

A. I. Nº - 206935.0002/08-6
AUTUADO - INDEBA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
AUTUANTE - UBALDO REIS RIBEIRO
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 17. 11. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0360-01/09

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM INCONSISTÊNCIAS NOS REGISTRO TIPO 50, 54 e 70. MULTA. NULIDADE. Procedimento fiscal efetuado sem observância dos requisitos estabelecidos na legislação, quanto à necessidade de intimação específica ao contribuinte para a necessária correção dos arquivos. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 14/07/2008, refere-se a multa no valor de R\$47.596,40, equivalente a 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, limitando-se 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. Consta na descrição dos fatos que o autuado é autorizado a utilizar o Sistema Eletrônico de Processamento de Dados – SEPD, tanto a escrituração de livros fiscais, como emissão de notas fiscais e omitiu informações e dados ao gerar arquivos magnéticos ou enviados por meios eletrônicos, contendo inclusive, os registros 54 e 75, após ser devidamente intimado, na forma do art. 708-B do RICMS-BA. Foi detectada a infração através de análise dos arquivos fornecidos a SEFAZ, utilizados no levantamento de estoque, pela ausência de inúmeras notas fiscais de entrada, como se vê dos demonstrativos anexos. A omissão de dados e informações cruciais à aplicação de procedimentos e roteiros fiscais, bem como o fornecimento dos mesmos, com valores desconstruídos ou divergentes impossibilitou a consecução da ação fiscal. Em decorrência desta conduta irregular incorreu na multa de 5% sobre o valor total das operações omitidas ou divergentes em cada período.

O autuado apresentou impugnação às fls. 35 a 42, suscita preliminar de nulidade por ver infringido o disposto no art. 18, incisos II e IV, “a”, do RPAF, ou seja, por insegurança na determinação da infração e correlato cerceamento do direito de defesa.

Diz que o fulcro da autuação não é preciso existindo, pelo menos, quatro hipóteses distintas, descritas na autuação, a saber: fornecimento de arquivos, mediante intimação, com omissões de operações ou prestações; transmissão eletrônica com os mesmos vícios; apresentação dos mesmos arquivos com valores desconstruídos ou divergentes; embaraço à fiscalização. Já os demonstrativos da “base de cálculo” indicam apenas que diversas notas fiscais de entradas não foram declaradas, mostrando, também, que a imputação não guarda relação com a previsão legal que deveria lhe assistir.

Aduz que o lançamento é inseguro, não permitindo ao contribuinte entender com precisão qual o fato que deve rebater e qual o direito aplicável. Acrescenta que a ineficácia da autuação encontra-se agravada pela adoção do art. 42, inciso XIII-A, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, como base para a multa aplicada, pois não encontra no aludido dispositivo a previsão para a utilização do percentual de 5%, não sendo condizente a descrição do fato e sua capitulação com o fato real que foi descrito de forma clara e uníssona.

Entende que ainda que se diga que a capitulação legal seria a das alíneas “i” ou “j”, do mesmo diploma legal, persistiria dúvidas acerca do verdadeiro fato imponible.

Fala que se a questão é decorrente de divergências detectadas nos arquivos magnéticos transmitidos eletronicamente, não foi concedido o prazo regulamentar para as devidas retificações, pois das intimações recebidas, uma datada de 07/07/2008, se reporta ao prazo de 48 horas para apresentações dos arquivos magnéticos, e a outra, de 01/05/2008, fixa prazo de 5 dias para a possibilidade de aplicação da multa de 1% sobre as saídas, o que faz crer que o fato é somente a falta de atendimento às aludidas intimações. Por isso, entende prejudicada a apreciação do mérito e pede que o Auto de Infração seja julgado nulo.

Na hipótese de ser superada a questão prejudicial diz concentrar sua manifestação de mérito na presunção de que a exigência se baseia na “omissão de operações” por falta de registro de notas inteiras, afastando, por exemplo, desencontros e divergências de valores. Nessa linha, diz que há que se saber se as notas listadas efetivamente não foram lançadas nos arquivos, ou se foram as mesmas lançadas com “desencontros ou divergências de valores, fazendo-se a exclusão, então, das notas “declaradas” e em relação as quais algum desencontro ou alguma divergência encontra-se configurada.

Entende ainda que comprovada qualquer omissão de registro nos arquivos, do ponto de vista legal, não pode ser aplicada a pena na forma constante no AI. Transcreve a redação do art. 42, inciso XIII-A, “i” da Lei nº 7014/96 para dizer que não pode recair, simplesmente, sobre operações não registradas, mas calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, aplicando-se o limite de 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços e que no auto a sanção de 5% foi aplicada sem que fosse demonstrado que não houve superação do limite fixado em lei. Assim, se o CONSEF entender que não existe base para a redução da multa deve aplicar a lei de forma literal, fazendo incidir 1% somente sobre os valores que envolvem os “arquivos problemáticos”.

Afirma não existência de indício de prova de que tenha agido com dolo, fraude ou simulação nem de falta de cumprimento de obrigação principal, com o que pede o cancelamento ou redução da multa, com fundamento no art. 42, §7º, da Lei nº 7014/96.

Frisa que não há fundamento técnico na assertiva constante no AI de que “a omissão de dados e informações cruciais à aplicação de procedimentos e roteiros fiscais, bem como, o fornecimento dos mesmos com valores desencontrados ou divergentes, impossibilitou a consecução da ação fiscal”, pois em se falando em falta de registro de notas, inclusive em quantidades insignificantes diante da movimentação da empresa, não existe prejuízo para a aplicação dos roteiros de auditoria, porque o contribuinte possui os documentos em meio físico ou porque a ausência dos mesmos, por exemplo, em uma auditoria de estoque, faria aparecer diferenças de quantidades nos produtos nelas constantes.

Transcreve julgados do CONSEF dizendo que em situações análogas o órgão tem evitado que multas por obrigações acessórias percam o seu caráter educativo e se transformem em “fontes de arrecadação”.

Por fim, ainda tendo em mente que a acusação é de “falta de registro de notas nos arquivos magnéticos”, diz que não é verdade que os documentos listados não foram declarados. No que concerne ao exercício de 2005, apenas a NF 26354 não foi declarada. Afirma que todas as outras foram declaradas, apesar de algumas não conterem a totalidade dos registros exigidos, faltando os registros 54 e 75 (27845, 27979 e 28013) e que diante do fulcro do auto e da apuração de sua base de cálculo, não se pode impor a multa sobre os documentos declarados, ainda que contendo ausência de registros.

Em relação a 2006, diz que todas as notas foram declaradas, ainda que em algumas se observe a falta dos registros 54 e 75, impedindo, da mesma forma, diante dos argumentos acima, a manutenção da pena.

Já em relação a 2007, afirma que todas as notas foram declaradas contendo todos os registros e para provar as alegações, em anexo apresenta demonstrativos discriminando a situação de cada NF, devidamente acompanhados de cópias dos recibos de transmissão e dos arquivos “TXT”, demonstrando-as individualmente.

Diante da documentação apresentada, sem embargo da caracterização dos vícios que entende contaminar a autuação, pede a aplicação do disposto no art. 155, § único do RPAF.

Concluindo, requer seja reconhecida a nulidade da autuação observando-se o art. 155, § único, do RPAF, para que seja decretada sua improcedência.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 251 a 253 dos autos, rebatendo os argumentos da defesa dizendo que apontou uma sequência de ocorrências, que formam um conjunto de situações irregulares que completa a conduta central caracterizada como “omissão de dados e informações” que é a verdadeira infração.

Quanto à descrição dos fatos e o seu enquadramento legal no artigo 915, inciso XIII-A, “f”, do RICMS, caso tenha havido algum equívoco, face ao surgimento de modificação da previsão legal para a letra “i”, do mesmo dispositivo, tal fato não anula o lançamento, conforme estabelece o art. 19 do RPAF, visto que, pelo relato e descrição dos fatos, pode ser plenamente entendida a infração cometida. Diz que o art. 18, § 1º do RPAF, também prevê situações em que não se anula o lançamento, uma vez que esteja determinada a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário.

Lembra não ser dado ao autuado auguir em defesa o desconhecimento de dispositivo de Lei. Sendo assim, sabe ele que, embora tenha sido intimado para prática de um determinado ato, com destaque para a sujeição de determinada multa, caso não venha a atender a mesma, com base em dispositivo legal, não pode se valer disto também, caso venha a cometer outra irregularidade baseada em outro dispositivo legal não citado na intimação. Portanto, entende não invalidar a intimação ou o Auto de Infração, o fato de ter sido intimado para apresentar arquivos magnéticos contendo os registros 54, 75, 90 e 60R, sob pena de multa de 1% do valor das operações totais da empresa no período, com base no art. 915, XIII-A, “g” do RICMS, se no curso da ação fiscal ficar comprovado que praticou outra infração prevista no mesmo dispositivo legal, com multa de 5% do valor das operações omitidas ou divergentes, porém especificado na letra “f”, ou que tenha sido modificado para a letra “i”, pois é óbvio que conhece ou devia conhecer todos os dispositivos e infrações previstas em Lei.

Afirma que a Defesa segue uma linha que visa causar dúvida e confusão ao entendimento do Julgador. Com relação às intimações diz não caber razão ao autuado, visto que desde a primeira feita em 01/05/2008 até a segunda, feita em 07/07/2008, teve um tempo de 66 dias e conhecimento pleno da ação fiscal em andamento e não corrigiu as irregularidades.

Acentua que fica evidenciado o fato da insistência do autuado em confundir a intimação para fins de fiscalização prevista no art. 708-B do RICMS, cujo prazo para atendimento é 5 (cinco) dias, com outra intimação que parte da Repartição Fazendária ou da Administração para retificar informações econômico-fiscais prestadas ou fornecidas, mensalmente e espontaneamente pela Internet ou através de arquivos magnéticos que nada tem haver com a solicitação de arquivos magnéticos por intimação em ação fiscal que é o caso em questão.

Lembra que o autuado já foi penalizado pela mesma conduta em fiscalização anterior ao tempo que transcreve ementa do acórdão JJF nº 0272-01/05 para corroborar seu entendimento.

Assevera que o art. 708-B do RICMS é bastante claro e não deixa dúvidas quanto à multa pela falta de entrega dos arquivos magnéticos, portanto a autuada não atendeu as intimações constantes das folhas 06 e 09, inclusive uma delas foi específica, destacando a legislação pertinente.

Cita decisão já proferida deste colegiado nº 0272-01/05 e diz que se o contribuinte obtém autorização para utilizar meios eletrônicos nas suas operações comerciais e contábeis, além de outras, é lógico que as informações prestadas ao fisco sejam fornecidas com a mesma tecnologia e nível.

Tendo em vista que os tópicos 16, 17 e 18 da Defesa (fl. 41) contrariam a autuação no sentido de que os documentos relacionados às fls. 11 a 13 do PAF não constam ou constam com inconsistências nos arquivos magnéticos fornecidos à SEFAZ pelo contribuinte, o processo foi mandado em diligência (fl. 255) para que a DPF-GEAFI verificasse a existência de eventuais irregularidades acerca dos documentos relacionados nas fls. 11 a 13 nos arquivos magnéticos do contribuinte.

Em atendimento à diligência, à fl. 256 a DPF-GEAFI anexa os demonstrativos de fls. 257 a 259, contendo os documentos relacionados às fls. 11 a 13, obtidos dos arquivos do Convênio ICMS 57/95 (Sintegra) no banco de dados da SEFAZ, registros tipo 50 e 70 (total da NF e CTRE) e 54 (item de mercadoria), nos anos de 2005 e 2007, onde relaciona na coluna com o título “NÃO ENCONTRADAS REG 54” dos referidos demonstrativos os valores das notas fiscais informadas no registro tipo 50 e que não constam no registro tipo 54 correspondentes, apontando o valor de R\$74.799,63 no exercício de 2005, R\$227.271,30 em 2006 e R\$23.051,71 em 2007.

VOTO

O Auto de Infração refere-se a multa equivalente a 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, limitada a 1% das saídas de mercadorias e prestações de serviços.

O autuado suscitou preliminar de nulidade por entender infringido o disposto no art. 18, incisos II e IV, “a”, do RPAF, ou seja, por insegurança na determinação da infração e correlato cerceamento do direito de defesa.

Antes de adentrar ao exame de mérito da lide, por razão lógica devo apreciar a questão preliminar.

Disse o autuado que o fulcro da autuação não é preciso existindo, pelo menos, quatro hipóteses distintas, descritas na autuação.

Ao contrário do que argumenta o contribuinte, vejo que o lançamento é bastante claro na definição da infração que objetivamente trata da ocorrência prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “f”, que se reporta ao período em que se verificou a infração, qual seja, operações realizadas com mercadorias e prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes.

Aduziu o impugnante que o lançamento é inseguro, não permitindo ao contribuinte entender com precisão qual o fato que deve rebater e qual o direito aplicável. Acrescentou que a ineficácia da autuação encontra-se agravada pela adoção do art. 42, inciso XIII-A, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, como base para a multa aplicada, pois não encontra no aludido dispositivo a previsão para a utilização do percentual de 5%, não sendo condizente a descrição do fato e sua capitulação com o fato real que foi descrito de forma clara e uníssona.

Entendeu que ainda que se diga que a capitulação legal seria a das alíneas “i” ou “j”, do mesmo diploma legal, persistiriam dúvidas acerca do verdadeiro fato imponible.

Pois bem, a multa de 5% atualmente prevista na alínea “i” do art. 42, inciso XIII-A da Lei 7.014/96, cabível na autuação, à época da ocorrência dos fatos geradores relacionados no auto, estava

tipificada na alínea “f” do mesmo dispositivo, como foi acertadamente indicado pelo autuante, não havendo falar em imprecisão sobre o fato nem sobre o direito aplicável.

Falou o impugnante que se a questão é decorrente de divergências detectadas nos arquivos magnéticos transmitidos eletronicamente, não foi concedido o prazo regulamentar para as devidas retificações, pois das intimações recebidas, uma datada de 07/07/2008, se reporta ao prazo de 48 horas para apresentações dos arquivos magnéticos, e a outra, de 01/05/2008, fixa prazo de 5 dias para a possibilidade de aplicação da multa de 1% sobre as saídas, o que faz crer que o fato é somente a falta de atendimento às aludidas intimações. Por isso, entendeu prejudicada a apreciação do mérito e pediu que o Auto de Infração seja julgado nulo.

Neste particular, por sua vez, o autuante disse não caber razão ao autuado, visto que desde a primeira intimação, feita em 01/05/2008, até a segunda, feita em 07/07/2008, o autuado teve um tempo de 66 dias e conhecimento pleno da ação fiscal em andamento e não corrigiu as irregularidades.

Passo a analisar essa particular questão da seguinte maneira:

Embora não esteja claro nos autos se as intimações expedidas pelo autuante foram ou não atendidas, o fato de a acusação fiscal estar fundamentada nos demonstrativos de fls. 11, 12 e 13 em que o autuante informa existência de notas fiscais não declaradas nos arquivos magnéticos, me faz crer a entrega de arquivos magnéticos por parte do contribuinte, aliás, fato que vejo confirmado em diligência cumprida pela Diretoria de Planejamento da Fiscalização-DPF, Gerência de Automação Fiscal-GEAFI, (fl. 256) que informa arquivos magnéticos transmitidos pelo contribuinte em 06/05/2008.

Sobre esta autuação e de acordo com a legislação do ICMS, a qual recepcionou o disposto no Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados é obrigado a apresentar, quando solicitado, a documentação minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição, gabarito de registro (“*layout*”) dos arquivos, listagem dos programas e as alterações ocorridas no exercício de apuração, relativamente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias ou das prestações realizadas (art. 685, combinado com os arts. 708-A e 708-B, do RICMS/97).

O art. 708-B estabelece que: “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”. 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.

Assim, todos os contribuintes autorizados ao uso de SEPD, exceto os autorizados somente para escrituração do livro Registro de Inventário, estão obrigados a entregar o arquivo magnético contendo os dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário nos meses em que este for realizado. O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético cancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.

No caso em comento, a autuação está precedida das intimações de fl. 06, expedida ao contribuinte em 01/05/2008, e fl. 09, expedida em 07/08/2008, solicitando a apresentação de arquivo de informações em meio magnético contendo os registros 54, 70, 75, 90 e 60R, na primeira concedendo o prazo para entrega de 5 (cinco) dias estabelecido na citada legislação e a segunda, concedendo o prazo de 48 horas para apresentação

Pelos argumentos defensivos nota-se que o autuado não negou o fato. Disse que na hipótese de ser superada a questão prejudicial, concentra sua manifestação de mérito na presunção de que a exigência se baseia na “omissão de operações” por falta de registro de notas inteiras, afastando, por exemplo, desencontros e divergências de valores. Nessa linha, diz que há que se saber se as notas listadas efetivamente não foram lançadas nos arquivos, ou se foram as mesmas lançadas com “desencontros ou divergências de valores, fazendo-se a exclusão, então, das notas “declaradas” e em relação as quais algum desencontro ou alguma divergência encontra-se configurada.

Neste caso, entretanto, não cabe o pleito excludente do impugnante vez que a infração se refere a prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, conforme está bem explicitado no dispositivo da multa aplicada, e no caso em análise a acusação é de que ocorreu tanto a omissão de notas fiscais como dados informados com divergência.

Contudo, embora o autuado não tenha cumprido às determinações legais acima descritas, especialmente o previsto no § 2º, do art. 708-A, do RICMS/97, observo que ocorreu inobservância ao devido processo legal, com preterição do direito de defesa, pois, de fato, o autuado não foi intimado para proceder à correção das inconsistências conforme lhe possibilita os §§ 3º e 5º do art. 708-B, este último parágrafo incorporado ao RICMS/97-BA, através da Alteração nº 63, em vigor a partir de 18/05/2005, que estabelece um prazo de 30 dias úteis contados da data do recebimento da intimação para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência.

Desta forma, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, por ter sido praticado com preterição do direito de defesa, em razão da inobservância do devido processo legal, nos termos do art. 18, inciso II, do RPAF/99 ao tempo que recomendo à autoridade competente a renovação do procedimento fiscal, nos termos do art. 21, do citado RPAF-BA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206935.0002/08-6**, lavrado contra **INDEBA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**, devendo ser renovado o procedimento fiscal.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente 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, 23 de outubro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR