

A. I. N º - 180642.0004/08-0
AUTUADO - DURAN O SHOPPING DA CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - MARIA CRISTINA DÓREA DANTAS
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 06.05.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0108-04/09

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Entretanto, após a vigência do referido diploma legal, considera-se que o autuado não atendeu a intimação no prazo regulamentar para apresentação dos arquivos magnéticos, sujeitando-se a multa no percentual de 1%, sobre o total das operações de saídas ocorridas no período. Configurado que, até o período anterior à edição da Lei nº 9.159/04, a motivação do autuante para a proposição da multa foi falta de atendimento à intimação, no período da ação fiscal, cabendo aplicar a multa prevista no art. 42, inciso XX, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96. 2. LIVROS FISCAIS. LIVROS REGISTRO DE ENTRADAS, SAÍDAS E APURAÇÃO DE ICMS. ENCADERNAÇÃO IRREGULAR. MULTA. A legislação manda que os livros sejam numerados tipograficamente em ordem crescente, costurados e encadernados de modo a impedir sua substituição. Infração não elidida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 10% e de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. O contribuinte alega que houve erro na escrituração do número documento fiscal ou que lançado no exercício seguinte, sem apresentar provas. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/08, exige diversas multas no valor total de R\$ 59.96,14, em decorrência do descumprimento de obrigações acessórias a seguir indicadas:

01. Deixou de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, exigidos mediante intimação para apresentação dos arquivos em 08.04.08, relativamente ao período janeiro 03 / dezembro 04. Valor R\$ 51.157,49
02. Utilização ou apresentação de livros fiscais fora das especificações de impressão, numeração, costura ou encadernação estabelecidas no art. 316, RICMS/BA. Valor R\$ 50,00
03. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal de notas fiscais apurada através CFAMT. Valor R\$ 8.724,19.
04. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal de notas fiscais apurada através CFAMT. Valor R\$ 24,46.

O autuado, através de seu representante legal em sua impugnação (fls. 528 a 529), inicialmente discorre sobre os termos da autuação e diz que sobre a infração 01, o artigo 686 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 estabelece que a empresa está obrigada a manter pelo prazo decadencial as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos, recebidos ou emitidos por qualquer meio referente a totalidade das operações de entrada e saída, das aquisições e prestações no exercício de apuração, citando todos os modelos de notas fiscais. Assim, entende que não houve infringência neste artigo, já que todas as notas fiscais recebidas e emitidas encontram-se com a autuada.

Com relação a infração 3, afirma que o autuante alega falta de escrituração fiscal de notas fiscais de entrada de mercadorias no estabelecimento, enumera as notas não lançadas, para as quais apresenta as seguintes explicações. Na nota fiscal nº 450.156 da AMANCO DO BRASIL e nota fiscal 122.186 da BASF S.A, foram lançadas com o nº errado ou seja 450.154 e 122.185 respectivamente.

Sustenta ainda que a nota fiscal nº 33.946, no valor de R\$ 5.875,96; nota fiscal nº 464.337 no valor de R\$ 698,23; nota fiscal nº 567.267 no valor de R\$ 766,87 foram emitidas em dezembro de 2004, chegando ao estabelecimento somente em janeiro de 2005, quando foram lançadas.

Pede que o auto de infração seja procedente em parte.

O Auditor Fiscal prestou Informação Fiscal, às fls. 534/536, argumentando que o autuado alega ter cumprido o que está exigido na legislação na infração 01; não se manifesta com relação a infração 02; alega erro na escrituração da infração 03 e que as notas foram registradas no exercício seguinte, na infração 04.

Reitera que na infração 01, segundo o artigo 708-B, o contribuinte teria um prazo de 30 dias, contados da intimação para corrigir os arquivos. No início da fiscalização, foi identificado que os arquivos magnéticos do contribuinte apresentavam erros. Foi feita intimação para que fossem feitas as correções, dia 08.04.2008, juntando os respectivos relatórios e dado prazo de 30 dias.

Foram feitos outros contatos com o contador e sócio do estabelecimento, senhor Luiz Duran para correção dos arquivos: 1º Relatório, dia 31.03.2008 (fl. 159/168); 2º Relatório, dia 12.05.2008 (fl. 179/192); 3º Relatório, dia 20.05.2008 (fl. 169/178); 4º Relatório, dia 30.06.2008.

Com relação a infração 02, diz que se autuado não a mencionou em suas razões é porque concorda com a mesma. Na infração 03, diz que o autuado alega que as notas fiscais 450.156 e 122.186, foram lançadas com os nºs 450.154 e 122.185, respectivamente, mas não apresentou nenhuma comprovação, nesse sentido.

Por fim, com relação à infração 04, alega que o autuado também não apresenta nada em concreto. Afirma que as notas fiscais do exercício de 2004 foram lançadas no exercício seguinte, mas não traz aos autos o livro Registro de Entrada comprovando o registro de tais entradas.

Pede a procedência do auto de infração.

VOTO

Cuida o presente auto de questionar a exigibilidade de ICMS decorrente de 04 infrações mencionadas e relatadas acima que, após analisar as peças que compõem o presente PAF, faço as seguintes constatações:

Na infração 01 exige-se multas que totalizam R\$ 51.157,49, em relação aos períodos jan - dez 03 e jan - dez 04, tendo em vista que o sujeito passivo deixou de fornecer arquivos magnéticos das operações ou prestações realizadas, quando regularmente intimado, no prazo de 30 dias.

O autuado alega que está obrigado, nos termos do art. 686, RICMS manter pelo prazo decadencial as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos, recebidos ou emitidos por qualquer meio referente a totalidade das operações de entrada e saída, das aquisições e prestações no exercício de apuração, não cometendo qualquer ilícito, uma vez que mantém em seu poder todas as notas fiscais emitida ou recebidas.

O autuante, então, elaborou demonstrativo sintético à folha 87 indicando os períodos em que tais arquivos magnéticos foram entregues com erros; faz juntada aos autos de diversos documentos relacionados a tais arquivos (fls. 12/85); intimação específica com descrição das inconsistências existentes (fls. 09/11), relativamente aos períodos 2003/2004.

A discussão envolve questões que dizem respeito entre outras coisas a aplicação da lei no tempo, em função do período da ocorrência dos fatos e a interpretação objetiva que deve ser dada a tipificação das infrações em matéria tributária. O Auto de Infração enquadra a infração nos artigos 686, 708-B do RICMS e aplica a multa prevista no art. 42, inc. XIII-A, alínea “g” da Lei nº 7.014/96. O autuado apresenta as alegações apontadas anteriormente e diz que não infringiu a norma, uma vez que segundo o art. 686, RICMS/BA, mantém consigo as notas recebidas e emitidas.

Da análise das peças processuais e legislação pertinente à matéria, verifico que o art. 686, RICMS/BA prevê a obrigação dos contribuintes usuários de sistema eletrônico de processamento de dados de manterem os arquivos magnéticos, pelo prazo de cinco anos. O art. 708-A, aplica-se à obrigação de fazer a entrega mensal dos arquivos magnéticos, nos prazos regulamentares e o art. 708-B, a seu turno, aplica-se à falta de entrega de arquivos magnéticos, quando regularmente intimados.

Versa o auto de infração ter deixado o contribuinte de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações referentes aos meses de janeiro a dezembro de 2003 e janeiro a dezembro de 2004. Para isso emitiu termo de intimação de fls. 09/10. Ocorre, porém, que no caso concreto, a intimação é para que o contribuinte proceda aos ajustes, tendo em vista as inconsistências havidas nos arquivos efetivamente entregues pelo contribuinte, conforme faz prova a própria intimação e demais documentos anexos aos autos. É também um equívoco do autuado argumentar, face o art. 686, RICMS/BA, que não infringiu a norma, tendo em vista que suas notas fiscais recebidas e emitidas encontram-se arquivadas, estando assim desobrigado da entrega de arquivos magnéticos. Em realidade, contribuintes do ICMS autorizados ao uso de SEPD estavam obrigados entregar o arquivo magnético referente ao movimento econômico de cada mês, desde outubro de 2000, a teor do Decreto 7.886, de 29.12.00.

Entretanto, ao exigir conduta expressamente registrada no final da descrição da infração que diz respeito ao descumprimento de “intimação” para apresentação de arquivos magnéticos, ao invés da multa prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, a multa cabível, no período da ocorrência dos fatos, é a prevista no inciso XX, “b”, de acordo, inclusive, com decisões desse CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF 0004-12/04.

Para melhor entendimento, vamos a seqüência dos fatos.

Na inicial, diz o auto de infração que o sujeito passivo deixou de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, exigidos mediante intimação para apresentação dos arquivos. Na informação fiscal, o autuante esclarece que os arquivos foram entregues, porém com erros, o que demandou intimação para proceder aos ajustes. Ou seja, essa foi a motivação do auto de infração. Noutras palavras, a motivação do autuante para a proposição de multa foi o não atendimento da intimação para entrega dos arquivos magnéticos corrigidos, durante a ação fiscal, conforme está previsto atualmente no art. 708-B (Decreto 9.651/05).

§ 5º 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.

A rigor, duas são as condutas omissivas que tipificam o descumprimento de obrigação acessória relacionadas à entrega dos arquivos magnéticos, em nossa legislação. O art. 708-A, aplica-se à obrigação de fazer a entrega mensal dos arquivos magnéticos, nos prazos regulamentares e o art. 708-B tipifica o descumprimento de intimação fiscal para a entrega do arquivo magnético. Observa-se que, quanto à dimensão do prejuízo causado à Fazenda Pública a não entrega do arquivo, descumpindo uma intimação fiscal traduz prejuízo e desatenção à Fazenda Pública de maior monta, merecendo assim reprimenda mais gravosa. É assim, inclusive que está prevista a

sanção relacionada ao descumprimento com a entrega dos arquivos, na Lei nº 7.014/96 (art. 42, XIII-A “f” e “g”) na atual redação do Decreto 9.430/05.

Nesse passo, laborou o Auditor Fiscal. O contribuinte foi intimado para corrigir inconsistências dos arquivos, e para isso teve 30 dias de prazo, como manda o § 5º do art. 708-B do RICMS. Vencido o prazo, configurou-se a infração, consubstanciada na falta de entrega, à fiscalização, de arquivos magnéticos solicitados mediante intimação, com a aplicação da multa de 1% do valor das saídas de mercadorias no período considerado, prevista na alínea “g” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Ocorre que no lapso temporal supra referenciado, exercícios 2003 e 2004, o descumprimento de prestar esclarecimento, informação ou exibir arquivos magnéticos, quando “regularmente solicitado por funcionário fiscal”, estava passível à incidência de multas seqüenciais e cumulativas, previstas no inciso XX, art. 42, Lei nº 7.014/96; sujeitando-se à penalidade da alínea “g”, inciso XIII-A, conforme anunciado no presente auto de infração, somente a partir de 10.07.04, com a alteração dada pela Lei nº 9.159, de 09.07.04.

XIII-A

(...)

g) 1% (um por cento) do valor das saídas do estabelecimento em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura.

Prova incontestável que o inciso XX em questão regia, anteriormente, as infrações atinentes à entrega dos arquivos magnéticos, mediante intimação, é que a mesma Lei nº 9.159/04 que alterava o disposto da alínea “g”, inciso XIII, tratou de retirar do seu texto tal incumbência, para acomodá-la no inciso XIII-A, a saber:

XX - àquele que, dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exibir livro ou documento, arquivo magnético ou similar (exceto os arquivos contendo o valor das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas), ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado" (grifo nosso)

Tempos depois foi acrescentado § 6º ao art. 708-B, através Decreto nº 9.332, de 14/02/05, prevendo que a entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação tratada no caput do artigo, fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito também à penalidade prevista na alínea "g" do inciso XIII-A do art. 915 do Regulamento de ICMS.

Posto isso, embora a proposição do Auditor Fiscal contenha equívoco na aplicação da multa prevista na lei vigente na época dos fatos, cabe ao CONSEF fazê-lo, diante da situação fática. E assim, a multa aplicável neste caso tem previsão fundada no inciso XX do art. 42 da Lei nº 7.014/96 para o descumprimento das aludidas obrigações até 09.07.04, ainda que a intimação para apresentação dos arquivos tenham sido feitas em abril de 2008, incidindo na hipótese regras do art. 106, CTN, que fixa os critérios de aplicação de penalidade mais benigna e, portanto, como norma geral de direito tributário, surge como garantia do contribuinte que não pode ser alterada por lei ordinária.

Outrossim, as multas propostas (art. 42, XX, Lei nº 7.014/96), não serão aplicadas cumulativamente, tendo em vista que, apesar da afirmação fiscal da existência de outros contatos com o autuado, além da entrega de relatórios de inconsistências, nos dias 12.05.08, 20.05.08, dia 30.06.2008, as intimações formais, exceto a primeira (fls. 09/11), inclusive a Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas (art. 708-B, § 3º, RICMS BA), não se fazem anexas aos autos.

Diante do exposto não deve subsistir a multa proposta na autuação fiscal no valor de R\$ 51.157,49, cabendo a multa de R\$ 90,00, prevista na alínea “a” do inciso XX do art. 42, no período até 09.07.04.

Assistindo razão ao Auditor Fiscal, contudo, nas ocorrências a partir de julho/04, tendo em vista que a obrigatoriedade da entrega dos arquivos magnéticos encontra-se regulamentada, nos termos dos artigos 686, § 5º, 708-A, todos do RICMS BA, referente movimento econômico de cada mês, desde outubro de 2000, atendendo às especificações técnicas vigentes na data de entrega, estabelecidas no Convênio ICMS 57/95. A multa para tal descumprimento, no entanto, da forma como exigida no presente auto de infração, está prevista no inciso XIII-A “g” da Lei nº 7.014/96, com redação da Lei nº 9.159/04, com efeitos somente a partir de 10.07.04.

Assim, procedente em parte é a infração 01, com multa de R\$ 90,00, relativa a intimação não atendida abarcando os períodos envolvidos até 09.07.04, e, em relação aos demais períodos prevalecem as penalidades nos seguintes valores: R\$ 1.972,51 (jul 04); R\$ 2.194,68 (ago 04); R\$ 1.837,81 (set 04); R\$ 3.495,31 (out 04); R\$ 3.244,95 (nov 04) e R\$ 3.339,90 (dez 04), totalizando R\$ 16.175,16.

Com relação à infração 02, que aplica multa de R\$ 50,00 pela utilização fora da especificação do RICMS BA (art. 316), não foi contestada pelo autuado. Assim, não existindo lide, fora do campo de apreciação do relator, a infração é procedente.

Com relação a infração 3, o autuante apresenta demonstrativo de fls. 198/200 relacionando notas fiscais capturadas no sistema CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito) não escrituradas pelo sujeito passivo e anexa cópias das notas (fls. 201/216). O autuado, tomado conhecimento da imposição alega que as notas fiscais 450.156, AMANCO DO BRASIL S.A (fl. 204) e 122.186, BASF S.A (fl. 207) foram registradas com números 450.154 e 122.185.

De fato, consta escriturada no livro de Registro de Entradas do contribuinte, fl. 357, a nota fiscal 450.154 com o mesmo valor, data de emissão e fornecedor do documento considerado omitido; o mesmo ocorre com nota fiscal da BASF lançada com número 122.185, conforme livro fiscal de fls. 368. Assim, dessa infração devem ser excluídos dos valores R\$ 329,27(jan/04) e R\$ 665,89 (fev/04). Restando a infração caracterizada no valor total de R\$ 7.729,03.

Na infração 04, cujo demonstrativo fiscal está anexo às fls. 522/523, exige-se igualmente multa por notas fiscais não tributáveis, também não registradas. Tomando conhecimento da imposição, alega o autuado que as notas fiscais foram lançadas no exercício seguinte sem, no entanto, fazer prova dessa ocorrência. Motivo pelo qual não acato a alegação defensiva; procedente é, pois, a infração 04 no valor de R\$ 24,46.

Ante o exposto, o Auto de Infração é PARCIALMENTE PROCEDENTE no valor de R\$ 23.978,65.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **180642.0004/08-0**, lavrado contra **DURAN O SHOPPING DA CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$ 23.978,65**, previstas no art. 42, incisos XX, “a”; XIII-A, “g”; XXII e IX, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de abril de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR