

A. I. N° - 206825.0077/13-2
AUTUADO - SURPRESA COMÉRCIO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO MEDEIROS DOS SANTOS
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 01. 11 .2013

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0242-01/13

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE SISTEMA ELETRÔNICO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS AO FISCO MEDIANTE INTIMAÇÃO. MULTA. Ultrapassadas as questões preliminares quanto a vícios formais do lançamento, corrigindo-se, porém, a data da ocorrência do fato. A infração a uma obrigação de fazer ocorre quando o contribuinte pratica ou deixa de praticar o ato. No caso de intimação para apresentação de arquivos magnéticos à fiscalização, a data da ocorrência da infração (falta de entrega dos arquivos à autoridade fiscal) se dá no momento em que se esgota o prazo para apresentação dos elementos solicitados, e não na data da ocorrência dos fatos relativos aos elementos solicitados. Apesar dos vícios formais verificados, mantém-se a autuação, pois a infração ficou caracterizada e os vícios estão sendo corrigidos, alterando-se no demonstrativo do débito a data de ocorrência. Reduzida a multa, com fundamento no princípio da proporcionalidade, que se traduz na dosimetria da pena em função da gravidade da falta e da situação individual do infrator, princípio esse que se reflete no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, o qual admite que o órgão julgador cancele ou reduza a multa, se não tiver havido dolo, fraude ou simulação, e desde que o fato não tenha implicado falta de pagamento de imposto. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27.5.13, acusa falta de fornecimento (entrega) de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Consta na descrição do fato que os arquivos magnéticos foram entregues fora das especificações e requisitos previstos no Convenio ICMS 57/95, impossibilitando a apuração dos reais valores das transações mercantis, configurando-se como não fornecimento (entrega). Consta ainda a forma como foram calculadas as multas, com indicação dos elementos demonstrativos. Foram aplicadas multas no total de R\$ 74.877,64.

O contribuinte, ao impugnar o lançamento (fls. 60/67), suscita em preliminar a nulidade do procedimento fiscal, alegando que a infração está tipificada irregularmente, uma vez que conjuga cumulativamente as multas de R\$ 24.135,94 mais R\$ 17.621,70 (1% sobre as bases de cálculo contabilizadas nos exercícios de 2009 e 2010), à multa de R\$ 16.560,00 por exercício (R\$ 1.380,00 X 12), de forma indevida, sem previsão legal e alheia ao ordenamento jurídico disciplinado pela Lei nº 7.014/96.

No mérito, observa que foi aplicada multa por fornecimento dos arquivos magnéticos fora das especificações e requisitos diversos dos previstos no Convênio 57/95, mas não consta nos autos que a empresa tivesse sido intimada a corrigir as irregularidades. Sustenta que a multa está errada, pois jamais existiu a situação de fato descrita no Auto, uma vez que os arquivos foram apresentados em conformidade com o Convênio 57/95, sem qualquer inconsistência. Juntou cópias dos recibos, assinalando que eles estão validados pelo Validador da RFB, e o que houve foi falha do autuante ao proceder à leitura dos arquivos.

Aduz que, mesmo se tivesse havido o fato imputado, ainda assim persistiria a nulidade, já que não consta na peça autuatória, conforme prescreve o § 3º do art. 708-B do RICMS, a Listagem Diagnóstico, que é um documento formal, previsto no Regulamento, das irregularidades eventualmente encontradas. Argumenta que a Listagem Diagnóstico é um documento formal, haja vista ser tratado no texto do regulamento com “letras maiúsculas”, designando um nome próprio atribuído para ser aplicado a um documento oficial, e portanto integra o devido processo legal e é essencial na tipificação do eventual fato imputável. Frisa que na descrição do fato o autuante não faz qualquer alusão à referida Listagem Diagnóstico, indicativa de irregularidades, segundo prevê o Regulamento do ICMS, relativa aos arquivos magnéticos apresentados pelo contribuinte, os quais, conforme pode ser diligenciado pelo órgão julgador, foram apresentados bem antes da lavratura do presente Auto de Infração.

Assinala que todos os demonstrativos elaborados pelo autuante só foram apresentados no momento da lavratura do Auto, não sendo concedida ao Autuado qualquer informação sobre qualquer irregularidades dos últimos arquivos magnéticos por ele apresentados, seja no que tange ao descumprimento do Convenio 57/95, seja quanto às hipotéticas “inconsistências” ausentes de qualquer Listagem Diagnóstico.

Destaca três pontos para embasar o pleito de improcedência da autuação:

- a) os arquivos magnéticos foram entregues em estrita conformidade com o que prevê o artigo 57/95 [Convenio ICMS 57/95];
- b) não consta nos autos a Listagem Diagnóstico ou documento similar, na forma prevista no § 3º do artigo 708-B do RICMS;
- c) não consta nos autos de que tivesse sido concedido formalmente o prazo mínimo de 30 dias, a partir da apresentação da Listagem Diagnóstico, para que o contribuinte pudesse retificar as eventuais inconsistências.

Além destes aspectos, alega que não houve qualquer prejuízo para o erário resultante desse fato, pois não deixou de pagar qualquer imposto devido, e a multa aplicada é astronômica, e não houve o descumprimento de qualquer obrigação acessória, já que os arquivos magnéticos foram reapresentados regularmente, sem qualquer documento que se opusesse à sua consistência material.

Retoma a alegação feita na preliminar de que a autuação está tipificada irregularmente, uma vez que conjuga cumulativamente as multas de R\$ 24.135,94 mais R\$ 17.621,70 (1% sobre as bases de cálculo contabilizadas nos exercícios de 2009 e 2010), à multa de R\$ 16.560,00 por exercício (R\$ 1.380,00 X 12), de forma indevida, sem previsão legal e alheia ao ordenamento jurídico disciplinado pela Lei nº 7.014/96.

Nega que houvesse qualquer pendência ou inconsistência nos arquivos magnéticos, aduzindo que eles foram apresentados com todos os registros competentes, como pode ser observado pelo órgão julgador, mediante diligência nesse sentido.

Pede que o Auto de Infração seja declarado nulo, por não atender aos devidos requisitos legais quanto a sua forma e preparo, de maneira a preservar o devido processo legal, e sobretudo por não

restar plena consonância com o princípio da verdade material. Requer que o representante da PGE/PROFIS seja convidado a se manifestar nos autos, na condição de *custus legis*. Requer fazer prova do que foi alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, inclusive a revisão fiscal feita por fiscal estranho ao feito. Juntou cópias dos recibos de entrega dos arquivos magnéticos no período fiscalizados, assinalando que eles estão devidamente validados.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 100/107) destacando que “informa-se ao sujeito passivo que a cobrança foi feita com base no constante da alínea ‘j’ do inc. XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 alterada pela Lei nº 10.847/07”, que transcreve. Também transcreve os arts. 115 e 116, II, do CTN. Diz que o direito aplicável neste contexto é o que se expressa através do art. 34, “caput”, mais inc. XIV-C da Lei nº 7.014/96, que também transcreve. Seguem-se transcrições dos arts. 686, 708-B “caput” e §§ 5º e 6º. Transcreve ainda o § 3º do art. 113 e o parágrafo único do art. 142 do CTN.

Quanto à alegação do autuado da inexistência da Listagem Diagnóstico, o fiscal aponta o documento à fl. 12, onde o preposto do contribuinte, Sr. Cristiano Ferreira Costa, apôs em 17.1.13 o carimbo do CNPJ da empresa no Termo de Intimação para Apresentação de Livros, Documentos Fiscais e Arquivos Magnéticos, tomando ciência da intimação fiscal, em que, conforme o item 3 (Intimação para Apresentação de Informações em Meio Magnético), registra que ficava o contribuinte intimado a reenviar, no prazo de 30 dias, termo final do prazo em 18.1.13, arquivos magnéticos dos períodos de 1º.1.09 a 31.12.10, em virtude das incorreções registradas conforme demonstrativos anexos (84 laudas, frente e verso) entregues naquela data. Acrescenta que, em razão de erro na estipulação do termo final do prazo para envio dos citados arquivos magnéticos, ainda no dia 17.1.13, o mesmo preposto assinou correção de Termo de Intimação (fl. 13). Com isso, diz que não há como o contribuinte afirmar que não teve o prazo legal de 30 dias para correção das inconsistências dos seus arquivos, sendo que desde 4.1.13, quando o contribuinte foi intimado pela primeira vez para apresentação dos seus arquivos magnéticos, até o dia 22.4.13, quando foram baixadas as informações magnéticas recepcionadas pelo banco de dados da SEFAZ-BA, o contribuinte contou com 108 dias para regularização das pertinentes informações, o que não ocorreu.

O fiscal também rebate a alegação de que os arquivos foram validados pelo validador da RFB, dizendo que “cabe lecionar” ao contribuinte que a etapa de validação referida neste ponto apenas analisa o preenchimento de campos e suas adequações quanto ao tipo de caracteres, ficando para uma etapa posterior a apuração da coerência numérica entre os dados informados, e além disso a análise de idoneidade dos dados fica na dependência de futuros controles fiscais, de modo que o fato de terem sido validados pelo sistema de recepção de dados eletrônicos não quer dizer que os arquivos não apresentaram inconsistências.

Considera que o autuado não encontrará guarida em seus pleitos formulados na defesa porque os atos dos administradores públicos devem ser pautados, dentre outras exigências, pelas limitações contidas no “caput” do art. 37 da Constituição.

Opina pela manutenção do procedimento.

VOTO

A imputação fiscal neste caso diz respeito à falta de fornecimento (entrega) de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas – arquivos magnéticos entregues fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95 –, situação que se configura como não entrega.

O autuado alega que foi aplicada multa por fornecimento dos arquivos magnéticos fora das especificações e requisitos diversos dos previstos no Convênio ICMS 57/95, mas não consta nos autos que a empresa tivesse sido intimada a corrigir as irregularidades, mediante expedição de Listagem

Diagnóstico, conforme prevê o § 3º do art. 708-B do RICMS. Sustenta que a Listagem Diagnóstico é um documento formal, previsto no Regulamento, é um documento formal, haja vista ser tratado no texto do regulamento com “letras maiúsculas”, designando um nome próprio atribuído para ser aplicado a um documento oficial, e portanto integra o devido processo legal e é essencial na tipificação do eventual fato imputável.

Embora o regulamento se refira à Listagem Diagnóstico como se houvesse realmente um instrumento formal com essa denominação, não existe na verdade um “modelo” padronizado de “Listagem Diagnóstico”, que consiste na prática em qualquer demonstrativo ou listagem em que sejam especificadas inconsistências, incorreções ou erros a serem corrigidos. Nesse sentido, consta às fls. 12 e 13 que o autuado foi intimado para reenviar, no prazo de 30 dias, os arquivos magnéticos do período ali assinalado, em virtude das incorreções apontadas em demonstrativos que foram entregues naquela ocasião ao preposto do contribuinte. Na intimação, consta que a listagem das inconsistências foi entregue a Cristiano F. Costa. Abaixo da assinatura, foi aposto o carimbo do estabelecimento do autuado. Seria de bom alvitre que o fiscal tivesse anexado aos autos cópia da referida listagem das inconsistências. Mas apesar disso considero que o autuado foi intimado para corrigisse as inconsistências.

Quanto ao fato de os arquivos magnéticos terem sido validados ao serem recepcionados pelo validador do Sintegra, o fiscal rebateu, e está certo, que a etapa de validação apenas analisa o preenchimento de campos e suas adequações quanto à disposição formal das informações, ficando para uma etapa posterior a apuração da coerência numérica entre os dados informados.

Noutra questão levantada em preliminar, o autuado suscita a nulidade da autuação, alegando que a infração está tipificada irregularmente, uma vez que conjuga, cumulativamente, as multas de R\$ 24.135,94 mais R\$ 17.621,70 (1% sobre as bases de cálculo contabilizadas nos exercícios de 2009 e 2010), à multa de R\$ 16.560,00 por exercício (R\$ 1.380,00 X 12), de forma indevida, sem previsão legal e alheia ao ordenamento jurídico disciplinado pela Lei nº 7.014/96.

Na informação, o autuante limitou-se a dizer que a cobrança da multa foi feita com base na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Nada disse quanto à forma como foram calculadas as multas. Quanto à razão de as multas terem sido aplicadas de forma cumulativa, conforme foi questionado pelo autuado, o fiscal autuante também nada disse. Apenas cita os arts. 115, 116, 113 e 142 do CTN, que nada esclarecem quanto à questão suscitada – cálculo das multas. O autuante citou também o art. 34, XIV-C, da Lei nº 7.014/96 e os arts. 708-B do RICMS/97, que também nada têm a ver com a reclamação do autuado de que as multas foram calculadas cumulativamente.

Apesar de não constar no Auto e nos papéis de trabalho de que forma foram calculadas as multas, noto que, no Termo de Encerramento, que foi colacionado ao livro de ocorrências (fls. 48/53), foi feita a demonstração do cálculo das multas. Os cálculos são de difícil compreensão, dada a forma simplista como foram demonstrados, mas foram feitos (fl. 52).

Sendo assim, ultrapasso as preliminares suscitadas, porém, no tocante à demonstração das multas, suscito a seguir, de ofício, uma questão adicional, que diz respeito à data da ocorrência do cometimento imputado.

Observo nesse sentido que a forma como foi feita a autuação contém incongruências entre a data real dos fatos e as datas indicadas nas colunas “Data Ocorr” e “Data Vencto”, no corpo do Auto de Infração. O próprio autuante explicitou nas intimações às fls. 12 e 13 a data em que o contribuinte foi intimado para apresentar, no prazo de 30 dias, os arquivos magnéticos em questão, devidamente retificados, bem como o termo final do prazo concedido. Inicialmente, o fiscal havia se equivocado, concedendo apenas “um dia” de prazo (fl. 12), mas depois corrigiu o equívoco, estipulando o prazo de 30 dias (fl. 13), que se venceria no dia 18.2.13.

A fiscalização, mediante intimação, solicitou a reapresentação de arquivos magnéticos porque eles tinham sido apresentados com inconsistências. Inconsistência é a qualidade daquilo a que falta estabilidade ou firmeza. Inconsistência é incoerência, falta de lógica, incerteza. Arquivos magnéticos apresentados com incorreções caracterizam o ilícito. Nos termos do § 6º do art. 708-B do RICMS, a entrega de arquivo magnético fora das especificações e requisitos previstos na legislação configura não fornecimento, ficando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Sendo assim está configurada a infração.

Noto, contudo, que há um erro flagrante no que concerne ao tempo, ou seja, ao momento em que ocorreu a infração. Quando um contribuinte é intimado para apresentar determinados elementos relativos a fatos do passado – sejam quais forem esses elementos – e não atende à intimação, a falta de atendimento à intimação constitui uma infração, mas a ocorrência dessa infração se dá é no momento em que se esgota o prazo para apresentação dos elementos solicitados, e não na data dos fatos relativos aos elementos solicitados.

A data da ocorrência tem importância porque é com base nela que são feitos os cálculos dos acréscimos legais, a exemplo da atualização monetária e dos acréscimos moratórios.

Embora isso seja uma coisa de evidência cristalina, aprofundarei o exame da questão.

A obrigação de entregar arquivos magnéticos é disciplinada basicamente em dois artigos do RICMS: o art. 708-A e o 708-B.

O art. 708-A cuida da obrigação de entregar os arquivos mensalmente à repartição fazendária, até as datas estipuladas nos incisos do artigo, sendo que a entrega é feita via internet. Os prazos para entrega são fixados até os dias 15, 20, 25 e 30 do mês subsequente ao mês considerado, a depender do algarismo final da inscrição cadastral do estabelecimento.

Já o art. 708-B, cuida da entrega a ser feita ao fiscal, quando for o contribuinte intimado nesse sentido, e a entrega é feita pessoalmente ao preposto do fisco, até a data estipulada na intimação, que pode ser prorrogado, se assim decidir a autoridade fiscal competente.

Conforme consta no campo “Enquadramento” do Auto de Infração, o fato em discussão neste Auto foi enquadrado no art. 708-B, que corresponde, precisamente, à descrição do motivo da multa: o autuado deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos “mediante intimação”. Sendo assim, não importa o mês ou o exercício a que se refiram os arquivos, o que importa é a natureza da infração – falta de entrega de arquivos magnéticos, mediante intimação –, de modo que a infração se considera ocorrida no dia em que vence o prazo para a entrega dos arquivos ao fiscal, estabelecido na intimação.

Prevê o § 5º ao art. 708-B do RICMS o prazo de 30 dias para que o contribuinte corrija arquivo magnético apresentado com inconsistência. Ora, se o Regulamento concede prazo para que o contribuinte corrija erros do arquivo, isto significa que somente depois de decorrido tal prazo é que, não sendo atendida a intimação, fica o contribuinte sujeito às sanções legais em virtude da falta de entrega do arquivo devidamente corrigido.

Com efeito, prevê o art. 708-B, com a redação dada pela Alteração nº 69 – Decreto nº 9.651/05:

“Art. 708-B.

.....

§ 5º. O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente a retificação total de arquivo.”

Por essas considerações, a infração de que cuida este Auto não ocorreu nas datas indicadas no Auto de Infração, mas sim na data em que venceu o prazo estabelecido pelo fiscal na última intimação efetuadas para que o contribuinte entregasse os arquivos devidamente corrigidos e o contribuinte não atendeu à intimação.

De acordo com o instrumento às fls. 12 e 13, o autuado foi intimado em 17.1.13 para reapresentar os arquivos magnéticos, em virtude de inconsistências, no prazo de 30 dias. Nota que na intimação à fl. 13 o fiscal fez constar que o termo final seria o dia 18.2.13. Este foi o dia do cometimento da infração: falta de entrega dos arquivos magnéticos devidamente corrigidos, solicitados mediante intimação.

Trata-se neste caso de uma obrigação de fazer: obrigação do contribuinte de reapresentar os arquivos magnéticos corrigidos, conforme foi intimado. A infração a uma obrigação de fazer ocorre quando o contribuinte pratica ou deixa de praticar o ato. Neste caso, em que dia venceu o prazo para que o contribuinte cumprisse a obrigação de apresentar os arquivos? A resposta é óbvia: o prazo venceu quando decorrido o prazo estabelecido na intimação à fl. 13, ou seja, a intimação foi no dia 17.1.13 e o prazo venceu no dia 18.2.13.

Nota ainda que no Auto de Infração, além da data de ocorrência (“Data Ocorr”), há uma estranhíssima data de vencimento (“Data Vencto”). Neste caso, não há “data de vencimento”: a data de vencimento coincide com a data do fato.

Apesar de todos esses senões, não decretarei a nulidade da autuação, pois considero que a infração ficou caracterizada e os vícios assinalados podem ser corrigidos, alterando-se no demonstrativo do débito a data de ocorrência para 18.2.13.

O autuado alega que não houve prejuízo ao erário resultante desse fato, pois não deixou de pagar o imposto devido e a multa é astronômica.

O cancelamento ou redução de multa por descumprimento de obrigação acessória tem por fundamento o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que prevê tais medidas se ficar provado que a infração foi praticada sem dolo, fraude e simulação e que não implicou falta de pagamento de tributo. Esse dispositivo contém dois requisitos para que se possa reduzir ou cancelar a multa. Um desses requisitos é que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação. Como nestes autos sequer foi ventilada a existência de tais práticas, concluo que está satisfeito este requisito legal. O outro é que a infração considerada não tenha implicado falta de pagamento do tributo. Não consta nos autos que tivesse sido apurada falta de pagamento de tributo, quer por este, quer por outros fatos. O contribuinte alegou que não deixou de pagar tributos, e o fiscal nada disse quanto a esse aspecto. Considero preenchidos os requisitos legais para redução da multa.

O RPAF, ao inaugurar a regulação processual do contencioso administrativo fiscal, no título das disposições gerais, recomenda que se apliquem ao processo administrativo determinados princípios jurídicos, “sem prejuízo de outros princípios de direito” (art. 2º). Dentre esses princípios, no que concerne ao caso em tela, aflora o princípio da proporcionalidade, que se traduz na dosimetria da pena em função da gravidade da falta e da situação individual do infrator. Esse princípio reflete-se no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, o qual admite que o órgão julgador cancele ou reduza a multa, se não tiver havido dolo, fraude ou simulação, e desde que o fato não tenha implicado falta de pagamento de imposto.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, corrigindo-se, porém, a data da ocorrência do fato para 18.2.13, e reduzindo-se a multa para R\$ 7.487,76, equivalente a 10% da pena estipulada, com fundamento no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206825.0077/13-2**, lavrado contra **SURPRESA COMÉRCIO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória com redução para o valor de R\$ **7.487,76**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 3 de outubro de 2013

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR