

PROCESSO - A. I. Nº 269275.0002/10-8
RECORRENTE - R.D. COMERCIAL DE ALIMENTOS E RAÇÕES LTDA. (R.D. RAÇÕES)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0403-04/10
ORIGEM - INFAS PAULO AFONSO
INTERNET - 19/07/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0205-11/11

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA E DIVERGÊNCIA DE DADOS. MULTA. A legislação prevê aplicação de multa em decorrência de informações divergentes dos documentos fiscais correspondentes aos dados constantes nos arquivos magnéticos, bem como a falta de apresentação desses, mediante intimação. Multa de 5%, com observância do limite de 1% (um por cento) do valor das operações de saídas realizadas no estabelecimento em cada período. Infração comprovada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. De ofício, alterar as datas de ocorrência e vencimento da infração 5. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente processo foi encaminhado para esta Câmara, na forma de Recurso Voluntário interposto contra Decisão exarada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0403-04/10, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração epigrafado, o qual reclama a cobrança do ICMS, decorrente das seguintes infrações:

1. Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10% sobre o valor não registrado - R\$6.158,68.
2. Entrada no estabelecimento de mercadoria não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 1% sobre a base de cálculo - R\$879,05.
3. Deixar de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização (2007/2008) - R\$4.101,46.
4. Deixar de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA - R\$232,05.
5. Deixar de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, constando na descrição dos fatos que o contribuinte foi intimado em 14/04/10, o que extrapola, em muito, o prazo regulamentar de cinco dias úteis - R\$329.375,71.

O sujeito passivo, através de advogado legalmente constituído, em sua defesa de fls. 75 a 87, apresentou, tempestivamente, a impugnação ao Auto de Infração, tendo a 4ª JJF decidido pela Procedência Parcial da autuação.

Inicialmente, analisadas as infrações de nºs 1 e 2 pela JJF, constatou-se que o autuado, na sua defesa, anexou elementos e demonstrativos, os quais foram acatados, em parte, pelo autuante, na informação fiscal.

No que tange à infração 1, considerando que parte das notas fiscais encontravam-se regularmente escrituradas, a instância de piso acatou o demonstrativo do autuante (fls. 222), considerando devido o valor de R\$180,20.

Relativamente à infração 2, o impugnante apresentou o demonstrativo de fl. 78, reconhecendo como devido o valor de R\$512,63, enquanto aquele do autuante (fl. 222) indicava o valor remanescente de R\$718,46.

Após o confronto de tais demonstrativos, a JJF constatou a falta de comprovação de escrituração das Notas Fiscais nºs 163501, 163502 e 51125, além das já reconhecidas pelo próprio recorrente, na sua defesa. Assim, foi acatado o demonstrativo do autuante de fl. 222 e considerado como devido o valor de R\$718,46 no tocante à infração 2.

Quanto à infração 3, o autuado, na sua defesa, juntou quadro demonstrativo dos pagamentos relativos a cada nota fiscal, acompanhados dos DAEs correspondentes, reconhecendo, como devido, o importe de R\$1.244,75, tendo o autuante, na informação fiscal, após análise dos documentos apresentados, indicou como devida a importância de R\$1.554,45.

Depois do estudo da matéria, a Junta decidiu acatar em parte o demonstrativo do autuante (fl. 223), excluindo os valores das Notas Fiscais nºs 55920 e 38552 e mantendo aqueles relativos às notas fiscais nºs 11981 e 1063, reconhecidos como devidos pelo impugnante, totalizando a quantia de R\$1.339,78, conforme quadro de fl. 234.

Reportando-se à infração 4, a JJF a manteve integralmente, ressaltando ter sido reconhecida pelo sujeito passivo.

No que se refere à infração 5, a JJF destacou o fato alegado pelo autuado, de dificuldade técnica para gerar os arquivos magnéticos não entregues à fiscalização, sustentando que os documentos fiscais disponibilizados possibilitaram o desenvolvimento dos trabalhos de fiscalização, razão pela qual a multa por descumprimento de obrigação acessória deveria ser absorvida pela da obrigação principal, nesse passo, sendo cancelada ou reduzida.

A JJF decidiu pela procedência da infração, sob a seguinte fundamentação:

“Quanto ao argumento de que a multa desta infração seja absorvida pela da obrigação principal, não pode ser acolhida tendo em vista que os valores exigidos por descumprimento da obrigação principal nas infrações 3 e 4 corresponde a valor muito inferior à aplicada nesta infração de R\$329.375,71. Logo, não pode ser absorvido um valor maior da multa por descumprimento de obrigação acessória por um valor menor do descumprimento da obrigação principal. Além disso, não há vinculação entre as infrações que motivaram a exigência de imposto por descumprimento de obrigação principal e a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória.

Também não pode ser acatado o pedido de exclusão da multa, tendo em vista que o art. 708-A do RICMS/BA determina que os arquivos magnéticos devam ser entregues ao Fisco. Caso isso não ocorra podem ser exigidos mediante intimação e o não atendimento resulta na aplicação da multa sobre os valores das operações praticadas no período correspondente. Observo que o autuado não atendeu a intimação para entregar os arquivos magnéticos do período de janeiro/07 a maio/08 (fl. 10) ficando caracterizado o cometimento da infração (art. 708-B do RICMS/BA).

Com relação ao pedido de redução da multa, verifico que a proposta pelo autuante é prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96, portanto é legal.

Ressalto que diante da evolução tecnológica, a legislação tributária determina que as empresas ao praticarem operações sujeitas à incidência do ICMS devem produzir arquivos magnéticos nos quais constem dados relativos às operações praticadas. Os arquivos magnéticos constituem um instrumento eficaz de controle para a administração tributária, visto que possibilitam a aplicação de roteiros de auditorias com base nos dados contidos nos arquivos magnéticos. É certo que os roteiros de auditorias podem ser realizados sem os arquivos magnéticos quando disponibilizados os livros e documentos fiscais, situação em que impõe maior grau de dificuldade pelo seu manuseio físico ao invés da utilização de dados magnéticos.

Na situação presente, verifico que de acordo com o demonstrativo à fl. 14 a empresa teve faturamento de R\$32.937.581,92 no período de janeiro/07 a maio/08 o que demonstra faturamento anual de mais de vinte milhões de Reais por ano. Logo, percebe-se que não se trata de uma empresa de pequeno porte que justificasse desprovimento de assistência tecnológica.

Considerando que no caso concreto ficou comprovada a falta de entrega dos arquivos magnéticos mesmo depois de concedido prazo de mais de sessenta dias para sua entrega, ficou caracterizada a infração. Não acolho o pedido de redução da multa em razão de que não foram apresentados com a defesa motivos convincentes que justificassem a impossibilidade de geração e entrega dos arquivos magnéticos exigidos mediante intimação. Infração mantida.”

Inconformado com a Decisão que julgou procedente a infração 5, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 245/251), insurgindo-se apenas quanto a ela.

Inicialmente, teceu comentários sobre a Decisão da primeira instância, argumentando que, em sua defesa, demonstrou a total imprestabilidade dos arquivos magnéticos para a conclusão da fiscalização, fundamentação esta não considerada pelos membros da Junta de Julgamento.

Aduziu que a falta de entrega dos arquivos magnéticos, “*aqui reconhecida e justificada em face de problemas técnicos e regionais, não gerou qualquer entrave à fiscalização, não se vislumbrando sequer qual seria sua prestabilidade para o desenvolvimento e conclusão do trabalho desenvolvido pelo Sr. Auditor face a fiscalização realizada e efetivamente concluída.*”

Transcreveu trecho do acórdão recorrido, objetivando reforçar a sua tese sobre a imprestabilidade do arquivo magnético, assegurando que apenas a verificação da escrituração fiscal e demais documentos disponibilizados pelo ora recorrente se apresentava mais que suficiente para a conclusão da fiscalização e, se bem e detidamente analisados, não teriam gerado os apontamentos constantes da autuação.

Destacou que no presente caso, a omissão quanto à entrega dos arquivos magnéticos não gerou qualquer prejuízo ao fisco, posto que não deixou de proceder à fiscalização, tampouco de autuar, “*mesmo que exacerbadamente o Contribuinte ora recorrente*”.

De outra parte, reiterou que por não ter causado qualquer prejuízo ao fisco, “*foi o contribuinte autuado em nada menos que na estapafúrdia quantia de R\$329.375,71*”.

Proseguiu, asseverando se encontrar estabelecido em uma região promissora, mas, ainda comandada pelas dificuldades inerentes ao sertão e à caatinga, com população carente de “aculturação” que permitisse o atendimento rápido das determinações emanadas pelo “Poder Público”, inclusive pelo fisco, afirmando ser a utilização de sistema eletrônico para encaminhar informações fiscais, ainda considerado um “terror” para aqueles acostumados à escrita fiscal manual, não havendo, na região suporte e assistência técnica para o regular manuseio.

Alega que não se pode exigir destes contribuintes, “*que prejuízo algum causaram ao fisco, as mesmas prerrogativas daqueles que moram na Capital ou circunvizinhança, sem que para tanto, tenha se dado total suporte e condição técnica que viabilize a utilização dos sistemas informatizados da Receita.*”

Em seguida, citou e transcreveu o § 5º do artigo 915 do RICMS, para argumentar que a multa dessa infração deve ser absorvida pela da obrigação principal.

Por último, disse ter ultrapassado as dificuldades preliminares da adaptação ao sistema, passando a fornecer as informações correta e regularmente ao fisco, o que comprova a sua intenção de seguir com a observância da legislação, informando ainda que pretendia apresentar, nesta oportunidade, os arquivos magnéticos alusivos ao período autuado, para comprovar a sua boa-fé, entretanto, não foi possível devido ao exíguo prazo entre o julgamento e o Recurso Voluntário, comprometendo-se a cumprir a entrega antes do julgamento desta Câmara de Julgamento Fiscal.

Em conclusão, pediu o Provimento do Recurso Voluntário, para que fosse a multa elidida ou reduzida, por ser de justiça.

O douto representante da PGE/PROFIS apresentou o seu Parecer (fls. 256 a 257), opinando pelo Não Provimento, porquanto o argumento da possibilidade de absorção da sanção aplicada na infração 5 pelas penalidades imputadas naquelas de nºs 3 e 4, não poderia ser acolhido, em face de não se referirem aos mesmos fatos infracionais, asseverando que o descumprimento da obrigação

inviabilizava uma apreensão pela fiscalização de “*todo plexo tributável referente às operações do contribuinte*”.

Ressaltou que o autuado operava no ramo de supermercado, situação que por si só dificultava o trabalho da fiscalização, em razão da vultosa quantidade de mercadorias comercializadas.

Aduziu que, “*em que pese aparentemente a ira imposta à conduta seja robusta, a sanção nesta hipótese guarda uma necessária correlação com o potencial de lesividade ao erário decorrente da omissão apontada e, neste caso específico, devidamente reconhecida pelo recorrente.*”

Finalizando, o ilustre procurador sustentou o seu opinativo pelo conhecimento e Desprovimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Do estudo atencioso do presente PAF, verifico versar o Recurso Voluntário sobre a irresignação do sujeito passivo com a Decisão do Auto de Infração supraidentificado, relativamente à infração 5, na qual se exige o pagamento de multa por descumprimento de obrigação acessória, em razão do não fornecimento de informações através de arquivo magnético, requerido no conduto de intimação, no lapso de 01/01/2007 a 31/05/2008, calculada a combinação sobre o valor das operações de saídas do estabelecimento, contudo limitada a 1%, conforme dispõe o art. 42, XIII-A, “g”, para o período de 01/01/2007 a 31/10/2007 e alínea “j”, do mesmo artigo, em alusão ao de 01/11/2007 a 31/05/2008.

Consoante detalhadamente relatado, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal julgou procedente a aludida autuação, tendo o sujeito passivo, nas suas razões recursais, se concentrado na tese da imprestabilidade dos arquivos magnéticos como ferramenta para fiscalização, assegurando inexistir qualquer prejuízo ao roteiro de fiscalização pela falta de suas apresentações.

Analisando-se o mérito da imputação, verifica-se que o enquadramento utilizado pelo autuante, ao aplicar a multa, se encontra contemplado na Lei nº 7.014/96, revelando que, ao revés do quanto sustenta o recorrente, a multa exigida nesta autuação não se apresenta abusiva.

Com efeito, as alíneas “g” e “j” do inciso XIII-A, art. 42, inserido na Lei nº 7.014/96 mediante a alteração promovida pela Lei nº 10.847/2007, estatuem, expressamente, a aplicação da multa, *verbis*:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

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:

(...)

Redação anterior dos dispositivos abaixo, todos do inciso XIII-A do caput do art. 42 (Lei nº 9.430, de 10/02/05, DOE de 11/02/05), efeitos de 11/02/05 a 27/11/07

“XIII-A

(...)

g) 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas 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 tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;”

j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo;

Registre-se permanecer a previsão de aplicação da multa em todas as alterações legislativas posteriores.

No que pertine à tese da absorção da sanção imputada na infração 5 pelas penalidades aplicadas nas increpações de nºs 2 e 3, comungo com o entendimento expressado pela PGE/PROFIS, no Parecer de fl. 257, de que razão não assiste ao recorrente, porquanto não se reportam aos mesmos fatos geradores, além do que o descumprimento da obrigação acessória inviabiliza um conhecimento pela fiscalização de todo o contexto tributável referente às operações do contribuinte.

No que tange à pretensão do recorrente para que o órgão julgador aplique o disposto no artigo 42, § 7º, da Lei nº 7014/96, necessária se apresenta a análise dos dois requisitos estabelecidos para redução ou cancelamento da multa aplicada por descumprimento de obrigação acessória: a inexistência de dolo, fraude ou simulação no descumprimento do dever instrumental e, ainda, que o ilícito não tenha tido como consequência direta a falta de recolhimento de tributo.

Na hipótese vertente, pelos elementos informativos residentes no feito, não se pode afirmar, com convicção e fundamento, de que não houve prejuízo para o Fisco, em razão da dificuldade, sem a ajuda do sistema eletrônico, de serem “cruzadas” as informações do contribuinte com a de seus clientes e fornecedores.

Ressalte-se que o contribuinte opera no ramo de supermercado, tendo como atividade principal o varejo, com inúmeras pequenas vendas, dessa forma se tornando bastante difícil à realização manual de roteiros de auditorias.

Aliado a isso, a atitude assumida pelo sujeito passivo, ao longo da ação fiscal, de não entregar os arquivos magnéticos, nesse passo, não atendendo, até o presente momento, à intimação para apresentação dos referidos arquivos, apesar do compromisso expressado na sua peça recursal às fl. 250 de regularizar antes do julgamento pela Câmara, lamentavelmente, aponta para embaraço ao exercício da fiscalização, que ficou impedida de seguir roteiros de auditorias, conforme consigna o autuante às fl. 221, gerando, como consequência, insegurança na avaliação do comportamento adotado pelo contribuinte, dispondo textualmente:

“(...)a não apresentação dos arquivos magnéticos, confessada pelo contribuinte em sua peça defensiva, trouxe efetivamente prejuízos ao Estado, pois privou-o da única ferramenta verdadeiramente eficaz para a real fiscalização, tanto que a respectiva Ordem de Serviço foi encerrada com este Auto de Infração sem que se pudesse realizar um único roteiro que homologa exercícios fiscalizados (ao contrário de outros contribuintes, como dito acima).

O valor cobrado a título de ICMS neste Auto de Infração provavelmente é muito inferior ao que poderia ter sido detectado com a ajuda dos arquivos magnéticos.”

Logo, a omissão do contribuinte enfraquece a sua tese recursal, sobretudo porque não produziu qualquer prova no sentido de que tenha envidado esforços para cumprir tal obrigação legal.

Válido ressaltar que o julgador se cinge à prova dos autos e, no caso específico, o conjunto probatório acostado não permite se chegar à conclusão diversa da ora expressada.

Concludentemente, o Recurso Voluntário não traz à apreciação desta CJF qualquer fato novo, real e concreto, encontrando-se o feito desacompanhado de prova documental hábil para promover a alteração no julgamento proposta pelo sujeito passivo, razão pela qual considero a Decisão proferida pela 4ª JJF, no particular, correta, incapaz de sofrer qualquer tipo de censura no seu conteúdo.

Entretanto, verifico existir um equívoco material na presente autuação, o qual deve ser corrigido nesta oportunidade, independentemente de provocação do sujeito passivo, por medida de economia e celeridade processuais e, sobretudo, como forma de realizar o princípio da legalidade a que estamos todos, membros da Administração, irremediavelmente vinculados.

O erro material ora mencionado diz respeito às datas da ocorrência da infração 5, tratando da aplicação de multa por falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com as informações das operações ou prestações realizadas.

Assim é que, nos casos em que se atribui ao contribuinte à falta de cumprimento de determinada intimação, aplicando-lhe a respectiva multa, só se considera ocorrida a infração no primeiro dia útil subsequente ao termo final do prazo fixado pela autoridade fazendária competente, inexistindo, durante o prazo, por óbvias razões, descumprimento da intimação e, portanto, não havendo infração.

Nesse sentido, inclusive, dispõe OTE-DPF-3005, item 6:

“6 – Caso o contribuinte não entregue o arquivo solicitado ou o apresente ainda com inconsistências, deve ser lavrado Auto de Infração em razão do não atendimento à intimação, conforme referido no item 2 desta orientação gerencia, hipótese em que deverá ser anexada ao Auto de Infração a intimação não atendida.

6.1 – Na lavratura de Auto de Infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento do Auto de Infração deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com correção dos erros indicados.

6.2 – Tratando-se de infração relacionada à omissão de informação ou divergência mencionadas nos subitens 1.1 e 1.2, os campos ‘data de ocorrência’ e ‘data de vencimento’ do Auto de Infração, deverão ser preenchidos com a data de envio do respectivo arquivo.”

Portanto, como a intimação fornecida ao contribuinte foi entregue em 14/04/2010 (fl. 10), findando-se o prazo de cinco dias úteis em 22/04/2010, somente em 23/04/2010 - primeiro dia útil subsequente -, considera-se como ocorrida a infração, devendo esta data constar dos campos “data de ocorrência” e “data de vencimento” do quadro demonstrativo da infração 5 – 16.12.15 (fls. 02 e 03 do Auto de Infração).

Em suma, o meu voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e, de ofício, modificar os campos rotulados como “data da ocorrência” e “data de vencimento” da infração 5, com fundamento no §7º do art. 164 do RPAF/BA, devendo neles constar a data de 23/04/2010, por se encontrar em estrita consonância com o Direito e a Justiça.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 269275.0002/10-8, lavrado contra **R.D. COMERCIAL DE ALIMENTOS E RAÇÕES LTDA. (R.D. RAÇÕES)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.571,83**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$330.274,37**, previstas no art. 42, incisos IX, XI e XIII-A, “j”, da citada lei, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de julho de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS