

A. I. N° - 298947.0018/04-6
AUTUADO - MÓVEL MOTORS E VEÍCULOS LTDA.
AUTUANTE - ZELMA BORGES DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 27/06/2005

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0210-01/05

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. A legislação estabelece que a penalidade cabível corresponde ao valor decorrente da aplicação do percentual de 1 % sobre o montante das operações de saídas realizadas em cada período abrangido pela fiscalização. Infração parcialmente subsistente. Rejeitadas as preliminares argüidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 10/12/2004, aplica 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.

O autuado, às fls. 118/145, através de seu representante legalmente constituído, apresentou defesa alegando preliminarmente nulidade por cerceamento do direito de ampla defesa. Capitulação da infração de forma ampla de modo a abranger 03 tipos de infrações alternativas sem especificar qual delas se subsume na hipótese dos autos. Impossibilidade diante dos princípios da tipicidade e especificidade no direito tributário. Citando os arts. 5º, LV e 150, I, da CF/88

Argumentou inexistência de lei em sentido formal e material do Estado da Bahia que exige que o arquivo magnético seja previamente consistido pelo programa “validador” fornecido pela SEFAZ-BA. A cláusula 27ª do Convênio ICMS 57/95 dispõe que “poderá”, indicando a necessidade do Estado Membro criar esta obrigação através de lei local. Transcreveu ensinamentos do mestre Aliomar Baleeiro a respeito de princípio da legalidade. Também decisão do STF na ADI 1282/SP, em “Ação direta de inconstitucionalidade: idoneidade do objeto: decreto não regulamentar.”

Disse que a interpretação sistemática do art. 97, V e art. 99 do CTN c/c art. 5º, II, art. 150, I e, art. 59, da CF/88 faz qualquer pessoa bem governada concluir que a omissão do Estado da Bahia em editar lei em sentido formal e material criando ou normatizando a obrigação de que o arquivo magnético deve ser previamente consistido pelo programa “validador” fornecido pela SEFAZ-BA, torna inexigível esta obrigação e nulo o Auto de Infração lavrado com base nessa obrigação.

Caso superada a preliminar supra, entendeu que ainda assim o Auto de Infração é nulo, ressaltando que a cláusula 17ª do Convênio ICMS 57/95 estabelece a presunção jûris tantum que o registro fiscal (informações gravadas em meio magnético) corresponde aos elementos contidos nos documentos fiscais. Assim, o autuante sem qualquer exame prévio dos documentos fiscais passa a acatar a informação preliminar emitida pelo programa “Validador” da SEFAZ-BA que os

registros fiscais que contêm as informações gravadas nos meios magnéticos divergem dos elementos contidos nos documentos fiscais.

Argumentou que inexistia lei em sentido formal e material que homologue o específico programa “Validador” de registros utilizados pela SEFAZ-BA, como meio apto a exercer um juízo prévio de valor que as informações gravadas nos meios magnéticos divergem dos elementos contidos nos documentos fiscais. Na situação em exame não poderia ter sido afastada a presunção que o registro fiscal espelha os documentos fiscais do contribuinte, ainda mais quando tais registros fiscais haviam sido entregues ao fisco mês a mês e não lhe foi apresentado pelo autuante juntamente com as intimações que precederam o Auto de Infração qualquer “Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas”.

A falta de lei formal e material que homologue o específico programa “Validador” de registros fiscais utilizados pela SEFAZ-BA, impede que este destrua a presunção de equivalência existente entre os registros e documentos fiscais, tornando nulo o Auto de Infração, já que a lavratura foi precedida de fornecimento ao autuado quando da intimação da “Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas”, que trata o item 26 do Manual de Orientação aprovado pelo Convênio ICMS 57/95.

A ação fiscal teve início com a intimação para apresentação de diversos documentos fiscais e os arquivos em meio magnético, no exercício de 2001. Posteriormente, o autuante solicita a apresentação dos “arquivos em meio magnético referente às informações de todas as operações realizadas (entradas e saídas), exercício de 2001, desconsiderando o fato do autuado já ter entregue os arquivos, através da Internet, na forma do art. 708-A do RICMS/97. Também, o autuante admitiu na intimação e na descrição dos fatos existentes no Auto de Infração que procedeu a devolução ao autuado do arquivo magnético em um “CD”, não fazendo acompanhar da “Listagem diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas”, o que, ao seu ver, torna nulo o Auto de Infração, por inviabilizar o cumprimento da obrigação imposta, se enquadrando na hipótese de cerceamento de defesa e violação a ampla defesa e ao contraditório.

Não sendo acolhida a preliminar de nulidade, passa a apreciar a matéria dizendo impugnar a declaração de fl. 49, sob o fundamento de que o fato não ocorreu, já que o contribuinte protocolou juntamente com a petição o CD contendo os arquivos que foram aceitos sem ressalva. Impugnou os documentos de fls. 52/57 por não ter sido fornecidos ao contribuinte antes da autuação e os de fls. 79/86 não fornecidos no momento oportuno que possibilitasse as alegadas correções do arquivo antes da autuação.

Disse que os arquivos magnéticos foram entregues dentro do padrão previsto pelo Convênio 57/95, arquivos em condições que possibilitem a sua leitura. E, que encaminhou para as 02 (duas) únicas empresas especializadas que atuam no mercado do Estado da Bahia realizando consultoria e auditoria eletrônica sobre os arquivos do SINTEGRA, que responderam quesitos formulados pelo subscritor através de laudos técnicos que anexa a defesa.

Constam nos referidos laudos que o arquivo examinado não diverge do padrão estabelecido no Manual de Orientação aprovado pelo Convênio ICMS 57/95.

Também, chamou a atenção de que o autuante comparou os dados dos registros do Tipo 50 e 54 e planilhas disponíveis para demonstrar que o autuado não impediu a realização de fiscalização. Citou o Acórdão CJF 0380-11/04, da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, transcrevendo trechos do relatório e do voto vencedor.

Assim, alegou que a fiscalização poderia ter sido realizada, já que foi inicialmente intimada a apresentar todos os livros e documentos fiscais, e os exibiu, além de haver comprovação nos

autos que a autuante comparou os dados dos registros do Tipo 50 e 54 e os arquivos em questão não estão em situação que impossibilitam a sua leitura.

Transcreveu quesitos respondidos nos Laudos apresentados (Softfisco e Máximas) e informou que o programa “Validador Sintegra” utilizado pela SEFAZ-BA, exige procedimento que obriga o contribuinte a corrigir os dados da sua contabilidade ou do registro do item da nota fiscal, ou em outras palavras, termina obrigando o contribuinte a fazer ajustes da real informação existente no documento fiscal, tendo por resultado que “sempre ocorrerá divergência nesse ponto”, como ocorreu no caso em exame.

Protestou que a multa de 1% das saídas gera confisco, citou posicionamentos de tributaristas quanto ao estudo sobre o princípio da proporcionalidade. E que o Supremo Tribunal Federal tem aplicado o princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade da lei que comina penas desproporcionais à infração, citando o caso da ADI 551-1/RJ.

Requeru o cancelamento da multa com base no art. 158 do RPAF. Também, alegou que o autuante aplicou a multa em desacordo com a legislação estadual, haja vista que sendo o lançamento válido efetuado com base na declaração (CTN art 147), então, como o registro fiscal não é declaração, não pode dar suporte a lançamento, principalmente se outros elementos da escrita fiscal estavam disponíveis para a fiscalização. Assim, como não existe penalidade especificamente prevista para a hipótese de mera divergência de dados, a penalidade aplicável passa ser a regra genérica prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96. Transcreveu as Ementas dos Acórdãos CJF nºs 0422-11/04 e 0380-11/04.

Argumentou que vencidas as preliminares e prejudicadas as questões de mérito anteriormente, requereu que se aplique a multa prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96.

Requeru a improcedência da autuação ou no mínimo procedente em parte para aplicar a multa no valor de R\$ 50,00.

A autuante, às fls. 175/177, informou que o autuado deixou de atender ao que determina o art. 708-B do RICMS/BA. Aplica-se a Lei nº 7.667/2000 que acrescentou o inciso XXX-A, à Lei nº 7.014/96. A movimentação em meio magnético deve obedecer a uma padronização. A validação dos arquivos magnéticos garante a seriedade do processo, buscando a uniformização impedir dúvidas e sonegação de informações. A possibilidade de que o arquivo seja lido por outros programas, inclusive qualquer editor de texto, como apontam os laudos técnicos não satisfaz a imposição de seriedade com que a SEFAZ-BA tem buscado tratar o assunto.

Esclareceu que o autuado enviou arquivos magnéticos que foram detectadas inconsistências por programa utilizado pela SEFAZ para verificação prévia, além de não constar os registros 60 e haver mercadorias com códigos repetidos. O autuado informou estar impossibilitado de gerar novos arquivos. No documento fl. 51, a empresa confirmou que os arquivos apresentados estavam incompletos e ao informar que encaminhou CD com arquivos magnéticos “com base nas informações contidas no CD encaminhado pela INFAZ e outras informações recuperadas pelo CPD da intimada ...”. Tais arquivos foram rejeitados e se o autuado tivesse tentado a validação dos arquivos teria detectado os erros a tempo de tê-los apresentados retificados, respeitando a legislação e os prepostos fiscais.

Disse a autuante que o Laudo Técnico apresentado pelo defendente, nas respostas nºs 7, 8 e 11 (fls. 148/150) garante o descumprimento da legislação. Transcreveu os parágrafos quarto e sexto do art. 708-B e o parágrafo sexto do art. 708-A, todos do RICMS/BA.

Informou que desde o início da ação fiscal se colocou à disposição da empresa, inclusive, para o técnico responsável pelo programa, que se dirigisse à Repartição fiscal, na tentativa de sanar os problemas. A primeira intimação recebida pelo autuado se deu em 05/07/2004, posteriormente em

04/11/2004 e 18/11/2004 e o Auto de Infração foi lavrado em 10/12/2004, ficando caracterizada a intenção da autuante trabalhar com os arquivos e de facilitar as condições da empresa cumprir sua obrigação.

Afirmou que ao aplicar a multa busca-se fazer justiça ao Estado da Bahia que ficou prejudicado, impedindo a ação fiscal. E que o documento anexado ao PAF, às fls. 169/172 não se trata da mesma infração. O assunto em tela já tem decisão favorável à SEFAZ, como com relação ao AI nº 206.766.0001/04-9.

Opinou pela manutenção da autuação.

O autuado, às fls. 180/181, através de seu advogado, alegou que na impugnação já havia alertado para a existência de grave vício que ocasiona a nulidade do Auto de Infração, já que comprovou ter enviado pela internet os seus arquivos magnéticos para a SEFAZ, no entanto, a autuante havia intimado o autuado a apresentar novamente os mesmos arquivos sem fazer com que a referida intimação fosse acompanhada de uma listagem diagnóstico que trata o item 26 do Manual de Orientação, aprovado pelo Convênio ICMS nº 57/95.

Afirmou ter surgido um fato superveniente e de grande repercussão para o processo. O Decreto nº 9.332/2005 determinando que nas situações nas quais o contribuinte seja intimado a apresentar os arquivos magnéticos com seus registros corrigidos, esta intimação deverá ser acompanhada de uma Listagem Indicativa das irregularidades encontradas (art. 2º, X, § 3º do citado Decreto), fato que não ocorreu.

Requeru que se leve em consideração na análise dos fatos supervenientes ora apontados.

Na assentada do julgamento foi recebida petição do autuado encaminhando cópia do acórdão JJF Nº 0128-02/05.

VOTO

O presente Auto de Infração aplica multa ao autuado pela falta de fornecimento de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

O autuado alegou que não foi observado o princípio da legalidade, por não existir lei que tenha homologado o programa “validador” nem que exija que o arquivo seja aprovado por este sistema. Ressalto 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. Entendo que não é necessário que a lei diga expressamente 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 autuado alegou que o fato não foi descrito de maneira clara, por conta de possuir três possibilidades de aplicação. Dos autos, constato que o autuado tem consciência de que entregou o arquivo relativo 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. Ressalto, ainda, que o Auto de Infração foi lavrado através do Sistema Informatizado da SEFAZ, sendo a descrição dos fatos a padrão utilizada para a caracterização da infração.

O autuado suscitou também a nulidade em função de não lhe ter sido entregue a Listagem Diagnóstico indicativa 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 57/95, porém não observou que a referida listagem só deve ser entregue quando se tratar de entrega dos 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, já que sequer foram validados.

De acordo com o art. 708-A do RICMS/97, o contribuinte do ICMS 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. Já 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 chancelado 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.”

Ressalto 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.”

Logo, diante do exposto, rejeito os requerimentos de nulidade.

Quanto à arguição de inconstitucionalidade da multa por entender que a mesma é confiscatória e desrespeita o princípio da isonomia, ressalto que, com base no art. 167, I do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, estando a multa aplicada prevista no art. 42, XIII-A, “g” da Lei nº 7.014/96.

Quanto ao pedido de cancelamento, nos termos do art. 158 do RPAF/99, não cabe nesta situação apreciá-la, haja vista que a não entrega dos arquivos magnéticos não permite afirmar que não tenha havido falta de recolhimento do imposto.

Nos laudos técnicos apresentados pelo autuado, na questão nº 11, os técnicos confirmaram a impossibilidade dos arquivos serem validados, confirmando, portanto, a sua não entrega. Assim, não se trata de fora do “padrão”, e sim, em não entrega dos arquivos magnéticos.

Efetivamente, 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, o qual foi anexado aos autos, ficando a multa reduzida para R\$22.065,20, conforme abaixo demonstrado:

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

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

No tocante ao Decreto nº 9.332/05, o mesmo não se aplica ao autuado, o qual, conforme consulta que efetuei ao Sistema de Informações do Contribuinte - INC, não utiliza SEPD exclusivamente para emissão de cupom fiscal, mas também para emissão de nota fiscal fatura e para escrituração de livros fiscais. Por este mesmo motivo, 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.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **nº 298947.0018/04-6**, lavrado contra **MÓVEL MOTORS E VEÍCULOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa, no valor de **R\$22.065,20**, prevista no art. 42, XIII, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de junho de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR