

PROCESSO - A. I. Nº 130609.0027/11-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e VALDAC LTDA.
RECORRIDOS - VALDAC LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0117-04/13
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 14/03/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0038-12/14

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. APRESENTAÇÃO DO ARQUIVO MAGNÉTICO SEM A TOTALIDADE DAS OPERAÇÕES. MULTA. De acordo com o RICMS/BA, o contribuinte que utiliza o sistema de processamento de dados para emissão de documentos fiscais está obrigado a apresentar o arquivo magnético contendo a totalidade das operações. Encontra-se claramente configurada a insegurança na determinação da infração e dos valores eventualmente devidos, por desconformidade entre os fatos apurados e o enquadramento legal, além da ocorrência de cerceamento ao direito de defesa do contribuinte. Análise dos Recursos de Ofício e Voluntário **PREJUDICADOS.** Decretada, de ofício, a **NULIDADE** do Auto de Infração. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela procedência em parte do presente Auto de Infração, lavrado para exigir multa no percentual de 5% correspondente ao valor de R\$584.656,21, em razão de o sujeito passivo ter fornecido, mediante intimação, informações, por meio de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, com omissão de operações ou prestações, ficando a multa limitada a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento e omitidas em cada período.

Consta, ainda, que, apesar de intimado em 22/02/2011 (prazo de 30 dias) e em 24/03/2011 (prazo de 48 horas), o contribuinte deixou de apresentar os arquivos referentes ao Registro 54, assim como os relativos aos Registros 60M, 60A, 60R, 74 e 75 dos exercícios de 2007 e 2008, impossibilitando, assim, o roteiro de auditoria de estoques (AUDIF 207).

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide com os seguintes fundamentos:

Inicialmente nego o pedido de diligencia, posto que os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação de meu juízo de valor, na qualidade de relatora do PAF, conforme art. 147, I do RPAF/99.

Nesta infração foi aplicada a multa em razão do fornecimento de informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requerido mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, multa com o valor limitado a 1% (um por cento), do valor das operações de saídas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas.

A irregularidade detectada fere as cláusulas 27 e 28 do Convênio ICMS 57/95, e está tipificada no art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/96, que estabelece a penalidade de 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomados e realizados, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informados com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento, em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou sobre o valor das divergências, conforme o caso.

Assim, verificada a existencia de divergência do arquivo magnético, em relação ao padrão previsto na

legislação, o contribuinte deverá ser intimado previamente para regularização das inconsistências, no prazo de 30 dias, e o agente fiscal, responsável pela intimação, deverá anexar a listagem diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas (§ 3º do art. 708-B do RICMS).

Neste caso, o sujeito passivo foi intimado para apresentar, no prazo de 30 dias, os arquivos magnéticos, a salvo das incorreções, em 22/02/2011, e novamente, por concessão, em 24/03/2011, foi intimado, para fornecê-los, no prazo de 48 horas, mas não o fez.

Deste modo procede a autuação, mas tendo em vista o pedido de redução ou de cancelamento da multa sugerida pela fiscalização, com base no art. 158 do RPAF/99, que prevê essa possibilidade, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado em falta de recolhimento do tributo, passo a apreciá-lo.

Como o sujeito passivo entregou à fiscalização os arquivos magnéticos posteriormente, e não restou comprovada a má-fé, haja vista que a fraude não se presume, a pena aplicada deve ser reduzida, procedimento este que, em tais casos, vem sendo adotado por este CONSEF, voto pela redução da multa aplicada para o percentual de 10% do seu valor originário, o que perfaz o total de R\$58.465,62.

Contudo, no caso de lavratura de Auto de Infração por falta de apresentação ou de irregularidade do arquivo magnético, os campos de 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 para apresentação do arquivo magnético ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados.

Deste modo, a data de ocorrência do fato gerador deve ser corrigida para 29 de março de 2011, conforme prevê a Orientação Técnica da GEAFI 003/2005, dessa Secretaria de Fazenda, item 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 a 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”.

Infração parcialmente mantida com a correção da data de ocorrência para 29/03/2011.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com redução do valor da multa aplicada.

Em atendimento ao artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

Inconformado com a Decisão de Primeira Instância, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, alegando que o prazo concedido pelo agente fazendário foi insuficiente e, mesmo após o pedido de prorrogação, o fiscal somente concedeu mais 48 horas para a apresentação dos arquivos 54, 60M, 60A, 60R, 74 e 75, tendo sido indeferido o novo pedido de prorrogação protocolado na Inspetoria.

Com o objetivo de comprovar a sua boa-fé, afirma que apresentou, juntamente com a impugnação, todos os arquivos solicitados e devidamente retificados, mas que tais arquivos não foram considerados na Decisão recorrida.

Pede que sejam levados em conta seus esforços para demonstrar que as operações ocorridas nos exercícios de 2007 e 2008 foram regulares, bem como que houve o recolhimento correto do imposto devido, comprovando-se a sua boa-fé, razão pela qual entende que deve cancelada a multa aplicada, com a aceitação dos novos arquivos magnéticos apresentados.

Alega que cumpriu os requisitos previstos no artigo 158 do RPAF/99 para cancelamento da penalidade, quais sejam: (i) a infração não foi praticada com dolo, fraude ou simulação, pois somente precisava de um prazo suplementar para apresentar os documentos solicitados; (ii) não houve ausência de recolhimento do imposto, pois todos os arquivos que apresentaram problemas não interferem no valor das operações ou no valor do imposto recolhido, conforme se verifica pela tabela que apresentou, com a descrição de cada um dos arquivos solicitados pelo agente fiscal.

Argumenta que, estando preenchidos os pressupostos constantes no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, a autoridade competente deve cancelar ou reduzir a pena aplicada, visto que o termo “poderão” trazido no dispositivo legal traz a conotação de um dever do julgador, caso sejam preenchidas as condições legais, sob pena de se conceder discricionariedade absoluta ao agente

público na concessão do benefício, o que é vedado no ordenamento jurídico nacional. Transcreve diversas decisões deste CONSEF para apoiar a sua argumentação.

Entende que o valor da multa é exorbitante, mesmo com a redução feita pelo órgão julgador de primeiro grau, considerando-se a verdade material já comprovada nos autos, bem como a apresentação dos arquivos solicitados após a lavratura do Auto de Infração e aduz que o Supremo Tribunal Federal tem combatido tais ilegalidades, consoante as decisões judiciais que reproduziu.

Por fim, pede a reforma da Decisão de Primeira Instância, a fim de que seja cancelada a multa aplicada no presente Auto de Infração.

Requer, ainda, que as intimações sejam encaminhadas aos seus advogados e protesta pela sustentação oral durante o julgamento do processo administrativo fiscal.

A PGE/PROFIS opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário, sob o argumento de que a imputação fiscal está clara e devidamente tipificada, tendo sido observados os princípios que regem o processo administrativo fiscal.

Ressalta que “*o sujeito passivo foi intimado para apresentar, no prazo de 30 dias, os arquivos magnéticos, a salvo de incorreções, em 22/02/2011, e novamente, por concessão, em 24/03/2011, foi intimado para fornecer os referidos arquivos, no prazo de 48 horas, e não o fez, razão pela qual a exigência fiscal deverá ser mantida*”.

Salienta que a competência para apreciação de pedido de dispensa de multa por infração de obrigação acessória pertence legalmente aos órgãos julgadores do CONSEF, em obediência ao disposto no artigo 158 do RPAF/99 e que a Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela redução da penalidade levando em consideração o fato de o sujeito passivo ter apresentado à fiscalização os arquivos magnéticos em data posterior e não ter sido comprovada a conduta de má-fé.

Finalmente, aduz que comunga da opinião de que o pedido de cancelamento da multa não deverá ser acolhido, “*eis que as multas são dotadas de caráter nitidamente educativo*”.

VOTO

Inicialmente, observo que não há nenhum óbice a que as intimações também sejam dirigidas ao procurador do recorrente no endereço constante do Recurso Voluntário, entretanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, ao teor do artigo 108 do RPAF/99.

Em sua peça recursal, o contribuinte se limitou basicamente a requerer o cancelamento da penalidade, sob o argumento de que havia entregue os arquivos magnéticos após a lavratura deste Auto de Infração e agiu de boa-fé, pois o ICMS devido foi recolhido.

Preliminarmente, verifico que o presente Auto de Infração apresenta uma contradição entre a infração e a descrição dos fatos, como a seguir demonstrado.

A acusação tributária encontra-se enfeixada da seguinte forma: “*forneceu informações, através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas*”.

Mais adiante, foi mencionado o seguinte: “*apesar de intimado em 22/02/2011 (prazo de 30 dias) e em 24/03/2011 (prazo de 48 horas), [o contribuinte] deixou de apresentar os arquivos referentes ao registro 54, assim como os referentes aos registros 60M, 60A e 60R, 74 e 75 relativos aos exercícios de 2007 e de 2008, IMPOSSIBILITANDO A AUDITORIA DE ESTOQUES (AUDIF 207)*”.

Foram indicados, como datas de ocorrência, os dias 31/12/2007 e 31/12/2008 e a multa foi calculada com base no percentual de 5% sobre as bases de cálculo de R\$5.200.726,27 e R\$6.492.398,04,

respectivamente, com débito total de R\$584.656,21.

Os fatos descritos foram enquadrados nos artigos 686 e 708-B, do RICMS/97, que estabelecem a obrigatoriedade de entrega de arquivos magnéticos solicitados mediante intimação.

Já a multa foi embasada no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, que prevê o percentual de “5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso”.

Verifico, por outro lado, que foram expedidas duas intimações “para apresentação de informações em meio magnético”, nos dias 22/02/11 e 24/03/11 (fls. 10 e 18), tendo em vista “a apresentação dos referidos arquivos com irregularidades, conforme demonstrativo anexo”.

No campo “Observações” das intimações acima mencionadas constam as seguintes informações:

“Os arquivos deverão ser transmitidos para o endereço eletrônico da SEFAZ/BA. 1 - Diferenças dos REGISTRO 50 X REGISTRO 54 (Rel. 04/05/06/07/08/09/10/11 e 12/2007; 2 – Arquivos referente (sic) ao registro 54 dos meses acima (abril a dez/2007 e jan a dez de 2008); Arquivos referente (sic) registro 60M, 60A e 60R referentes aos meses de abril a dezembro/2007 e jan a dez de 2008; 3 - Arquivos referentes ao registro 74 no mês de dezembro de 2007 e de janeiro de 2008 e de dezembro de 2008 e janeiro de 2009; 4 – Arquivos referente (sic) ao Registro 75 relativos aos meses de abril a dez de 2007 e de jan a dez de 2009.”

Constatou, por fim, que foram concedidos os prazos de 30 dias (1ª intimação) e 48 horas (2ª intimação) para que o autuado retificasse as irregularidades apontadas acima.

Em resumo, conclui-se que a fiscalização detectou dois tipos de irregularidades nos arquivos magnéticos do recorrente:

1. diferenças entre os dados informados no registro 50 e no registro 54, nos meses de abril a dezembro de 2007, o que, à luz da legislação, pode ser caracterizado como inconsistência;
2. falta de entrega dos arquivos magnéticos mensais solicitados pelo Fisco mediante intimação, contendo:
 - a) os registros 54, 60M, 60A e 60R, referentes aos períodos de abril a dezembro de 2007 e de janeiro a dezembro de 2008;
 - b) o registro 74, relativos aos meses de dezembro de 2007, janeiro e dezembro de 2008 e janeiro de 2009;
 - c) o registro 75 concernente aos períodos de abril a dezembro de 2007 e de janeiro a dezembro de 2008.

Para ambas as situações, isto é, falta de entrega dos arquivos magnéticos ou sua entrega com inconsistências, a legislação tributária baiana (RICMS/97 e Lei nº 7.014/96) prevê a aplicação da penalidade de 1% sobre o valor das operações ou prestações realizadas no mês em que ocorreu a irregularidade, e não o percentual de 5% como foi lançado no presente Auto de Infração.

É o que exsurge dos dispositivos regulamentares e legais a seguir reproduzidos:

RICMS/97 -

Art. 683. Poderá ser utilizado sistema eletrônico de processamento de dados (Conv. ICMS 57/95):

I - para emissão dos documentos fiscais relacionados no art. 192;
(...)

§ 1º *Também fica obrigado às disposições deste Capítulo o contribuinte que utilizar sistema de terceiros para emitir documento fiscal ou escriturar livro fiscal por sistema eletrônico de processamento de dados.*

§ 3º *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.

(...)

Art. 686. O contribuinte de que trata o art. 683 está obrigado 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:

(...)

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;

(...)

§ 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).

(...)

Art. 708-A. O contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar o arquivo de que trata este capítulo, referente ao movimento econômico de cada mês:

(...)

§ 4º O arquivo deverá ser entregue via Internet, através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo, chancelado eletronicamente após a transmissão, ou na repartição fazendária.

(...)

§ 6º A recepção do arquivo pela 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. (grifos não originais)

(...)

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.

(...)

§ 2º O atendimento ao explicitado neste artigo não exclui a obrigação de que trata o artigo anterior e vice-versa.

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

§ 4º O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet, 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, quando for o caso.

§ 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.

§ 6º 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.

A Lei nº 7.014/96, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.847/07, dispõe da seguinte maneira:

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.

Por fim, há de se ressaltar que, mesmo que tivesse sido constatada irregularidade em arquivo magnético para a qual fosse prevista a penalidade de 5%, o que não ocorreu no caso em exame, o percentual de multa deveria ser aplicado sobre o valor das omissões ou divergências encontradas entre os documentos fiscais e os dados informados nos arquivos magnéticos, limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas em cada período. É o que está previsto no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07:

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:

(...)

i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso.

Além do que foi acima relatado, resta demonstrado, da análise da planilha elaborada pelo autuante em confronto com as fotocópias do livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 4 e 21 a 87), que o preposto fiscal utilizou, como base de cálculo da penalidade, os valores das operações de saídas mensais realizadas pelo contribuinte e fez incidir o percentual de 1%, o que resultaria na importância de débito de R\$116.931,24, e não o valor de R\$584.656,21, como consignado no Auto de Infração (multa de 5%).

Em face das irregularidades apontadas, concluo que se encontra claramente configurada a insegurança na determinação da infração e dos valores eventualmente devidos, por desconformidade entre os fatos apurados, o enquadramento legal e o cálculo da penalidade, bem como a ocorrência de cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

Do exposto, decreto, de ofício, a NULIDADE do Auto de Infração, julgando PREJUDICADA a análise dos Recursos Voluntário e de Ofício apresentados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADA a análise dos Recursos de Ofício e Voluntário interpostos e decretar, de ofício, a NULIDADE do Auto de Infração nº 130609.0027/11-0, lavrado contra VALDAC LTDA.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de fevereiro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS