

PROCESSO - A. I. Nº 130609.0039/12-6
RECORRENTE - VILA DO CONDE ARTIGOS DO LAR LTDA. (NARCISO ENXOVAIS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0058-04/13
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 29/07/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0214-12/13

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA SEM O NÍVEL DE DETALHE EXIGIDO PELA LEGISLAÇÃO. FALTA DE REGISTROS OBRIGATÓRIOS. MULTA. Contribuinte cadastrado na condição de apuração do imposto sob o regime “normal” e usuário de SPED (ECF), estava obrigado a apresentar os arquivos magnéticos, conforme intimado. Arquivos magnéticos entregues sem os Registros 60A, 61, 54, 60R, 61R, 74 e 75. O contribuinte foi regularmente intimado para corrigir os arquivos das inconsistências e, não o fazendo, sujeitou-se à penalidade aplicada. Infração caracterizada. Rejeitada a nulidade suscitada. Reduzida a penalidade aplicada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, para exigir do Recorrente imposto e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$32.343,31.

O Auto lavrado em 25/09/2012, decorre de quatro infrações, contudo, objeto do Recurso Voluntário apenas a infração 4 abaixo transcrita, como segue:

Infração 4 – Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Multa de R\$ 27.408,99. Período: dezembro 2009.

O autuante consignou no Auto de Infração que o contribuinte “*Deixou de entregar os registros adiante nominados a que estava obrigado, mesmo tendo sido Intimado em 09/07/2012; e em 16/07/2012 para apresentar livros, documentos e os arquivos magnéticos exigidos no Convenio ICMS 57/1995, deixou, quanto a estes ultimos de apresentar os arquivos referentes aos registros 54, 60A, 60R, 61, 61 R, 74, e 75 relativos aos anos de 2009 e 2010. Foi, novamente intimado em 26/07/2012 para, no prazo de 30 dias (Conv. 57/95) a sanar tais irregularidades; não o fazendo, intimada em 13/09/2012, a faze-lo, no prazo adicional de 48 (quarenta e oito) horas, também não o fez, sob o argumento de que no período, apesar de estar, legalmente obrigada, deixou de apresentar o registro 54 (itens e produtos da Nota Fiscal, só vindo a atender ao preceito legal, a partir de 2011. Neste período de 2009 e 2010 emitiu NFs. Mod. 01 e Notas Fiscais de Venda a Consumidor manuscritas, como à guisa de exemplos: (no ano 2009 NFs. n0040,059,060, dentre outras; no ano de 2010 as NFs. n0082, 083, 093, 094,095, 096 424 e outras), infringindo o preceituado no referido Conv. ICMS 57/95 e sujeitando-se à aplicação da penalidade respectiva (itens 03, 06 e 12 do Índice do PAF)*”.

A 4ª JJF, após análise das peças processuais, proferiu Decisão, abaixo transcrita, julgando Procedente a autuação para exigir do autuado o pagamento do imposto e da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor acima indicado, “*in verbis*”.

VOTO

(...)

O Impugnante se defende da infração 04 alegando: a) ter entregado os arquivos magnéticos a que estava legalmente obrigado; b) em que pese não ter entregado aos arquivos na forma exigida pela fiscalização (com os Registros 54, 60A, 60R, 61, 61R, 74, e 75), emitiu NF's mod. 01 e NF's de venda a consumidor, manuscritas, documentos idôneos e eficazes; c) não existe no AI a indicação da legislação que obrigou os contribuintes que não possuíam o processamento eletrônico de dados a enviar o Registro 54 com a descrição dos itens e produtos (o que só passou a ser obrigado a partir de janeiro 2011 – art. 897-B, do RICMS/BA); d) não estando obrigado a utilizar o sistema eletrônico de processamento de dados, não estava obrigado a entregar o arquivo magnético do registro 54 com a descrição dos itens e produtos da NF.

O fulcro da autuação (e que o Impugnante não nega) é que entregou arquivos magnéticos sem os Registros 60A, 61, 54, 60R, 61R, 74 e 75, relativos a 2009 e 2010, e que embora regularmente intimado para correção dessas inconsistências (inclusão desses registros), isso não fez, alegando desobrigação de entrega dos registros exigidos, em especial o 54, pois até 2010 não era usuário do sistema eletrônico de processamento de dados previsto no Conv. ICMS 57/95, uma vez que o uso desse sistema era facultativo, conforme art. 683 do RICMS/BA e que emitiu NF's de vendas a consumidor de modo manuscrito.

Ocorre que, exercendo também o comércio varejista e sendo normal contribuinte de ICMS no cadastro da Bahia, por obrigatoriedade prevista no art. 824-B do RICMS/BA, o autuado era usuário de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, somente podendo emitir NF de venda a consumidor manuscrita em caso de impossibilidade de utilizar o ECF por problema técnico.

Ora, tendo em vista que o §3º do art. 683 do RICMS/BA dispõe: Considera-se uso de sistema eletrônico de processamento de dados a utilização de programa aplicativo para emissão de documento fiscal ou escrituração de livros fiscais em equipamento impressor, inclusive equipamento ECF, ao contrário do que alega, nos exercícios de 2009 e 2010 o autuado já era usuário de sistema eletrônico de processamento de dados e, por não ser microempresa, a desobrigação de uso de SEPD indicada no §4º do art. 683 não lhe protege.

Agora sim, de acordo com a legislação do ICMS da Bahia que recepcionou o disposto no Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores (arts. 683 a 712-C do RICMS), o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, é obrigado a apresentar, quando solicitado, a documentação minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição, gabarito de registro (“layout) dos arquivos, listagem dos programas e as alterações ocorridas no exercício de apuração, relativamente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias ou das prestações realizadas, inclusive o inventário das mercadorias, produtos, matérias primas e embalagens.

O art. 708-B estabelece que o contribuinte usuário do SEPD fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético com o nível de detalhe exigido na legislação, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação. O arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria.

Assim, todos os contribuintes autorizados ao uso de SEPD, exceto os autorizados somente para escrituração do livro Registro de Inventário, estão obrigados a entregar o arquivo magnético contendo os dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário nos meses em que este for realizado (neste caso, conforme intimado). O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético chancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.

Saliento que, conforme disposto no art. 708-A, § 6º do RICMS/BA, a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue mesmo criptografado, necessariamente, atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, ou seja, a apresentação dos arquivos magnéticos sem conter todos os registros caracteriza a falta de sua apresentação, tendo em vista a natureza condicional do seu recebimento, sujeitando o contribuinte à correção posterior das inconsistências, acaso verificadas.

No presente caso, compulsando as peças processuais que instruem este item, verifico que o autuado foi intimado a apresentar os arquivos magnéticos em 09 e 16/07/2012. Apresentados, neles verificou-se sua desconformidade com a legislação e foi intimado para corrigi-lo no prazo regulamentado de 30 (trinta) dias (RICMS: art. 808-B, §5º), e isso não fez. A despeito disso, e ainda que desnecessário para configurar o descumprimento da obrigação acessória em lide, em 13/09/2012 foi novamente intimado para apresentar os registros obrigatórios já indicados, no que também a autoridade fiscal não foi atendida (fls. 05 a 08).

Desta forma, a autuação obedeceu ao devido processo legal, pois, está precedida de intimação expedida ao contribuinte para apresentação de informação em meio magnético no prazo estipulado no art.708-B acima transcrito.

Assim, constatada a infração, por ser impositiva, a consequente penalidade pelo descumprimento da obrigação acessória há que ser aplicada, uma vez que os arquivos magnéticos servem ao Fisco na sua função institucional de controle das operações do contribuinte com respeito ao ICMS e a infração em discussão quando não inviabiliza, dificulta o regular exercício da potestade tributária do Ente tributante. Neste aspecto, este caso tem o agravante de impossibilitar o roteiro da auditoria por levantamento quantitativo de estoque, método mais apropriado para verificar o regular cumprimento da obrigação tributária principal do contribuinte, dado à sua atividade de comerciante de varejo e atacado.

Nestas circunstâncias, observo que a ação fiscal atendeu ao disposto no artigo 708-B do RICMS/97, pois restou caracterizada a entrega do arquivo magnético sem o nível de detalhe exigido na legislação, qual seja, sem os Registros 60A, 61, 54, 60R, 61R, 74 e 75, fato inclusive não negado pelo sujeito passivo. Por consequência, foi corretamente proposta a penalidade prevista no art. 42, XIII-A, "j", da Lei nº 7.014/96, em cujo cálculo nada foi contestado. Pelas razões expandidas, vejo caracterizada a infração e deve ser integralmente mantido o valor da penalidade exigida.

Deixo de aplicar a redução da penalidade como transversalmente pedida, pois o ICMS exigido nas infrações não impugnadas, indica descumprimento de obrigação principal pelo autuado no período a que se refere o descumprimento da obrigação acessória objeto da infração 4.

Para dar conformidade da autuação ao disposto no item 5.3 da OTE-DPF-3005, ajusto a data das ocorrências da infração 4 para 11/09/2012 (trinta dias úteis, contados a partir de 26/07/2012, data da intimação para correção dos arquivos magnéticos).

Infração procedente.

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

Regularmente cientificado da Decisão proferida pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, tempestivo, colacionadas às fls. 162 a 169.

De início, diz o recorrente que entende indevida a exigência fiscal da infração 4. Aduz que mesmo não tendo apresentado os registros magnéticos na forma exigida pela fiscalização, emitiu notas fiscais modelo 1 e notas fiscais de Venda a Consumidor, afirmando que “*não deixou de emitir documento fiscal idôneo e eficaz*”.

Afirma que não há no Auto de Infração a indicação da legislação que lhe obriga a enviar o Registro 54 com a descrição dos itens e produtos, quando não possuía o processamento eletrônico de dados. Nesse sentido, citando e transcrevendo o art. 683, do RICMS, diz que a referida Norma dispensa alguns contribuintes da obrigatoriedade da utilização do sistema eletrônico de processamento de dados.

Aduzindo que não estava obrigada a utilizar o sistema eletrônico de processamento de dados, inclusive porque tal obrigação apenas teve início com o advento do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED (Decreto nº 12.444/2010), conclui que também não estava obrigada a entregar o arquivo magnético do Registro 54 com a descrição dos itens e produtos da nota fiscal.

Suscita a nulidade do Auto de Infração alegando que a autuação partiu da premissa equivocada de que estava obrigada à apresentação dos arquivos magnéticos, especificamente, Registro 54. Repisa o argumento de que não estava obrigada a utilizar o sistema eletrônico de processamento de dados e, consequentemente, não estava obrigada a entregar o arquivo magnético. Aduz a ilegalidade da autuação e afirma que deve ser declarada nula.

Lembra que apesar de ter apresentado o arquivo magnético, a autoridade fiscal reconheceu que emitiu notas fiscais modelo 1 e Notas Fiscais de Venda a Consumidor, manuscritas.

Esclarece que “... todos os arquivos magnéticos exigidos foram apresentados, porém não da forma como queria a fiscalização, posto que o recorrente não estava obrigada a entregar o Registro 54...”.

Discorre a respeito da proporcionalidade e razoabilidade, citando a doutrina, para dizer que na hipótese de manutenção da infração 4, que a multa seja proporcional e razoável à infração cometida.

Reitera seu entendimento de que a “manutenção da multa é ilegal e viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”.

Requer a reforma da Decisão para que seja a ação fiscal julgada improcedente em todos os seus termos ou, alternativamente, que seja reconhecida a inexistência de obrigatoriedade do recorrente de entregar o Registro 54 com a descrição item/produtos até o exercício 2011 e, em consequência, seja anulada a multa no valor de R\$ 27.408,99.

Não há manifestação da PGE/PROFIS.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 4ª JJF deste CONSEF, Acórdão nº 0058-04/13, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso que ora se aprecia cinge-se unicamente à infração 4, cuja acusação fiscal é de haver o Sujeito Passivo deixado de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

O recorrente suscita a nulidade da autuação com fundamento de que a imputação partiu de premissa equivocada, aduzindo que não estava obrigada a entregar o arquivo magnético, na medida em que também não estava obrigada a utilizar o sistema eletrônico de processamento de dados.

Pois bem, tratando da construção da autuação, com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, vejo que estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração. Observo também que não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação da infração, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Devo registrar, por oportuno, que não se vislumbra qualquer dúvida quanto ao enquadramento da conduta do sujeito passivo ao fato típico especificado na legislação.

Quanto à ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, verifico que todos os passos processuais foram rigorosamente seguidos, sobretudo aqueles atinentes às intimações feitas ao recorrente, de maneira que lhe foi garantido, em todas as fases processuais, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, restando respeitados os incisos LIV e LV do art. 5º, da Carta Magna.

No mérito, quanto à tese de que a Infração é nula porque o recorrente não estava obrigada a entregar o arquivo magnético, na medida em que também não estava obrigada a utilizar o sistema eletrônico de processamento de dados, vejo que carece de fundamentos legais. Em verdade a tese recursal tem assento no Decreto 12.444/2010 que alterou o art. 897-B, do RICMS/BA, que passou a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 897-B. A partir de 1º de janeiro de 2011, a Escrituração Fiscal Digital é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual com faturamento bruto estimado para o ano em curso ou efetivamente obtido no ano imediatamente anterior superior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).”

Da análise dos fatos e da legislação, há que se assinalar alguns pontos. O primeiro deles diz respeito ao Decreto referido acima que introduz, a partir de 01/01/2011, a obrigatoriedade do uso de escrituração fiscal Digital para contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual. O segundo ponto diz respeito ao fato de que o recorrente é contribuinte normal e tem atividade de comércio varejista. O terceiro, diz respeito à obrigatoriedade do uso de sistema eletrônico de processamento de dados que se dá por via do art. 824-B do RICMS/BA, na medida em que a regra insculpida no referido art. 824-B determina que o recorrente está obrigada ao uso de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, e nessa circunstância, até poderia o recorrente emitir Notas fiscais a consumidor manuscrita, contudo, apenas nos casos previstos na norma.

Dito isto, não há que se falar em nulidade da infração, nem mesmo da sua improcedência, haja vista que resta configurada a conduta infracional, nos termos apostos no Auto de Infração.

O recorrente também requer, para a hipótese de manutenção da infração, como é o caso, que lhe seja aplicada multa observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Voltando o olhar à infração propriamente dita, constata-se, de maneira irrefutável, o cometimento da infração. De fato, os arquivos magnéticos relativos aos exercícios de 2009 e 2010 foram enviados à SEFAZ através do programa validador (SINTEGRA), contudo, contendo inconsistências, o que torna os argumentos recursais carentes de base fática e jurídica. De outra banda, não se pode deixar de destacar que o recorrente fez vir aos autos volume considerável de notas fiscais emitidas manualmente, além do fato de que as infrações 1, 2 e 3, referentes ao mesmo período da infração 4 atestam que os valores sujeitos à exigência fiscal não superam o equivalente a 1% do valor da base de cálculo da exigência contida na infração combatida, o que no meu entender indica muito fortemente que mesmo tendo infringido a Norma (infração 4), o recorrente não pretendeu lesar o erário.

Pois bem, considerando que a conduta, mesmo típica, não representou prejuízo significativo ao erário, nem provocou qualquer possibilidade de fraude quando do cometimento da infração nem em momento futuro, entendo que devo adotar posicionamento reiterado no sentido de que a multa com o caráter acima descrito é excessivamente alta e desproporcional. Não por menos, com permissivo legal contido no art. 158 do RPAF/99, tenho, em casos análogos, reduzido a multa aplicada.

O referido art. 158 diz que “*as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo*”. Ainda que reste absolutamente demonstrado o cometimento da infração, como é o caso, à luz dos fólios deste PAF, entendo que não resta caracterizada a conduta dolosa, fraudulenta ou simulada por parte do recorrente. Ademais, considerando por princípio fundamental de direito, que a boa-fé é presumida, teria o fisco que demonstrar que a conduta do sujeito passivo foi deliberada.

Por tudo isso, pela prerrogativa dada a este julgador, reduzo a multa aplicada de R\$27.408,99 para R\$2.740,90.

Assim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

Quanto ao ajuste da data das ocorrências feito pela Junta de Julgamento Fiscal, considerando que devem ser contados 30 dias corridos desde a última intimação, retifico a data das referidas ocorrências da infração 4 para 17/09/2012.

VOTO DIVERGENTE

Com a devida vênia para divergir do nobre relator quanto a sua conclusão em reduzir o valor da multa aplicada em relação à infração 4, objeto do Recurso Voluntário que se aprecia, para o percentual de 10% do valor originalmente aplicado, pelas razões que passo a expor.

Não reside qualquer dúvida quanto o cometimento da infração, conforme está consignado, com clareza, no Voto Vencedor. Assim é que, analisando os fólios do processo, verifico que foram expedidas pelo Fisco quatro intimações ao recorrente para apresentação dos arquivos magnéticos, sendo a primeira em 09/07/12, a segunda em 16/07/12, a terceira em 26/07/12 e a última, a de número 4, em 13/09/12 e, apesar disso, não houve o atendimento por parte do contribuinte autuado, o que demonstra o reiterado descumprimento de sua obrigação perante a fiscalização.

Está explícito no Auto de Infração que estavam ausentes dos arquivos magnéticos que foram apresentados ao fisco pelo recorrente os registros 54, 60A, 60R, 61, 61R, 74 e 75, referentes aos exercícios de 2009 e 2010, fato este que impossibilitou o desenvolvimento de roteiros de

fiscalização importantes, os quais dariam margem ao Fisco aferir a regularidade das operações realizadas pelo recorrente. Ressalto, que ao contrário do quanto arguiu o recorrente, à época da ocorrência dos fatos estava obrigado à apresentação dos arquivos magnéticos com a totalidade dos registros não informados ao Fisco.

Isto posto, não me resta outra alternativa senão a de acolher o bem fundamentado Voto do ilustre relator da instância de piso que se posicionou, corretamente, pela não redução da penalidade aplicada e, nesta condição, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para que seja mantida inalterada a Decisão recorrida, permanecendo a penalidade da infração 4 no valor de R\$27.408,99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 130609.0039/12-6, lavrado contra **VILA DO CONDE ARTIGOS DO LAR LTDA. (NARCISO ENXOVAIS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$4.934,32**, acrescido da multa de 70% sobre R\$68,54, 100% sobre R\$987,77 e 60% sobre R\$3.878,01, previstas no art. 42, incisos III e II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.740,90**, prevista no inciso XIII-A, “j”, do artigo e lei citados, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): José Antonio Marques Ribeiro, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz, Valnei Sousa Freire e Rodrigo Lauande Pimentel.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros(as): Carlos Fábio Cabral Ferreira e Denise Mara Andrade Barbosa.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de julho de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/VOTO DIVERGENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ANGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS