

PROCESSO	- A. I. N° 206958.0016/07-0
RECORRENTE	- COMÉRCIAL DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS SHAUANA LTDA. (SUPERMERCADO MEIRA)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0116-05/09
ORIGEM	- INFRAZ ITABUNA
INTERNET	- 03/12/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0346-12/09

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM OMISSÃO DOS REGISTROS TIPO 54, 60R, 74 e 75. Descumprimento de obrigação acessória. A legislação estabelece aplicação da multa de 1% sobre o valor das operações realizadas. Adequada a multa aplicada para a prevista no art. 42, XIII-A, “k”. Rejeitadas as arguições de nulidade. Infração caracterizada. Decisão recorrida mantida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário com o objetivo de reformar a Decisão proferida pela primeira instância administrativa, que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual acusa o Recorrente de ter deixado de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

Consta na descrição dos fatos que o sujeito passivo deixou de apresentar os arquivos magnéticos relativos aos períodos de janeiro/2003 a dezembro/2006, na forma especificada pela legislação vigente, mais precisamente a prevista nos arts. 683 e seguintes do RICMS/BA. No documento intitulado como relação dos arquivos recepcionados, emitida pelo sistema SCAM/SEFAZ em 27.12.2007, ainda constam as ausências de vários registros de dados do contribuinte, cuja obrigatoriedade é sustentada naqueles dispositivos. Foram verificadas nos arquivos magnéticos, até então informados, as citadas ausências, tendo sido apresentada à empresa intimação específica, recebida em 08.10.2007, que requisitava a correção e a nova transmissão dos arquivos, pontuando especificadamente os registros 54 e 60R, que se referem às quantidades de mercadorias compras e/ou vendidas por meio de notas e cupons fiscais. Após ser constatado que o sujeito passivo não cumpriu o quanto determinado na intimação, dentro do prazo concedido, não havendo condições de se realizar qualquer roteiro de auditoria fiscal-contábil, sobre as operações mercantis daqueles exercícios.

A instância *a quo* ao analisar a defesa interposta pelo recorrente, julgou o lançamento de ofício procedente, sob os seguintes fundamentos.

“...Rejeito a preliminar de nulidade, relativo a falta de determinação da base de cálculo, uma vez que como bem ressaltou o auditor autuante na informação fiscal, foi entregue uma cópia ao sujeito passivo com a intimação sobre a reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias, que os valores das saídas da empresa estão bem esclarecidos nos documentos acostados aos autos, fls. 09 e 10, com destaque por lápis marca-texto amarelo. Esclarece o autuante que do valor contábil das saídas informadas pelo próprio contribuinte nas DMA's em questão só foram deduzidas, por pertinência, as devoluções e/ou anulações de vendas, não sendo utilizada os dados de entradas e saídas como alegou o contribuinte. Portanto, não há que se falar em nulidade por falta de demonstração da base de cálculo.”

Também não pode ser acolhida a arguição de nulidade com fundamento de que teria havido cobrança em duplicidade, vez que, a autuação em lide refere-se ao exercício de 2005 e 2006, fls. 09 e 10 dos autos, enquanto na autuação anterior, conforme de Certidão da Dívida Ativa , fls. 113 a 123, acostado pela defesa ,

especificamente às folhas 120 e 121, consta que o débito é referente ao período de 31/01/2003 até 312/12/2004, fato devidamente esclarecido na informação fiscal, repito, cuja cópia foi entregue ao sujeito passivo com a reabertura do prazo de defesa (30 dias). Portanto, período diferente do autuado, logo não há motivo para nulidade do lançamento em lide.

De igual modo, entendo que não pode ser acolhida a argüição de nulidade sob a alegação de que não teria atendido ao princípio da legalidade, pois a obrigação de entregar os arquivos encontra-se prevista no RICMS/Ba, conforme abaixo:

"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.

§ 3º Tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas.

...
"§ 5º O contribuinte terá o prazo de 30 dias úteis 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."

...
"§ 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."

Assim, não se pode falar em nulidade por ofensa ao princípio da legalidade.

Quanto a preliminar de nulidade por erro na indicação dos dispositivos da multa aplicada, efetivamente a redação da alínea indicada no Auto de Infração vigorou até 27/11/2007, sendo alterada para alínea "k" pela alteração introduzida pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, efeitos a partir de 28/11/07, pelo que fica retificada a alínea indicada, não havendo nenhuma alteração de valor, pois a multa foi corretamente calculada no percentual de 1%. Entretanto, tal fato não é causa de nulidade, pois a infração, a descrição dos fatos e a indicação do dispositivo regulamentar infringido encontram-se corretos, o que possibilitou ao autuado o perfeito entendimento e o exercício do direito de defesa de forma ampla. O percentual indicado foi o correto, ou seja, 1% do valor das saídas realizadas em cada período de apuração (2005 e 2006), pelo não fornecimento, mediante intimação, de arquivo eletrônico com as informações de natureza contábil.

No mérito, com bem ressaltou o sujeito passivo, o Auto de Infração foi lavrado pela não apresentação do arquivo magnético por parte do autuado referente ao Registros 54, 60R, R74 e R7554, após intimação do fisco estadual, que concedeu 30 dias para correção dos arquivos enviados via internet, deixando o contribuinte de atender.

A alegação do contribuinte de que o programa utilizado não gerava os registros solicitados pelo fisco, não é capaz de elidir a autuação, uma vez que a escolha do programa é de livre iniciativa do contribuinte. Cabendo a ele, contribuinte, escolher um programa que atenda as exigências previstas na legislação do ICMS.

Em relação ao argumento defensivo de que o contribuinte que utiliza do SEPD somente para escrituração de livro fiscal, ficando dispensado de envio do registro 54, na forma do art. 686, § 4º, do RICMS/97, o qual transcreveu juntamente com Ementas dos Pareceres nºs 1510/2005 e 14781/2006 da DITRI, entendo não ser capaz de elidir a autuação, pois como bem ressaltou o autuante na informação fiscal, somente os contribuintes que não emitem notas fiscais série única, pois vendem seus produtos pelos ECF's, estão desobrigados, não sendo o caso do contribuinte autuado, o qual em 04.06.2003 comunicou à Secretaria da Fazenda o início do uso do SEPD para emissão de suas notas fiscais-fatura, tal como provado pelo sistema INC – Informações do contribuinte, anexo, o que comprehende a existência da obrigação por todo o período autuado.

Relativamente a pretensão do sujeito passivo de reduzir a multa para R\$ 46,00, devo esclarecer que a multa aplicada foi a correta para a infração em tela, ou seja, 1% (um por cento) do valor das saídas realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, de arquivo eletrônico com as informações de natureza contábil, prevista na alínea "k", inciso III-A, da Lei nº 7.014/96, com redação dada pela com pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, efeitos a partir de 28/11/07, conforme já tratada quando da análise das questões preliminares.

Ademais, o pedido de redução ou cancelamento da multa, também não pode ser acolhido, pois tal previsão encontra-se condicionada a comprovação de que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte. "

Inconformado com a Decisão proferida pela Primeira Instância administrativa o autuado

ingressou com Recurso Voluntário, requerendo, inicialmente, a nulidade da imputação fiscal, aduzindo que o autuante ao lavrar o Auto de Infração deve indicar os dispositivos legais referentes à infração praticada pelo Sujeito Passivo, bem como a indicação correta da multa a ser aplicada e, como no presente caso o auditor fiscal indicou um outro dispositivo legal referente à multa, haveria vício insanável no lançamento de ofício.

Continuando a sua defesa, arguiu a nulidade do lançamento, aduzindo que o lançamento fiscal não constam os dados de como foi apurado o valor do débito, impossibilitando o recorrente de determinar com precisão a forma como foi encontrada.

Segundo o autuado, a base de cálculo, aspecto material da regra matriz de incidência tributária deve ser demonstrada com exatidão. Como nos presentes autos lhe faltou tal demonstração o direito de defesa do recorrente foi cerceado.

Diante de tais argumentos requereu a nulidade do lançamento.

No que se refere ao mérito da autuação, disse que atua no ramo de varejo, porém o programa utilizado não gerava os registros solicitados o que só veio ocorrer após o ano de 2007. Alegou que, após a intimação do fisco para correção dos arquivos é que corrigiu os seus registros.

Sustentou que o contribuinte que utiliza o SEPD somente para escrituração de livro fiscal é dispensado de envio do registro 54 (itens de mercadorias), na forma do art. 686, §4º, do RICMS. Para fundamentar a sua tese cita trechos de ementa de Parecer da Diretoria de Tributação –DITRI deste Estado.

Argumentou que apresentou os arquivos magnéticos durante todo o período fiscalizado, porém, sem os registros 54 e 60R. Disse que o FISCO não comprovou que o autuado tivesse equipamento mínimo para emissão de tais documentos, pois se utilizava somente para os casos previstos, nos incisos I e II acima transcritos.

Alegou, ainda, que os argumentos dos julgadores *a quo*, de que recorrente utiliza de emissão de nota fiscal em série única, não foi comprovada nos autos.

Na eventualidade deste órgão julgador não acatar as suas alegações cima trazidas, requer seja observada a correta aplicação da penalidade aplicável, que segundo o seu entendimento seria aquela prevista no inciso “j” da Lei nº 7.014/96, ou seja, a base de cálculo dever se calculada de acordo com os valores das entradas ou das saídas, o que fosse maior, e não pelo total das operações como fez o autuante.

Ao final do seu Recurso Voluntário pugnou pela nulidade do Auto de Infração, e caso não seja acolhida a referida nulidade requer a improcedência do Auto de Infração, por entender que o autuante não demonstrou com exatidão de que o recorrente é obrigada a entregar os arquivos magnéticos por item de mercadoria à fiscalização e em contrapartida, por ter demonstrado que não era obrigado de pagar a multa exigida.

Ao final, requer a reforma da Decisão para que seja aplicada a multa prevista no inciso XIII-A, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

A PGE/PROFIS, ao se manifestar acerca da preliminar de cerceamento de defesa, capitulação incorreta da multa, disse que a mesma não merecia ser acolhida. Em que pese o autuante ter-se equivocado no momento em que foi indicar a multa a ser aplicada no Auto de Infração, não era motivo suficiente para se anular o lançamento de ofício, isto porque o art. 19 do RPAF/BA dispõe que “*A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro na indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal*”.

Quanto à alegada nulidade em decorrência da indeterminação da base de cálculo, opinou pelo seu afastamento aduzindo que o autuante quando da informação fiscal informou que a base de cálculo foi apurada com base no valor contábil das saídas informadas pelo próprio contribuinte

nas DMA'S, deduzidas as devoluções e/ou anulações de vendas e tendo concedido prazo para que o recorrente se manifestasse sobre a informação fiscal, ele não contestou tais argumentos.

No mérito, afastou as alegações do sujeito passivo, aduzindo que ao contrário do quanto afirmado no Recurso Voluntário, o sujeito passivo, à época do período fiscalizado, já havia formulado requerimento junto à SEFAZ para poder utilizar o Sistema de Processamento de Dados – SEPD – para emissão de notas fiscais-fatura.

Segundo a PGE caberia ao Sujeito Passivo, após a intimação, efetuar a correção das inconsistências indicadas pelo Auditor Fiscal, a teor do art. 708, §6º, do RICMS, e como não o fez, agiu certo o preposto fiscal em ter lavrado o lançamento de ofício.

Argumenta que o dispositivo legal que se aplica ao caso é aquele previsto no art. 42, XIII-A, "k", da Lei nº 7.014/96, uma vez que este dispositivo há uma circunstância agravante, devidamente valorada pelo legislador, a saber: o fato de o contribuinte ter descumprido intimação feita pela Administração Fazendária, especificamente, para entrega de tais arquivos e, com isso, ter criado obstáculo ao regular desenvolvimento da ação fiscalizadora do Estado.

Destacou, ainda, que a modificação do inciso XIII-A, promovida pela Lei nº 10.847/07, que alterou a alínea *g* para alínea *k* fora publicada no DOE de 28/11/2007, próximo à lavratura do presente Auto de Infração, o que gerou um equívoco por parte do auditor fiscal.

Quanto ao pleito acerca da modificação da multa, para aquela prevista no art. 42, XIII-A, *j*, da Lei nº 7.014/96, aduziu que o mesmo não pode ser atendido vez que a multa de 1%, capitulada no art. 42, XIII-A, *k* daquele diploma legal é a que corresponde à infração apurada.

Ao final, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O presente lançamento de ofício foi lavrado sob a acusação de o recorrente ter deixado de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

Antes de adentrar ao mérito da autuação, inicialmente, venho afastar as preliminares suscitadas pelo autuado, com os seguintes fundamentos.

Quanto à primeira preliminar, cerceamento de defesa, em decorrência da alegada capitulação incorreta da multa, a mesma não pode prosperar. Conforme se depreende dos autos, constata-se que, efetivamente, o autuante ao indicar a multa aplicada, o fez de forma equivocada, porém a calculou de forma correta, ou seja, 1% sobre o valor das saídas e das prestações de serviços em cada período de apuração.

Desta forma, a multa a ser aplicada é aquela prevista no art. 42, XIII-A, "k", Lei nº 7.014/96, que antes da alteração advinda da Lei nº 10.847/07 estava contida no inciso "g" do mesmo dispositivo legal.

O art. 19 do RAPF/BA é bastante claro em afirmar que "*A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro na indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.*"

Assim, afasto a preliminar suscitada.

Quanto à segunda preliminar, insegurança na demonstração da base de cálculo, também não merece prosperar, isto porque tanto nos demonstrativos acostados aos autos, quanto na informação fiscal, ficou totalmente evidenciado que o montante do débito foi calculado com base no valor contábil das saídas informadas pelo próprio contribuinte nas DMA's, deduzidas as devoluções e as anulações de vendas.

Não havendo qualquer vício no Auto de Infração, afasto a preliminar arguida.

No tocante ao mérito, reparo algum carece a Decisão guerreada. Ao contrário do que afirmou o sujeito passivo, ele era obrigado a efetuar os registros 54 e 60R, uma vez que, em 04.06.2003 comunicou à SEFAZ o início do uso do SPED para emissão de notas fiscais-fatura, conforme se pode extrair do sistema informatizado desta SEFAZ, que contém informações do sujeito passivo (fls. 131).

Assim, pode-se afirmar que o autuante agiu corretamente ao ter lavrado o presente lançamento de ofício após o decurso do prazo da intimação entregue ao autuado para que efetuasse a correção dos seus arquivos magnéticos.

No tocante à multa aplicada, acompanho o entendimento externado pela PGE/PROFIS, ou seja, deve ser aquela descrita no art. 42, XIII-A, “k” da Lei nº 7.014/96, sendo que tal correção em nada altera o Auto de Infração, vez que a alteração advinda com a Lei nº 10.847/07, apenas deslocou a referida multa da alínea “g” para “k”, não havendo qualquer prejuízo ao autuado, uma vez que a descrição dos fatos possibilitou o sujeito passivo entender toda a autuação.

Quanto ao pedido de alteração da multa aplicada, para aquela para aquela prevista no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96, tal requerimento não merece prosperar, isto porque a multa de 1%, capitulada no art. 42, XIII-A, “k” daquele diploma legal é a que corresponde à infração apurada.

Como o contribuinte reiterou os argumentos contidos na sua defesa, observo que este CONSEF não tem competência para apreciar a constitucionalidade de lei, motivo pelo qual deixo de me manifestar acerca do efeito confiscatório da multa. Quanto à multa aplicada, já houve manifestação no decorrer do voto, e os acréscimos moratórios aplicados encontram-se corretos e previstos em Lei.

Quanto ao pedido de redução da multa aplicada, reitero os argumentos externados pela JJF, por também entender que o sujeito passivo não faz jus a tal benesse legal.

Do exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, porém de ofício adequo a multa aplicada para aquela prevista no Art.42, inciso XIII-A, alínea “k” da Lei nº 7.014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 206958.0016/07-0, lavrado contra **COMERCIAL DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS SHAUANA LTDA. (SUPERMERCADO MEIRA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$493.775,15**, prevista no art.42, inciso XIII-A, alínea “k”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2009.

CARLOS FÁBIOCABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA – REPR. DA PGE/PROFIS