

A. I. N° - 017241.0002/13-9
AUTUADO - POSTO CENTRAL EM BENDEGÓ LTDA.
AUTUANTE - JACKSON DAVI SILVA
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
INTERNET - 16/10/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0251-03/13

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. **a)** ENTREGA COM ATRASO. **b)** FALTA DE ENTREGA APÓS INTIMAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. A legislação estabelece aplicação da multa pela entrega fora dos prazos regulamentares e pela omissão da entrega. Infração caracterizada. Não acatado o pedido para redução da multa. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** BEM DESTINADO AO ATIVO PERMANENTE. **b)** MATERIAIS DESTINADOS A USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infrações reconhecidas. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. **a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Multa de 1% do valor comercial das entradas de mercadorias não registradas. **b)** FALTA DE EMISSÃO NOTA FISCAL DE SAÍDAS. MERCADORIA ISENTA. Fatos não contestados. Rejeitada arguição de inconstitucionalidade e ilegalidade do lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 27/03/2013, exige crédito tributário no valor de R\$74.266,84 em razão das seguintes irregularidades:

1. forneceu arquivo magnético fora dos prazos previstos pela legislação, enviados via internet através do programa Validador/Sintegra, sendo aplicada multa fixa mensal de fevereiro a abril, julho, agosto, outubro e dezembro de 2008, janeiro a setembro, novembro e dezembro de 2009, e janeiro a dezembro de 2010 e janeiro, março a setembro de 2011, totalizando R\$52.440,00;
2. falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), omissão de entrega de arquivo, sendo aplicada multa mensal de R\$1.380,00 nos meses de maio, junho, setembro e novembro de 2008, outubro de 2009, fevereiro, outubro a dezembro de 2011, totalizando R\$12.420,00;
3. falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, no mês de fevereiro 2009 no valor de R\$8.600,00;
4. falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, nos meses de outubro de 2009, maio e julho de 2010 no valor de R\$511,72 acrescido da multa de 60%;
5. deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2010 e de 2011, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não registrada, multa pelo descumprimento de obrigação acessória, totalizando R\$95,12;

6. omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado, em dezembro de 2008, 2009, 2010 e 2011, sendo aplicada multa fixa de R\$50,00 por exercício, totalizando R\$200,00.

O autuado ingressa com defesa fls.67/77, através de advogado, procuração fl.78, registrando sua tempestividade. Reproduz as infrações que lhe foram imputadas. Diz que demonstrará que o autuante utilizou-se de sistemática de apuração própria, sem qualquer respaldo legal, quedando-se equivocados em inúmeros pontos, demonstrando uma completa falta de afinidade com a matéria em comento.

Afirma que por amor ao debate, cautela e com base no princípio da eventualidade, vem contestar o mérito com base nos fatos e argumentos que se seguem.

Sobre as infrações 01 e 02, diz que o presente lançamento fiscal pretende capitular infração supostamente cometida pela autuada, consistente no fornecimento de arquivos magnéticos fora do prazo previsto pela legislação, além de suposta omissão de entrega de arquivo através do programa de Transmissão Eletrônica de Dados, nos artigos 686 e 708-A do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, nos exercícios 2008 a 2011.

Afirma que sob a égide do princípio da legalidade tributária, muito embora desponha como a mais antiga entre as normas destinadas a proteger o contribuinte, ainda hoje, figura dentre as mais importantes limitações constitucionais ao poder de tributar, sendo vista como a origem de diversas outras garantias hoje expressamente asseguradas ao contribuinte sob diferentes títulos, ou seja, para que qualquer espécie de obrigação ou penalidade seja exigível do contribuinte é necessário, antes de tudo, que ela tenha sido instituída por uma lei em sentido formal e material, nos exatos termos do princípio da legalidade.

Alega que a fixação de multa em decorrência de eventual descumprimento de obrigação acessória, só e somente só, poderia também ser estabelecida através de lei, em respeito ao princípio da estrita legalidade. Não pode haver penalidade tributária sem lei que a estabeleça. É o que se depreende do artigo 97, inciso V do CTN, que transcreve.

Aduz que na infração 01, o art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei 7.014/96, alterada pela Lei 10.847/07, estabelece a imputação de multa pelo descumprimento de obrigação tributária acessória, consistente na falta de entrega, nos prazos previstos pela legislação, de arquivo magnético, mas não traz qualquer previsão ou menção da aplicação da referida penalidade pelo fornecimento dos arquivos com atraso, ou tampouco que a aplicação da penalidade deverá ser feita mês a mês por cada período de referência, conforme se observa do artigo. Transcreve o citado dispositivo legal, dizendo que tão somente pela falta de entrega de arquivo magnético, não merece qualquer respaldo a infração de número 01.

Aduz que não existe qualquer dispositivo legal que informe que a multa deverá ser aplicada mês a mês, de forma desproporcional e desarrazoada, infringindo frontalmente o princípio legalidade tributária, além de ser visivelmente confiscatória, razão pela qual não merece prosperar.

Entende que fornecer os relatórios, mesmo que fora do prazo significa dizer que não houve descumprimento de obrigação acessória, eis que estes foram entregues conforme requerido pela autoridade tributante, e por esta razão, não deve prosperar a pretensão do autuante ao imputar a referida multa, haja vista que a legislação não prevê a aplicação de penalidade pecuniária pelo simples atraso, mas sim pela falta de entrega.

Transcreve a Cláusula 17ª do Convênio ICMS 57/95 que estabelece que o registro fiscal (informações gravadas em meio magnético) corresponde aos elementos contidos nos documentos fiscais. Entretanto o autuante não realizou qualquer exame prévio dos documentos fiscais, quais sejam, os livros de entradas e saídas, ou qualquer outra verificação da escrituração fiscal disponibilizada pela autuada, passando a considerar como irrefutável a necessidade do fornecimento da informação preliminar emitida pelo programa “Validador” da SEFAZ-BA.

Menciona que inexistia lei em sentido formal e material no Estado da Bahia que homologue o específico programa “Validador” de registros fiscais, utilizado pela SEFAZ-BA, como meio apto a exercer um juízo prévio de valor de que as informações gravadas nos meios magnéticos divergem dos elementos contidos nos documentos fiscais, conclui-se, portanto, que na situação em exame, jamais poderia ter sido afastada a presunção de que o registro fiscal espelha os documentos fiscais do contribuinte, e, por consequência, não se poderia lhe imputar as multas das referidas infrações. Diz que o registro fiscal através de meio magnético é elemento auxiliar da escrita fiscal, eis que o arquivo não contém assinatura e não poderia ser considerado como única forma de declaração fiscal do contribuinte.

Neste particular, chama a atenção dos membros desta Junta para o fato de que, a suposta entrega dos arquivos magnéticos fora do prazo não impede a realização de fiscalização, vez que, na ausência dos registros magnéticos objeto de autuação, o autuante poderia utilizar-se de todos os livros fiscais disponibilizados, o que não ocorreu.

Observa que sobre a infração 02, se o art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei 7.014/96 prevê uma multa no valor de R\$ 1.380,00, pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, dos arquivos magnéticos, esse montante deve ser aplicado de forma única, por exercício, haja vista que na redação do referido artigo, não consta qualquer previsão de aplicação mensal da penalidade, motivo pelo qual a autoridade autuante não pode, ao seu próprio alvedrio, utilizar-se de sistemática própria na aplicação de multa ou mesmo inovar o sistema normativo, de forma abusiva, desarrazoada e sem qualquer previsão legal.

Menciona que o imposto já fora recolhido em outro momento através do instituto da substituição tributária e conforme preceitua o art. 158 do RPAF/BA, 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.

Conclui que (i) não existe previsão legal que comine imputação de multa pelo atraso na entrega dos arquivos magnéticos, mas tão somente no que se refere à falta de entrega dos referidos arquivos; (ii) o art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei 7.014/96, não faz qualquer menção de que a referida multa pela falta de entrega dos arquivos magnéticos deve ser cobrada mês a mês; (iii) a imputação da multa mês a mês fere frontalmente os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e se mostra claramente confiscatória; (iv) o art. 158 do RPAF/BA prevê a possibilidade da redução ou cancelamento das multas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF.

Sobre as infrações 03, 04, 05 e 06, afirma que por equívoco, teria cometido as irregularidades que lhe foram imputadas e, portanto, acata os termos da autuação.

Requer seja o Auto de Infração julgado procedente em parte, com vistas ao cancelamento/redução da multa aplicada, conforme descrevem as infrações 01 e 02, com espeque no art. 158 do RPAF/BA, haja vista que entende serem claramente desproporcionais.

O autuante em informação fiscal fl.92 reproduz as infrações e faz uma síntese da defesa. Diz que o entendimento do autuado sobre os valores das infrações 01 e 02 está equivocado. Que não procede a alegação de que teria utilizado sistemática de apuração própria e sem respaldo legal, pois seguiu roteiros de auditoria e procedimentos existentes na SEFAZ tudo em conformidade com a lei.

Frisa que pautou as infrações 01 e 02 na Lei 7.014/96 e do art. 686 e 708-A do RICMS/97 em vigor à época do fato gerador.

Entende que a alínea “j” do art. 42, inciso XIII-A da Lei 7014/96 c/c os arts. 686 e 708-A do RICMS/BA abarcam as duas situações - uma penalidade pela falta de entrega do arquivo magnético no prazo previsto na legislação, art.708-A, incisos I a IV do dec. 6284/97; outra pela falta de entrega art. 686, do mesmo diploma legal, que são situações diversas.

Sustenta que a penalidade terá de ser aplicada mês a mês, já que o dispositivo aplicado que se refere a matéria em análise, diz que é em cada período – já que o cálculo do ICMS é feito mês a mês e o período de apuração é mensal – entradas e saídas de cada mês.

Afirma que o autuado não consegue elidir estas infrações e opina que o auto de infração deve ser julgado totalmente procedente.

VOTO

No presente lançamento está sendo exigido ICMS em decorrência das seguintes irregularidades: fornecimento de arquivo magnético fora dos prazos previstos pela legislação e falta de entrega de arquivo magnético, omissão de entrega de arquivo, infrações 01 e 02; falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e a uso e consumo do estabelecimento, infrações 03 e 04; entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal e omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, infrações 05 e 06.

Compulsando os autos, vejo que o PAF está revestido das formalidades legais, nele estando determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza das infrações apuradas, sendo precisamente indicados os dispositivos legais infringidos, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

Constato que não existe lide a ser julgada em relação às infrações 03 a 06, pois o sujeito passivo acabou por reconhecê-las. Mantidos estes lançamentos.

No mérito, a infração 01 refere-se à multa pelo fornecimento de arquivo magnético fora dos prazos previstos pela legislação, enviados via internet através do programa Validador/Sintegra. A infração 02 trata de omissão de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado pela internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED).

Vejo que o lançamento fiscal trata da ocorrência prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96. Sobre esta autuação e de acordo com a legislação do ICMS, a qual recepcionou o disposto no Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados é obrigado a enviar 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 (art. 685, combinado com o art. 708-A do RICMS/97).

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. O arquivo magnético deverá ser entregue via internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão, o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético cancelado eletronicamente após a transmissão ou na Inspeção Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo mencionado programa, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.

Em fase defensiva o impugnante rebate as acusações com os seguintes argumentos: (i) que não existe respaldo legal para a autuação; (ii) que a aplicação mensal das referidas penalidades são

ilegais, desproporcionais e confiscatórias; (iii) que a tipificação legal utilizada para enquadrar a multa (o art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei 7.014/96) estabelece a imputação de multa consistente na falta de entrega de arquivo magnético no prazo regulamentar, mas não traz qualquer previsão ou menção da aplicação da referida penalidade pelo fornecimento dos arquivos com atraso. Observo que labora em erro tal entendimento, visto que equivocado.

Na situação presente foi aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória prevista na Lei Estadual nº 7.014/96 e não vislumbro qualquer ilegalidade por vício ou inconstitucionalidade relativa à legislação do Estado.

O Auto de Infração aplica multa pelo fornecimento de arquivos magnéticos fora do prazo, conforme demonstrativo dos arquivos não apresentados ou apresentados fora do prazo – fls.14/15 e arquivos recebidos que comprovam a não apresentação fls.16 a 20, e pela omissão de envio de arquivos no prazo regulamentar.

Na defesa apresentada, o defendente admitiu o cometimento da infração, pois não negou ter deixado de fornecer ou ter fornecido fora do prazo os arquivos magnéticos. Contestou apenas, a aplicação da multa, mês a mês, o que julgou ser desproporcional e argumentou, que o art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96, não contempla qualquer previsão ou menção da aplicação da referida penalidade pelo fornecimento com atraso dos arquivos magnéticos ao SINTEGRA.

Para facilitar a interpretação do mencionado dispositivo, transcrevo abaixo a alínea “j” do art. 42, XIII-A da Lei nº 7.014/96.

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

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;

Conforme previsto no art. 708-A, **em cada mês** o contribuinte tem a obrigação de enviar os arquivos magnéticos referentes ao movimento econômico do período, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, obedecido aos prazos estabelecidos nos incisos I a IV do mesmo dispositivo legal. Considerando que a apuração do ICMS é mensal, torna-se evidente que o contribuinte incorre em infração à legislação, cada mês em que deixe de cumprir esta determinação.

Da análise dos elementos que compõem o PAF, vejo que o autuado só enviou os arquivos magnéticos para o banco de dados da SEFAZ em 17.01.2013, após a intimação e no curso da ação fiscal, o que comprova claramente que descumpriu os prazos regulamentares quanto à sua obrigação de fazer.

Pelo acima exposto, ao contrário do que afirmou o impugnante, a penalidade imposta não deverá ser aplicada apenas ao fato da não entrega do arquivo magnético. A entrega com atraso está devidamente compreendida como infração, haja vista, que realizou o envio dos arquivos magnéticos fora dos prazos previstos na legislação.

Nestas circunstâncias, observo que a ação fiscal atendeu ao disposto no artigo 708-A do RICMS/97, pois ao constatar a falta de entrega dos arquivos magnéticos contendo as operações e prestações do período de janeiro de 2008 a dezembro de 2011, e não cumpriu as determinações legais descritas no prazo estipulado, entendo que foi correta a aplicação das penalidades indicadas no presente Auto de Infração, por estarem previstas no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei (BA) nº 10.847/07.

Assim sendo, restou caracterizado que o estabelecimento autuado além de ter enviado arquivos magnéticos fora dos prazos previstos na legislação, quando o fez, omitiu vários meses no período fiscalizado. Infrações mantidas.

Com relação à alegação de que a não entrega dos arquivos magnéticos deixou de causar prejuízo à Fazenda Pública, também não pode ser acatada, tendo em vista que a não apresentação dos arquivos magnéticos dificulta substantivamente aferir a correção das operações praticadas pelo contribuinte, visto que é dificultoso efetuar o levantamento mediante digitação manual dos elementos fiscais.

O impugnante arguiu a confiscatoriedade da multa e pediu a sua exclusão com base nos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade. Não acolho a referida pretensão, visto que a imposição fiscal em exame decorre de expressa previsão da Lei nº 7.014/96, sendo vedado aos órgãos administrativos de julgamento deixar de aplicar as regras que compõem o ordenamento jurídico-tributário, nos termos do que estabelece o art. 167 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. O argumento de que o lançamento incorreu em violação a regras ou princípios constitucionais é matéria que só poderá ser apreciada no âmbito do Poder Judiciário, onde o contribuinte poderá buscar a revisão do ato administrativo, cuja constitucionalidade, na esfera administrativa, é presumida, até que seja prolatada decisão judicial em contrário.

Observo que no caso em análise, o autuante na aplicação das multas referentes às infrações 01 e 02, registrou equivocadamente, como data de vencimento, o dia 09 do mês subsequente, quando a infração se configura na data da ocorrência do fato gerador, ou seja, no dia 20 de cada mês, data limite para que o contribuinte cumprisse a obrigação tributária acessória, de encaminhar à SEFAZ os arquivos magnéticos. Dessa forma, retifico de ofício a data de vencimento da obrigação para a mesma data de ocorrência do fato gerador.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **017241.0002/13-9**, lavrado contra **POSTO CENTRAL EM BENDEGÓ LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.111,72**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$65.155,12**, previstas nos incisos XIII-A, alínea “j”, XI e XXII do citado diploma legal e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de outubro de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR