

PROCESSO - A. I. N° 207160.0010/11-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e TELEBLOCOS MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
RECORRIDOS - TELEBLOCOS MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0167-05/12
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 11/04/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0074-12/13

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTA. Comprovada a falta de entrega dos arquivos, com o saneamento das inconsistências verificadas, ocasião em que houve o fornecimento da listagem Diagnóstico, nos termos da legislação. Neste caso, correta a aplicação da multa prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96. Corrigida a data de ocorrência para o primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados. Não acolhidas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida através do Acórdão nº 0282-01/11 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/BA, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte inconformado com a referida Decisão, com base no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 29/09/2011, aplica multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$239.167,60, através da seguinte infração: “*Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Falta de apresentação dos registros 54, 60R, 61R, 74 e 75, impossibilitando a aplicação do Roteiro de Estoque (Levantamento Quantitativo por Espécie de Mercadorias)*” – Multa de 1%.

A 5ª JJF prolata a seguinte Decisão:

“Trata-se de Auto de Infração originado pela falta de entrega das retificações dos arquivos magnéticos do período de janeiro de 2007 a dezembro de 2010, exigidos mediante intimação, com informações das prestações realizadas. Em decorrência da falta de apresentação dos Registros 54, 60R, 61R, 74 e 75, o autuante ficou impossibilitado de aplicar o Roteiro de Auditoria de Estoques, razão da aplicação das multas previstas no art.42, XIII-A, “g” da Lei nº 7.014/96, no período de 31/01/2007 a 31/10/2007, e no Art.42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96, no período de 31/11/2007 a 31/12/2010.

A legislação atribui aos usuários de sistema eletrônico de processamento de dados, a obrigatoriedade de fornecimento, quando solicitado, de documentação minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição (lay out) dos arquivos, listagem dos produtos e alterações, (Convênio ICMS 57/95).

Entende-se por registro fiscal as informações gravadas em meio magnético, referentes aos elementos contidos nos documentos fiscais. A cláusula vigésima do referido convênio dita que a captação e a consistência dos dados referentes aos elementos contidos nos documentos fiscais, para o meio magnético, a fim de compor o

registro fiscal, não poderão atrasar por mais de cinco dias úteis, contados da data da operação a que se referir. Quanto aos livros fiscais, escriturados por sistema eletrônico de processamento de dados, deverão estar disponíveis no estabelecimento do contribuinte, decorridos dez dias úteis do encerramento do período de apuração.

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

Com vistas a orientar a execução dos serviços destinados à emissão de documentos e à escrituração de livros fiscais, bem como à manutenção de informações em meio magnético, por contribuintes do IPI e do ICMS usuários de sistema eletrônico de processamento de dados, na forma estabelecida no Convênio ICMS 57/95, foi editado o Manual de Orientação, no qual no item 7, está delimitada a “ESTRUTURA DO ARQUIVO MAGNÉTICO”, com a definição dos tipos de registros.

Na presente lide consta que o sujeito passivo não entregou ao fisco, quando intimado, os Registros 54, (Registro de Produto – classificação fiscal); Registro 60 R (Registro destinado a informar as operações realizadas com os documentos fiscais, emitidos por ECF); R 61R (Registro de documentos fiscais quando não emitidos por ECF), Tipo 74 (Registro de Inventário) e Tipo 75 (Registro de Código de Produto e Serviço).

Deste modo, comprovada a falta de atendimento ao que dispõe o RICMS/97, art. 708-B:

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.

Para a consecução deste objetivo, o autuante intimou a empresa, no dia 06/07/2011, para apresentar os arquivos magnéticos no prazo de 05 dias úteis. Contudo, apesar de justificar a não obrigatoriedade da apresentação do R - 54, por não comercializar na modalidade atacado, o contribuinte não entregou os arquivos 60R, 74 e 75, sob o argumento de que não teria a possibilidade de cumprir o prazo previsto no § 5º do art. 708-B do RICMS/BA.

Nota que o contribuinte foi intimado previamente para a regularização das inconsistências, no prazo de 30 dias úteis, consoante documento de fls. 21, quando lhe foi fornecida a Listagem Diagnóstico, em obediência ao § 3º do art. 708-B, como segue:

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

Quanto ao fato de o contribuinte afirmar que poderia ter solicitado prorrogação do prazo para apresentação dos arquivos, de fato, isto é possível, desde que requerido ao inspetor fazendário, o qual, mediante despacho fundamentado poderia tê-lo concedido. Mas estas providências não estão demonstradas nos autos.

Ademais, o § 6º do art. 708-B, é claro ao dispor que 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.

Contudo, cabe retificar a data de ocorrência do fato gerador, para o dia 29/09/2011, consoante disciplina da OTE -DPF 3005, que no item 6.1 estabelece que “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 a correção dos erros indicados”.

Pelo exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Houve a interposição do Recurso de Ofício pela 1ª JJF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 02 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Inconformado com a Decisão, a empresa interpõe Recurso Voluntário (fls. 570/584). Após observar sua tempestividade, requer a nulidade do Auto de Infração por indicação equivocada da infração ora em combate. Transcrevendo as determinações do art. 18, IV e § 2º do art. 18, do RPAF/BA, afirma que como os fatos geradores ocorreram entre os exercícios de 2007 a 2010, o art. 42, XIII-A, da Lei nº 7.014/96 é inaplicável, pois somente surgido após o fato gerador ocorrido.

Indica, em seguida, a infração a ele imputada e diz que, como anteriormente tinha explicitado, não possui atividade econômica de comércio por atacado, nem utiliza sistema eletrônico de processamento de dados para emissão de notas fiscais, logo está dispensado da apresentação do registro 54 nos arquivos magnéticos. Havia também informado que possui aplicativo de emissão de cupom fiscal da empresa P&A Informática, porém a escrituração das notas fiscais é feita pelo sistema Prosoft da empresa de contabilidade contratada. Que apesar de ter solicitado os referidos arquivos, esta não conseguiu realizar a sua consolidação no prazo disponibilizado pelo RICMS/BA. No entanto tais argumentos não foram aceitos nem pelo autuante nem pela JJF, exigindo que a empresa recolha a multa acessória no valor original de R\$239.167,60.

Afirma ser empresa familiar com mais de 30 anos no mercado e que nunca havia sido autuado e nem tem qualquer demanda com Estado. Tanto isto é verdade que lhe está sendo imputa da multa por descumprimento de uma obrigação acessória, significando dizer que as obrigações principais da empresa estão adimplidas. Em assim sendo, mesmo diante de sua presteza, foi lavrado o presente Auto de Infração “*sob a alegação de que os relatórios enviados para a autuante não são satisfatórios para a aplicação de roteiro de estoque que possibilitasse ao fisco atestar a regularidade fiscal da empresa, o que não se aplica*”.

Ressalta que o Convênio ICMS nº 57/95 obriga os contribuintes com faturamento anual superior a R\$360.000,00 a apresentar os arquivos magnéticos, bem como, que tal convênio permite aos Estados trocarem informações sobre as operações comerciais realizadas pelos contribuintes, simplificando e reduzindo as obrigações acessórias que os mesmos devam ter. Discorre, em seguida, sobre os objetivos do SINTEGRA. Porém todos estes aspectos devem estar encobertos sob o manto do princípio da legalidade, ou seja, que a multa ora em combate deve estar instituída por lei, como inclusive prevê o art. 97 e art. 113, § 2º, do CTN.

Além do mais, cita que as determinações da Cláusula 17ª do Convênio ICMS 57/95 estabelecem uma presunção “*jurus tantum*” ao prever que “*o registro fiscal (informações gravadas em meio magnético) corresponde aos elementos contidos nos documentos fiscais*”. Em assim sendo, a autuante não realizou qualquer exame prévio nos seus documentos fiscais ou qualquer outra verificação de sua escrituração fiscal, entendendo irrefutável que as informações preliminares emitidas pelo programa “*validador*” da SEFAZ/BA se encontravam divergentes daquelas constantes nos documentos fiscais. Como não existe lei que homologue o referido programa “*Validador*”, conclui que jamais poderia ter sido “*afastada a presunção de que o registro fiscal espelha os documentos fiscais de contribuinte e, por consequência, lhe sendo imputada multa, ainda mais quando tais registros já haviam sido entregues ao Fisco mês a mês*”.

Firma que embora tenha disponibilizado toda a documentação fiscal da empresa e que transmitiu, mês a mês, os arquivos magnéticos na forma estipulada no art. 708-A, do RICMS/97 (diz que fato negado pela fiscalização), quando intimado à fiscalização desconsiderou tal fato.

Volta a discordar de que a fiscalização restou impossibilitada de aplicar o roteiro de auditoria dos estoques, como afirma, por dois motivos. O primeiro é que, após analisar todo o arcabouço do sistema dos arquivos magnéticos, citando o Manual de Orientação aprovado pelo Convênio ICMS 57/95 que o registro fiscal através de meio magnético é elemento auxiliar da escrita fiscal, inclusive não contendo a assinatura do contribuinte. Para corroborar tal entendimento saca das determinações do art. 174, do CTN. Em segundo, a suposta inconsistência verificada nos arquivos magnéticos não impede “*a realização de fiscalização, uma vez que, na ausência dos registros magnéticos objeto da presente autuação, os autuantes poderiam utilizar-se de todos os outros livros fiscais disponibilizados pelo autuado, o que não ocorreu*”.

Passa a discorrer sobre o princípio da razoabilidade no processo administrativo fiscal e do objetivo da administração tributária em aplicar multas por descumprimento de obrigação acessória, entendendo inaplicáveis as determinações do art. 708-B do RICMS/97 em face de sua desproporcionalidade. Afirma não ser razoável a aplicação literal da norma inserta no § 6º do art. 708-B, do RICMS/97 uma vez que se a obrigação acessória constante do referido artigo é a efetiva

entrega dos arquivos magnéticos, não seria proporcional a aplicação de multa em valores astronômicos pela entrega supostamente com inconsistências. Assim, entende que o descumprimento em sua totalidade não enseja a aplicação da multa, já que o dever foi cumprido.

Aborda, em seguida, o seu entendimento que a multa aplicada gera confisco e nesta esteira, discorrendo sobre o princípio da legalidade diz que as determinações do art. 42, XII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96 é desproporcional e fere o princípio da razoabilidade. Neste contexto apresenta ensinamentos de Paulo Benevides, Decisão do STF e que o STJ já se posicionou em excluir multa sob a ótica de que “*o judiciário pode graduar ou excluir a multa, de acordo com a gravidade da infração, e com a importância desta para os interesses da arrecadação*”.

Passando, novamente, a se reportar a respeito da Cláusula 17º do Convênio ICMS 57/95 e que o fisco não restou impossibilitado de realizar uma auditoria fiscal, com base no art. 158, do RPAF/BA requer a reforma da Decisão recorrida para cancelar a multa aplicada. E arremata: “*Vale ressaltar que os auditores fiscais do Estado da Bahia arrecadam pontos que se convertem em remuneração quando os autos de infração são pagos pelos contribuintes, e a proliferação deste tipo de autos de infração com multas astronômicas em decorrência de um suposto descumprimento de obrigação acessória pode ter uma série de consequências do ponto de vista financeiro para as empresas, como também fiscal, desvirtuando o sistema tributário do Estado, o que certamente levará as autoridades responsáveis a ponderar com maior gravidade o assunto*”.

Por fim, solicita diligência fiscal, após abordar o seu significado legal, para que seja verificado de que as inconsistências detectadas pela fiscalização já foram completamente sanadas. Afirma que somente uma diligência fiscal teria o condão de dirimir as inconsistências apontadas pelo fisco e de que a empresa, em qualquer momento, teve a intenção de lesar e obstruir os trabalhos da fiscalização.

Conclui seu Recurso afirmando: “*Do exposto, considerando os argumentos supra estendidos embasados na lei, espera e confia o autuado seja reformado o acórdão da 5ª JJF para que o Auto de Infração aludido seja julgado sucessivamente: nulo, improcedente, ou no mínimo procedente em parte para aplicar a multa por descumprimento de obrigação acessória de R\$50,00*”.

VOTO

A acusação do presente lançamento fiscal diz respeito à aplicação de multa tributária pelo fato do contribuinte não ter apresentado à fiscalização, quando intimado, a totalidade dos arquivos magnéticos, contendo os dados das notas fiscais de entradas e saídas relativos ao período de janeiro de 2007 a dezembro de 2010. Como consta nas intimações feitas pela fiscalização (em 06/07/2011 e 19/08/2011, respectivamente – fls. 20/24) os arquivos magnéticos não foram apresentados nos meses de janeiro a outubro de 2007 e setembro de 2010. Daqueles apresentados encontravam-se faltantes os Registros 50, 54, 60R, 61R, 74 e 75. A fiscalização, quando da última intimação, entregou à empresa todos os relatórios produzidos com todas as inconsistências detectadas e que constam às fls. 25/257.

Por outro giro, intimou entre 06/07/2011 a 31/08/2011 (seis intimações) para que o recorrente apresentasse livros e documentos fiscais (fls. 14/19).

O autuante, quando da descrição dos fatos, afirmou que em consequência da situação restou impossibilitando de aplicar o Roteiro de Levantamento Quantitativo por Espécie de Mercadorias.

O recorrente, em preliminar, alega que o Auto de Infração é nulo já que as determinações contidas no art. 42, XIII-A, da Lei nº 7.014/96 somente foram inseridas na legislação tributária deste Estado após a ocorrência dos fatos geradores.

A respeito deste argumento o entendo equivocado. Em primeiro, aqui não se está a exigir imposto e sim multa pelo descumprimento de uma obrigação de caráter acessório. Em segundo,

sendo descumprimento de obrigação acessória a lei de regência é aquela vigente quando o fisco detectou a ocorrência do seu fato gerador e intimou a empresa para corrigi-lo, ou seja, a data de ocorrência dos fatos geradores é 19/09/2011, pois a ciência da última intimação para correção das irregularidades se deu em 19/08/2011 (fl. 24), trinta dias após. Em terceiro e no caso presente, mesmo na impossível admissão da aplicação da lei de regência a anterior edição da Lei nº 10.847/2007, a Lei nº 7.014/96 assim determinava (redação pela Lei nº 9.430, de 10/02/05, DOE de 11/02/05, efeitos de 11/02/05 a 27/11/07) para o caso em questão:

Art. 42

(...)

XIII-A - nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados:

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;

Com a edição da Lei nº 10.847/2007, o inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 foi renumerado, passando as determinações legais a ser regida pelas seguintes alíneas. Ressalto de que as alíneas “f” e “g” tratam, hoje em dia, de matérias alheias a presente lide:

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:

(...)

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.

Em assim sendo, falece de base legal o argumento de nulidade apresentado.

O recorrente ainda requer diligência para que fiscal estranho ao feito constate que, agora, seus arquivos magnéticos estão corretos. Este é pedido sem qualquer motivação para ser admitido. A infração decorreu das inconsistências anteriormente detectadas pelo fisco nos arquivos magnéticos transmitidos e não pelo fato da empresa, após ação fiscal, quando lhe foi dado prazo de mais de trinta dias (Auto de Infração lavrado em 29/09/2011), ter conciliado os dados fiscais dos mesmos com a sua escrita fiscal e, ainda, não os ter retransmitido à SEFAZ, pois prova desta situação não existe nos autos. Além do mais, não cabe a este CONSEF determinar a qualquer fiscal que proceda a validação das informações contidas nos arquivos magnéticos transmitidos pela empresa.

O art. 683, do RICMS/97, seguindo as determinações do Convênio ICMS 57/95, identifica os contribuintes usuários de SEPD (uso de sistema eletrônico de processamento de dados) e determina no seu § 1º que se encontra obrigado ao uso de SEPD o contribuinte que utilizar sistema de terceiros para emitir documento fiscal ou escriturar livro fiscal por sistema eletrônico de processamento de dados. Afora que considera SEPD a utilização de equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF). As exceções a estas situações estão indicadas no § 4º do referido artigo da norma regulamentar:

§ 4º Não se aplica o disposto neste capítulo a contribuinte:

I - que utilize somente ECF com as características indicadas nos incisos I e II do § 3º do art. 824-C;

II - com faturamento no ano anterior até R\$ 360.000,00 ou com faturamento estimado até este valor nas situações previstas no § 3º-A do art. 333.

Observa-se que o inciso II até 19/12/2007 tinha a seguinte redação:

"II - inscrito na condição de microempresa."

E no § 5º da referida norma regulamentar dispensava o contribuinte, mesmo usuário de SEPD, das obrigações previstas nos arts. 686, art. 708-A e 708-B, quando este somente o utilizasse para escriturar o livro Registro de Inventário.

Diante da norma acima especificada, o recorrente é obrigado a utilizar SEPD, pois usuário de ECF e de sistema de terceiros para emitir documento fiscal ou escriturar livro fiscal por sistema eletrônico de processamento de dados, conforme ele próprio afirma. No mais, não consta nos autos que o recorrente usufrui das exceções previstas no RICMS/97 e acima citadas.

Indo adiante e em atenção à afirmativa do recorrente de que não era obrigado a enviar o Registro 54 (destinado à classificação fiscal da mercadoria), o art. 686 determina a obrigação do contribuinte usuários de SEPD a: *"... manter, pelo prazo decadencial, as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos recebidos ou emitidos por qualquer meio, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração, entre outras:*

I - por totais de documento fiscal e por item de mercadoria (classificação fiscal) ou serviço, quando se tratar de Nota Fiscal, modelos 1 e 1-A e Nota Fiscal Eletrônica, modelo 55;

II - por totais de documento fiscal, quando se tratar de (entre outras) Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica, modelo 6;

III-A - por total diário e por resumo mensal por item de mercadoria (classificação fiscal ou de serviço, por estabelecimento, quando se tratar de saídas documentadas por Nota Fiscal de Venda a Consumidor emitida de forma manual);

IV - por total diário, por equipamento, e por resumo mensal por item de mercadoria (classificação fiscal) ou de serviço, por estabelecimento, quando se tratar de saídas documentadas por ECF;

V - por total diário, por espécie de documento fiscal, nos demais casos".

E mais,

§ 1º O disposto neste artigo também se aplica aos documentos fiscais nele mencionados quando não sejam emitidos por sistema eletrônico de processamento de dados.

§ 4º Fica dispensada a manutenção do registro fiscal por item de mercadoria, prevista no inciso I, exceto para os contribuintes que exerçam a atividade econômica de comércio por atacado, quando o estabelecimento utilizar sistema eletrônico de processamento de dados exclusivamente para escrituração de livro fiscal e/ou emissão de cupom fiscal.

Este parágrafo até 27/03/08 tinha a seguinte redação:

"§ 4º Fica dispensada a manutenção do registro fiscal por item de mercadoria, prevista no inciso I, exceto para os contribuintes que exerçam a atividade econômica de comércio por atacado, quando o estabelecimento utilizar sistema eletrônico de processamento de dados exclusivamente para: I - escrituração de livro fiscal; II - emissão de cupom fiscal."

§ 5º O contribuinte deverá fornecer, nos casos estabelecidos neste Capítulo, arquivo magnético contendo as informações previstas neste artigo, atendendo às especificações técnicas vigentes na data de entrega, estabelecidas no Conv. ICMS 57/95 (Conv. ICMS 39/00).

Diante de toda a norma acima explicitada não existe motivação para que o contribuinte alegue não ser obrigado a informar nos seus arquivos magnéticos o Registro 54. Afora tal situação é bom lembrar que a autuação decorreu da apresentação nos arquivos magnéticos dos Registros 54, 60R, 61R, 74 e 75, que possuem as seguintes funções:

O registro tipo 54, como já dito, se destina a classificação fiscal da mercadoria. Deve ser gerado um registro para cada produto ou serviço constante da nota fiscal e/ou romaneio. Também nele devem ser informados os valores do frete, seguro e outras despesas acessórias que constem do corpo da nota fiscal.

O registro tipo 60, é registro destinado a informar as operações e prestações realizadas com os documentos fiscais emitidos por equipamento emissor de cupom fiscal e Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2. Ele deve ser gerado para cada equipamento e se subdivide em: Mestre (60M): Identificador do equipamento; Analítico (60A). O conjunto destes dois tipos de registros representam os dados fiscais escriturados pelo contribuinte; Identificador de cada Situação Tributária no final do dia de cada equipamento emissor de cupom fiscal; Resumo Diário (60D): Registro de mercadoria/produto ou serviço constante em documento fiscal emitido por Terminal Ponto de Venda (PDV) ou equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF); Item (60I): Item do documento fiscal emitido por Terminal Ponto de Venda (PDV) ou equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) e **Resumo Mensal (60R): Registro de mercadoria/produto ou serviço processado em equipamento Emissor de Cupom Fiscal.**

O registro tipo 61 objetiva informar os documentos fiscais de venda a consumidor quando não emitidos por emissor de cupom fiscal, sendo o **tipo 61R** que indica as mercadorias comercializadas.

O registro tipo 74 é o registro de inventário do estabelecimento.

O registro tipo 75 tem por objetivo o registro do código do produto ou serviço.

Observevando, ainda, que o Convênio ICMS 57/95 no § 3º da sua Cláusula 5ª faculta às unidades da Federação estender o arquivamento das informações em meio magnético a nível de item (classificação fiscal) para o Cupom Fiscal emitido por ECF, dados do Livro Registro de Inventário ou outros documentos fiscais, o argumento apresentado não tem o condão de desconstituir a infração ora em lide.

O recorrente saca das determinações do § 2º, do art. 113, do CTN para afirmar que a obrigação acessória ora em combate fere o princípio da legalidade, pois não existe lei que a preveja. Acontece que o n. recorrente não atentou para as determinações do art. 100, IV e seu Parágrafo único, todos do CTN, que assim estabelece:

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

[...]

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Em assim sendo, o que ora se discute é a inobservância das determinações legais contidas no Convênio ICMS 57/95 e insertas no RICMS/97.

Enveredando por tal caminho, diz o recorrente que as determinações da Cláusula 17ª do Convênio ICMS 57/97 é uma presunção *jurus tantum*. Em assim sendo, o autuante ao invés de analisar sua escrita fiscal, considerou “*irrefutável*” a informação preliminar emitida pelo programa “*Validador*” da SEFAZ, que, e inclusive, não tem lei para lhe dar sustentação.

Esta é toda uma argumentação que não tem qualquer base de sustentação. Em primeiro, as determinações da Cláusula 17ª do Convênio ICMS 57/95 não tem cunho de qualquer presunção, muito menos de presunção *jurus tantum*. Ela, apenas, identifica o que são os registros fiscais dos arquivos magnéticos, ou seja, são aqueles registros da escrita fiscal da empresa. Precisamente, os dados dos arquivos devem espelhar fielmente a escrita e documentos fiscais do contribuinte. Se ele é auxiliar da escrita fiscal, ou não, este é ponto que aqui não cabe discussão.

Quanto à condição imprescindível de que o Programa Validador (com toda a estrutura dos campos dos arquivos magnéticos, conforme determina o Convênio e no seu Anexo – Manual de Orientação, da entrega dos arquivos magnéticos à SEFAZ tenha, por dever legal, de ter sido instituído por lei, entendo argumento fantasioso. O Programa Validador é, apenas, um programa disponibilizado pela SEFAZ para que os contribuintes possam transmitir os seus arquivos magnéticos, que é constituído na forma tão bem descrita pelo recorrente.

No entanto, ao contrário do que alegou, em qualquer momento a fiscalização tomou como “irrefutável” os dados, pelo recorrente, transmitidos.

O Programa Validador convalida a recepção dos dados transmitidos, mas não as suas informações. Em assim sendo, o RICMS/97, em seu art. 708-A determina que o contribuinte deverá entregar o arquivo magnético, referente ao movimento econômico de cada mês, conforme prazos que estabelece e o seu § 6º prevê que esta recepção por parte da SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas. Por outra banda, o art. 708-B da referida norma regulamentar determina que o contribuinte forneça ao fisco os documentos e o arquivo magnético, 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 magnético e que este atendimento não exclui a obrigação do envio mensal, conforme dispõe o art. 708-A (§ 2º).

Diante destas determinações, o prazo legal de cinco dias é para a entrega ao fisco dos arquivos magnéticos, realizada através de intimação, pois continuando com as determinações procedimentais, o § 3º do referido artigo e Regulamento prevê que, tratando de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte “Listagem Diagnóstico” indicativa das irregularidades encontradas e ele terá prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência (§ 5º), sendo que tal prazo poderá ser prorrogado por igual período pelo inspetor fazendário, mediante despacho fundamentado (§ 5º-A). Por fim, a norma regulamentar prevê que “*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. 42 da Lei nº 7.014, de 04/12/96*” (redação atual dada pela Alteração nº 137 - Decreto nº 12.220 de 29/06/10, efeitos a partir de 30/06/2010 - a redação anterior apenas se referia ao art. 915, XII-A, “j”, do RICMS/97 e não à Lei nº 7.014/96).

E este foi o caminho percorrido pela fiscalização conforme já explicitado no presente voto, não tendo qualquer base de sustentação o argumento recursal, nem, tampouco, de sua afirmativa de que como já havia disponibilizado os arquivos magnéticos anteriormente, não havia qualquer desobediência à norma legal posta, nem, tampouco de que como eles foram transmitidos com inconsistência houve, apenas, um descumprimento que se enquadra na regra geral das penalidades, ou seja, no inciso XXI do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

O recorrente ainda traz à lide as determinações do art. 147, do CTN para afirmar que “*como o registro fiscal não é declaração (não está assinado), não poderia dar suporte ao lançamento, principalmente se outros elementos declaratórios da escrita fiscal estavam disponíveis para dar suporte à fiscalização*”.

Em primeiro, o registro fiscal é sim uma declaração transmitida, através de senha, pela própria empresa. Em segundo, entendo que tal raciocínio não é o mais adequado para o caso em análise. E, em terceiro, se aplicável, esquece o recorrente de apresentar o referido artigo em sua íntegra, que assim dispõe:

147. *O lançamento é efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, quando um ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação.*

§ 1º *A retificação da declaração por iniciativa do próprio declarante, quando vise a reduzir ou a excluir tributo, só é admissível mediante comprovação do erro em que se funde, e antes de notificado o lançamento.*

§ 2º *Os erros contidos na declaração e apuráveis pelo seu exame serão retificados de ofício pela autoridade administrativa a que competir a revisão daquela.*

O recorrente ainda entende que, como a fiscalização poderia utilizar a sua escrita fiscal e documentos fiscais postos à disposição, não houve impedimento de se realizar qualquer auditoria

fiscal. E, nesta esteira, pugna pelo cancelamento da multa aplicada com base no art. 158, do RPAF/BA.

Ressalto que os arquivos magnéticos, a princípio, não impedem a realização de uma auditoria dos estoques da empresa, ou de qualquer outra auditoria. O que ele impede é a realização desta auditoria de maneira mais completa. Os tipos de omissões constatados inviabilizam qualquer auditoria “mais completa” a ser realizada pela fiscalização e que se alinha ao fato da empresa, diante de sua atividade, comercializar grande quantidade de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária por antecipação, o que reforça a situação de que os dados faltantes e/ou inconsistentes são de crucial importância para um perfeito controle da receita pública.

No mais, não posso presumir que o recorrente tenha agido de forma dolosa, fraudulenta ou simulada em relação aos arquivos magnéticos. Este não é o caso. O que aqui se cobra é multa específica, determinada em lei. E, entendo, quando a lei assim age, em qualquer momento indica dolo, fraude ou simulação. Apenas aplica apenação por descumprimento de obrigação acessória. Se tal multa é de grande monta, ou não, a questão é de outra ordem.

Por fim, quanto ao seu entendimento de que a multa aplicada é desproporcional, desarrazoada e confiscatória, observo que ela é a determinada na lei, devendo ser, por obediência e pelo Órgão Julgador Administrativo, a aplicada.

Por tudo exposto mantendo em sua totalidade a Decisão recorrida e não acolho o pedido de cancelamento da multa aplicada.

Em relação ao Recurso de Ofício interposto, este não merece reparo. Tem razão a JJF quando decidiu que a data de ocorrência do fato gerador da multa aplicada deve ser aquela correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na última intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados. Portanto, como o contribuinte tomou ciência da última intimação em 19/08/2011 (fl. 24), ela é de 19/09/2011 e não de 29/09/2011 como consignou a JJF, embora tal fato não interfira na Decisão recorrida, o que me leva a não realizar qualquer modificação na Decisão e 1º Grau.

Por tudo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos Voluntário e de Ofício interpostos, mantendo inalterada a Decisão recorrida a respeito do valor da multa aplicada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou julgar PROCEDENTE o Auto de Infração nº 207160.0010/11-2, lavrado contra TELEBLOCOS MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$239.167,60, prevista no art. 42, XIII - A, “j”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios conforme dispõe a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS