

A. I. Nº - 232845.0010/08-2
AUTUADO - DISTRIBUIDORA BARREIRAS DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTES - VIRGÍLIO FRANCISCO COELHO NETO e ROBERTO ARAÚJO MAGALHÃES
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 11.09.09

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0311-04/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE SISTEMA ELETRÔNICO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS AO FISCO MEDIANTE INTIMAÇÃO. ARQUIVOS ENTREGUES COM INCONSISTÊNCIAS. MULTA. Comprovado que a intimação foi realizada de forma contrária ao que estabelece o § 3º do art. 708-B do RICMS/BA, bem como configurado insegurança na determinação da infração, multa e base de cálculo. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 31/03/2008 e exige penalidade por descumprimento de obrigação acessória - multa de 1% -, no valor de R\$ 2.064.602,31, prevista no art. 42, XIII-A, 'f' da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de ter o sujeito passivo fornecido arquivos magnéticos exigidos mediante intimação com omissão de informações sobre operações ou prestações realizadas.

Está consignado no corpo do ato preparatório do lançamento que "o contribuinte foi intimado para retificação dos seus arquivos magnéticos Sintegra entregues por ocasião do atendimento da obrigação mensal de envio, conforme intimações em anexo e cópias de e-mails trocados entre os autuantes e os prepostos da empresa, solicitando o contribuinte dilatação de prazo para acerto dos arquivos ao longo do período da fiscalização, inclusive formalmente através do processo SIPRO 131320/2007-0 de 21/07/2007, relativo à intimação de 20/07/2007, deferido parcialmente, cujo prazo final para atendimento da intimação foi prorrogado até 04/09/2007, parecer 8.954/2007, tendo ocorrido, por não atendimento das condições dos prazos relacionados às decisões do processo 131320/2007-0, que iniciavam a vencer em 20/08/2007, o descredenciamento, em 10/10/2007 (ciência em 11/10/2007), do regime referente à dilação do prazo para pagamento do ICMS até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, devido por antecipação parcial, previsto no art. 352-A do RICMS/BA, em conformidade com o inciso IV do art. 10 da Portaria 114/2004, processo SIPRO 177181/2007-8, parecer 12.211/2007, tendo o contribuinte requerido o recredenciamento, conforme processo SIPRO 179753/2007-6, indeferido, parecer 13.062/2007, conforme processo 131320/2007-0. O contribuinte apresentou seus arquivos Sintegra com as últimas retificações relativas ao período fiscalizado, conforme Relação de Arquivos Repcionados emitida pelo sistema SCAM em anexo, nas datas de 20/11/2007 e 21/11/2007, referentes à totalidade dos meses de janeiro de 2004 a dezembro de 2006, todavia a Fiscalização constatou remanescerem omissões de lançamentos em seus arquivos Sintegra (ausência de registro tipo 50), conforme totalizações de tais divergências contidas no Anexo A do PAF, obtidos através da circularização dos arquivos Sintegra do Contribuinte com os Arquivos Sintegra dos respectivos fornecedores e destinatários, conforme Anexos E-2004, S-2004, E-2005, S-2005, E-2006 e S-2006 que listam assim as notas fiscais, através de seus registros tipo 50, de entrada e saída dos fornecedores e destinatários, não localizadas nos arquivos magnéticos Sintegra do contribuinte. Também em anexo a este PAF, consta CD contendo a totalidade dos arquivos utilizados na fiscalização, bem como cópia de todos os anexos e validações Sintegra realizadas pela Fiscalização sobre os arquivos analisados, tudo entregue mediante recibo ao contribuinte fiscalizado. A base de cálculo informada refere-se ao valor correspondente sobre o qual, aplicado

1%, encontra-se o valor apurado no Anexo A deste processo. No Anexo E segue a estrutura dos arquivos e consultas das bases de dados SQL utilizadas para efetuar a fiscalização eletrônica que detectou as divergências e omissões objeto desta ação fiscal”.

O Auto de Infração foi impugnado às fls. 401 a 416, através de advogado regularmente constituído por instrumento de mandato de fl. 417.

Preliminamente, arrimado no disposto nos arts. 102 a 106 do Código de Processo Civil Brasileiro, combinado com o art. 180 do RPAF/99, pede a conexão do presente PAF com aquele formado a partir do Auto de Infração nº 232845.0011/08-9, considerando que ambos são frutos da mesma ação fiscal e possuem idênticos objetos e causas de pedir, sendo lavrados autos apartados, conforme argumenta, tão somente como manobra para evitar a aplicação da legislação vigente, especialmente o art. 42, § 5º da Lei nº 7.014/96.

Requer a nulidade do ato preparatório do lançamento, desta feita com base nos arts. 38, 39, inciso III e 40 do RPAF/99. Isso sob o argumento de que o presente Auto de Infração, fruto da mesma ação fiscal que desencadeou a lavratura do Auto de Infração nº 232845.0011/08-9, originário da mesma Ordem de Serviço, nº 5113117/07, não poderia ser levado a efeito de forma apartada, como preconizado nos artigos acima apontados, especialmente no art. 40 do RPAF/99.

Diz que tal procedimento foi efetivado para dificultar a defesa e impedir a aplicabilidade da garantia legal prevista no art. 42, § 5º, da Lei nº 7.014/96, que determina a absorção da multa por descumprimento de obrigação acessória pela sanção indicada na infração principal, o que vem sendo atendido pelo CONSEF e pela PGE/PROFIS em casos análogos, conforme anexo acórdão CJF nº 0018-12/08 (fls. 420 a 422). Outro objetivo da “separação irregular” das infrações em autuações distintas seria dificultar ao julgador perceber a concomitância de bases de cálculo nos dois processos. Pede, assim, caso não seja deferido o pleito de conexão dos processos acima indicados, o que resultará na aplicabilidade do disposto no art. 42, § 5º, da Lei nº 7.014/96, que seja decretada a nulidade do Auto de Infração.

Também em preliminar, requer a nulidade da autuação por insegurança na determinação da infração, alocação do período da ocorrência diante da Ordem de Serviço e, consequentemente, na própria imputação, desaguando na inexistência do fato apontado na data indicada no AI, em ofensa ao disposto no art. 18, incisos II e IV, ‘a’, do RPAF/99.

Alega que o período fiscalizado informado no Auto de Infração – 2004 a 2008 -, não condiz com o da Ordem de Serviço e do outro Auto de Infração mencionados, razão pela qual deve ser decretada a nulidade.

Ainda em preliminar, requer a nulidade em função de ter tido cerceados os seus direitos ao contraditório e à ampla defesa. Diz ter sido o seu contador compelido a assinar os dois autos lavrados e um Termo de Devolução de Documento, tendo sido colocada, a pedido, a data de 12/05/08, já que o dia 09/05/08 era uma sexta-feira. O contador começou a fazer a conferência dos documentos que estavam sendo devolvidos (inclusive começou a registrar manualmente tal conferência), quando foi interrompido pelo auditor, sob a alegação de que não seria necessário. O fato foi presenciado pelo Sr. Rider Mendonça, sócio da empresa. Foi instaurado a partir daí um problema entre o autuante e o representante da autuada (Sr. Sonivan), tudo presenciado pelo Sr. Rider. O autuante solicitou então que o Sr. Sonivan retornasse à INFRAZ no dia 12/05/2008, data registrada no AI, para receber a documentação e a sua cópia do Auto, que também ficou retida. Ao voltar no dia solicitado, o Sr. Sonivan foi surpreendido com a afirmativa do auditor de que nada lhe devia, pois ele já havia recebido, conforme cópia assinada do AI e recibo, todos os documentos, demonstrativos e o próprio AI.

Informa que atravessou petição, às fls. 1.799 e 1.800, direcionada ao inspetor da INFRAZ Barreiras, dando conta do acontecido e pedindo que a intimação datada de 12/05/2008 fosse anulada, que fosse efetivada nova e verdadeira intimação e que fosse entregue ao contribuinte cópia do AI, dos

demonstrativos pertinentes e a devolução dos documentos arrecadados, tudo mediante termo circunstaciado.

A petição não foi respondida e somente no dia 21/05/08 o Sr. Sonivan obteve, na mesma INFRAZ, sem nada ser registrado formalmente, uma cópia do AI, ficando tolhido dos documentos arrecadados durante a ação fiscal. Isso motivou, inclusive, o registro de uma ocorrência policial e o pleito para a reimpressão de livros fiscais, tendo o autuado entendido que aqueles arrecadados foram extraviados dentro da SEFAZ.

Para provar o alegado, solicita, com fundamento no art. 180, do RPAF, a oitiva de testemunhas, ou seja, a notificação e ouvida do Sr. Roberto Araújo Magalhães (autuante) e dos Srs. Sonivan Moreira Borges e Rider Mendonça, sendo que os dois últimos comparecerão ao julgamento do PAF na sessão a ser designada independentemente de notificação. Ato contínuo, protesta pela nulidade do PAF por cerceamento do direito de defesa.

Como derradeira motivação para a decretação da nulidade, o que novamente pede em preliminar, constata a insegurança na determinação da infração e na apuração dos valores, em razão de o método de apuração utilizado na ação fiscal ter partido de informações de terceiros (fornecedores), em detrimento das informações prestadas pelo contribuinte autuado.

No mérito, argumenta que, visando sua proteção e a proteção dos interesses do Estado, denunciou às autoridades competentes e ao público em geral a irregular utilização de seus dados cadastrais para a simulação de vendas, que em verdade jamais aconteceram.

Alega que o valor sobre o qual a sanção foi aplicada foi apurado através da soma das quantias constantes do RAICMS com valores que teriam sido omitidos, inexistentes, sem previsão legal para o seu uso e que, inclusive, fazem parte da sua própria escrituração, como também vieram a compor a base de cálculo para o AI 232845.0011/08-9, o que gera “bis in idem”.

Salienta que em momento algum foi intimado para correção específica do fato que, segundo redação do AI, motivou a aplicação da multa. Conforme consta à fl. 01 do Auto de Infração, as divergências estariam no registro 50. Ocorre que não foi instada a corrigir o registro 50, de forma específica, ou seja, mediante intimação com este desiderato.

Pondera que o exercício de ocorrência registrado no Auto de Infração (2007) é equivocado, e constata que as notas fiscais apontadas pela fiscalização não foram localizadas, apontando a existência de divergências por vários motivos. O primeiro deles se refere às datas. O autuado lança suas notas pelas efetivas entradas, enquanto o autuante tomou como base as datas de emissão. Ao fazer o confronto, não encontrou no Sintegra notas regularmente registradas, pois pesquisou pelas datas de emissão, quando os registros são efetuados pela datas das efetivas entradas das mercadorias, após desembaraço e conferências dos produtos, sabendo-se que a maior parte é relativa a aquisições interestaduais.

Outro erro comparativo se relaciona com as séries das notas. Os fornecedores utilizaram séries distintas daquelas usadas pela empresa em seus registros. Assim, como o autuante fez a sua conferência pelos dados dos fornecedores, deixou de encontrar notas devidamente lançadas.

Nos demonstrativos analíticos apresentados pela Fiscalização, afirma ter encontrado centenas de registros de notas de forma duplicada e triplicada, bem como notas inexistentes, das quais não se tem cópia comprobatória no AI. Observa, ainda, que tudo o que consta da escrita fiscal do autuado consta também da escrita contábil, como poderá ser auferido mediante diligência.

Diz que foram também lançadas, para fins de constatação da infração, notas fiscais emitidas a partir de fraudes denunciadas ao público e às autoridades competentes. Apresenta também, em destaque, algumas notas de empresas que reputa “fraudulentas” e que jamais foram suas fornecedoras, (67830, 74783, 94241, 7585, 44898, 44899, 170344 e 170345). No que se refere às notas 187318 e 187319, relativas ao faturamento antecipado de veículos, que foram recebidos em 2007, foram lançadas em 02/01/2007, data das efetivas entradas dos bens.

Sob o prisma legal, pondera que a aplicação da pena não pode recair sobre os totais, no limite de 1% das saídas ou das prestações de serviços. A sanção deve recair calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidos ou sobre o valor das divergências. Como as operações, em verdade, foram lançadas em seus arquivos e as divergências foram causadas pelo método comparativo utilizado na autuação (a partir de dados errados fornecidos por terceiros), não existiria base para ser onerada com a multa.

Como o registro 50 serve apenas para lançar DADOS DE CABEÇALHO e VALOR TOTAL DE NF, mesmo que a infração estivesse devidamente caracterizada, ou seja, ainda que as inconsistências estivessem comprovadas (o que não aconteceu), o Fisco não estaria prejudicado. Essa circunstância atenuaria a ocorrência, conduzindo ao necessário cancelamento ou redução da multa. Requer o cancelamento da multa ou sua redução e transcreve decisões do CONSEF em tal sentido.

Ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em Direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos, revisão fiscal e oitiva de testemunhas, requer a nulidade ou improcedência do Auto de Infração ou, como última hipótese, a redução da multa em 99%.

O sujeito passivo junta petição às fls. 1.799 e 1.800. Alega que, após ter tomado ciência do AI, solicitou sem sucesso a um dos autuantes a devolução dos documentos arrecadados durante a fiscalização, tendo havido, inclusive, negativa do mencionado preposto fiscal em oferecer cópia do AI. Aduz que o auditor condicionou a entrega da cópia à assinatura de um termo, cujo conteúdo seria a declaração de que recebera todos os documentos arrecadados para fiscalização. Diante da negativa do contador, que exigiu conferir os documentos devolvidos, a cópia do AI ficou retida na repartição fazendária, embora dos sistemas desta Secretaria conste a informação de que a intimação foi formalmente realizada “na mesma data”.

Declara-se impedida de exercer livremente o direito ao contraditório e à ampla defesa, na medida em que não possui cópia do Auto e de seus respectivos demonstrativos, além de não terem sido devolvidos os livros.

Requer a nulidade da intimação de 12/05/2008, nova intimação com cópia do AI e de seus demonstrativos e devolução dos livros.

Um dos autuantes apresenta informação fiscal às fls. 1.809 a 1.824. Contextualiza a ação fiscal, descrevendo como foram efetuados os confrontos das informações do autuado com a dos seus destinatários, de tal forma que a opção adotada “é a que produz o menor número de omissões nos batimentos efetuados”.

Diz que não houve falta de intimação específica para retificações de arquivos. Afirma que tanto foi intimado o contribuinte que requereu prorrogação de prazo para retificações, conforme transcrição de fl. 1.811.

Registra que, durante o curso dos trabalhos de auditoria, por liberalidade e através de e-mails, apresentou ao autuado as divergências encontradas, tendo sido concedidas diversas oportunidades para as correções.

Segundo informa à fl. 1.812, no final de março de 2008, quando disse ao sujeito passivo que o Auto de Infração estava por ser lavrado, após sete meses de uma fiscalização postergada pela permanência das inconsistências, requisições de postergação de prazos e encaminhamento de arquivos à SEFAZ via TED, recebendo a Fiscalização apenas as retificações dos livros, o mesmo protocolou processo SIPRO, transscrito na precitada folha.

Pondera que os registros 50 não são de menos importância, como alegou o impugnante, mas contêm dados como a identificação dos documentos fiscais e seus valores totais, de suma relevância para a execução de roteiros de fiscalização. Ademais, entende que nem precisaria o Fisco apresentar divergências uma a uma, pois sendo a auditoria uma atividade de testes, bastaria demonstrar as incongruências entre os arquivos Sintegra e as DMAs por linha das mesmas, como

foi o caso, o que representa o maior detalhamento possível no batimento. Em qualquer caso, o que se tem é a demonstração inequívoca das divergências, no presente caso, confrontando-se linhas das DMAs com totalizações de mesmo agrupamento e critério de classificação por natureza de operações agrupadas por CFOP, confeccionadas sobre dados de registros 50, o que não prejudicou a compreensão do impugnante.

Aduz que o autuado – ao longo da ação fiscal –, fez retificações não somente nos registros dos arquivos Sintegra como também nas DMAs e nos livros fiscais. Ressalta que o interesse era de homologar os períodos fiscalizados, em postura de auxílio e orientação, e não autuar por descumprimento de obrigação acessória, motivo pelo qual postergou o final dos trabalhos fiscais ao máximo. Diz ter verificado que as incongruências encontradas apontavam o fato de o contribuinte ter omitido informações para não ser desenquadrado do Decreto 7.799/00, o que restou constatado após as retificações. Entende que os incidentes processuais perpetrados pelo sujeito passivo são prejudiciais ao alcance da verdade material e da celeridade no processo administrativo fiscal.

Com relação às preliminares de nulidade, primeiramente, no tocante à lavratura de dois Autos de Infração, considera que nenhum prejuízo trouxe ao autuado, e que assim foi feito para o melhor trâmite, com pedido formal aprovado pelo inspetor da IFEP SUL à fl. 11.

Discorda do pedido de conexão dos processos. Pontua que os períodos fiscalizados, questão “*interna corporis*”, foram escolhidos por conveniências administrativas, sendo de ciência e concordância da autoridade emissora da Ordem de Serviço, com atribuição legal para registrar e sanear o procedimento fiscal.

Rebate a acusação de que obstou o direito de defesa do autuado, negando-se a fornecer documentos a que o mesmo tinha direito e afirma que tudo aconteceu na repartição fazendária, na sala dos auditores, local de acesso público e na presença de diversas pessoas, inclusive servidores da SEFAZ. Os alegados fatos poderiam ter sido comunicados aos seus superiores hierárquicos, o que não foi feito. Alega que a notícia crime esqueceu de mencionar o outro autuante e os demais fiscais presentes na repartição no momento da ocorrência, uma vez que, se verdadeiras fossem as razões aduzidas, estes fiscais teriam cometido “crime de omissão”.

No mérito, diz que a infração é referente à omissão de operações ou prestações em arquivos magnéticos Sintegra, o que afasta qualquer necessidade de diligência relativa à verificação de livros ou documentos fiscais. Ao contrário do que disse o impugnante, argumenta que o campo “Data” não foi considerado em nenhum dos batimentos efetuados, tampouco a retirada do campo “Série” de nota fiscal é capaz de diminuir a quantidade de omissões detectadas, conforme documentos de fls. 183 a 193. Assevera que o contribuinte tem uma competente equipe de informática, bem como moderna tecnologia, e que os livros e documentos apresentados na peça de defesa, em uma fiscalização eletrônica, em nada contribuem para a elucidação dos fatos, apenas prolongam desnecessariamente o julgamento da lide.

Quanto às notas fiscais de saída do sujeito passivo que não foram informadas nos arquivos Sintegra, diz que mais de 80% são relativas à Cerealista Castro, integrante da rede de propriedade do mesmo grupo empresarial do sócio da empresa autuada. Ou seja, são notas enviadas do atacadista DIBAL, do grupo Castro de Barreiras, para unidades da Cerealista Castro, a rede de supermercados do mesmo grupo na mesma cidade. Pergunta: “ora, como seriam inexistentes”? Pondera que o contribuinte poderia ter efetuado corretamente a escrituração dos documentos fiscais no livro de saídas, ter oferecido à tributação, mas que, ainda assim, remanesceria a obrigatoriedade de informação correta no arquivo Sintegra, pois são obrigações de naturezas distintas, razão pela qual também não deve prosperar a tese do “*bis in idem*” e de que o cumprimento da obrigação principal exclui a possibilidade de cobrança da obrigação acessória.

Com relação à apuração do valor total omitido, alega ter somado “as omissões de entrada e as omissões de saída e sobre as mesmas calculado o percentual de 5%”. Da comparação desse valor

de 5% calculado com o limite de 1% prevalece o menor, constituindo-se na coluna “multa” do Anexo A.

O valor total da multa aplicada tem a sua base de cálculo destacada para mero efeito de possibilitar o lançamento no Sistema SEAI, que não representa em nada o valor da omissão. No tocante à afirmação do contribuinte de que a Fiscalização deixou de considerar uma “enormidade” de notas fiscais lançadas no LRE, reputa tratar-se de uma confissão, pois cada nota fiscal de entrada que o autuado encontra em seu livro de Entradas e não encontra nos arquivos Sintegra corrobora os termos da ação fiscal. Com relação às “centenas de notas fiscais de forma duplicada e triplicada, bem como notas inexistentes”, qualifica de mera afirmação de não cometimento da infração. Relativamente às notas fiscais que seriam inexistentes, considera que não precisam ser anexadas ao processo fisicamente, pois já o foram eletronicamente, a partir da extração dos arquivos Sintegra de confecção e autenticação dos próprios contribuintes emissores, o que lhes dá autenticidade, tendo-se em vista a função declaratória e probatória dos mesmos.

Com referência ao item 28 da peça de defesa, que remete a notas supostamente fraudulentas, diz que à SEFAZ tais eventos não foram comunicados, ocorrendo isso apenas quando da iminência da lavratura do AI. Tendo em vista os valores expressivos das notas fiscais, conclui que os emitentes não seriam ingênuos a ponto de venderem tais quantias sem indicar corretamente o cliente. Tanto é assim que no processo judicial anexado há contestações dos remetentes quanto à negativa de compra pelo autuado.

No que se refere às notas de faturamento antecipado, não valeria a alegação de registro em outro ano, pois o arquivo é cópia do documento fiscal, não havendo deslocamento de momento de registro por conta do instante da entrada física da mercadoria no estabelecimento, situação vivenciada apenas no livro Registro de Entradas, e que em nada se relaciona com o presente caso.

Quanto à aplicação da multa, diz que a mesma considerou as omissões detectadas através de terceiros não constantes dos arquivos Sintegra do sujeito passivo, e não sobre as saídas totais, ou seja, incidiu apenas sobre os registros ausentes, conforme anexo A.

Pondera que, ao contrário do que alega o autuado, o registro 50 é o mais importante de todos, pois consigna os principais elementos de uma nota fiscal, como seu número, remetente, destinatário, data de emissão, valores totais, base de cálculo, valor do ICMS, valor do IPI, valor da substituição tributária, valor de ICMS retido, alíquota e outros.

Não apresenta óbices a uma eventual diminuição da multa, pois deseja apenas a punição do contribuinte, para que o mesmo não mais repita as infrações, pelo custo das mesmas e pela falta de cuidado deste na confecção dos arquivos magnéticos, das DMAs e na elaboração da escrituração fiscal.

VOTO

O sujeito passivo requer a nulidade do procedimento, sob o argumento de que o presente Auto de Infração, fruto da mesma ação fiscal que desencadeou a lavratura daquele de nº 232845.0011/08-9, originário da mesma Ordem de Serviço, nº 5113117/07, não poderia ser levado a efeito de forma apartada. Afirma que a divisão foi efetivada para dificultar a defesa e impedir a aplicabilidade da garantia legal prevista no art. 42, § 5º, da Lei nº 7.014/96, que determina a absorção da multa por descumprimento de obrigação acessória pela sanção indicada na infração principal, bem como para dificultar ao julgador perceber a concomitância de bases de cálculo nos dois processos.

Com essepe nos arts. 102 a 106 do Código de Processo Civil Brasileiro, combinados com o art. 180 do RPAF, requer a conexão do presente PAF com aquele formado a partir do Auto de Infração nº 232845.0011/08-9, considerando que ambos são “frutos” da mesma ação fiscal e possuem idênticos objetos e causas de pedir.

A multa pelo descumprimento de obrigação acessória será absorvida pela multa para o descumprimento da obrigação principal, sempre que se tratar de cometimento em que o

descumprimento da obrigação principal seja uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, servindo a infração relativa à obrigação acessória como circunstância agravante da relativa à falta de recolhimento do imposto devido referente ao mesmo infrator.

O presente Auto de Infração exige multa por descumprimento da obrigação de apresentar os arquivos magnéticos na forma exigida pela legislação, não tendo, portanto, como consequência direta, o descumprimento de qualquer obrigação principal, inexistindo “bis in idem”. Também não configura circunstância agravante de falta de recolhimento de imposto devido, como exige o parágrafo 5º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 para a sua absorção.

A forma como são distribuídos os processos está determinada nos artigos 136 a 139 do RPAF/99, não havendo previsão de distribuição por conexão. Aplicáveis subsidiariamente os dispositivos do CPC, consoante o art. 180 do citado Regulamento Processual, este Conselho de Fazenda, nos casos em que se vislumbra a situação prevista no parágrafo 5º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, tem distribuído os processos conexos para o mesmo julgador. Não entendo ser esta a situação em baila, pois, como dito, não existe, como consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, o descumprimento de qualquer obrigação principal, tampouco aquela pode ser tida como circunstância agravante, motivo pelo qual nego o pedido de conexão.

Nos termos do art. 40 do RPAF/BA, em casos especiais, mediante justificativa circunstanciada do auditor fiscal, o inspetor fazendário poderá autorizar a lavratura de mais de um Auto de Infração relativo ao mesmo período fiscalizado, de modo a facilitar o exercício da ampla defesa e o deslinde da questão, anexando-se a cada Auto cópia da justificativa e da autorização, o que foi feito à fl. 11 do processo. Resta, por isso, rejeitada a preliminar de nulidade.

Os fatos narrados na peça de impugnação, de que o autuante teria utilizado artifícios para obstar o direito à ampla defesa e ao contraditório do contribuinte, ensejando ocorrência policial, fogem, sob o prisma disciplinar administrativo, do espectro de apreciação deste Conselho, por força de inexistência de atribuição legal para tanto. Por conseguinte, cabe apenas a análise do pedido de nulidade baseado nos mencionados acontecimentos.

Com fundamento no art. 180, do RPAF/99, além da nulidade, também pede o autuado a ouvida de testemunhas, ou seja, a notificação do autuante e dos Srs. Sonivan Moreira Borges e Rider Mendonça.

Ao contribuinte autuado é facultado apresentar peça de impugnação ao ato preparatório do lançamento fiscal. Após a prestação das pertinentes informações fiscais por parte do autuante, o processo é encaminhado ao órgão de julgamento. Conforme os arts. 145 a 150 do RPAF/99, em caso de necessidade de esclarecimento de fatos ou aspectos técnicos relativos ao procedimento, o interessado ou o julgador podem solicitar a realização de diligência ou perícia técnica. Não há, no processo administrativo fiscal, a previsão regulamentar de oitiva de testemunhas. Tanto o autuante quanto o sujeito passivo, após a leitura do voto, quando do julgamento, possuem o direito de manifestação oral durante o período de 15 minutos. Assim, fica negado o pedido de notificação do autuante e dos Srs. Sonivan Moreira Borges e Rider Mendonça para efeito de prova testemunhal.

Da análise dos elementos constantes do PAF, constato, à fl. 03, que em 12/05/2008 o contribuinte tomou ciência do Auto de Infração, bem como, às fls. 06 e 08, assinou Termo de Devolução de Livros e Documentos Fiscais e Recibo de Arquivos Magnéticos. Portanto, tais documentos são provas necessárias e suficientes de que, por força dos acontecimentos narrados na impugnação, não houve cerceamento de direito à ampla defesa ou ao contraditório, plasmados no art. 2º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia, não existindo motivo para a decretação de nulidade do Auto de Infração com base nessas alegações. Desta forma, nego também o pedido de nulidade da intimação de 12/05/2008, nova intimação com cópia do AI e de seus demonstrativos e devolução dos livros.

As acusações narradas pelo autuado relativas a um dos autuantes e à irregular utilização de seus dados cadastrais para simulação de vendas, como dito, não podem ser apreciadas por este Conselho, mas pela Corregedoria desta Secretaria da Fazenda, Polícia ou Poder Judiciário. Caso restem comprovados os fatos em tela, pode a Procuradoria do Estado, de ofício ou a pedido, ingressar com recurso junto à Câmara Superior do CONSEF para que o Auto de Infração seja anulado. Isto se o mesmo já não restar nulo em 2^a instância administrativa.

Ainda em sede de preliminar, o autuado requer a nulidade do procedimento fiscal por insegurança na determinação da infração, alocação do período da ocorrência diante da Ordem de Serviço e, consequentemente, na própria imputação, desaguando na inexistência do fato apontado na data indicada no AI, em alegada ofensa ao disposto no art. 18, incisos II e IV, 'a', do RPAF/99 e por equivocada apuração dos valores, em razão de o método de apuração utilizado na ação fiscal ter partido de informações de terceiros (fornecedores), em detrimento das informações prestadas pelo sujeito passivo.

O art. 18, incisos II e IV, 'a' do RPAF/99 determinam serem nulos os atos praticados e as decisões proferidas com cerceamento de direito de defesa e o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Com relação à alocação do período de ocorrência, não é motivo de nulidade, pois a Ordem de Serviço não delimita o período ou as infrações que o auditor pode fiscalizar, sendo mera indicação para fim de controle administrativo, não importando, por consequência, em qualquer das hipóteses previstas nos sobreditos dispositivos regulamentares processuais.

No tocante à insegurança na determinação da infração, é conveniente que seja apreciada em conjunto com a regularidade da intimação fiscal, da apuração dos valores e a afirmação do contribuinte de que não foi instado a corrigir o registro 50 de forma específica, "desaguando na inexistência do fato apontado na data indicada no AI".

Todos os contribuintes devem fornecer ao Fisco os documentos e os arquivos magnéticos de que trata o art. 708-B do RICMS/BA, sempre que forem intimados, no prazo de 05 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

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

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 à retificação total de arquivo.

Estes são ditames estabelecidos no RICMS/BA, de observância obrigatória por parte dos agentes do Fisco quando da intimação para regularização de arquivos magnéticos, com o fim de demonstrar ao intimado quais são as inconsistências que se deseja corrigir e ceder ao mesmo prazo suficiente para tanto. Do exposto, entendo que a citada intimação não prescinde da Listagem Diagnóstico exigida no § 3º do art. 708-B do RICMS/BA, tendo em vista o direito à ampla defesa que, no exercício da atividade de dever-poder vinculado dos prepostos fiscais, deve ser observado em estrito cumprimento do que dispõe a legislação, jamais em procedimentos de liberalidade, oblíquos ou informais, não previstos na mesma.

Da análise dos elementos constantes dos autos, verifico que não há, nos mesmos, regular intimação para apresentação de arquivos magnéticos. À fl. 05 consta uma intimação genérica sem Listagem Diagnóstico e às fls. 60 a 104 existe uma série de correspondências através de e-mails, destituídas de valor legal ou probatório, também sem a comprovação inequívoca do cumprimento do quanto disposto no parágrafo 3º do art. 708-B do RICMS/BA.

Afirma o autuante que não houve falta de intimação específica para retificações de arquivos, pois tanto foi intimado o contribuinte que requereu prorrogação de prazo para retificações, conforme transcrição de fl. 1.811. Registra que, durante o curso dos trabalhos de auditoria, por liberalidade e através de e-mails, apresentou ao autuado as divergências encontradas, tendo sido concedidas diversas oportunidades para as correções. Entendo ser ilegal tal procedimento, primeiramente porque a intimação de fl. 05 não preenche os requisitos do § 3º do art. 708-B do RICMS/BA; em segundo lugar porque a garantia à ampla defesa e ao contraditório do intimado não pode ficar sujeita à liberalidade de quem intima. É preciso que o ato administrativo (intimação) obedeça rigorosamente ao que está estabelecido na norma, sob pena de legitimação do arbítrio fiscal.

Com relação à apuração dos valores, o autuante afirma que a multa considerou as omissões detectadas através de terceiros não constantes dos arquivos Sintegra do sujeito passivo, conforme anexo A.

Da análise do mencionado Anexo A, de fls. 164 e 165, constato que o autuante somou as omissões de entradas e saídas (obtidas do cotejo com arquivos magnéticos de terceiros, e não com os livros e documentos fiscais do contribuinte) e aplicou a multa de 5% sobre as mesmas. Assim, verifico que o campo “Multa aplicada” à fl. 02 foi equivocadamente preenchido, pois o art. 42, XIII-A, ‘f’ da Lei nº 7.014/96 não prevê esta penalidade. Por outro lado, a aplicação de 5% sobre o total das omissões contraria o disposto no art. 42, XIII-A, ‘i’ da Lei nº 7.014/96, que seria a correta tipificação da multa aplicada e prevê 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 de a multa ter sido incorretamente tipificada, prejudicando o direito de defesa do autuado, a limitação imposta no art. 42, XIII-A, ‘i’ da Lei nº 7.014/96 não foi obedecida, tendo-se em vista a origem dos valores acrescentados às saídas obtidas no livro Registro de Apuração do ICMS: arquivos magnéticos de terceiros.

Por outro lado, o art. 686 do RICMS/BA, utilizado para enquadramento da infração (fl. 02), determina que o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados 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. Desta forma, os arquivos magnéticos devem espelhar a escrita fiscal do contribuinte, não sendo cabível autuação com base em arquivos magnéticos de terceiros, sendo esses últimos meros indícios de irregularidades, mas não provas inequívocas. Isso caracteriza uma presunção pessoal, o que não é admitido em Direito Tributário, principalmente para impor penalidades.

Com relação ao pedido diligência e / ou revisão fiscal, não há razões para seu acolhimento, pois os autos encontram-se devidamente instruídos e não vislumbro equívocos ou elementos de dúvidas que ensejam a necessidade de qualquer esclarecimento técnico.

Ante o exposto, por manifesta irregularidade na intimação, insegurança na determinação da infração, multa e base de cálculo, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Represento à autoridade competente para que renove a ação fiscal, desta feita sem os vícios ora apontados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 232845.0010/08-2, lavrado contra **DISTRIBUIDORA BARREIRAS DE ALIMENTOS LTDA.**

Esta Junta recorre de ofício desta 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, 08 de setembro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR