

A. I. Nº - 206837.0021/07-0
AUTUADO - RETIRAUTO VEÍCULOS E PEÇAS LTDA.
AUTUANTE - RAIMUNDO SANTOS LEAL
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 20. 03. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0076-01/08

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. **b)** MATERIAL DE USO OU CONSUMO. **Infrações reconhecidas.** 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **Infração reconhecida.** 3. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS – DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. **Infração reconhecida.** 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. **a)** FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Autuado não atendeu a intimação no prazo regulamentar para apresentação dos arquivos magnéticos, sujeitando-se a multa no percentual de 1%, sobre o total das operações de saídas ocorridas no período, prevista no artigo 42 XIII-A “g” da Lei 7.014/96. **Infração subsistente.** **b)** APRESENTAÇÃO COM OMISSÃO DE OPERAÇÕES. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal, que implique em cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração apontada. Rejeitadas as arguições de nulidades referentes à infração 05. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/09/2007, exige ICMS no valor de R\$ 1.220,47, além de multas por descumprimento de obrigação acessória no total de R\$ 460.766,69, em decorrência do cometimento pelo autuado das seguintes infrações à legislação do ICMS.

1. deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de maio e julho de 2002, maio de 2003, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 700,20, acrescido da multa de 60%;
2. deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de outubro e dezembro de 2002, maio de 2003, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 187,98, acrescido da multa de 60%;
3. deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e

relacionadas no anexo 88 [artigo 353, II, do RICMS/BA], nos meses de janeiro, maio e setembro de 2003, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 332,29, acrescido da multa de 60%;

4. declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) nos meses de dezembro de 2002 e dezembro de 2003, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 280,00;

5. falta de entrega de arquivos magnéticos, os quais deveriam ter sido enviados via internet através do programa Validador/Sintegra, nos meses de fevereiro a novembro de 2002, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 171.876,97;

6. forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) das saídas do estabelecimento em cada período, nos meses de janeiro e dezembro de 2002, janeiro a dezembro de 2003, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 288.609,72.

O autuado, através de advogados legalmente habilitados, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 171 a 181, arguindo preliminarmente a nulidade das infrações 05 e 06, em decorrência de irregularidades que aponta.

Afirma que embora tenha recebido planilha em formato Excel que, segundo o autuante, demonstrava as inconsistências, esta não possui valor legal pelas seguintes razões:

- por não demonstrar de forma individualizada por CFOP as irregularidades porventura existentes;
- pela impossibilidade de atendimento da intimação no prazo solicitado, em virtude da exigência dos registros 53 e 56;
- por ser a exigência do registro 53 quando o contribuinte efetuasse a operação de saída com retenção do ICMS-ST no documento fiscal, isto é, quando figurasse na operação como substituto tributário;
- por ser a exigência do artigo 56 a partir de 01/01/2003, conforme Convênio nº. 142/02;
- por ter o autuante exigido a apresentação com a informação correspondente aos registros 53 e 56;
- que se a exigência do registro 56 fosse a partir de janeiro de 2003, teria cumprido o prazo;
- por ter solicitado a prorrogação do prazo por mais trinta dias, sendo surpreendida com a lavratura do Auto de Infração.

Acrescenta que, caberia ao Fisco fornecer check-list demonstrando individualmente, por código de operações, as inconsistências porventura detectadas, assim como orientar sobre a solicitação de prorrogação do prazo, na forma do artigo 708-B, § 5º, do RICMS/BA.

Prosseguindo, aponta como irregularidades processuais a inobservância dos artigos 18, III e IV, “a” e 39, V, “a”, “b” e “c”, do RPAF/99, especialmente, a indicação da multa no artigo 42, XIII-A, “i”, da Lei nº 7.014/96, por não se coadunar com o lançamento constante no Auto de Infração combatido.

Adentrando no mérito da autuação, reconhece a procedência das infrações 01, 02, 03 e 04, inclusive, requerendo a quitação das parcelas com a redução da multa, consoante o inciso III do artigo 919 do RICMS/BA.

Rechaça as infrações 05 e 06, sustentando que ambas são improcedentes.

Relativamente à infração 05, sustenta que esta não se configura, tendo em vista que disponibilizou todos os livros fiscais, contábeis e documentos fiscais, bem como solicitou verbalmente a prorrogação quando deveria solicitar oficialmente nos termos do § 5º do artigo 708-B, do RICMS/BA, não tendo sido atendido pelo autuante.

No respeitante à infração 06, após reproduzir o artigo 42, XIII-A, “f”, da Lei 7.014/96, afirma que 5% (cinco por cento) calculado sobre as operações omitidas é inferior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas, porém, o autuante optou pela cobrança de 1% sobre o valor da saída quando deveria lançar 5% sobre a parcela omitida, se fosse o caso.

Salienta que comercializa, exclusivamente, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o qual encerra o ciclo de tributação, ou seja, antecipa o tributo que somente seria devido quando da ocorrência do fato gerador, entrando aí a figura anômala do fato gerador presumido, albergado agora constitucionalmente.

Prosseguindo, esclarece que está apresentando demonstrativo analítico das parcelas reconhecidas, acompanhado do comprovante de recolhimento do ICMS, conforme artigo 919, II, do RICMS/BA, bem como das parcelas impugnadas.

Aduz que, sendo necessária, a realização de diligência poderá confirmar o que está sendo dito, não restando dúvida quanto à improcedência das parcelas impugnadas.

Finaliza requerendo o deferimento de todos os meios de provas permitidas em Direito, indicando a juntada posterior de documentos, inclusive, em contraprova ouvida de testemunhas que serão oportunamente apresentadas, para que no final o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, apenas quanto às parcelas reconhecidas, julgando-se improcedente às infrações 05 e 06.

Consta à fl. 190, cópia reprográfica do comprovante de recolhimento do débito, referente às infrações reconhecidas.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 199 a 203, contestando às alegações defensivas pontualmente, conforme se segue:

a) no demonstrativo de inconsistências não há valores apontados de forma individualizada por CFOP.

Afirma que os demonstrativos de omissões e de inconsistências que acompanharam as intimações relativas aos arquivos magnéticos (fls. 15 a 18) apontam a ausência de apresentação de arquivos (fevereiro a novembro de 2002) ou a apresentação de arquivos sem os registros R53, R54, R56, R60M, R60A, R60R, R74 e R75 (janeiro e dezembro de 2002; janeiro a dezembro de 2003).

Aduz que o contribuinte recebeu em disquete, conforme comprovação à fl. 18, relatório mês a mês com as omissões e/ou inconsistências de modo a proceder as devidas correções, ficando evidente que se não houve apresentação dos arquivos ou dos registros não se configura a existência de divergência ou diferenças de informações entre os arquivos e os livros fiscais, mas, sim, a omissão, inexistindo valores a serem apontados de forma individualizada por CFOP. Diz não se mostrar procedente a alegação defensiva.

b) pela impossibilidade de atendimento da intimação no prazo solicitado, em virtude da exigência dos registros 53 e 56.

Contesta a alegação defensiva, sustentando que não houve evidências de que tal explicação tenha sido feita, haja vista que as intimações solicitavam a apresentação de arquivos magnéticos (fevereiro a novembro de 2002) e correção em razão da omissão de informações em arquivos magnéticos (janeiro e dezembro de 2002; janeiro a dezembro de 2003), não sendo procedente tal alegação.

c) por ser a exigência do registro 53 quando o contribuinte efetuasse a operação de saída com retenção do ICMS-ST no documento fiscal, isto é, quando figurasse na operação como substituto tributário.

Contesta a alegação defensiva, sustentando que não houve evidências de que tal explicação tenha sido feita à semelhança do tópico anterior, o objeto da intimação foi mais amplo, não sendo determinante da autuação a omissão de apresentação de um dado registro, não sendo procedente tal alegação.

d) por ser a exigência do artigo 56, somente a partir de 01/01/2003, conforme Convênio nº. 142/02.

Contesta a alegação defensiva, sustentando que não houve evidências de que tal explicação tenha sido feita, mas mesmo assim, afirma que o contribuinte não apresentou o registro 56, no período apontado pela legislação fiscal, não sendo procedente tal alegação.

e) por ter o autuante exigido a apresentação com a informação correspondente aos registros 53 e 56.

Contesta a alegação defensiva, dizendo que é semelhante aos tópicos “c” e “d”, com esclarecimentos pelo autuante de modo similar, não sendo procedente tal alegação.

f) que se a exigência fosse apenas do registro 56 a partir de janeiro de 2003, teria cumprido o prazo.

Contesta a alegação defensiva, afirmando que o autuado foi sucessivamente intimado e alertado sobre as multas aplicáveis pelo não atendimento das intimações, não procedendo a alegação do autuado.

g) por ter solicitado a prorrogação do prazo por mais 30 (trinta) dias, sendo surpreendido com a lavratura do Auto de Infração.

Afirma que não procede a alegação defensiva, pois o contribuinte foi intimado a apresentar os arquivos magnéticos dos meses de fevereiro a dezembro de 2002 em três oportunidades (11/07/2007; 27/07/2007; 21/08/2007), conforme às fls. 11,13,14,16 e 17 dos autos, tendo transcorrido 55 dias úteis entre a primeira intimação e a data da autuação, portanto, dez vezes o prazo legal, e ainda assim o autuado não apresentou os arquivos. Acrescenta que, relativamente à correção dos arquivos magnéticos, foram efetuadas 2 (duas) intimações (11/07/2007 e 13/08/2007) fls. 12, 13,15 e 16 dos autos, sem atendimento até a data da autuação, sendo o prazo previsto em lei para correção na falta de registros de 30 (trinta) dias. Sustenta que não houve pedido de prorrogação, nem seria necessária, tendo em vista que o autuante reiteradamente assim procedeu, esclarecendo das implicações legais, não sendo procedente a alegação de defesa.

h) que cabia ao Fisco fornecer check-list demonstrando individualmente, por código de operações, as inconsistências porventura detectadas.

Contesta a alegação defensiva, afirmando que esta se coaduna com a do tópico “a”, tendo o autuado ignorado o recibo constante à fl. 18 dos autos, que cuida de relatório mês a mês contendo as omissões e irregularidades presentes nos arquivos magnéticos apresentados, não sendo procedente a alegação de defesa.

i) que cabia ao Fisco orientar sobre a solicitação de prorrogação do prazo.

Contesta a alegação defensiva, dizendo que o autuado teve o prazo dilatado, além do previsto na legislação, no limite do possível em razão da duração da programação de trabalho. Afirma que em nenhum momento o contribuinte atendeu qualquer das intimações, mesmo que de modo parcial, não procedendo a sua alegação.

Rechaça, ainda, a arguição de nulidades apresentada na peça de defesa, afirmando que consta nas intimações e no Auto de Infração a fundamentação legal que sustenta a infração e a multa correspondente.

VOTO

Da análise das peças processuais, verifico que o autuado reconhece as infrações 01, 02, 03 e 04, inclusive, recolhendo o débito exigido, conforme cópia reprográfica do comprovante de recolhimento acostada aos autos.

Insurge-se contra as infrações 05 e 06 que cuidam, respectivamente, da falta de entrega de arquivos magnéticos, os quais deveriam ter sido enviados via internet através do programa Validador/Sintegra; e do fornecimento de informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações.

Inicialmente, no que concerne à nulidade da autuação referente aos itens impugnados, vejo a necessidade de separar as infrações 05 e 06, haja vista que, no tocante à infração 05, dentre as irregularidades apontadas pelo contribuinte, nenhuma se relaciona a este item da autuação, haja vista que diz respeito à falta de entrega de arquivos magnéticos.

Assim é que, não é cabível se falar em demonstração das irregularidades de forma individualizada por CFOP; de impossibilidade de atendimento da intimação no prazo solicitado, em virtude da exigência dos registros 53 e 56; de ser aplicável a exigência do registro 53 quando o contribuinte efetua a operação de saída com retenção do ICMS-ST no documento fiscal, isto é, quando figura na operação como substituto tributário; de ser a exigência do artigo 56 a partir de 01/01/2003, conforme Convênio nº. 142/02; de ter o autuante exigido a apresentação com a informação correspondente aos registros 53 e 56; de que se a exigência do registro 56 fosse a partir de janeiro de 2003, teria cumprido o prazo; de ter solicitado a prorrogação do prazo por mais trinta dias; simplesmente porque a infração decorreu da falta de entrega de arquivos magnéticos, não sendo possível a existência das irregularidades apontadas pelo autuado na peça de defesa para este item da autuação.

Portanto, relativamente a este item da autuação, não houve ofensa ao artigo 39, V, “a”, “b” e “c”, do RPAF/99, portanto, inocorrência das hipóteses previstas no artigo 18, III e IV, “a” do mesmo Diploma regulamentar.

Quanto à multa indicada no Auto de Infração, observo que houve apenas um equívoco por ter sido consignada a multa estabelecida no artigo 42, XIII-A, “i”, da Lei nº. 7.014/96, contudo, constato que o débito foi corretamente calculado e demonstrado no Auto de Infração, com fulcro no artigo 42, XIII-A, “g”, não implicando nulidade o erro da indicação, haja vista que, pela descrição dos fatos e demonstrativos acostados aos autos, ficou evidente o enquadramento legal. Rejeito, portanto, as nulidades argüidas quanto à infração 05.

No mérito, relativamente à infração 05, vale esclarecer que 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 chancelado eletronicamente após a transmissão, ou na repartição fazendária, 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.

No caso em exame, constato que o autuado não entregou os arquivos magnéticos referentes aos meses de fevereiro a dezembro de 2002, conforme comprovado nos autos, o que determinou a exigência através de intimação, sendo-lhe concedido o prazo de 5 (cinco) dias úteis para apresentação, consoante o artigo 708-B do RICMS/BA.

Nos termos do artigo 708-B, acima referido, o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, devendo o arquivo magnético 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.

Noto que o contribuinte foi intimado a apresentar os arquivos magnéticos dos meses de fevereiro a dezembro de 2002, em 11/07/2007, 27/07/2007 e 21/08/2007, conforme intimações às fls. 11, 14 e 17 dos autos, sendo cientificado nas próprias intimações de que o não atendimento implicaria na imposição das penalidades previstas no artigo 42, da Lei nº. 7.014/96, contudo, não atendeu as solicitações, apesar de ter tido 55 dias úteis entre a primeira intimação e a data da autuação.

Assim, incorreu o autuado em infração à legislação do ICMS, conforme exigido no Auto de Infração em exame, sendo correta a imposição da multa de 1% do valor das saídas do estabelecimento em

cada período de apuração, conforme previsto no artigo 42, XIII-A, “g”, da Lei n 7.014/96, abaixo transcrito:

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

(...)

XIII-A - nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados:

(...)

g) 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;”.

Diante do exposto, este item da autuação é integralmente subsistente.

No que concerne à infração 06, verifico que o autuante intimou o contribuinte para regularizar, no prazo regulamentar de 30 (trinta) dias, as irregularidades apontadas nos arquivos magnéticos enviados à Secretaria da Fazenda, tendo apresentado intimação em 11/07/07 e 13/08/07, conforme fls.12 e 15 dos autos, respectivamente, identificando as seguintes irregularidades constatada nos arquivos entregues, referentes ao período janeiro e dezembro de 2002 e janeiro a dezembro de 2003:

- apresentação dos referidos arquivos com falta dos registros, 53, 54, 56, 60M, 60º, 60R, 70,74 e 75;

- apresentação dos referidos arquivos com divergências de informações em relação aos livros e documentos fiscais, conforme demonstrativo anexo;

- apresentação dos referidos arquivos com irregularidades, conforme demonstrativo anexo.

Ocorre que, o próprio autuante ao prestar a informação fiscal, afirma que as intimações relativas aos arquivos magnéticos apontam a apresentação de arquivos sem os registros R53, R54, 560M, R605, R70, R74 e R75 e que o contribuinte recebeu disquete com relatório mês a mês com as omissões e/ou inconsistências de modo a proceder as devidas correções.

A meu ver, as intimações apresentadas e acostadas aos autos, infirmam a assertiva do autuante de que a irregularidade decorreu apenas da ausência de registros nos arquivos magnéticos apresentados.

Verifica-se, claramente, nas referidas intimações, a indicação de outras irregularidades, além da indicada pelo autuante na informação fiscal, como apresentação dos arquivos com divergências de informações em relação aos livros e documentos fiscais, e apresentação dos referidos arquivos com irregularidades, conforme demonstrativo.

Rigorosamente, considerando as irregularidades apontadas nas intimações, a condição indispensável para validação do ato, seria a entrega de Listagem Diagnóstico ao autuado, indicando as irregularidades encontradas, concedendo o prazo de 30 dias para a devida correção, uma vez que o impugnante entregou os arquivos magnéticos nos prazos regulamentares, porém, com inconsistências, a teor do artigo 708-B, § 3º, 5º, do RICMS-BA, abaixo reproduzido:

“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.

(...)

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

(...)

§ 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.”

Ademais, a planilha apresentada ao autuado, inclusive, através de CD, efetivamente não permite identificar as irregularidades apontadas nas intimações.

Diante do exposto, considerando que as intimações contêm imprecisões quanto às irregularidades incorridas pelo autuado, caracterizando cerceamento do direito de defesa, este item da autuação é nulo, nos termos do artigo 18, II, do RPAF-BA, devendo ser renovado o procedimento fiscal a salvo de falhas e incorreções, conforme manda o artigo 21 do mesmo Diploma regulamentar processual.

Voto pela procedência em parte do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206837.0021/07-0**, lavrado contra **RETIRAUTO VEÍCULOS E PEÇAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 1.220,47**, acrescido da multa de 60%, previstas no artigo 42, II, “f”, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$ 172.156,97**, previstas no artigo 42, XIII-A, “i” e XVIII, “c”, do mesmo Diploma legal, e dos acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05, devendo ser renovado o procedimento fiscal referente à infração 06, a salvo de falhas e incorreções.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR