

A. I. Nº - 114155.0401/10-4
AUTUADO - FERNANDO MANUEL CASTRO DE AZEVEDO CRUZ & CIA. LTDA.
AUTUANTE - PAULO CESAR CARVALHO DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 15.12.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0321-04/11

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA APÓS INTIMAÇÃO. MULTA. Multa de 1% sobre as saídas. Restou comprovado nos autos que no período fiscalizado o contribuinte não preenchia os requisitos previstos na legislação do imposto da dispensa da entrega dos arquivos magnéticos ou entrega sem determinados Registros. Infração caracterizada. Não acatado o pedido de decadência do lançamento tendo em vista que o mesmo foi efetivado dentro do prazo legal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 22/12/10 para aplicar multa no valor de R\$33.218,55, em razão de ter deixado de fornecer arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária requeridos mediante intimação, com informações das operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas ou prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas.

No campo da descrição dos fatos foi indicado que a empresa deixou de apresentar no prazo regulamentar, quando intimado em 18/11/10 os referidos arquivos magnéticos com falta dos registros: 2005 – registros 54, 60, 74 e 75; 2006 – registros 60R e M, e 74.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 21 a 35) ressalta a tempestividade da defesa, diz que o processo encontra-se viciado, tendo em vista que o crédito tributário no lançamento do tipo por homologação, o prazo decadencial para constituir o crédito tributário é de cinco anos, contados a partir do fato gerador, consoante o disposto no art. 150, §4º do CTN. Afirma que não tendo a administração tributária realizado a contento o ato de lançamento no prazo estipulado, ficará extinto o crédito tributário, conforme dispõe o art. 156, V do mesmo diploma legal.

Observa que tendo sido o Auto de Infração lavrado em 27/12/10 com solicitação de informações (arquivos magnéticos) de períodos já abarcados pela decadência, cujos supostos créditos tributários, decorrentes de multa, são anteriores à 16/12/10, ou seja, compreendido entre 01/01/05 a 26/12/05 foram tolhidos pela decadência, conseqüentemente, não havendo como prosperar.

Ainda preliminarmente, observa que o preposto fiscal incorreu em erro ao solicitar apresentação do Registro 54 e o Registro 60 R, haja vista que, por não se tratar de empresa que atua no ramo atacadista, nem utiliza formulário contínuo, não está obrigada a apresentar tais informações.

Relativamente ao exercício de 2005, afirma que o Dec. 9.426/2005 estabelece no seu art. 3º, que os usuários do Sistema Eletrônico de Processamento de Dados (SEPD) ficam dispensados do fornecimento de certas informações fiscais, como é o caso dos Registros 54 e 60-R, no período compreendido entre 01/01/00 e 31/12/05, conforme transcreveu à fl. 24.

Com relação ao exercício de 2006, ressalta que o Dec. 10.036/06, ao dispor sobre o prazo de entrega dos arquivos magnéticos, também excepciona a obrigatoriedade para aqueles contribuintes usuários do SEPD, com faturamento inferior à R\$ 72 milhões, para o período compreendido entre 01/01/06 e 31/12/06, conforme transcreveu à fl. 25.

Chama a atenção que o inciso II do mencionado dispositivo legal dispõe que se tratando de contribuinte que “utilize o SEPD somente para emissão de cupom fiscal e escrituração de livros fiscais, o que é o caso da autuada, fica dispensada a emissão dos Registros 60-R e 61-R”, não podendo prosperar a infração apontada já que, por disposição legal expressa (Dec. 9.426/05 e 10.036/06), não tinha obrigatoriedade de elaborar e muito menos fornecer ao Fisco tais registros, após transcorridos alguns meses, mais de 05 (cinco) anos.

Discorre sobre as obrigações tributárias (principal ou acessória) e diz que o descumprimento do dever instrumental (obrigação tributária acessória) pela não entrega do arquivo SINTEGRA – Registros 74 e 75 -, apontado pela fiscalização, não acarretou prejuízo algum ao Fisco Estadual, já que o ICMS do período autuado (01/2005 – 12/2006) fora oportuna e integralmente pago e o Inventário da empresa realizado em documento próprio.

Ressalta que o Registro 74 refere-se ao inventário inicial e final da empresa, emitido via arquivo magnético, inclusive contendo informações do Reg. 75, sendo que a remessa do arquivo em meio magnético é exigida apenas e tão somente para facilitar a fiscalização da empresa, mas independente de sua entrega, os mesmos estão disponibilizados ao Fisco em documento próprio, não causando qualquer tipo de embaraço.

Salienta que relativamente ao exercício de 2006, só não foi entregue o arquivo relativo ao mês de outubro, sendo que os mais importantes são os dos meses de dezembro e de janeiro.

Aduz que não há que se falar em qualquer prejuízo ao Estado da Bahia pela ausência da remessa do arquivo, que justifique uma imposição de multa tão elevada, estando à disposição do Fisco os inventários e documentos fiscais guardados na sede da empresa, sem causar prejuízo ao Fisco.

Destaca que a legislação do ICMS do Estado da Bahia sofre alterações quase diárias o que dificulta o seu cumprimento, recaindo esta dificuldade sobre os próprios Fiscais, com informações truncadas fornecidas pelo setor de Consultas Fiscais, inclusive sobre a obrigatoriedade da entrega do arquivo magnético, que constitui uma verdadeira “salada de frutas” estabelecendo um leque de exceções, seja relativamente a registro, sejam relativas a contribuintes ou lapsos temporais. Pede que o Julgador atente para estes fatos.

Invoca a seu favor o princípio da insignificância ou bagatela, visto que sua conduta não implica em lesão significativa a bens jurídicos relevantes da sociedade, e mesmo que formalizada resulta em lesão desprezível o bem jurídico protegido, não havendo tipicidade e pena. Conclui que deve ser atentado para os princípios básicos: exclusão do sistema o que já não possui mais relevância; não permitir que algo de importância irrisória seja admitido no sistema.

Discorre sobre o princípio da vedação do confisco previsto no STN (art. 150, IV, da CF), sacrificando a fonte produtora de receitas tributárias, de forma excessiva e onerosa, de modo a aniquilar o elemento particular tributável no desempenho de suas atividades, tornando público o patrimônio privado, o que constitui ofensa aos princípios basilares que regem a ordem econômica (artigo 170 e seguintes da CF/88). Transcreve parte de texto de autoria de doutrinadores para reforçar o seu posicionamento de que o tributo não pode elevar ao princípio do confisco, cita decisões de Tribunais Superiores (RE 80.093-SP) objetivando tornar a penalidade proporcional e razoável, nos termos da norma constitucional, a exemplo do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) que decidiu ser inconstitucional os §§2º e 3º do art. 57 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e também a suspensão da aplicabilidade do art. 3º, Parágrafo Único da Lei 8.846/94 (ADIMC-551/RJ e 1075-1/DF), bem como outras decisões de tribunais da mesma natureza (TRF – 4ª Rg, AC nº 565765; TRF-5ª Rg. MS nº 2001.83.00.0158724).

Alega ser injusto impor uma penalidade de R\$33.128,55 em razão do descumprimento de uma obrigação acessória, que não trouxe prejuízo ao Fisco Estadual. Requer acolhimento da defesa.

No mérito, requer que seja declarada a insubsistência desta infração por inexistir obrigatoriedade da entrega dos Registros 54 e 60 R (Dec. 9.426/05 e 10.036/06) e qualquer prejuízo ao Estado.

Em petição de 25/01/11 (fl. 46) o autuado solicita juntar ao processo um CD contendo o arquivo magnético reenviado relativo aos Registros 74 e 75, para atestar a inexistência de dolo.

O autuante presta informação fiscal (fls. 50/57), inicialmente comenta a infração, argumentos defensivos, transcreve os artigos do CTN pertinentes ao lançamento (ofício, declaração) e afirma que o Direito Positivo Brasileiro não admite a existência do chamado autolancamento, tendo, inclusive, consagrado no art. 142 do CTN que o lançamento é ato privativo da autoridade administrativa, assegurando, com isto, um maior controle sobre os administrados, uma vez que nesta modalidade de lançamento cabe ao sujeito passivo da obrigação tributária a apuração do montante devido.

Argumenta que a defesa ao basear-se exclusivamente no previsto no art. 150, §4º do CTN, pressupõe que a obrigação de entregar os arquivos magnéticos à Secretaria da Fazenda ocorre por homologação, o que discorda, por entender que a entrega está prevista no lançamento por ofício e, diferentemente da arguição do autuado, a não entrega ou a entrega parcial dos arquivos magnéticos solicitados só prescreve o direito da Fazenda Pública Estadual de reclamar, contado em conformidade com o art. 173, I, Parágrafo único do CTN.

Quanto à obrigatoriedade de entregar os arquivos magnéticos contendo os registros 54 e 60R, esclarece que no período fiscalizado (01/01/2005 a 31/12/2006) a empresa apurava o ICMS através da “C/CORRENTE FISCAL” na condição de “NORMAL”, além de utilizar o SEPD desde 28/08/00 para a escrituração dos Livros Registros de Entrada, Registros de Saída, Registros de Apuração do ICMS e, desde 04/12/02 para escrituração do Livro Registro de Inventário, como demonstra o histórico de dados cadastrais, em anexo.

Afirma que utilizando o SEPD “para a emissão de cupom fiscal” e livros fiscais, não se enquadra na condição prevista no Dec. 9.426/05 que é de utilizar exclusivamente para a emissão de cupom fiscal, nem tampouco, nas condições previstas no Dec. 10.036/06 que exige a utilização do SEPD para a emissão de cupom fiscal e também que esteja inscrito do CAD-ICMS na condição de empresa de pequeno porte.

Ressalta que mesmo que o Decreto nº 10.036/06 dispense no art. 1º, II aos contribuintes que utilizam o SEPD somente para emissão de cupom fiscal e escrituração de livros da entrega dos Registros 60R e 61R, ao não entregar, quando intimado, o Registro 74 do exercício de 2006, não fica imune da multa prevista no art. 42, XIII-A, “f” da Lei 7.014/96 alterada pela Lei 9.159/04, já que forneceu informações com omissão de operações prevista na legislação estadual.

Com relação aos argumentos de que a falta de entrega dos arquivos com os Registros 74 e 75 não causam prejuízo ao Estado, falta de clareza da legislação, princípio da bagatela, violação de princípios constitucionais do não confisco, proporcionalidade e razoabilidade, esclarece que exerce atividade vinculada e dessa forma cabe aplicar a legislação em vigor. Requer a procedência da autuação.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal (fls. 69/70), tendo concedido prazo de dez dias para se manifestar, o que não ocorreu no prazo legal.

VOTO

Na defesa apresentada o autuado suscitou que ocorreu a decadência do lançamento relativo ao período anterior a 26/12/05 considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 27/12/10, sob o argumento de que é previsto o prazo de cinco anos para a formalização do crédito tributário dos tributos por homologação conforme disposto no art. 150, § 4º do CTN.

O art. 150, § 4º do CTN, estabelece que “Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5

(cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

Art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos relativos ao exercício de 2005, ou seja, os fatos geradores ocorreram entre o período de 01/01/05 a 31/12/05 e só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/11. Por isso rejeito a decadência suscitada.

Preliminarmente, pondera que a fiscalização incorreu em erro ao solicitar apresentação dos Registros 54 e 60 R, os quais não são obrigatórios sua apresentação em função de sua atividade de atacadista e não utilização de formulário contínuo. Entendo que se trata do mérito da questão o que será apreciado a seguir.

No mérito, o Auto de Infração aplica multa em decorrência da falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária requeridos mediante intimação.

O autuado alegou na sua defesa que não tinha obrigação de apresentar arquivos magnéticos:

- a) O art. 3º do Dec. 9.426/05 dispensa o fornecimento dos Registros 54 e 60-R, no período compreendido entre 01/01/00 e 31/12/05;
- b) O Dec. 10.036/06 excepciona entrega dos arquivos magnéticos para os contribuintes usuários do SEPD, com faturamento inferior à R\$ 72 milhões no período de 01/01/06 e 31/12/06;
- c) A falta de entrega dos arquivos magnéticos não causou prejuízo ao Estado e a penalidade é excessiva.

Estes argumentos foram contestados pelo autuante afirmando que o estabelecimento autuado não se enquadra nas situações de dispensa de entrega dos arquivos e a multa é prevista em lei.

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que o autuado foi intimado em 18/11/10 para fazer entrega dos arquivos magnéticos (fl. 7) com indicação da falta dos Registros 54, 60R, 74 e 75 no exercício de 2005 e Registro 74 e 60R, conforme Relação de Arquivos Recepcionados (fls. 14/18), tendo sido concedido prazo de trinta dias. O Auto de Infração foi lavrado em 27/12/10, tendo o autuado juntado petição em 25/01/11 (fls. 46/48) informando ter reenviado os arquivos magnéticos com os Registros 74 e 75.

Portanto, restou comprovado que o autuado não atendeu a intimação no prazo legal de trinta dias para corrigir os arquivos magnéticos, só vindo a fazê-lo em momento posterior ao da autuação.

Quanto ao argumento da não obrigatoriedade de apresentar arquivo magnético ou apresentar dispensado de determinados Registros, verifico que o autuante juntou documento à fl. 59 o qual indica que o estabelecimento autuado utiliza SEPD para escrituração dos livros Registro de Entrada, Registro de Saída e de Apuração do ICMS a partir de 28/08/08 e para escriturar livro Registro de Inventário a partir de 04/12/02.

Com relação ao exercício de 2005, como citado pelo autuado o art. 3º do Dec. 9.426/05 estabelece:

Art. 3º. Os usuários de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados – SEPD ficam dispensados, no período de 1º de janeiro de 2000 até 31 de dezembro de 2005, da entrega, em arquivo magnético, das seguintes informações:

I – das exigidas no Capítulo I do título IV do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997, tratando-se de contribuinte:

- a) Que utilize SEPD exclusivamente para emissão de cupom fiscal;
- b) Inscrito no CAD- ICMS na condição de empresa de pequeno porte.

Pelo exposto, conforme ressaltado pelo autuante o autuado não preenchia as condições estabelecidas no art. 3º do Dec. 9.426/05 tendo em vista que não utilizava o SEPD exclusivamente para emissão de cupom fiscal, além de que escriturava livros fiscais utilizando o SEPD e também estava inscrito no CAD-ICMS na condição de Normal e não como EPP. Logo, estava obrigado a entregar os arquivos magnéticos no exercício de 2005 e não o tendo feito, fica sujeito a aplicação da multa pela falta da entrega prevista no art. 42, XIII-A, “f” da Lei 7.014/96.

Com relação ao exercício de 2006, como citado pelo autuado o art. 1º do Dec. 10.036/06 estabelece:

Art. 1º. Os usuários de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados – SEPD, com faturamento no ano de 2005 inferior a R\$72 milhões, ficam dispensados, no período de 1º de janeiro de 2006 até 31 de dezembro de 2006, da entrega, em arquivo magnético, das seguintes informações:

I – das exigidas no Capítulo I do título IV do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997, tratando-se de contribuinte:

- a) Que utilize SEPD exclusivamente para emissão de cupom fiscal;
- b) Inscrito no CAD- ICMS na condição de empresa de pequeno porte.

II – dos Registros 60R e 61R, tratando-se de contribuinte que utilize SEPED somente para emissão de cupom fiscal e escrituração de livros fiscais.

Da mesma forma que apreciado em relação ao exercício de 2005, a condição exigida para dispensa de entrega do arquivo magnético era concomitantemente de faturamento inferior a R\$72 milhões no exercício anterior; utilizar SEPD exclusivamente para emissão de cupom fiscal e inscrito como EPP. Como a empresa apurava o ICMS na condição de NORMAL, além de utilizar o SEPD para a escrituração dos Livros Registros de Entrada, Registros de Saída, Registros de Apuração do ICMS e Livro Registro de Inventário, não estava dispensado da entrega dos arquivos magnéticos com os Registros 74 e 75, ficando também sujeito a multa aplicada.

Por fim com relação ao argumento de que falta de entrega dos arquivos magnéticos ou entrega com falta de registro não causou prejuízo ao Estado e que a penalidade é excessiva, não pode ser acatada por diversos motivos. Primeiro é que a exigência dos arquivos já tinha sido instituída (Convênios nºs ICMS 57/95, 75/96 e 66/98, 33/99), há um prazo longo o que possibilitou as empresas para se adaptarem a sua elaboração. Segundo, o arquivo magnético é importante para efeito de controle por parte do Fisco, possibilitando desenvolver roteiros de auditorias com a utilização dos dados contidos nos mesmos. Terceiro, a empresa foi intimada em 18/11/10 e teve mais de trinta dias para corrigir os arquivos até a lavratura do Auto de Infração em 22/12/10 e não o tendo feito, caracterizou o cometimento da infração, não corrigindo seus efeitos a apresentação dos arquivos com os Registros 74 e 75 em momento posterior da apresentação da defesa (fl. 47). A multa aplicada é prevista no art. 42, XIII-A, “f” da Lei 7.014/96, portanto é legal.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade da legislação tributária, resalto que conforme dispõe o art. 167, I do RPAF não cabe ao órgão julgador declarar a inconstitucionalidade da mesma.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.º 114155.0401/10-4, lavrado contra

FERNANDO MANUEL CASTRO DE AZEVEDO CRUZ & CIA LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$33.218,55**, prevista no art. 42, XIII-A, “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR