

PROCESSO - A. I. Nº 170623.0204/05-7
RECORRENTE - DATAGEO INFORMÁTICA DA BAHIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0285-04/06
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 03/01/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0542-12/06

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. 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 das operações de entradas, de saída e das prestações realizadas. A inobservância dessa obrigação acessória sujeita o contribuinte ao pagamento da multa prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96. Rejeitada a preliminar de nulidade. Modificada a Decisão recorrida, quanto a esta infração, em razão da redução da multa. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário através do qual o contribuinte pede a reforma da Decisão de 1º grau que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe. Cinge-se o apelo empresarial a contestar a infração nº 2, na qual se imputa ao contribuinte a seguinte acusação:

“Deixou de fornecer arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Multa no valor de R\$ 24.205,10”.

Quanto à infração 1, referente à omissão de saída de mercadorias apurada em levantamento quantitativo de estoques, o autuado reconheceu a procedência da imposição fiscal, recolhendo via parcelamento o valor do débito, conforme cópia do DAE anexo à fl. 184 dos autos.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal, ao decidir a lide acerca da infração objeto do apelo empresarial, exarou o voto a seguir transcreto:

“Não acolho à preliminar de nulidade suscitada na 2ª infração, uma vez que o erro de enquadramento e da multa aplicada no Auto de Infração não anula a ação fiscal, tendo em vista que na intimação apresentada ao contribuinte e científica no dia 02/01/2006, constava o dispositivo infringido e a multa aplicada caso não fosse cumprida a obrigação acessória exigida. Ademais o Art. 19 do RPAF/99 dispõe que: “A indicação do dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal”.

No mérito, quanto à infração 02, o art. 708-B dispõe o seguinte: “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.”

O Impugnante alega que forneceu os arquivos magnéticos e reconhece que estes apresentavam omissões de informações no registro tipo 54, por isso entende que a multa que deveria ter sido aplicada é a prevista no art. 42, XII-A, alínea “f”, e não a prevista no mesmo artigo, inciso XII-A, alínea “g”.

Com relação a este argumento defensivo, observo que o art. 708-B, § 5º do RICMS/BA diz que “O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente a retificação total de arquivo.

Ao analisar os documentos constates do PAF, constatei que a Autuante intimou a empresa para que efetuasse a correção dos arquivos inconsistentes, sendo concedido prazo de trinta dias para regularização, conforme intimação anexa, pg. 07, entretanto, não foi atendida.

De acordo com o art. 708-B, § 6º “ A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea "g" do inciso XIII-A do art. 915 deste regulamento, ou seja, 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração. Ao verificar o demonstrativo elaborado pelo autuante, constatei que foi utilizada a base de cálculo prevista no art. supracitado, ou seja, o valor das saídas das mercadorias.

Dianete do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos”.

Nas razões recursais o contribuinte reitera a argüição de vício do lançamento fiscal, requerendo a nulidade absoluta da infração 2, pois a autuante consignou como fundamento fático da exigência fiscal uma suposta falta de fornecimento dos arquivos magnéticos exigidos pela legislação, aplicando multa prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

Afirma que no caso em apreço, constata-se que a agente estatal descumpriu, perante a impugnante, o primado da segurança jurídica, cerceando, consequentemente, o seu direito à ampla defesa, na medida em que a acusação de não fornecimento dos arquivos magnéticos exigidos não corresponde à realidade dos fatos. Pior do que isso, a autuante fez consignar como fundamento legal da multa aplicada, o art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, que trata de situação totalmente estranha aos fatos.

Ressaltou que o Auto de Infração, neste particular, é omissó e contraditório, pois deveria explicitar, com precisão e certeza, os fatos sob os quais está calcada a imputação, além de apontar o dispositivo correto para a aplicação da multa correspondente. Sem este cuidado, ficaria o contribuinte impedido de verificar a correção dos dados e até mesmo de se defender.

Destacou ainda, em razões preliminares, que a acusação de não fornecimento de arquivos magnéticos (alínea “g” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96) não corresponde à verdade dos fatos, nem se confunde com a infração de entrega de arquivos magnéticos com as omissões de dados, tratada na alínea “f” daquele mesmo artigo.

Argumentou que não ocorrendo qualquer das hipóteses acima delineadas, não há como se invocar a alínea “g” daquele artigo, mas exclusivamente a alínea “f”, desde que, por óbvio, tenha sido visualizada alguma omissão de dados. Nessa linha, asseverou que não há como se confundir as duas situações legisladas, muito menos fazer incidir uma multa pela outra. Arrematou, dizendo que em sendo assim, a descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação diz respeito à entrega dos arquivos magnéticos em padrão diferente daquele previsto na legislação tributária e a matéria fática é a omissão de dados no Registro Tipo 54. Por isso, entendeu que não há como se dar prosseguimento à lide, pois haveria mudança de fulcro da autuação, que implicaria em afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Postulou pela declaração de nulidade do Auto de Infração, com fulcro no art. 18, inciso IV, “a”, do Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999 (RPAF).

Ao adentrar nas questões de mérito, o recorrente ressaltou que o eventual descumprimento da obrigação acessória não provocou prejuízo econômico ao erário, pois englobada na obrigação principal, por sua vez, paga pelo contribuinte, conforme DAE (documento de arrecadação) anexado à defesa, e que a omissão apontada no Auto de Infração decorreu de uma falha não

intencional da impugnante, se aplicando ao caso em análise, os parágrafos 5º e 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, que impedem a cobrança da multa lançada pela fiscalização.

Afirmou que a Decisão recorrida não despende uma única linha para analisar os parágrafos 5º e 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, dispositivos mencionados na defesa que possibilitariam a redução ou a dispensa da multa aplicada. Daí porque o recorrente interpôs o presente Recurso Voluntário não só para fazer prevalecer a melhor interpretação no mérito, mas também para ver analisado o tema da redução ou dispensa da infração 2, pois se trata de infração não intencional que não gerou qualquer prejuízo ao erário do Estado.

Declarou que o julgador de primeiro grau não oportunizou prazo para a indispensável diligência fiscal, violando frontalmente os princípios da ampla defesa e da verdade material, que informam o processo administração fiscal. Deste modo, o recorrente desde já requer o deferimento da predita providência, ao tempo em que se compromete a fornecer outros dados no curso do presente processo.

Destacou que a legislação do ICMS prevê que sempre que o descumprimento da obrigação principal seja uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória a multa decorrente do descumprimento desta última será absorvida pela multa aplicável ao não cumprimento da primeira, pois havendo uma relação de conglobamento entre as infrações, não seria justo que o Estado sancionasse o contribuinte duplamente, ainda mais quando o valor do tributo será pago pela multa material aplicada pelo descumprimento da obrigação principal. Vale dizer: o dispositivo em análise possui finalidade dupla, pois além de resguardar o erário público (só é aplicado quando a obrigação principal seja lançada), impede a imposição de sanção em duplicidade, consagrando, pois, a proibição do *bis in idem*.

Afirma existir conexão entre as infrações 1 e 2, postulando que a segunda seja absorvida pela primeira, nos termos do §5º do art. 42 da Lei nº 7014/96.

Alternativamente, reivindica a aplicação do parágrafo 7º do dispositivo legal mencionado, na medida em que a infração 2 não foi praticada de forma dolosa e não implicou em falta de recolhimento do tributo, já que o contribuinte, ao pagar a infração 1 do Auto de Infração, vem cumprindo com sua obrigação principal. Caso o Conselho entenda prudente a redução da multa, cita como parâmetro o Acórdão CJF nº 0206-12/05, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal. Argumenta que a situação que se encontra o recorrente é muito similar àquela vivida pelo contribuinte naquele caso, ou seja, a infração porventura praticada se assemelha muito ao não entendimento de uma intimação de entrega de arquivo magnético regularmente solicitado. Daí porque, em homenagem aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como ao art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96, o recorrente entende razoável uma redução da multa aplicada na infração 2 do auto para aquela prevista no inciso XX, letra "b" daquele mesmo artigo, como forma de realizar uma verdadeira justiça fiscal.

Por fim caso ultrapassados todos os argumentos defensivos retro abordados, o recorrente discorda do valor da multa cobrada no lançamento fiscal, pois a autuante considerou como "base de cálculo" da imputação toda a movimentação do estabelecimento e não apenas as saídas tributáveis, conforme determina este CONSEF. Com efeito, afirma esse tratamento indiscriminado das operações do estabelecimento para fins de incidência da multa de 1% já foi alvo, diversas vezes, de reprimenda no âmbito administrativo, do que é exemplo o Acórdão JJF Nº 0273-04/02, da 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

Ao final formulou pedido pela reforma da Decisão da JJF para se julgar procedente em parte o Auto de Infração.

A Procuradoria do Estado (PGE/PROFIS), através do Dr. José Augusto Martins Filho, exarou Parecer nos autos. Inicialmente, teceu considerações em torno do lançamento de ofício em discussão. Afirma no presente lançamento se imputou ao autuado o cometimento da conduta infracional referente ao não fornecimento de arquivos magnéticos ao fisco, exigido mediante intimação, arquivos estes com informações das operações ou prestações realizadas, aplicando-lhe a pena prevista no art. 42, III, da Lei nº 7014/96, *in verbis*:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas.

III.- 70% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurando-se a prática de atos fraudulentos, tais como suprimento de caixa de origem não comprovada, saldo credor de caixa, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não contabilizados, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque;

O ilustre representante da PGE/PROFIS declara que uma leitura, mesmo que breve da norma acima exposta, em cotejo com a conduta infracional descrita no presente lançamento, sem sombra de dúvida, evidencia um equívoco na capitulação encetada nos autos. Contudo, afirma que resta patente nos autos que em que pese existir claro erro de capitulação legal, os fatos engendradores da penalidade foram absolutamente desvelados e minuciosamente descritos no lançamento, carecendo de consistência a tese recursal, porquanto cediço que a defesa é feita em cima dos fatos trazidos ao universo processual e não da capitulação legal. Aliás, neste sentido, dispõe o art. 19 do RPAF/BA. Assim, não há como se acolher a tese do recorrente de nulidade do auto por erro de capitulação.

No tocante a outra tese recursal, relativa à inaplicabilidade do art. 42, XIII-A, “g” da Lei nº 7014/96, mas isto sim, do art. 42, XIII-A, “f” da Lei nº 7014/96, afirma que também não merece melhor sorte a tese defensiva. Destaca que é fato incontrovertido que os arquivos magnéticos do autuado foram efetivamente entregues com inconsistências, conforme expressamente reconhecido no corpo da súplica recursal, restando absolutamente lida a aplicação da penalidade prevista no Art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7014/96, combinado com o art. 708-A, § 6º, do RICMS/97-BA. Preconiza que o art. 708-A, § 6º, do RICMS/97-A, norma meramente explicitadora, prescreve que a simples recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte à correção posterior das inconsistências verificadas, o que *in casu* não foi realizado.

Transcreveu o quanto dispõe o art. 708-B, §6º do RICMS-BA, *in verbis*:

§ 6º - A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “g” do inciso XIII-A do art. 915 deste regulamento”.

Quanto à aplicação da penalidade prevista no art. 42 inc. XX, da Lei nº 7.014/96, em contraposição à multa consignada no inc. XIII-A, “g”, do mesmo dispositivo legal, ressaltou que as duas penalidades suscitadas possuem um grau de respostas diferentes às condutas infracionais, tendo como parâmetro a modulação de lesividade de cada uma delas. Discordou da tese defendida pelo recorrente de que as duas penalidades se referem a fatos antijurídicos idênticos, ou seja, a não entrega dos arquivos magnéticos pelo sujeito passivo deve resultar na aplicação da norma mais benéfica.

Concluiu, opinando pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Em concordância com o julgador de 1º grau, também afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, considerando que o erro de enquadramento da multa aplicada no Auto de Infração não anula a ação fiscal. Ademais, a descrição do fato considerado infração foi corretamente exposta no corpo do Auto de Infração, onde ficou consignada a descrição de não fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação. Ressalto ainda que o art. 19 do RPAF/99 dispõe que: “*A indicação do dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal*”. Além disso, não houve prejuízo para o exercício do direito de defesa, pois o autuado ingressou no mérito da exigência fiscal, contestando a aplicação da penalidade e postulando a sua exclusão ou redução.

Quanto ao pedido de exclusão da multa restou comprovado nos autos que os arquivos foram entregues com a omissão do registro 54, que especifica os itens de mercadorias comercializados.

Nos termos do § 6º do art. 708-B do RICMS-BA, a entrega de arquivos magnéticos fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea "g" do inciso XIII-A do art. 915 do RICMS, que na Lei nº 7.014/96, corresponde ao art. 42, inc. XIII-A, alínea "g". Restou, portanto, comprovada a infração. Em decorrência, não há como se dar acolhimento ao pedido de exclusão da penalidade, posto que o descumprimento da obrigação tributária acessória em discussão tem natureza distinta da obrigação tributária principal exigida no item 1 do Auto de Infração, relacionada a apuração de omissão de saídas de mercadorias.

É de se inferir que a falta de entrega dos arquivos magnéticos com as especificações exigidas na legislação fiscal, tem como consequência dificultar ou mesmo inviabilizar aplicação dos roteiros normais de fiscalização. No caso vertente, foi possível se apurar imposto através da contagem de parte dos estoques comercializados pelo autuado. Todavia, se os arquivos tivessem sido entregues com a totalidade das informações solicitadas, o fisco disporia de uma "ferramenta" que possibilitaria a apuração integral da movimentação comercial da empresa.

Todavia, é inquestionável, que pelo menos parte do imposto efetivamente devido pelo recorrente foi apurado e cobrado no presente Auto de Infração, inclusive com a aplicação de um dos roteiros normais de auditoria fiscal - o levantamento quantitativo de estoques - envolvendo o mesmo período objeto do descumprimento da obrigação acessória, ou seja, os exercícios fiscais de 2001 e de 2002.

Entendo que ficou "relativizado" o prejuízo sofrido pelo Erário Estadual, posto que a despeito de a conduta do autuado ter gerado dificuldades para o exercício da fiscalização, o objeto de sua pretensão, qual seja, a cobrança do imposto, foi alcançada, através de outros roteiros que redundaram na lavratura do presente Auto de Infração.

Assim, com amparo nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e equidade que devem reger o processo administrativo fiscal, bem como no permissivo normativo constante do art. 158, do RPAF, voto no sentido de PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário interposto para reduzir com fulcro no § 7º, art. 42 da Lei nº 7.014/96, o valor da multa inicialmente aplicada na infração 2, para R\$ 2.420,51, correspondente a 10% (dez por cento) do quanto exigido originariamente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 170623.0204/05-7, lavrado contra **DATAGEO INFORMÁTICA DA BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$27.422,94, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$2.420,51**, prevista no art. 42, XIII-A, "g", da mesma lei, com os acréscimos moratórios previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de dezembro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS