

PROCESSO - A. I. Nº 114155.0401/10-4
RECORRENTE - FERNANDO MANUEL CASTRO DE AZEVEDO CRUZ & CIA. LTDA. (VELMOND)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0321-04/11
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 20.05.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0179-13/13

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os presentes de apreciar o Recurso Voluntário à Decisão relativa ao Auto de Infração lavrado em 22/12/10 aplicando multa no valor de R\$33.218,55, por ter o autuado deixado de fornecer arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, para informar as operações ou prestações. O valor da multa é limitado a 1% do valor das operações de saídas ou prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a mesma sobre o valor das operações ou prestações omitidas.

Em seu relato, a i. JJF à alusão do sujeito passivo de que teria ocorrido a decadência do lançamento relativo ao período anterior a 26/12/05, pois o auto foi lavrado em 27/12/10, e que seria previsto o prazo de cinco anos para a formalização do crédito tributário dos tributos por homologação, aduz que 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*”.

Indica que o art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (COTEB) incorporou o art. 150 do CTN, que 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.

Entende não poder ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, a qual só se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos oriundos de fatos geradores ocorridos no período de 01/01/05 a 31/12/05 só seriam alcançados pela decadência se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/11. Desta forma, fica rejeitada a decadência suscitada.

Adentra ao mérito destacando que o autuado alegou na sua defesa que não tinha obrigação de apresentar arquivos magnéticos, dado que:

- a) O art. 3º do Decreto nº 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 Decreto nº 10.036/06 excepciona entrega dos arquivos magnéticos para os contribuintes usuários do SEPD, com faturamento inferior a 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.

Cita a contestação do autuante a estes argumentos, afirmando que o estabelecimento autuado não se enquadra nas situações de dispensa de entrega dos arquivos e a multa é prevista em lei.

Verifica a intimação datada de 18/11/10, com prazo de 30 dias para entrega dos arquivos magnéticos (fl. 7) com indicação dos faltantes Registros 54, 60R, 74 e 75 no exercício de 2005 e Registro 74 e 60R em 2006, conforme Relação de Arquivos Recepcionados (fls. 14/18). Observa que o Auto de Infração foi lavrado em 27/12/10, e o autuado juntou petição em 25/01/11 (fls. 46/48) informando ter reenviado os arquivos magnéticos com os Registros 74 e 75, restando comprovada a acusação de não atendimento dentro do prazo legal.

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

Transcreve, em relação ao exercício de 2005, o art. 3º do Dec. 9.426/05 o qual 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.*

Enfatiza que o autuado não fruía das condições estabelecidas no art. 3º do Decreto nº 9.426/05 tendo em vista que não utilizava o SEPD exclusivamente para emissão de cupom fiscal, pois escriturava livros fiscais utilizando o SEPD e ainda estava inscrito no CAD-ICMS na condição de Normal e não como EPP. Estava efetivamente obrigado a entregar os arquivos magnéticos no exercício de 2005 e não o tendo feito, ficou sujeito à aplicação da multa prevista no art. 42, XIII-A, “f” da Lei nº 7.014/96, por ter faltado à entrega.

Passa ao comentário em relação ao exercício de 2006, transcrevendo como citado pelo autuado, o art. 1º do Decreto nº 10.036/06:

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.

Aclara que, conforme visto no exercício de 2005, para a dispensa da entrega dos arquivos magnéticos, haveria o autuado de auferir as condições de faturamento inferior a R\$72 milhões no exercício anterior, utilizar SEPD exclusivamente para emissão de cupom fiscal e estar inscrito

como EPP. O autuado, informa o Relator, apurava o ICMS na condição de NORMAL, utilizava o SEPD para a escrituração dos livros Registros de Entrada, Registros de Saída, Registros de Apuração do ICMS e Registro de Inventário, não estando, portanto, dispensado da entrega dos arquivos magnéticos com os Registros 74 e 75, ficando também sujeito à multa aplicada.

Aborda os argumentos finais, de que a falta de entrega dos arquivos magnéticos ou entrega com falta de registro não causou prejuízo ao Estado e que a penalidade é excessiva. Primeiro cita 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 se adaptarem; Segundo, o arquivo magnético é importante para fins de controle por parte do Fisco, possibilitando desenvolver roteiros de auditorias com a utilização dos dados contidos nos mesmos; Terceiro, intimada em 18/11/10, teve mais de trinta dias para corrigir os arquivos até a lavratura do Auto de Infração em 22/12/10 e não o fez, cometendo a infração. Não anulam os efeitos do lançamento a posterior apresentação dos arquivos com os Registros 74 e 75 os quais somente vieram aos autos na ocasião do apensamento da defesa (fl. 47). Cita que a multa aplicada é prevista no art. 42, XIII-A, “f” da Lei nº 7.014/96, portanto é legal.

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

Julga pela Procedência do Auto de Infração.

O Recurso Voluntário apresentado tempestivamente pelo recorrente questiona a legalidade do Auto, por terem sido afastadas na instância primeira as alegações apresentadas.

Alude o recorrente à decadência dos fatos arrolados pela autuação, nos termos do CTN, art. 150 § 4º o qual transcreve, realçando que supostos créditos tributários sendo anteriores a 16/12/2010, já se achavam abarcados por esse instituto. Da mesma forma, as transações efetuadas de 01/01/2005 a 26/12/2005. E patenteia que quaisquer irregularidades porventura havidas não mais poderão ser exigidas.

Comenta o erro em posicionar dispostos no Coteb com prevalência sobre o CTN, art. 150 § 4º.

Aduz a não obrigatoriedade de entrega dos arquivos 54 e 60R, correspondentes ao período de janeiro de 2000 até 31/12/2005, consoante dispensa vista no Capítulo I do Título IV do RICMS, para aqueles contribuintes que utilizem o SEPD unicamente para emissão de cupom fiscal, e estejam inscritos no CAD-ICMS na condição de EPP. De igual sorte para o exercício de 2006 também estão liberados dessa apresentação aqueles contribuintes que não atingirem o faturamento de 72 milhões nesse ano citado.

Passa ao comentário do não prejuízo ao Estado quanto a não apresentação dos registros 74 e 75, dados que o imposto devido no período da acusação fora efetivamente pago, e o inventário da empresa realizado em formulário próprio; e que a remessa à Fazenda destina-se tão somente a facilitar a fiscalização. Aduz que com referência ao exercício de 2006 somente não foi entregue o mês de outubro, e como o inventário só ocorre em dezembro, portanto este mês não apresentou descumprimento.

Informa que estes registros já foram passados ao fisco, revelando a ausência de dolo.

Tece comentário, para enfatizar a ausência de clareza na legislação do ICMS/BA, e que a própria fiscalização teria dificuldades em lidar com mudanças diárias da legislação regente da matéria tributária.

Cita o princípio da Bagatela, que frente à insignificante omissão apontada face ao suposto prejuízo ao Estado, resulta fato de irrisória importância, elevada ao ponto de acarretar multa infracional de vultoso montante.

Adentra o recorrente à acusação de violação dos princípios constitucionais do não confisco, da proporcionalidade e da razoabilidade, citando o art. 5º, IV da CF/88, destacando que “é vedado à

União, aos Estados ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo, com efeito, de confisco”.

Cita trechos dos mestres Hugo de Britto Machado, Ministros Bilac Pinto e José Augusto Delgado acerca do tema, destacando que cada vez mais há estipulação de critérios mais concretos especialmente no que toca às penalidades, para seu exame ser mais proporcional ao dano causado e ao tributo em vista do qual foi imposta. Em sendo desproporcional, subsume-se o fato à Norma constitucional (art. 150, IV). Transcreve ADIMC-551/RJ e trecho do voto condutor do Ministro Ilmar Galvão, bem como a ADIN 1075-1/DF, Ministro Celso de Mello, sob o mesmo tema; mais decisões de Tribunais e citações do prof. Sacha Calmon Navarro Coelho e de Sampaio Doria que não destoam desse entendimento.

O fato posto, segue o recorrente, é o de multa de R\$33.128,55 por simples descumprimento de obrigação acessória que não trouxe prejuízo ao fisco, decorrente de interpretação de legislação extremamente confusa e violadora dos princípios constitucionais retro indicados.

Requer reforma da Decisão ora enfrentada, e que seja declarada a insubsistência do Auto de Infração por que: parte do débito achava-se decaída; na época não havia obrigatoriedade de entregar os Registros 54 e 60R; por não ter causado prejuízo ao erário e por violar os princípios constitucionais retro alinhavados.

O opinativo da PGE/PROFIS da lavra da i. Procuradora Dra. Maria José Coelho Lins Sento-Sé, acerca dos autos encaminhados pela Procuradora Assistente em exercício, é pelo Improvimento do Recurso apresentado.

Considera insuficientes os argumentos jurídicos apresentados à revisão do Acórdão, e constata que a tipificação fiscal esta adequada e alicerçada na legislação de regência, e o lançamento atende aos requisitos do art. 39 do RPAF/99.

Face ao art. 167, II do RPAF/99 as alegações acerca do caráter desproporcional, confiscatório e abusivo das multas não poderão ser apreciadas por este CONSEF. Cita a i. Procuradora que o princípio que veda a criação de impostos com efeito confiscatório não alcança as multas, as quais contêm natureza diversa dos tributos, e que são sanções impostas com funções nitidamente educativas.

Alude a decadência citando o art. 150, § 4º do CTN. Assim para os fatos geradores de 2005, a contagem principiou em 01.01.2006, e o lançamento em 27/12/2010 ocorreu dentro do prazo hábil no qual não havia sido instalada a decadência. Explica a i. Procuradora que o prazo decadencial para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, deve ser contado a partir do fato gerador, no caso de lançado e recolhido a menos. No caso em tela não houve recolhimento de imposto, cabendo a aplicação do art. 173, I do CTN que determina o crédito tributário extinguir-se após 05 anos, a contar do primeiro dia do ano seguinte ao do fato gerador.

Quanto à alegação de que não está obrigado a entregar os Registros 54 e 60R, por sua atividade de atacadista, indica a i. Procuradora que o estabelecimento autuado não se enquadra nas situações de dispensa desses arquivos eletrônicos. Observa a petição em 25/01/11 informando o reenvio dos arquivos com os Registros 74 e 75, em data posterior a da autuação fiscal.

Transcreve as prescrições do art. 3º do Decreto nº 9.426/05, citando que o autuado não preenchia as condições estabelecidas na Norma, que efetivamente não utilizava o SEPD exclusivamente para emissão de cupons fiscais e que estava inscrito como contribuinte Normal e não EPP. Da mesma forma, quanto ao exercício de 2006, restaram patentes o não cumprimento das condições apostas no art. 1º do Decreto Lei nº 10.036/06, para a dispensa da entrega dos arquivos eletrônicos dos Registros 74 e 75.

Ao argumento da falta de Registro não causar prejuízo ao Estado, em seu opinativo diz não poder ser acatado por ausência total de provas, eis que essenciais à fiscalização para controle e fins

arrecadatorios. A omissão do contribuinte caracterizou prática de infração, e a apresentação “a posteriori” dos arquivos R74 e 75 não corrigiu seus efeitos.

Encerra seu Parecer citando a tipificação correta da multa, consoante art. 42, incisos XIII-A alínea “f” da Lei nº 7014/96, e que pedido para dispensa da mesma, nos termos do art. 158 do RPAF/99, pertence aos órgãos julgadores deste CONSEF.

Firma seu entendimento de não constarem dos autos circunstâncias e provas que justifiquem a exclusão da multa aplicada, a prática sem dolo, fraude e simulação e que não tenha acarretado falta de recolhimento do tributo.

VOTO

Os fatos revelam que a empresa deixou de apresentar dentro do prazo de 30 dias, após intimação em 18/11/10, os arquivos magnéticos relativos aos registros: em 2005 – registros 54, 60, 74 e 75; em 2006 – registros 60R e M, e 74. Transcorridos esses 30 dias do prazo regulamentar sem que fosse atendida a Intimação, a partir de 19/12/2010 então passou o autuado à condição de inadimplente, sendo esta última a data correta das ocorrências citadas no Auto de Infração.

Verifico erro material na presente autuação, que deve ser corrigido nesta oportunidade, referente à data da ocorrência e de vencimento dessa infração, pois, nos casos em que se atribuiu ao contribuinte à falta de cumprimento de determinada intimação, aplicando-lhe a respectiva multa, só se considera ocorrida à infração no primeiro dia útil subsequente ao termo final do prazo fixado pela autoridade fazendária competente, haja vista que, antes ou no transcurso do prazo, por óbvias razões, não há descumprimento da intimação e, portanto, não há infração. Nesse sentido, inclusive, dispõe a Orientação Técnica da GEAFI 003/2005, item 6, a saber:

“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, 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.”

Assim sendo, como o termo final da intimação para apresentação dos arquivos magnéticos ocorreu em 18/12/2010, somente em 19/12/2010 considera-se existente a infração, devendo esta data constar dos campos “data de ocorrência” e “data de vencimento” de toda autuação relativa à primeira infração.

De ofício retifico a data da ocorrência infracional no Auto de Infração em comento, no qual erroneamente foram indicadas outras datas diversas.

A presente acusação trata de imputar ao sujeito passivo, multa fixa no valor de R\$33.218,55, pelo não atendimento em fornecer arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação.

O percentual da multa é de 5% das omissões, porém limitados a 1% do valor das operações de saídas ou prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período.

Patente nos autos a acusada falta de apresentação no prazo regulamentar, após intimação em 18/11/10, dos referidos arquivos magnéticos, faltando em 2005 os registros nºs 54, 60R, 74 e 75 e em 2006 os registros 74 e 75.

Adoto o Parecer expressado pela douta PGE/PROFIS, que consoante o art. 167, II do RPAF/99 as apresentadas alegações quanto ao caráter desproporcional, confiscatório e abusivo das multas,

não poderão ser apreciadas por este CONSEF, e o princípio que veda a criação de impostos, com efeito, confiscatório não alcança as multas, pois de natureza diversa dos tributos, são sanções impostas com caráter educativo.

Com referência à aludida decadência citada residente no art. 150, § 4º do CTN, vejo que o prazo decadencial para os tributos sujeitos a lançamento por homologação tem início a partir do fato gerador, no caso de ter sido lançado e recolhido a menos. Como a situação em exame acusa de infração acessória, surge adequada a aplicação do art. 173, I do CTN, o qual determina que o crédito tributário extinguir-se-á após 05 anos, a contar do primeiro dia do ano seguinte ao do fato gerador.

Os requisitos comuns cumulativos prescritos no art. 3º do Decreto nº 9.426/05 e no art. 1º do Decreto-Lei nº 10.036/06, sejam a utilização do SEPD exclusiva para a emissão de cupons fiscais, e ser a empresa de Pequeno Porte (EPP) (INC fl. 58), não lograram ser atendidos pelo autuado, portanto vejo fenecer sua alegação de dispensado da entrega dos arquivos eletrônicos para os dois exercícios em cobrança.

No exercício de 2006, conforme dito restaram não atendidas as condições apostas no art. 1º do Decreto Lei nº 10.036/06, que levariam a dispensa da entrega dos arquivos eletrônicos dos Registros 74 e 75. Ademais, observo petição informando o reenvio desses arquivos em data de 25/01/2011, posterior a da autuação fiscal.

Quanto ao argumento de que a falta de Registro não causa prejuízo ao Estado, e a alegação do Princípio da Bagatela, no qual irrisória e insignificante omissão seja capaz a acarretar vultosa multa, julgo ser questionável essa acepção, pois há ausência total de provas que pudessem firmar essa premissa, e os Registros são essenciais à fiscalização para controle e fins arrecadatórios.

Noto que em relação ao exercício de 2005, nenhum mês foi informado em arquivos magnéticos, aplicando-se a multa limitada a 1% das saídas totais, a qual perfaz R\$21.317,92; já com relação ao exercício de 2006 houve pequenas omissões mensais, e mais significativas em outubro e em dezembro, donde levou-se à aplicação de multa de 5% (R\$11.900,63) tendo que se considerar as saídas totais no exercício terem perfazido R\$2.036,318,28.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª 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** o Auto de Infração nº **114155.0401/10-4**, lavrado contra **FERNANDO MANUEL CASTRO DE AZEVEDO CRUZ & CIA. LTDA. (VELMOND)**, devendo ser intimado o recorrente 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, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de maio de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS