

A. I. Nº - 207143.0005/08-3
AUTUADO - SELLER ASSESSORIA E INFORMÁTICA LTDA.
AUTUANTE - RENATO RODRIGUES DA CRUZ NETO
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET 20.05.09

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº.0079-05/2009

EMENTA. ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Autuado reconhece o cometimento da infração. **2.** ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Presunção não elidida com provas. Infração subsistente. **3.** ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA NO PRAZO REGULAMENTAR. MULTA. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. 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 falta de entrega de arquivos que deveriam ter sido enviados via internet através do programa Validador/Sintegra, ao passo que a matéria fática indica a não apresentação de arquivos magnéticos quando devidamente intimado o contribuinte para apresentar no prazo de 5 (cinco) dias. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2008, reclama o valor R\$58.166,28, sob a acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Recolheu a menos o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte, enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia). Sendo lançado o imposto no valor de R\$878,06 e multa de 50%;
2. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, exigindo-se ICMS no valor de R\$24.168,22 e multa de 70%;
3. Aplicação de multas prevista no art. 42, inciso XX, da Lei nº 7.014/96, somando o valor de R\$33.120,00 por falta de apresentação de Documento Fiscal, quando regularmente intimado.

A autuada impugna o lançamento às (fls. 71 a 75) reconhecendo a Infração 1 e insurgindo-se contra as demais infrações.

No que se refere à Infração 2 a autuada argumenta que o autuante incluiu na base de cálculo do ICMS os valores de todas as notas fiscais que apresentou, as relativas às mercadorias destinadas ao seu uso e consumo e ao Ativo Permanente. Como bens destinados ao ativo, cita a nota fiscal nº 53.863, no valor de R\$64.420,00, referente a um veículo Honda Civic, pelo qual pagou R\$34.420,00 à vista, financiando o restante conforme contrato que acosta aos autos. Sustenta que, na aquisição, esse bem sofreu incidência do ICMS e somente sofrerá nova incidência deste imposto no momento da saída, o que ainda não ocorreu. Acrescenta que o mesmo se aplica à aquisição da central telefônica Leucotron Active TDS, Nota Fiscal nº 008613. Diz que, quanto a isso, o autuante arbitrou a base de cálculo do imposto supostamente devido contrariando o

disposto no art. 148 do CTN que transcreve vez que apenas ocorreu um atraso na escrita fiscal merecedor apenas de multa formal.

Como mercadorias destinadas ao uso e consumo, diz que o autuante relacionou notas fiscais de material de limpeza e gastos gerais do escritório que, por falha na sua contabilidade, não as escriturou, fato que também entende sujeito apenas a aplicação de multa, mas nunca a tributação por omissão de saída, ressaltando que a não escrituração também a impediu de aproveitar dos créditos fiscais da compra.

Finalmente, em relação às mercadorias destinadas para revenda, das notas fiscais autuadas e relacionadas na fl. 15, a autuada reconhece as de nºs 228.407, 261.770, 13.335, 432.827, 875, 217.370, 283.341, 135.586, 151.622, 25.306, 738.662, 738.663, 647.693 e 85.526, porém, afirma que na ocasião da revenda, emitiu as respectivas notas fiscais de saída e recolheu o ICMS devido em tais operações, entendendo ser improcedente a cobrança ora pretendida ao tempo que argumenta sobre o caráter que entende ser confiscatório da multa de 70% aplicada. Neste aspecto, alegando que a falta de escrituração das notas fiscais não decorreu de prática de ato fraudulento e que não implicou em falta de recolhimento do imposto, caso a multa não seja cancelada, requer sejam aplicadas às multas de 1% para as mercadorias adquiridas em tributação e 10% para as tributáveis, conforme art. 915 do RICMS, que transcreve.

Relativo à Infração 3, registra que no período janeiro a maio/2006 era Empresa de Pequeno Porte estando, portanto, dispensada de enviar e manter os arquivos SINTEGRA para movimentos datados até dezembro de 2006, conforme art. 3º, §1º, do Decreto nº 9.470/05, o qual transcreve.

Também alega não dever prosperar a multa referente ao mês de julho/2006 por não ter sido objeto da autuação, como se pode observar na descrição da Infração 3, requerendo sua exclusão com fulcro no art. 18, IV, “a”, do RPAF.

Quanto aos demais meses, diz que o que ocorreu foram erros no suporte de programação que desconsiderou alguns dados que alimentou e foram estes erros agravados pelas falhas no SINTEGRA, que impossibilitaram o autuante a ler alguns arquivos. Ou seja, aponta que não deixou de apresentar os registros indicados havendo apenas erro quando da transmissão do arquivo magnético, o que ocasionou divergência de informações, reenviando o arquivo em 02/05/2008, mas o autuante o recebeu “zerado” para alguns registros. Informa que vem envidando esforços para entregar corretamente os dados do período fiscalizado. Neste ponto, esclarece que a multa é aplicável a quem deixar de exibir arquivo magnético no prazo de 48 horas, quando regularmente intimado e que, no caso, apenas apresentou os arquivos com incongruências, entendendo que a multa infringe os princípios da proibição do excesso e da razoabilidade.

Por fim, pede sejam julgadas improcedentes as Infrações 2 e 3, ou cancelamento ou redução da multa da Infração 2 sem cobrança do imposto e na Infração 3, requer a exclusão das multas referentes aos meses de janeiro a maio/2006 e julho/2006.

O autuante presta Informação Fiscal (fls. 178 e 179), mantendo as Infrações 1 e 2, e quanto à Infração 3, transcrevendo o art. 3º do Decreto nº 9.470/05, observa que a dispensa prevista no parágrafo 1º do citado artigo taxativamente trata de contribuinte que utilize SPED exclusivamente para emissão de cupom fiscal, o que não é o caso da autuada, conforme se verifica na cópia retirada do Sistema da SEFAZ e anexada à fl. 180 deste processo, por constar que é também usuária de nota fiscal fatura por processamento de dados, razão pela qual também mantém os valores dessa infração, transcrevendo os artigos 685, 686 e 708-A do RICMS-BA.

A fl. 183, a autuada volta aos autos peticionando por juntada de Histórico de Condição de Contribuinte, algumas notas fiscais de saída e Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo.

VOTO

Na Defesa, a autuada reconhece a Infração 1 e insurgiu contra as demais infrações. Não havendo lide quanto à Infração 1 em face do seu reconhecimento pela autuada, a tenho como procedente.

Analisando os autos, vejo que na Infração 2 relata-se que o contribuinte omitiu de sua

escrituração, o registro de diversas notas fiscais de entradas de mercadorias tributáveis tendo, gerando assim, a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Tal ocorrência foi enquadrada na disposição do inciso IV do §3º do art. 2º do RICMS-BA. Este dispositivo legal diz que entradas de mercadorias ou bens não registradas autorizam a presunção da ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar. Logicamente, tal presunção, como está claramente disposta no §4º do art. 4º da Lei 7.014/96, refere-se a operações de vendas de mercadorias não registradas que geraram os recursos financeiros para as aquisições não registradas, aquisições estas, de qualquer ordem, sejam destinadas ao comércio ou não, vez que não se está tributando a elas, mas sim as presumidas saídas de mercadorias tributáveis que, nesse caso, não foram elididas. Quanto à aquisição do veículo pela nota fiscal 53.863, vendo o demonstrativo de fl. 15, nota-se que a parte financiada não compõe a base de cálculo do imposto exigido na infração. Assim, não tem guarida o argumento sustentado pelo contribuinte para esta infração, vez que, como acima citado, a legislação autoriza para a situação em tela, exigência do imposto por presunção legal de omissão de receitas tributáveis pelo ICMS, e não aplicação da penalidade suscitada pelo autuado. Mantida o lançamento em sua totalidade.

Quanto à irregularidade descrita na Infração 3 do Auto de Infração em exame, esta tem a seguinte dicção: Deixou de apresentar Documento(s) Fiscais(s), quando regularmente intimado.

Exercícios de 2006: janeiro – a referida empresa deixou de apresentar (transmitir) os registros 54, 60, 74 (inventário de mercadorias) e o 75, de fevereiro/06 a maio/06 – os registros 50, 54, 60 e 75, nos meses de junho/06 – os registros 54, 60 e o 75, agosto/06 – os registros 60R e o 75, nos meses de setembro a novembro – os registros 54, 60R e o 75 no mês de dezembro/06 – os registros 54, 60R, 74 e 75 obrigatórios do sistema, conforme relação dos arquivos transmitidos para o sistema de controle de arquivos magnéticos, cópia anexa da folha de nº ____ ao nº ____.

Exercício de 2007: janeiro/06 – a referida empresa deixou de apresentar (transmitir) os registros 54, 60R, 74 (inventário de mercadorias) e o 75, nos meses de fevereiro/06 a novembro/06 – os registros 54, 60R e o 75 e no mês de dezembro/06 – os registros 54, 60R, 74 e o 75 obrigatórios do sistema, conforme relação dos arquivos transmitidos para o sistema de controle de arquivos magnéticos, cópia anexo da folha de nº ____, ao nº ____.

Ora, a obrigatoriedade do envio de arquivo magnético mensalmente contendo todas as informações atinentes ao ICMS foi estabelecida nacionalmente pelo Convênio ICMS 57/95, estando a matéria regulamentada no RICMS/BA pelo artigo 708-A, abaixo reproduzido:

“Art. 708-A. O contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar o arquivo de que trata este capítulo, 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:

(...)

§ 4º - O arquivo deverá ser entregue via Internet, através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo, cancelado eletronicamente após a transmissão, ou na repartição fazendária.

Conforme se observa da leitura do dispositivo regulamentar acima transcrito, o contribuinte usuário de SEPD está obrigado a entregar o arquivo magnético mensalmente via Internet, através do programa Validador/Sintegra, independentemente de intimação.

Caso não cumpra a obrigação, está passível de aplicação da penalidade prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, que reza:

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

XIII-A - nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados:

(...)

j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em

cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo;

A forma referida da infração no Auto de Infração em exame é que o contribuinte deixou de apresentar Documento(s) Fiscais(s), quando regularmente intimado.

Ocorre que, examinando as peças processuais, verifico alguns fatos que merecem considerável análise:

Primeiro, que o autuante intimou o autuando (fl. 07) para transmitir os arquivos magnéticos relativos ao período 01/01/2006 a 31/12/2007 contendo todos os registros obrigatórios após efetuar as devidas correções, conforme demonstrativos das divergências de valores encontradas através dos arquivos magnéticos e os DMA's transmitidos para a SEFAZ, em anexo, inclusive as respectivas cópias dos DMA's, também em anexo. Ver Art. 708-B do RICMS/BA, em anexo.

Com referência a este ato, faço algumas ponderações: Em primeiro lugar, que o referido acima indica transmissão anterior de arquivos magnéticos, o que de certo modo confirma o argumento da defesa de apresentação de arquivos magnéticos desde sua condição de contribuinte normal, embora com divergências e incorreções. Em segundo lugar, que não nos autos não se encontram os demonstrativos de divergências, nem DMA's, nem demais anexos que o autuante cita na intimação de fl.07.

Ademais, sobre intimação para apresentação de arquivo magnético, assim dispõe o artigo 708-B do RICMS/BA:

“Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo 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. 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.”

O não atendimento da intimação, ou seja, o descumprimento da obrigação acessória de fornecimento do arquivo magnético impõe a aplicação da penalidade prevista no artigo 42, XIII-A, alínea “k”, da Lei nº 7.014/96, conforme transcrito abaixo:

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

XIII-A - nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados:

(...)

k) 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;

No presente caso, examinando a descrição, demonstrativo do débito e a tipificação da multa sugerida pelo autuante, vejo falhas que conduzem à indeterminação da infração apontada.

Na descrição o autuante começa dizendo que o contribuinte deixou de apresentar documentos fiscais, quando regularmente intimado e, na sequência, descreve falta de transmissão de registros em arquivos magnéticos, sendo que no que se refere ao exercício de 2007, descreve períodos de 2006. No demonstrativo de débito, indica multa no valor de R\$1.380,00 para cada mês do período janeiro/06 a dezembro/07, somando o valor de R\$33.120,00. No art. 42 da Lei nº 7.014/96, existem duas penalidades que contemplam esse valor: 1) a prevista na alínea “j”, do inciso XIII-A, aplicável à falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, cumulativamente com multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo; 2) a prevista na alínea “c” do inciso XX pelo não atendimento de cada uma das intimações subsequentes, a partir da terceira intimação.

Neste caso, o autuante tipificou a multa no art. 42, inciso XX, da Lei nº 7.014/96. Tal inciso contém três alíneas e apenas a alínea “c” prevê o valor de R\$1.380,00, aplicável ao contribuinte que, dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de

exibir livro ou documento, arquivo eletrônico ou similar (exceto os arquivos previstos no inciso XIII-A, que, por sinal, é o caso em análise), ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado, que apenas na alínea “c” prevê tal valor pelo não atendimento de cada uma das intimações subseqüentes, a partir da terceira, sendo que nos autos se encontra apenas a intimação de fl. 07.

Na definição da multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, “j”, da Lei 7.014/96, que os autos sugerem tenham sido a que o autuante quis tipificar, aliás, como se presume, inclusive a partir da linha de defesa adotada pela autuada, entendo que antes da intimação caberia a indicação da infração na forma como descrita no Auto de Infração, ou seja, *“Falta de entrega de arquivo(s) magnético(s) o(s) qual(s) deveria(m) ter sido enviado(s) via internet através do programa Validador/Sintegra”*, com aplicação da multa prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96.

Contudo, considerando que houve efetivamente intimação para apresentação dos arquivos magnéticos, a infração descrita no Auto de Infração deveria conter a indicação *“Deixou de apresentar fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas”* com aplicação da multa prevista no artigo 42, XIII-A, alínea “k”, da Lei nº 7.014/96.

Assim, o que se observa é que a descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável, haja vista que a imputação diz respeito à falta de entrega de arquivos que deveriam ter sido enviados via internet através do programa Validador/Sintegra, enquanto a matéria fática indica a não apresentação de arquivos magnéticos quando devidamente intimado o contribuinte para apresentar no prazo de 30 (trinta) dias, conforme indicado na Intimação Fiscal de fl. 07.

Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide no que concerne à Infração 3 em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, sendo este item da autuação nulo.

Nos termos do artigo 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente, a repetição dos atos dessa infração, a salvo de falhas.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207143.0005/08-3**, lavrado contra **SELLER ASSESSORIA E INFORMÁTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$25.046,28**, acrescido das multas de 50% sobre R\$878,06, e 70% sobre R\$24.168,22, previstas no art. 42, I, “b”, item 3 e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de abril de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA