA, os seus arquivos magnéticos, informou os registros Tipo 50 e 60, que se referem às operações de entradas e saídas de mercadorias por documento fiscal, mas deixou de apresentá-los, novamente, desta feita com os Registros Tipo 54 e 75, que se reportam as mesmas entradas e saídas por item de documento fiscal, quando intimado por 3 (três) vezes.

Não vislumbrei, até porque o autuado jamais foi acusado disso, qualquer omissão ou dado divergente apurado entre o cotejo dos documentos fiscais com os lançamentos correspondentes nos arquivos magnéticos questionados.

(...)

Já a alínea “g”, do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei n.º 7.014/96, prevê a aplicação da multa de 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.

Foi exatamente o que aconteceu aqui.

O contribuinte, regularmente intimado, repito, por 3 (três) vezes, não apresentou o seu arquivo magnético com os dados referentes a itens de mercadoria (Registros Tipo 54 e 75), em flagrante infração ao art. 708-B, do RICMS/97, já citado.

Esta é a multa correta a ser aplicada para o caso em comento.

Quanto àquela prevista no inciso XX, do art. 42, da Lei n.º 7.014/96, não pode ser utilizada, porque, como já dito, a regra específica derroga a geral, e, neste caso, a multa se enquadra perfeitamente na tipificação da infração.

Portanto, como o contribuinte não cumpriu as determinações legais contidas na legislação, considero correta a aplicação da multa de 1% indicada na infração em exame, de acordo com o que dispõe o art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, haja vista que apesar de regularmente intimado, o contribuinte entregou à fiscalização os arquivos magnéticos de forma incompleta, sem os dados referentes aos Registros 54 e 60R.

Vale ressaltar, no que diz respeito à base de cálculo utilizada para a apuração da penalidade prevista no artigo acima mencionado, que em função da nova redação da Lei nº 7.014/96, dada pela Lei nº 9.159/04, e considerando o princípio da retroatividade benigna, disposto no art.106, do CTN, a autuante, corretamente, apurou a multa apenas sobre os valores das operações de saída do estabelecimento.

Quanto à infração 2, o autuado alegou que não tem o poder para fiscalizar seus fornecedores, porém tem o dever e obrigação de provar os registros efetuados em sua escrita fiscal e contábil.

Ocorre que o autuante, durante a ação fiscal, detectou a existência de duas notas fiscais de entradas (nºs 9805 e 10150 às fls. 27 e 28), cujo fornecedor é a empresa Gaivota Alimentos Ltda,

em valores elevados (R\$ 106.412,30 e R\$ 128.275,65), comparando-se com as demais notas de entrada do estabelecimento. Diante de tal situação, intimou o autuado (fls. 20 e 21) a apresentar os comprovantes de pagamentos das referidas operações.

No entanto, apesar do sujeito passivo ter alegado que adquiriu mercadorias devidamente acobertadas por notas fiscais e que as lançou em seu livro de entrada de mercadorias, não apresentou à fiscalização qualquer comprovante de pagamento das operações acima mencionadas. Ademais, o autuante também constatou que a empresa Gaivota não registrou tais notas em sua escrita fiscal, não recolheu o imposto devido, nem apresentou o Livro de Inventário para comprovar a existência de tais mercadorias em seu estabelecimento.

Dessa forma, e ainda com base no que dispõe o art. 142, do RPAF/99 (a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária), entendo correto o procedimento fiscal.

Em relação à infração 3, o autuado apenas nega o seu cometimento, porém o recolhimento a menor do imposto está demonstrado na planilha à fl. 29. Exigência mantida considerando, ainda, que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143, do RPAF/99).

No que diz respeito à infração 4, o autuado confessou que não efetuou a antecipação parcial, porém entende que tal procedimento não causou prejuízo ao Estado, pelo fato de ter adotado o regime normal de apuração do imposto.

No entanto, discordo do ponto de vista do impugnante, pois como bem ressaltou o autuante em sua informação fiscal, o autuado creditou-se em abril/04 e maio/04, dos valores de R\$ 1.422,77 e R\$ 2.089,79, indevidamente, já que o pagamento de tais valores a título de ICMS Antecipação Parcial, só ocorreram em junho/04. Dessa forma, o crédito foi lançado antes do mês em que ocorreu o pagamento, procedimento que vai de encontro à legislação do imposto.

No que tange à infração 5, a exemplo do item 3, o autuado limitou-se a negar o seu cometimento, todavia, o mesmo deixou de apresentar os livros contábeis (diário e razão), apesar de intimados para tal, conforme Termos de Arrecadação às fls. 10 e 14. Exigência mantida, corrigindo, no entanto, a tipificação legal da multa que é a prevista no art. 42, XX, “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96.

Quanto à infração 6, o autuado não se manifestou a respeito, o que implica no reconhecimento tácito do cometimento da mesma.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **293259.1203/04-5**, lavrado contra **SUPERMERCADO CANOA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 34.168,78**, acrescido das multas de 60% sobre o valor R\$ 3.852,98 e de 150% sobre R\$ 30.315,80, previstas no art. 42, II, “b”, VII, “a” e V, “b”, respectivamente, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no montante de **R\$ 63.930,08**, previstas no art. 42, XIII-A, “g”, XVIII, “c” e XX, “a” e “b”, da mesma lei supra citada.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2005.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA