

PROCESSO - A. I. Nº 207160.0018/14-8
RECORRENTE - TOKAI IGUATEMI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0052-02/16
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/04/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0074-12/17

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA. CONTRIBUINTE REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Excluídas as multas relativas ao período excedente ao prazo legal de cinco anos para a guarda de livros e documentos fiscais pelos contribuintes, mas mantidas as relativas aos meses em que o Sujeito Passivo ainda estava obrigado a disponibilizá-los ao Fisco. Alterada a data de ocorrência da infração, para o primeiro dia útil seguinte ao decurso do prazo concedido para apresentação dos arquivos magnéticos. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA, contra a Decisão da 2ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 29/12/2014, visando o pagamento de multa por descumprimento de obrigação acessória no montante de R\$39.667,24, em decorrência de duas infrações, sendo objeto da inconformidade a seguinte:

Infração 01-12.15 - Deixou o contribuinte de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, nos meses de fevereiro a dezembro de 2009, valor total de R\$23.107,24, equivalente a 1% sobre o montante das saídas ou das entradas mensais, o que for maior.

O autuado apresentou defesa, solicitando a nulidade da infração 1, em razão da não observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade do prazo para cumprimento da intimação, e a que a junta julgasse a procedência parcial da infração 2, em razão de ter sido demonstrado que houve entrega intempestiva do arquivo SINTEGRA somente nos meses de janeiro e fevereiro de 2009.

O autuante prestou informação fiscal refutando as alegações do recorrente, esclarecendo que, com relação à infração 2, não foi cumprido o prazo de 30 dias para a correção do arquivo magnético, e em relação à infração 1 aduziu que a multa foi aplicada nos termos da legislação.

Na Decisão proferida a 2ª JJF julgou o Auto de Infração em comento Procedente em Parte, por ter considerada a nulidade da infração 2, com base no voto a seguir transcrito:

VOTO

“O presente lançamento refere-se a exigência de multas pelo descumprimento de obrigações acessórias, pelo não atendimento a intimação para entrega do arquivo magnético, na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, infração 01 e pela entrega dos mesmos arquivos, foram do prazo previsto na legislação (infração 02).

Inicialmente, indefiro o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

O sujeito passivo, em sede de preliminar, suscitou nulidade da infração 01, por existência de flagrante irregularidade quanto a estipulação do prazo para a correção das irregularidades, no caso em questão cinco

dias, descumprindo os princípios constitucionais da razoabilidade e desproporcionalidade. Alega que em casos análogos à própria secretaria estipulou o prazo de 30 dias para cumprimento da intimação.

Em primeiro lugar, consta nos autos que o autuado foi intimado, fl. 17, para apresentar no prazo de 5 (cinco) dias, os arquivos SINTEGRA contendo os registros R50, R61 e R70, visto que, os anteriormente transmitidos não continham esses registros. Portanto, na situação em discussão, não se trata de correção de inconsistências, como entendeu o autuado, e sim ter deixado o contribuinte de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, situação que nada tem a ver com “inconsistências verificadas em arquivos magnéticos”, que só se concretizam, por exemplo, nos casos de equívocos de totalização entre os valores informados e aqueles constantes na escrituração fiscal do contribuinte, diferentemente do ocorrido nos presentes autos, onde ocorreu a entrega dos arquivos, nos prazos previstos na legislação, sem inclusão de todos os tipos de registros ao qual estava obrigado.

Assim, o caso em análise não se trata de situação em que deveria ter sido apresentado ao contribuinte listagem diagnóstica para correção de inconsistência e, sim, intimação para apresentação dos arquivos completos, com todos os registros ao qual o autuado estava obrigado a apresentar.

Dessa forma, concluo que o prazo de 5 (cinco) dias úteis, concedido na intimação de fl. 17, encontra-se em consonância com a legislação vigente, não se configurando, destarte, qualquer vício ou irregularidade.

Frise-se, por oportuno, que o autuado em nenhum instante negou o cometimento da infração, aliás, declarou, textualmente, à fl. 53, que não efetivou a entrega.

Assim, em face do descumprimento da obrigação acessória acima mencionada, a legislação em vigor prevê a aplicação de penalidades, conforme o disposto no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrito:

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; (destaques não originais).

Portanto, à luz da norma legal acima, a penalidade aplicada está correta e possui lastro legal.

Quanto à alegação de desrespeito aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade por ter a fiscalização ter estipulado o prazo de cinco dias para cumprimento da intimação, e não trinta dias, ressalto que no caso sob análise trata-se entrega de arquivo sem inclusão de todos os tipos de registro razão pela qual o autuante expediu uma intimação e lhe foi concedido o prazo de cinco dias para regularizar a situação, conforme prevista no art. 708-B, do RICMS-BA, in verbis:

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, em prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

Assim, verifica-se que foi obedecido o prazo estipulado no dispositivo citado, não cabendo a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária. Entretanto, no caso em exame, a infração de que cuida a autuação não ocorreu nas datas indicadas no Auto de Infração, isto é, nas datas estipulados no inciso I do art. 708-A do RICMS/BA mas, sim, na data em que venceu o prazo estabelecido pela Fiscalização na intimação efetuada para que o contribuinte entregasse os arquivos com todos os registros aos quais estava obrigado e o contribuinte não atendeu à intimação.

De acordo com a intimação, o autuado foi intimado em 11/11/2014 para apresentar os arquivos magnéticos não fornecidos regularmente, sendo-lhe concedido o prazo de 05 (cinco) dias, cujo vencimento ocorreu em 16/11/2014, sendo este, portanto, o dia do cometimento da infração.

Desta maneira, ao deixar de cumprir uma obrigação de fazer, no caso, de entregar os arquivos magnéticos, quando intimado, o contribuinte incorreu em infração, cuja data de ocorrência se deu no primeiro dia útil após o vencimento do prazo da intimação para que apresentasse os arquivos solicitados, ou seja, 16/11/2014, conforme orientação constante no item 2.2 da Instrução Normativa nº 055/14.

Diante do exposto, deve o demonstrativo de débito ser corrigido, alterando-se a data de ocorrência e vencimento da infração para 16/11/2014.

(...)

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com retificação da data do vencimento da infração 01 para 16/11/14.”

No Recurso Voluntário interposto (fls. 135 a 142), com referência apenas a infração 01, o recorrente invoca primeiro a ocorrência da decadência do dever de guarda dos documentos, destacando que os artigos 232 e 252 do RICMS/BA impõem ao contribuinte a conservação dessa documentação e do arquivo EFD pelo prazo decadencial e aponta que o CTN estabelece que se a Lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador.

Destaca que o fato gerador em questão se deu nos meses de janeiro a dezembro de 2009 e que, portanto, o fisco teria até janeiro de 2014 para solicitar a documentação relativa à janeiro de 2009 e assim, sucessivamente. Entretanto, no final do ano de 2014, o Auditor intimou o recorrente para entregar arquivo enviado no ano de 2009, quando a seu ver o contribuinte não tinha mais o dever de guarda dos referidos documentos.

Discorre sobre o Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade, salientando que o autuante desrespeitou todos os limites consubstanciados naqueles princípios, tendo em vista que isso não ocorreu no prazo de cinco dias estipulado para cumprimento da intimação para apresentação de documentos (doc. 4 de sua defesa). Destaca ainda que, em matéria análoga à ora apresentada, A SEFAZ estipulou o prazo de trinta dias para cumprimento da mesma intimação.

Transcreve jurisprudência dos STJ sobre o preceito da razoabilidade.

Conclui requerendo que a infração 1 seja julgada Nula em virtude da não observância dos princípios invocados, e desencontro, inclusive e, com outros expedientes de fiscalização do próprio Estado da Bahia. E, não sendo entendida pela Nulidade da Infração 01, que se converta o julgamento em Diligência, para nova intimação para, em 30 dias, o recorrente realize os ajustes necessários no arquivo SINTEGRA.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão de Primeira Instância que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração epigrafoado, para cobrança de multas pelo descumprimento de obrigações acessórias, assim discriminada:

Infração 01-12.15 - Deixou o contribuinte de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, nos meses de fevereiro a dezembro de 2009, valor total de R\$23.107,24, equivalente a 1% sobre o montante das saídas ou das entradas mensais, o que for maior.

Inicialmente, indefiro o pedido de diligência formulado pelo recorrente, para concessão de prazo de 30 dias para correção dos arquivos magnéticos, porque não se encontra na competência legal deste colegiado a apreciação de tal solicitação, a qual deve ser dirigida ao titular da repartição fazendária de sua jurisdição.

Também deixo de acatar o pedido para se que declare a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista que o prazo de cinco dias úteis concedido ao autuado para que apresentasse os arquivos magnéticos era aquele previsto no artigo 708-B do RICMS/97, vigente à época. Veja-se a transcrição do dispositivo:

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, em prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

Em suas razões recursais, o contribuinte alegou ter ocorrido a decadência da autuação, com relação ao dever de guarda dos documentos exigidos na infração 1, tendo em vista que o fato gerador se deu nos meses de janeiro a dezembro de 2009 e a autuação foi efetuada no final de

2014.

Nesse aspecto tem razão, em parte, o recorrente, como a seguir explanado.

O inciso VII do artigo 34 da Lei nº 7.014/96 estabelece o seguinte:

Art. 34. São obrigações do contribuinte:

(...)

VII - manter os livros e documentos fiscais no estabelecimento, bem como as faturas, duplicatas, guias, recibos e demais documentos relacionados com o imposto, à disposição do fisco, durante 5 (cinco) anos, se outro prazo não for previsto na legislação tributária;

Ocorre que o prazo decadencial de cinco anos, no presente caso, deve ser contado a partir da data em que o contribuinte foi notificado para apresentar os arquivos magnéticos (*ad quem*) e não, como pleiteado no apelo recursal, a partir da data de lavratura do Auto de Infração.

Seguindo essa linha de raciocínio, se a intimação para apresentação dos arquivos magnéticos foi feita no dia 11/11/14 e o contribuinte somente estava obrigado a manter os livros e documentos fiscais referentes, grosso modo, ao período **posterior** ao dia 12/11/09, há de se concluir que não cabe a exigência para apresentação dos arquivos magnéticos relativos ao período de janeiro a outubro de 2009, porquanto decorrido o prazo legal obrigatório para a guarda dos documentos fiscais pelos contribuintes.

Todavia, mantenho a multa aplicada por ter o contribuinte deixado de fornecer os arquivos magnéticos exigidos na referida intimação, no total de R\$3.905,85 (R\$1.683,33 + R\$2.222,52), tendo em vista que, na data da intimação, o sujeito passivo ainda estava obrigado a disponibilizá-los ao Fisco.

A propósito da data de ocorrência, verifico que o autuante cometeu um equívoco ao sugerir as multas. Na verdade, a data da ocorrência da primeira imputação deve ser o dia 19/11/14, que corresponde ao primeiro dia útil seguinte ao decurso do prazo concedido ao contribuinte (cinco dias úteis) para a entrega dos arquivos do SINTEGRA.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração. A data de ocorrência da infração 1 deve ser alterada para o dia 19/11/14.

VOTO DISCORDANTE

Peço vênia ao nobre relator para apresentar entendimento divergente daquele esposado em seu voto, especificamente naquilo que concerne à decretação de improcedência da multa aplicada, relativamente ao mês de outubro de 2009, nos termos em que segue.

Como bem destacou o relator, a improcedência do lançamento não decorre da fluência do prazo decadencial, mas da impossibilidade jurídica de se exigir, do sujeito passivo, os arquivos magnéticos correspondentes aos últimos cinco anos, prazo definido pelo inciso VII do art. 34 da Lei nº 7.014/96, já transcrito no voto vencedor.

Divirjo, contudo, do termo *a quo* da contagem do prazo quinquenal, perpetrada pelo relator, pois entendo que não é possível tomar-se como referência a data de ocorrência do fato gerador da obrigação principal, já que a obrigação acessória descumprida somente surge no mundo jurídico após o vigésimo quinto dia do mês seguinte àquele em que ocorreram os fatos geradores referidos (considerando que o último algarismo da inscrição estadual do autuado é “7”), conforme define o art. 708-A, inciso III do RICMS/97.

“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:

..

III - até o dia 25 do mês subsequente, tratando-se de contribuintes com inscrição estadual de algarismo final 7 ou 8;

...”

Ora, considerando que a inscrição estadual da empresa autuada termina em “7”, somente a partir do dia 25 do mês subsequente é que surge a obrigação de enviar (e, igualmente, de manter) os arquivos Sintegra de cada um dos períodos autuados.

Se a obrigação de “manter” somente exsurge, no mundo jurídico, a partir do momento em que a empresa estava obrigada a “enviar” os arquivos, não sendo possível, ao fisco, exigí-los antes desse prazo (com o que, aliás, o próprio relator concorda), não me parece lógico que se pudesse iniciar a contagem do prazo quinquenal antes desse termo.

Assim, em 11/11/2014 não havia, ainda, expirado tempo de cinco anos de manutenção dos arquivos relativamente ao mês de outubro de 2009, período em relação ao qual a obrigação de “manter” somente surgiu em 25/11/2009, após, portanto, o dia 12/11/09, referido pelo relator.

Por essa razão, acompanho o voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do lançamento fiscal, apenas divergindo naquilo que concerne ao mês de outubro, cuja exigência tenho por procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário para julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração Nº **207160.0018/14-8**, lavrado contra **TOKAI IGUATEMI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. – EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$3.905,85**, prevista no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios conforme previsto na Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: José Carlos Barros Rodeiro, Tiago de Moura Simões, Denise Mara Andrade Barbosa, Paulo Sergio Sena Dantas e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DISCORDANTE – Conselheiro: Luiz Alberto Amaral Oliveira.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de março de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - VOTO DISCORDANTE

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS