

A.I. Nº. - 276473.0903/09-7
AUTUADO: - MAXBOM SUPERMERCADO LTDA.
AUTUANTE: - ROSAMARIA BARREIROS FERNANDEZ
ORIGEM - DAT/SUL INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 06/04/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0058-03/10

EMENTA. ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO INTIMADO. MULTA. NULIDADE. Procedimento fiscal realizado com inobservância de requisitos contidos na legislação específica dos arquivos magnéticos, quanto ao prazo de trinta dias para correção de inconsistências no arquivo magnético do contribuinte, mediante intimação específica e com listagem diagnóstico. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 29 de setembro de 2009 através de Auditora Fiscal lotada na Inspetoria Fiscal de Teixeira de Freitas contra a empresa Maxbom Supermercados Ltda. e refere-se à exigência de penalidade no percentual de 1% sobre os valores de saídas de mercadorias, pelo fornecimento de arquivos com registros faltantes, o que pela legislação em vigor configura como não entrega, pelo fato de nos arquivos apresentados não constarem os registros 60R e dados do registro 50 divergirem no cotejo entre as DMAS e os arquivos magnéticos, fato verificado nos exercícios de 2005 e 2006, com valores cobrados, respectivamente, de R\$ 63.598,51 e R\$ 72.299,89. Acompanham o processo, Intimações para apresentação de livros e documentos fiscais (fls. 05, 07, 08 e 15), DMAS consolidadas (fls. 09 e 10).

Tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 21 a 29, na qual, inicialmente, pontua incorreções e equívocos, cometidos pela Autuante, segundo seu entendimento. Aponta que o registro 60R deixou de ser apresentado, pelo fato da empresa estar desobrigada a tal, ao abrigo do disposto nos Decretos 9.426/2005 e 10.036/2006 que dispensaram a entrega de tais registros os usuários de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados (SEPD) que utilizassem aqueles sistema apenas para emissão de cupom fiscal e escrituração de livros fiscais.

Relativamente à divergência de dados entre o registro 50 e as DMAS apresentadas, reconhece a existência de “pequenas diferenças que no entanto não causaram prejuízo ao erário”, vez que no mês de maio de 2006, foi observada diferença de R\$ 41,25 nos valores de saídas em relação ao SINTEGRA, estando o valor informado na DMA correto. Já no mês de junho de 2006, o valor contábil apresentou diferença de R\$ 458,55 nas entradas, em relação aos valores informados no SINTEGRA, sendo, mais vez o valor da DMA o correto.

Impende salientar que outras pequenas diferenças já haviam sido constatadas, e de forma espontânea, em 29 de setembro de 2009, antes da lavratura do Auto de Infração, a Autuada já havia feito as devidas correções. Transcreve a legislação que no seu entender ampara a não apresentação do registro 60R, além da impossibilidade de aplicação da multa de 1% sobre as operações, pela falta de entrega dos arquivos magnéticos, os quais, reitera, foram devidamente entregues, contudo, com algumas pequenas incorreções. Menciona, ainda a edição do Decreto nº. 10.840/08, no qual o valor da penalidade para a não entrega dos arquivos SINTEGRA foi reduzida para R\$ 1.380,00, após a primeira

intimação, e apenas aplicando-se a multa percentual na hipótese do não atendimento à segunda intimação.

Argui que no caso em exame não houve sequer descumprimento de intimação, vez que não havia obrigação legal de apresentação dos registros 60R, e ainda que inexistisse tal hipótese, não se poderia falar em aplicação de penalidade que não a de R\$ 1.380,00.

Relativamente aos “erros” do Registro 50, que divergem com os dados informados nos arquivos, tal fato não significa falta de apresentação dos mesmos, e sim, meros erros e divergências, não podendo, pois, ser apenada pela falta de apresentação. Entende que a Autuante poderia, ao máximo, impor multa a Autuada pelo fato se caracterizar como embaraço à fiscalização previsto no artigo 915, Inciso XV-A, alínea “b” do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, o qual imporia penalidade de R\$ 460,00, caso esta fosse cabível.

Transcreve, igualmente, resoluções do CONSEF, especialmente o Acórdão CJF 0189-12/03, finalizando com o pedido com a observação de que o lançamento não dispõe de validade jurídica, nem detém suporte fático que assegure sua procedência, face ao equívoco cometido pela Autuante.

Por tais razões, entende que o feito há de ser julgado nulo, por ter sido calcado em elementos precários e inseguros, contudo, vencido este entendimento que se julgue pela redução de multa para aquela contida no artigo 915, XV-A, “b” do RICMS vigente, ou ainda, que no mérito seja julgado improcedente.

Como elementos de prova, acosta aos autos autorização para emissão de notas fiscais manuscritas, além das DMAs e arquivos SINTEGRA retificados.

Informação fiscal prestada às fls. 87 e 88 pela Autuante explica, após transcrever o artigo 708-B e seu § 6º do RICMS que quando intimado em 23 de julho de 2009, o contribuinte não havia entregue qualquer arquivo magnético, sob a alegação de problemas com o contador e o programa da empresa. Após, foram entregues alguns arquivos com “registros 1ª intimação 21/08/2009. Houve retificação e entrega em 11/09/2009 de alguns arquivos. Depois continuou havendo falta de apresentação de alguns meses e de alguns registros 2ª intimação 18/09/2009. Houve retificação de outros arquivos em 24/09 e 28/09”.

Quanto a argumentação da Autuada da não obrigatoriedade de apresentação dos arquivos 60R, acata as alegações da mesma, porém mantém a acusação fiscal relativamente ao registro 50, vez que o mesmo totaliza todas as entradas e saídas e deve ser idêntico aos valores de entradas e saídas apresentados na DMA e é um dos itens de conferência frente do Registro 54 para verificação de valores faltantes ou divergentes. Como o arquivo continuou com erros, é impossível saber se haveria outras correções a serem feitas.

Reforça ser a autuada empresa do ramo de supermercados com muitos produtos sujeitos a redução de base de cálculo e alíquotas diversas. O uso do arquivo é de muita importância para a fiscalização, porém, ao contrário do argumentado pela empresa, não houve qualquer embaraço à fiscalização, tendo mantido várias conversas com a Autuada de modo a solucionar o problema dos arquivos magnéticos, o que não redundou em sucesso, razão pela qual aplicou a penalidade de 1%.

Informa, ainda, que embora possível, não efetivou a cobrança cumulativa da penalidade de R\$ 1.380,00, para não prejudicar ainda mais o contribuinte, transcrevendo a legislação, e finalizando, pela procedência integral do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, gostaria de tecer algumas considerações acerca das afirmações na nobre autuante, relativamente ao fato de não efetivar a cobrança cumulativa da penalidade percentual de 1% sobre o valor das operações, com a multa fixa de R\$ 1.380,00.

Assim dispõe o Código tributário Nacional em seu artigo 142:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Tal observação entendo pertinente, pois a autoridade fiscal tem o dever funcional de, constatada irregularidade praticada por contribuinte e que resulte em tipo que a legislação considere como sujeito a aplicação de pena, agir nos estritos ditames da lei, independente se a aplicação da penalidade prejudique ou não o contribuinte. A fiscalização existe para agir nos termos da Lei. Jamais, para prejudicar ou favorecer o contribuinte.

Feitas tais considerações, passo ao exame do feito. O auto de Infração foi lavrado sob o argumento de que os arquivos magnéticos foram entregues sem os registros 60R, e com os registros 50 apresentando valores divergentes daqueles informados na DMA, ensejando a cobrança de penalidade no percentual de 1% sobre os valores de operações praticados pela Autuada, fato verificado nos exercícios de 2005 e 2006.

Quanto aos fatos objeto da autuação em si, a apresentação dos arquivos magnéticos encontra-se regulada a partir da edição do Convênio ICMS 57/95. com a edição deste Convênio, as legislações estaduais passaram por um processo de adequação aos seus ditames, diante da autonomia dos Estados em normatizarem o ICMS, imposto de sua competência.

Dessa forma, foram editadas no Estado da Bahia, diversas normas que, respeitando o disposto naquele Convênio estabeleceram obrigações, direitos e impuseram penalidades pelo descumprimento das determinações legais e comandos emanados de tais Leis, aderindo às normas já anteriormente vigentes, inclusive o Regulamento do ICMS. Assim, temos, por exemplo, o Decreto nº. 4.361/95, o qual ratifica o Convênio ICMS 57/95, estabelecendo as condições em que os contribuintes do ICMS encontram-se obrigados à entrega, e manutenção dos arquivos magnéticos que espelhem suas operações mercantis, para tanto, realizando esta entrega mensal ou quando intimado a fazê-lo. Esta é uma obrigação incontestável, não tendo a Autuada contra ela se insurgido.

Assim, também, nos deparamos com os Decretos nº. 9.426/2005 e 10.036/2006, os quais dentre outras determinações dispensaram alguns contribuintes usuários de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados – SEPD da entrega em arquivo magnético dos registros 60R e 61R, quando utilizassem o SEPD apenas e tão somente para emissão de cupom fiscal e escrituração de livros fiscais no exercício de 2005 (artigo 3º, Inciso II do Dec. 9.426/2005) e no exercício de 2006, desobrigasse os contribuintes usuários de SEPD com faturamento no ano anterior (2005), inferior a R\$ 72.000.000,00 (setenta e dois milhões de Reais) da obrigação de informar dados dos arquivos 60R e 61R se a utilização do SPED fosse apenas para escrituração de livros fiscais e emissão de cupom fiscal (artigo 1º, Inciso II do Dec. 10.036/2006).

Tendo em vista a Autuada ser uma empresa que se enquadra nesta situação, fato que a própria Autuante tem a nobreza de reconhecer, não seria possível qualquer cobrança relativa a tais arquivos (60R e 61R) no período compreendido pela auditoria realizada, o que documenta a primeira parte da

acusação fiscal, restando-nos apreciar apenas e tão somente as divergências encontradas entre os valores nos arquivos magnéticos e as DMAs relativamente aos registro 50. Através do mesmo:

Deve ser informado por todos os contribuintes obrigados a entregar o arquivo, desde que haja movimentação comercial, e conterà informações dos seguintes documentos fiscais:

- a) Nota Fiscal, modelos 1 e 1-A – identificado no arquivo como modelo 01;
- b) Nota Fiscal - Empresa de Pequeno Porte – identificado no arquivo como modelo 01;
- c) Nota Fiscal – Microempresa – identificado no arquivo como modelo 01;
- d) Nota Fiscal do Produtor – identificado no arquivo como modelo 04;
- e) Nota Fiscal de Serviço de Comunicações, somente em relação às prestações tomadas – identificado no arquivo como modelo 21;
- f) Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações, somente em relação às prestações tomadas – identificado no arquivo como modelo 22;
- g) Nota Fiscal Eletrônica – identificado no arquivo como modelo 55;
- h) Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica – identificado no arquivo como modelo 06;

Assim, temos que as informações constantes do registro 50 são de suma importância para a fiscalização e para o próprio contribuinte, na medida em que discrimina todas as notas fiscais registradas nas operações realizadas pelas empresas.

Por outro lado, como já visto, a Autuada deveria mensalmente apresentar os arquivos magnéticos, ainda que excluídas as informações dos arquivos 60R, ou quando regularmente intimado, previsão contida no *caput* da cláusula vigésima sétima do mencionado convênio 57/95:

Cláusula vigésima sétima O contribuinte fornecerá ao Fisco, quando exigido, os documentos e arquivo magnético de que trata este Convênio, no prazo de cinco (5) dias úteis contados da data da exigência, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

Este dispositivo foi integralmente absorvido pela legislação estadual, e não poderia ser diferente, estando devidamente inserido no Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, no artigo 708-B, que explicita:

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.

§ 1º Por acesso imediato entende-se, inclusive, o fornecimento dos recursos e informações necessários para verificação e/ou extração de quaisquer dados, tais como senhas, manuais de aplicativos e sistemas operacionais e formas de desbloqueio de áreas de disco (Conv. ICMS 96/97).

§ 2º O atendimento ao explicitado neste artigo não exclui a obrigação de que trata o artigo anterior e vice-versa.

§ 3º Tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas.

§ 4º O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet, devidamente criptografado e validado eletronicamente por

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.

§ 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.

§ 5º-A. O prazo previsto no § 5º poderá ser prorrogado por igual período pelo inspetor fazendário, mediante despacho fundamentado.

§ 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 "j" do inciso XIII-A do art. 915](#) deste Regulamento.

De acordo com tal norma, especialmente os parágrafos 3º e 5º, do artigo 708-B, caberia à Autuante, constatando as inconsistências dos arquivos magnético apresentados pela Autuada, intimá-la de forma específica, atentando para os requisitos impostos pela legislação, para correção dos erros, com a listagem diagnóstica, de forma que Autuada, de posse da mesma, no prazo regulamentar (trinta dias), providenciasse a correção dos erros apontados. Aliás, a matéria, após exaustivos julgamentos, encontra-se devidamente pacificada no âmbito deste Conselho, sendo o entendimento dominante, de que, apenas após a expedição de intimação específica para correção das inconsistências, e exaurido o prazo legal, pode o Fisco aplicar penalidade ao contribuinte, v.g. o Acórdão CJF 0241-12/09, prolatado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Não se há também, de se falar, como constante na informação fiscal, em contactos em que a Autuante alegou ter mantido com a Autuada, onde esta alegou problemas com a contabilidade, como fato impeditivo de apresentação dos arquivos de forma consistente. Tais fatos, quando verificados, deveriam ser formalizados, de forma a dar robustez e consistência à ação fiscal, demonstrando que a mesma decorreu em perfeita consonância com a determinação emanada da Lei.

Verificando-se o processo, temos que a primeira intimação para apresentação de livros e documentos fiscais ocorreu em 23 de julho de 2009 (fl. 05), não fazendo qualquer menção aos arquivos magnéticos, reportando-se, apenas, a livros e documentos fiscais. Apenas em 21 de agosto de 2009, através de intimação específica (fl. 07), com prazo de cinco dias úteis, a Autuante intimou a Autuada a apresentar os arquivos magnéticos. A segunda intimação, relativa aos arquivos de registros 54 e 74 no período de novembro e dezembro de 2005 e fevereiro a agosto de 2006, foi emitida em 18 de setembro de 2009 (fl. 08). com prazo de cinco dias úteis, a partir da ciência. Neste ínterim, verifica-se a lavratura de Termo de Início de Fiscalização em 21 de agosto de 2009, e Intimação para assinatura do auto de Infração, em 02 de outubro de 2009.

A Autuada comprova a transmissão dos arquivos SINTEGRA, em 11 de setembro de 2009 (fls. 57, 63, 65, 69, 73, 75, 77, 79, 81), 12 de setembro de 2009 (fl. 67), 14 de setembro de 2009 (fl. 71), 15 de setembro de 2009 (fl. 61), 24 de setembro de 2009 (fls. 59 e 83), e 28 de setembro de 2009 (fls. 37, 39, 41, 43, 45, 47, 49, 51, 53, 55), esta última exatamente na véspera da lavratura do Auto de Infração, e antes mesmo da ciência do mesmo, ocorrida em 14 de outubro de 2009, vide Aviso de Recebimento de fls. 17. Verifica-se, igualmente, a existência de DMA retificadora, especialmente a de fl. 36, transmitida em 29 de setembro de 2009, mesma data da lavratura do Auto de Infração.

Temos, pois, uma série de equívocos, sobretudo relativo a forma e prazos legais, que não foram devidamente obedecidos, pela Autuante, o que prejudicou frontalmente todo o Auto de Infração, contaminando-o com vícios insanáveis..

Dessa forma, apreciando a arguição da Autuada em preliminar suscitada na defesa, e à vista da exposição supra, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com base no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, artigo 18, Inciso IV, alínea “a”, representando à autoridade administrativa, nos termos do artigo 156 do RPAF, para o refazimento da ação fiscal no tocante ao cumprimento da obrigação de entrega sem erros ou inconsistências dos arquivos magnéticos pelo contribuinte.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **276473.0903/09-7** lavrado contra a empresa **MAXBOM SUPERMERCADO LTDA**. Recomenda-se a autoridade competente a renovação de novo procedimento fiscal, a salvo de incorreções.

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 de sessões do CONSEF, 15 de março de 2010.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR