

A. I. N° - 206958.0016/07-0
AUTUADO - COMERCIAL DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS SHAUANA LTDA.
AUTUANTE - LUCAS XAVIER PESSOA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET 15.06.09

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N°.0116-05/09

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. Rejeitadas as arguições de nulidade. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/12/2007, exige multa no valor R\$493.775,15, por ter deixado de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas (Registro 54, 60R, R74 E R75).

O autuado apresentou defesa, fls. 92 a 106, argüindo a nulidade do lançamento tributário por considerar que a capitulação foi incorreta, cerceando seu direito de ampla defesa, transcrevendo os artigos 48 e 50 do RPAF – Processo Administrativo Tributário, destacando que é requisito essencial ao Auto de Infração a indicação dos dispositivos “relativos às penalidades cabíveis”, ou seja, qual a base legal para aplicação da sanção aplicada ao caso concreto.

Argüiu nulidade do lançamento tributário, por não atender ao princípio da legalidade, previsto no artigo 37 da constituição federal, por entender ser equivocada a sanção aplicada com a capitulação do dispositivo que fundamentou a penalidade, *“uma vez que tal dispositivo prevê uma multa de R\$ 46,00 e é aplicada somente às empresas credenciadas para explorar os programas, na forma da redação dada pela Lei 10.847, de 27 de Novembro de 2007”*.

Aduz que é nulo, por outro lado, o Auto de Infração em lide, uma vez que o exercício de 2003 e 2004 fora fiscalizado por idêntico motivo, conforme pode ser verificado numa simples consulta nos arquivos da própria Secretaria da Fazenda, estando caracterizado o *bis in idem*. Entende que a demonstração dos exercícios fiscalizados foram incompletos, faltando ainda os elementos que configuram infração dos referidos exercícios, como demonstrativo de entradas e saídas para apurar o quantum devido, como fez juntar dos exercícios de 2005 e 2006, transcrevendo o § 1º do artigo 50m do RPAF.

Argüiu nulidade em relação à base de cálculo por se encontrar no montante de R\$49.377.515,25 está sem determinação que possa o autuado determinar com precisão a forma como foi encontrada. Aduz que tal valor não está claro no Auto de Infração de que forma foi apurado. As planilhas não demonstram o montante das operações realizadas, bem como não coincidem com o valor apurado pelo autuante. Observa que o autuante junta Relatório de DMA de 2005 e 2006, não sabendo precisar se a base de cálculo partiu exclusivamente destes exercícios, já que o período fiscalizado foi também de 2003 e 2004. frisa que o próprio CONSEF, firma entendimento que a base de cálculo não demonstrada corretamente gera nulidade.

Reitera o pedido de nulidade na forma do art. 18, II e III do RPAF.

Aduz que o cerne do Auto de Infração se encontra no fato da não apresentação do arquivo magnético por parte do autuado referente ao Registro 54 e 60R – item de mercadoria, após

intimação do fisco estadual, que concedeu 30 dias para correção dos arquivos enviados via internet, deixando o contribuinte de atender, uma vez que o programa utilizado não gerava os registros solicitados pelo fisco. Diz que, somente em meados de 2007, o programa foi adequado para emissão dos arquivos com os registros solicitados. Somente após a intimação do fisco foi que o autuado veio a refazer os arquivos, conforme mídia em anexo, apresentando todos os dados solicitados dos anos de 2005 e 2006, uma vez que 2003 e 2004 já havia sido fiscalizado pelo mesmo motivo.

Assevera que o contribuinte que utiliza SEPD somente para escrituração de livro fiscal é 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. Frisando que apresentou os arquivos magnéticos durante todo o período fiscalizado, porém, sem os itens de mercadoria de cada nota fiscal ou cupom emitido, pois neste caso, Registros 54 e 60R.

Requer, caso não seja acolhido a nulidade ou improcedência da autuação, seja observada a correta aplicação da penalidade aplicável ao caso concreto, que entende ser a prevista no inciso “j”, da Lei 7.014/96, ou seja, a base de cálculo seria o valor das saídas ou das entradas, o que for maior, não havendo que se somar o valor de todas as operações de saídas e entradas, como fez o autuante, citando o princípio da verdade material.

Salienta que a penalidade aplicada se tornou confiscatória, na medida em que o valor da autuação é exorbitante, ao ponto de levar o autuado a falência, caso tenha que pagar o valor corrigido.

Ao finalizar, requer que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

O auditor fiscal ao prestar informação fiscal, fls. 125 a 130, destaca que são obrigações do contribuinte, entre outras, exibir ou entregar ao fisco os livros e documentos fiscais previstos na legislação tributária, bem como levantamento e elementos auxiliares relacionados com a condição de contribuinte, surgindo a previsão da punição específica aplicada, com fundamento no artigo 42, inc. XIII-A alínea “g”, utilizado no Auto de Infração. Assim, se deu cumprimento a uma ordem de serviço legitimamente emitida pela autoridade competente e não conseguiu realizar a fiscalização em razão de que as informações que o contribuinte deveria prestar não estão presentes ou não se encontram da forma legalmente exigida e necessária, não há o que se falar em ausência de motivação. Salienta que, no início da segunda página do auto de Infração, fl. 02 logo abaixo do campo que indica “total da Infração” há dois termos, a saber: Enquadramento e Multa Aplicada, com a citação dos respectivos dispositivos legais, lei ou decreto, com seus artigo e incisos e alíneas, fundamentadores da multa aplicada, tornando-se desnecessário comentar sobre a suposta ausência de dispositivos infringidos suscitada pela defesa.

Destaca que a não cabe a alegação do autuado de que a multa aplicada seria para empresa produtora de software gerador dos arquivos, pois a infração praticada foi pelo contribuinte autuado.

Em relação ao argumento defensivo de que de repetição de fiscalização sobre os mesmos exercícios, destaca que a OS nº 50066305 foi emitida em janeiro de 2005, para a fiscalização dos exercícios de 2003 e 2004 pelo auditor Fiscal Carlos Alberto Barbosa dos Santos, o qual, exatamente pelo desatendimento da mesma obrigação acessória, não cumprimento a totalidade das rotinas de auditoria, estando caracterizada a resistência contumaz das empresa do Grupo Meira, o qual é histórico o grande número de autuação no trânsito e no comércio, com quase nenhum pagamento de Auto de Infração, tendo índice baixíssimo de arrecadação frente ao seu faturamento, sendo que a auditoria de estoques que revelaria a verdade sobre seu comportamento tributário, juntamente com a auditoria da antecipação tributária, ficam impossibilitadas devido aos grande número de documentos para serem manuseados.

Ressalta que de 2003 a 2007 são 04 (quatro) anos, tempo suficiente para que a empresa, capaz de produzir com tanta eficiência o seu notável e crescente faturamento, encontrasse no mercadorio o software que satisfizesse sua obrigação legal.

No tocante a alegação de não ter conhecimento como foi constituída a base de cálculo da multa, observa que a línea “g” faz menção às saídas da empresa e estas, por sua vez, estão bem esclarecidas nos documentos acostados aos autos, fls. 09 e 10, com destaque por lápis marca-texto amarelo. 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. Assim, considero que o processo traz, sim, cristalinamente, os dados que formam a base de cálculo utilizada.

Relativamente ao argumento defensivo de que estava desobrigado de enviar o Registro 54, esclarece que 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 compreende a existência da obrigação por todo o período autuado.

Quanto à pretensão do contribuinte de um novo enquadramento para a multa aplicada, diz que não ter pertinência, pois a empresa foi regularmente intimada e cientificada das inconsistências, e ainda assim não satisfaz sua obrigação, sendo correta a multa aplicada na forma da alínea “g” do inciso XIII-A, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

No que tange o argumento defensivo relativo a verdade material, reitera que o autuado não apresentou as informações típicas e legalmente exigidas sobre o seu negócio, que, tal como todas as demais empresas produtoras de fatos geradores do ICMS neste Estado, resultando na aplicação da multa, a qual tem o objetivo de inibir o contribuinte a cometer a infração, não tendo o efeito de confisco.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

O PAF foi convertido em diligência para que fosse entregue ao autuado cópia da Informação Fiscal, fls. 126 a 130, mediante recibo e fosse intimado sobre reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias.

Em novo pronunciamento por parte do contribuinte, após reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias, o mesmo reitera a arguição de nulidade alegando que o enquadramento legal da infração está incorreta, bastando simples leitura do item (fls. 02) “Multa aplicada” que indica o enquadramento incorreto. Entende que fica demonstrada a nulidade do auto de infração, não sendo a informação fiscal capaz de demonstrar o acerto da autuante.

Reitera o pedido de nulidade por repetição de autuação, alegando que o autuante não soube explicar corretamente o motivo do *bis in idem*, ou seja, que levou a efeito novamente uma autuação pelo mesmo motivo que o fisco o fez em outro auto de infração, frisando que justificar a dupla penalidade pelo fato de que não estão esgotados os roteiros de fiscalização é absurdo, já que a própria ordem de serviço era para fiscalizar o período de 01/01/2005 a 31/12/2006, mas mesmo assim procedeu de modo diverso, mencionando e dimensionando a base de cálculo no período de janeiro/2003 a Dezembro/2006, conforme vem claramente exposto no item “Descrição dos Fatos”.

Quanto à base de cálculo, se encontra totalmente equivocada, uma vez que não deixa claro os exercícios que foram utilizados para aplicação da penalidade. Se no início do Auto de Infração deixa explícito que o contribuinte deixou de apresentar os arquivos dos exercícios de 2003 a 2006, logicamente a base de cálculo utilizada fora originada das saídas destes exercícios. Porém, ao contrário, somente colacionou as planilhas dos anos de 2005 e 2006, o que tornou a base de cálculo apurada duvidosa, de forma que a nulidade do auto de infração se impõe.

Em relação ao Sistema de Processamento de Dados diz que se equivoca o autuante, uma vez que não comprovou que a autuada não se utiliza somente do SEPD somente para ECF's, se limitando a afirmar que a autuada comunicou a SEFAZ que iria utilizar o SEPD, porém, efetivamente o que ocorreu foi o contrário, se aplicando a norma inserta no §4º, do art. 686, do RICMS.

Frisa que as demais impugnações e defesa contidas na informação fiscal é matéria essencialmente de direito, de forma que a multa aplicada incorretamente, deve ser reapreciada por este r. Conselho. Da mesma forma as matérias de confisco e presunção deve ser avaliada pela junta de julgamento fiscal, não merecendo qualquer comentário às insinuações um tanto quanto levianas dispostas na informação fiscal.

O autuante, em nova informação fiscal, fl. 145, frisa que diante da nova manifestação da empresa, desta vez, nada tem a acrescentar, em razão de que o contribuinte também nada acrescentou em suas alegações, reiterando o pedido de nulidade por erro na indicação, porém não cita qual foi o erro, frisando que os dispositivos legais informados estão vigentes, com o texto exatamente aplicável à infração verificada na fiscalização da empresa.

Frisa que, em seguida o autuado repete o pedido de nulidade alegando repetição de autuação, razão pela qual mantém as alegações da informação fiscal anterior, que apresenta a explicação de que a fiscalização anterior se dirigiu a alguns focos de verificação, pela falta dos arquivos magnéticos que não foram enviados pelo autuado.

Quanto à base de cálculo da multa, reitera que os documentos às folhas 09 e 10, DMA's do autuado, os valores que serviram utilizados estão marcado em amarelo, ou seja, os valores totais das saídas, conforme já explicado na informação fiscal anterior.

No item IV da nova manifestação defensiva, que trata da utilização do SEPD e sua ligação com a obrigação de apresentar os arquivos magnéticos, traz o contribuinte uma remissão ao § 4º do artigo 686 do RICMS, que nada trata desta questão, e sim, das obrigações do atacadista, o qual transcreveu.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

VOTO

Inicialmente, no que pertine às alegações de desproporcionalidade e inconstitucionalidade da multa aplicada, pois teria efeito confiscatório, ressalto que não cabe na seara administrativa a discussão sobre questões de inconstitucionalidade, nos termos do art. 167 do RPAF, além do que a multa aplicada, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mas especificamente no Art. 42 da Lei nº 7.014/96 e no Art. 102, § 2º, II da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

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 31/12/2004, fato devidamente esclarecido na informação fiscal, repito,

cujas cópias foram entregues 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 arguição 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 aos 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 compreende a existência da obrigação por todo o período autuado.

Relativamente à 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 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.

Devo ressaltar, que o sujeito passivo já havia sido autuado anteriormente em razão da mesma infração, relativamente aos exercícios de 2003 e 2004, fato que demonstra que o autuado, reiteradamente, vem se negando a cumprir com a legislação do Estado da Bahia.

Vale salientar que o autuante, quando da informação fiscal, esclareceu que o sujeito passivo é empresa do Grupo Meira, o qual é histórico o grande número de autuação no trânsito e no comércio, com quase nenhum pagamento de Auto de Infração, tendo índice baixíssimo de arrecadação frente ao seu faturamento, sendo que a auditoria de estoques que revelaria a verdade sobre seu comportamento tributário, juntamente com a auditoria da antecipação tributária, ficam impossibilitadas devido ao grande número de documentos para serem manuseados.

Assim entendo que não foram atendidas as exigências para redução da multa aplicada, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206958.0016/07-0**, lavrado contra **COMERCIAL DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS SHAUANA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **RS493.775,15**, prevista no Art.42, inciso XIII-A, alínea “g” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA