

A. I. N° - 380214.0021/08-0
AUTUADO - ALMEIDA MIRANDA DISTRIBUIDORA E REPRESENTAÇÃO COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO BARBOSA DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET 31.07.09

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0201-05/09

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. EXIBIÇÃO INCOMPLETA E EM PADRÃO DIFERENTE DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. FALTA DE INFORMAÇÃO DOS REGISTROS. MULTA. De acordo com o RICMS o contribuinte que utiliza escrituração por sistema de processamento de dados, está obrigado a apresentar o arquivo magnético com registro fiscal dos documentos fiscais emitidos. Infração subsistente, tendo em vista que foi devidamente cumprido o devido processo legal com a intimação e apresentação das listagens diagnósticos para regularização no prazo de 30 (trinta) dias, não tendo sido cumprido integralmente o pedido da fiscalização. Descumprimento de obrigação acessória. Exclusão de valores incluídos indevidamente na autuação. Infração procedente em parte. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Inaplicabilidade da penalidade pelo fato da mesma já integrar a infração precedente. Acusação insubsistente. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/09/2008, exige multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de R\$14.184,38, em razão das seguintes irregularidades:

1. Forneceu informações através de arquivo magnético exigido na legislação tributária, requerido mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas. (Valor histórico: R\$13.724,38; percentual da multa aplicada: 1%).
2. Deixou de apresentar Livro Fiscal, quando regularmente intimado. (Multa fixa de R\$460,00).

O autuado, por meio de seu representante legal, ingressa com defesa, fls. 56 a 65, e tece os seguintes argumentos:

Preliminarmente alega que o autuante poderia ter considerado a recepção dos arquivos magnéticos e dilatado o prazo para apresentação dos livros fiscais. Diz que o auditor fiscal dispunha de tempo legal a conceder ao contribuinte, no sentido deste atender à fiscalização. Observando o Auto, ele foi lavrado quase 18 dias após a apresentação dos arquivos solicitados, 91 dias da recepção da intimação e 29 dias após a transmissão dos arquivos magnéticos (SINTEGRA). Requer a nulidade do Auto de Infração pelo fato de só ter sido apresentado 91 dias após a intimação, ferindo dessa forma o § 1º do Artigo 28 do RPAF/99.

Alega que houve cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

Afirma que não houve cobrança de arquivos magnéticos de 01.01.2005 a 31.12.2007 como informado no Auto de Infração, mas sim de determinados meses do período citado. Que a peça

de fl. 2 continha vícios que lhe prejudicou no procedimento de atendimento à intimação, pois por meio de contato com o contabilista da empresa e o auditor, foi que este informou que não era para considerar uma “observação”, visto que a mesma foi resquício de uma intimação dirigida a outro contribuinte.

Ressalta que desde o início de suas operações esteve enquadrada na condição de “Normal”, sendo que a partir de julho de 2008 foi enquadrada no Simples Nacional, passando à condição de “EPP”, recolhendo então o ICMS na forma de conta corrente fiscal.

Que na condição de “Normal” sempre apresentou mensalmente DMA. Que fora da condição normal, quando enquadrada no Simples Nacional ficou desobrigada da apresentação da DMA, passando a obrigação de apresentação da DME no 2º semestre de 2007.

Alega que os arquivos magnéticos indicados na folha 2 foram corrigidos e apresentados em quase toda sua totalidade. Que devido a problemas operacionais eles foram apresentados nos dias 3, 4, 8 e 9 de setembro de 2008, portanto quase 50 dias após a ciência da intimação, entretanto, antes da lavratura do Auto e dentro do prazo de 90 dias previsto no § 1º do Artigo 28 do RPAF-99.

Afirma que não foi solicitado a apresentação dos DMAs e nem apresentação do DME do segundo semestre de 2007, quando no período ficou enquadrado no “Simples Nacional”, sistema que desobriga da apresentação do DMA, mas obriga a apresentação da DME do período.

Ressalta que o Auto de Infração foi lavrado em 27/10/2008, 111 dias após a recepção da intimação, podendo dessa forma afirmar que o autuante obteve prorrogação do prazo e que neste caso seria de mais 90 dias, mas que o auditor de precipitou na lavratura do auto de infração, que ocorreu antes do término do prazo da prorrogação.

Quanto à infração 1, ressalta que o autuante reconhece que o autuado apresentou os arquivos magnéticos solicitados na intimação, ao contrário do que o autuante afirma na “descrição dos fatos”.

Aduz que para apuração das omissões e/ou divergências, o auditor comparou as informações prestadas no Sintegra e no DMA. Que o autuante não solicitou os arquivos de DMA, tendo dessa forma cerceado a ação fiscalizadora.

Que se o conselho considerar a comparação entre SINTEGRA x DMA, tem a divergência de cobrança do mês 11/2006.

Alega que considerando a fl. 2 da intimação, muitos meses em que foram cobrados as multas no auto devem ser cancelados, pois estes meses não foram alvo da fiscalização do autuante.

Que se faz necessário cancelar os seguintes meses e valores:

| MESES | VALORES |
|-----------------------|-------------|
| 30/04/2006 | R\$508,23 |
| 31/08/2006 | R\$25,28 |
| 30/11/2006 | R\$650,63 |
| 31/05/2007 | R\$50,49 |
| 31/08/2007 | R\$9,39 |
| 30/09/2007 | R\$897,96 |
| 31/10/2007 | R\$883,84 |
| TOTAL DO CANCELAMENTO | R\$3.025,82 |

Ressalta ainda que a multa de 1% sobre os valores das saídas no período de Janeiro/2005 a Outubro/2007 tem que ser cancelada, pois o dispositivo legal prevê multa fixa e única de R\$460,00.

Quanto aos meses 9, 10, 11 e 12 de 2007 afirma que a aplicação da multa em percentual sobre as operações de saídas nestes meses está incorreta pois foi cobrado sobre a sua totalidade.

Contesta o percentual de 5% cobrado sobre as vendas em relação aos meses 11 e 12 de 2007. Entende que o autuante deixou de atender ao teto de 1% sobre as operações de saídas, conforme estabelece o art. 42, XIII-A, “I”.

Quanto à infração 2 entende que a multa aplicada foi por falta da apresentação dos livros. Que não apresentou os livros devido à imposição do auditor, em que condicionou a sua entrega a apresentação dos arquivos do SINTEGRA. Que os arquivos da Sintegra solicitados foram enviados, entretanto, não tomou conhecimento da recepção dos arquivos enviados, e por isto é que os livros não foram apresentados. Dessa forma não há o porquê da multa aplicada, solicitando o cancelamento.

Alega que os arquivos solicitados para serem retificados foram apresentados. Que a retificação se limitava à correção do Sintegra de determinados meses entre o período de 01.01.2005 a 31.12.2007, e de dois registros específicos: 53 e 74.

Que os registros 53 foram todas atendidos. Que ficou pendente os arquivos do registro 74. Que alertou o autuante que não tinha material que pudesse evidenciar a caracterização das ocorrências dos fatos gerados da multa, porque não quis receber o restante dos documentos.

Impugna em sua totalidade o auto de infração requerendo que o mesmo seja julgado improcedente.

O autuante presta a informação fiscal de fls. 83 a 86, e esclarece que:

O autuado foi intimado a apresentar documentos fiscais e a corrigir arquivos magnéticos, e após sucessivas prorrogações nada foi feito e nenhum documento foi apresentado. Ressalta que a legislação estabelece o prazo de 30 dias, para a regularização dos arquivos magnéticos e que, nesse prazo, nada foi feito por parte do autuado.

Ademais, o auto de infração em questão preenche todas as formalidades previstas no RPAF, não tendo, portanto, sentido o pedido de nulidade proferido pelo autuado.

Reafirma que os arquivos magnéticos solicitados foram entregues incompletos, não carecendo qualquer explicação.

Afirma que os arquivos do autuado estavam com ausência de Registros 53 e 74, cabendo a retificação dos arquivos entregues com a inserção dos referidos registros, para possibilitar a sua análise.

Aduz que o autuado, cadastrado na condição Normal, que tem como ramo de atividade comércio atacadista de massas alimentícias, portanto, como atacadista sempre esteve obrigada a entregar o arquivo magnético na forma estabelecida na legislação vigente.

Aduz que houve a entrega dos arquivos magnéticos com ausência dos Registros 53 e 74, nos meses elencados na intimação.

Assevera que, em nenhum momento, foi condicionada a entrega dos arquivos magnéticos com ausência dos Registros 53 e 74, nos meses elencados na intimação, e reconhece que cometeu equívoco ao aplicar a multa do mês de novembro de 2006, por não ter sido apurada divergência naquele mês.

Quanto à alegação de inobservância do teto de 1% sobre as saídas, nos meses de novembro e dezembro de 2007, afirma que não dispunha dos dados limitados, valor das saídas, sendo considerados apenas os dados do arquivo magnético. Salienta que, na defesa, o autuado, não apresentou a cópia do Registro de Saídas, daqueles meses, para apurar o valor limite, a quem competia o ônus da prova.

Com relação à infração 2, a multa foi aplicada na forma prevista em lei, uma vez que, o contribuinte, criou embaraços ao fisco, quando não apresentou seus livros e documentos fiscais para serem examinados.

Ressalta que, com exceção da multa do mês de novembro de 2006, que foi aplicada indevidamente, os demais valores estão calçados e fundamentados na legislação vigente, não procedendo as alegações nos demais pontos.

Dessa forma, requer que o auto de infração seja julgado procedente em parte.

Após ter recebido cópia da informação fiscal, não houve manifestação por parte da empresa.

VOTO

Verifica-se da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF/99. Ademais, verifico que o autuante tem razão ao salientar que o autuado foi intimado a apresentar documentos fiscais e a corrigir arquivos magnéticos, e após sucessivas prorrogações nada foi feito e nenhum documento foi apresentado, sendo que a legislação estabelece o prazo de 30 dias, para a regularização dos arquivos magnéticos e que, nesse prazo, nada foi feito, como atesta as intimações de fls. 8 e 9, e as correspondências, fls. 51, 53, 73 a 81 do PAF, entre o autuante e o contador da empresa. Deste modo, não detecto o cometimento de irregularidades capazes de anular a ação fiscal.

Ressalto que não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de atos normativos, a teor do que dispõe o art. 167, I do RPAF/99, sendo que as multas aplicadas estão previstas na Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07.

No mérito, na infração 1, está sendo exigido multa, pela não apresentação do arquivo magnético referente aos Registros Tipo 53 e Tipo 74, referentes ao Registro de total de documento fiscal, quanto à substituição tributária, e ao Registro de Inventário, respectivamente, após intimação do fisco estadual, que concedeu 30 dias para correção dos arquivos enviados via internet, deixando o contribuinte de atender.

A intimação para apresentação de Informações em Meio Magnético, de fl. 09, aponta que os referidos arquivos foram apresentados com a falta dos registros R53, Janeiro de 2005 a fevereiro de 2006, e de Maio 2006 e novembro de 2007; bem como o R74, de dezembro de 2005 e janeiro de 2006, dezembro de 2006 e janeiro de 2007, e dezembro de 2007 e janeiro de 2008.

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."*

A multa aplicada está correta, qual seja:

Art. 42.....

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso;

O autuante reconheceu, ao prestar a informação fiscal, que cometeu equívoco ao aplicar a multa do mês de novembro de 2006, por não ter sido apurada divergência naquele mês.

No que concerne à aplicação da multa nos meses de agosto a dezembro de 2007, não deve prevalecer, haja vista que o sujeito passivo inscreveu-se no Simples Nacional, estando sujeito à legislação daquela norma, ainda em via de regulamentação quanto à cobrança relativa às irregularidades, porventura cometidas. Assim, ficam excluídos os meses de agosto a dezembro de 2007.

Relativamente à pretensão, de reduzir a multa para R\$46,00, devo esclarecer que a multa aplicada foi a correta para a infração em tela, ou seja, limitada a 1% (um por cento) do valor das saídas realizadas em cada período de apuração. 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.

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

Em conclusão, a infração fica mantida em parte, com a exclusão dos meses de novembro de 2006 e de agosto a dezembro de 2007, totalizando a multa aplicada o valor de R\$1.513,64.

Quanto à infração 2, a multa aplicada refere-se à falta de apresentação de livros e documentos fiscais, consoante o art. 42, inciso XX, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, como segue:

“XX - àquele que, dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exhibir livro ou documento, arquivo eletrônico ou similar (exceto os arquivos previstos no inciso XIII-A), ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado:

a) R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais), pelo não atendimento do primeiro pedido;”

O autuante esclareceu na informação fiscal que o próprio contribuinte reconheceu que ficou pendente o Registro Tipo 74, imprescindível para a execução do roteiro de auditoria fixado na Ordem de Serviço.

Ocorre que o dispositivo dado como infringido, exclui a falta de apresentação dos arquivos previstos no inciso XIII-A, que já contempla a multa por descumprimento de obrigação acessória, naquela modalidade. Portanto, não pode ser aplicada à multa da infração 2, vez que já contida na infração 1. Deste modo, julgo a infração insubsistente.

Portanto, Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.

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 380214.0021/08-0, lavrado contra **ALMEIDA MIRANDA DISTRIBUIDORA E REPRESENTAÇÃO COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.513,64**, prevista no art.42, inciso XIII-A, alínea “i” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR