

**A. I. Nº.** - 232943.0002/09-0  
**AUTUADO** - WT CONGELADOS LTDA.  
**AUTUANTE** - REGINALDO CAVALCANTE COELHO  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 17. 11. 2009

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0365-01/09

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. A comprovação de que as mercadorias não se encontravam subordinadas ao regime de substituição tributária elide a autuação. Infração descaracterizada. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. Não foram trazidos aos autos nem disponibilizados ao sujeito passivo os elementos de prova em favor do lançamento, que se referem às notas fiscais coletadas através do Sistema CFAMT. Infração nula. 3. ENTRADAS DE MERCADORIAS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO E PAGAMENTO DO IMPOSTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Documentos juntados pelo autuado elide parcialmente a acusação. Infração parcialmente caracterizada. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. MULTA. OMISSÃO DE DADOS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. De acordo com o RICMS/97 sendo constatadas inconsistências nos arquivos magnéticos, deve ser apresentada uma nova intimação para correção das inconsistências, sendo fornecida ao contribuinte listagem diagnóstica e relatório detalhado das ausências para que sejam realizadas as devidas correções no prazo de 30 dias. Não tendo sido intimado o sujeito passivo de forma específica para proceder à correção dos dados inconsistentes verificados nos arquivos magnéticos, impõe-se a nulidade da autuação, por ter sido praticada com preterição ao direito de defesa, em razão da inobservância do devido processo legal. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2009, foi efetuado o lançamento do crédito tributário correspondente à exigência de ICMS no valor de R\$822.207,71 e à multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$825.557,14, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – 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

relacionadas nos anexos 88 e 89 [constantes do inciso II do art. 353 do RICMS/97], nos meses de janeiro a dezembro de 2007, exigindo imposto no valor de R\$112.413,53, acrescido da multa de 60%;  
02 – deixou de recolher o ICMS em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2006 e janeiro a dezembro de 2007, exigindo o imposto no valor de R\$640.384,07, acrescido da multa de 70%;

03 – deixou de recolher o ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, exigindo o imposto no valor de R\$69.410,11, acrescido da multa de 60%;

04 – deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações e prestações realizadas, em relação aos meses de janeiro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006 e de janeiro a dezembro de 2007, sendo aplicada a multa de 1%, que representou o valor de R\$825.557,14.

O autuado apresentou impugnação às fls. 169 a 175, argumentando que a ação fiscal abrangeu os exercícios de 2005 a 2007, períodos rotineiramente monitorados por prepostos fiscais da Inspetoria Fiscal de Itabuna, sem identificação de quaisquer irregularidades ou comunicados ao autuado. Como a maioria das irregularidades apontadas poderia ter sido verificada numa simples rotina de monitoramento, infere que existem exigências indevidas de créditos fiscais.

Ressalta ser incompreensível a postura do autuante, que em momento algum solicitou qualquer esclarecimento ou a comprovação de recolhimentos efetuados pelo contribuinte. Esse comportamento inviabiliza possíveis esclarecimentos e comprovações que, certamente, inibiriam a exigência indevida de créditos tributários, evitando o desperdício de recursos públicos, sem esquecer o desgaste emocional dos dirigentes do autuado, ao serem acusados de práticas ilícitas.

Em seguida, passa a discorrer a respeito de cada uma das infrações, como segue:

infração 01 – frisa que ocorreu um grande descuido do autuante no trabalho realizado, porque, apesar de ter elaborado uma planilha detalhada e perfeita, indicando os cálculos que deram suporte à acusação de falta de antecipação tributária relativa às mercadorias relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA, incorreu nos seguintes equívocos em seu levantamento:

a) em sua própria planilha, na coluna ICMS RECOLHIDO, demonstra que foram efetivamente realizadas as antecipações de ICMS relativas às entradas de outras unidades da Federação de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária relacionadas no anexo 88;

b) as diferenças apontadas pelo autuante, no entanto, referem-se às entradas de mercadorias fora do regime de substituição tributária, tendo sido paga a antecipação parcial do ICMS (através do código 2175), conforme demonstrativos, cópias dos DAES [documentos de arrecadação estadual] e das notas fiscais, relativos aos meses objeto da autuação, todos anexados às fls. 190 a 244.

Conclui ter demonstrado que a infração 01 é totalmente insubsistente, fruto de um equívoco por parte do autuante sendo, portanto, improcedente;

infração 02 – alega que o preposto fiscal não disponibilizou as cópias das notas fiscais de entrada que sustentam a sua acusação, o que se constitui em verdadeiro cerceamento de defesa. Ademais, sabe-se que alguns empresários inescrupulosos se utilizam de forma ilícita da inscrição de terceiros, fato que não é desconhecido das autoridades tributárias, tanto que o CONSEF, através de sua Câmara Superior, Acórdão nº CS 1023/99, não acolheu como prova de aquisição de mercadorias, nem mesmo as vias coletadas junto aos emitentes, conforme transcreveu.

Assim, se a Câmara Superior desconsidera as vias coletadas dos talonários dos remetentes, torna-se mais inconcebível uma autuação feita a partir de um simples “demonstrativo das notas fiscais de

entradas não registradas” anexado pelo autuante. Deste modo, a não apresentação das cópias das notas fiscais relacionadas no demonstrativo, além de configurar flagrante cerceamento de defesa se constitui, ainda, num desrespeito à própria orientação desse Colegiado. Requer a total improcedência da infração 02;

infração 03 – aduz que o registro de entradas de mercadorias tributáveis como isentas, *a priori*, não se revela como um ato ilícito, podendo se configurar como um erro de registro fiscal, com prejuízo para o autuado por não aproveitar os créditos fiscais destacados nas notas fiscais, sendo cabível apenas uma multa formal. Assim, somente a saída das mercadorias como isentas caracterizaria saídas tributáveis como isentas, cabendo a exigência do crédito tributário.

Alega que embora o autuante não tenha provado que as mercadorias relacionadas nas notas fiscais tenham saído como isentas, reconhece que ao errar a classificação dos produtos nas entradas, provavelmente ocorreu o mesmo erro nas saídas dos produtos. Todavia, discorda do valor reclamado de R\$69.410,11, pois muitas das notas fiscais arroladas pelo autuante encontram-se corretamente registradas, conforme demonstrativo que elaborou, cópias das notas fiscais e das páginas do livro Registro de Entradas nº 4 indicadas na coluna observação (fls. 255 a 298).

Nesse demonstrativo aponta todas as notas fiscais relacionadas na planilha do autuante, sendo que na coluna “OBS” apresenta duas informações: “OK”, que significa concordância com o autuante, ou seja, que as notas fiscais foram registradas incorretamente, enquanto que “LÇTO CORRETO L4 FOLHA” indica que o lançamento da nota fiscal ocorrera de forma correta.

Confirmando-se os dados do demonstrativo do impugnante, o valor deverá ser reduzido para R\$44.320,89, que acolhe como devido. Assim sendo, pede a improcedência parcial dessa infração;

infração 04 – salienta que em relação à descrição da infração *“deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas”*, cabem as seguintes observações:

- a) o autuado apresentou os arquivos magnéticos;
- b) conforme dispõe o § 3º do artigo 708-B, do RICMS em vigor, *“tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas”*;
- c) de acordo com o § 5º do citado artigo, *“O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência [...]”*.

Ressalta que o autuante não obedeceu ao texto regulamentar, pois o contribuinte apresentou arquivos magnéticos e se esses continham algumas inconsistências, o autuado não foi intimado a corrigi-las; a listagem diagnóstica, relativa às irregularidades encontradas não foi apresentada e, por tudo isso, nem se pode falar da concessão do mencionado prazo obrigatório.

Insurge-se contra a base de cálculo apurada, afirmando que os valores estão incorretos, por incluírem situações que não correspondem a operações tributáveis, a exemplo da simples movimentação física das mercadorias e que representam valores substanciais em termos dos totais apresentados pelo autuante.

Realça que a multa exigida é exorbitante, uma vez que não foram detectadas omissões de saídas de mercadorias e tendo em vista que o contribuinte, embora pequeno, cumpre um importante papel social na geração de empregos numa região abalada pela crise provocada pela “vassoura de bruxa”, que quase dizimou a lavoura cacaueteira, base econômica de vasta região do sul da Bahia.

Pelas razões apresentadas, requer a total improcedência da infração 04, por inobservâncias das disposições regulamentares, a procedência parcial da infração 02 e a improcedência das demais infrações.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 302 a 304, inicialmente transcrevendo o art. 143 do RPAF/BA. Quanto à alegação do contribuinte que fora rotineiramente monitorado, aduz que o monitoramento executado pelos prepostos da SEFAZ constitui-se numa auditoria sumária, com roteiros específicos limitados a períodos curtos, por amostragem e não exercícios corridos. Deste modo, enquanto não extinto o prazo decadencial, a Fazenda Estadual poderá apurar a ocorrência de elementos que possam configurar obrigações tributárias.

Contesta a afirmação de que durante a ação fiscal não solicitara qualquer esclarecimento ao autuado, enfatizando que o intimara em duas oportunidades a apresentar livros e documentos fiscais (fls. 11 e 12).

Em seguida, comenta a respeito de cada um dos itens da autuação:

infração 01 – concorda com a alegação defensiva de que as mercadorias relacionadas não se encontravam incluídas no anexo 88, acatando o pedido de sua exclusão do Auto de Infração;

infração 02 – ressalta que as cópias das notas fiscais objeto deste lançamento não foram tempestivamente anexadas em razão de o Sistema de Controle CFAMT se encontrar indisponível na ocasião da lavratura do Auto de Infração. Afiança que está requisitando ao setor responsável a sua juntada ao processo;

infração 03 – tendo atestado o registro das notas fiscais mencionadas pela defesa, acata a redução do valor exigido para o montante de R\$44.320,89;

infração 04 – contesta as argumentações defensivas, realçando que apesar de devidamente intimado (fl. 13), o autuado não apresentou arquivos magnéticos obrigatórios (registros 50 e 54 relativos às suas saídas, bem como o registro 74, referente aos inventários), conforme se verifica nas cópias dos Recibos de Entrega de Arquivos Magnéticos (fls. 83 a 85), sujeitando-se à cominação prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº. 7.014/96.

Tendo em vista as alterações procedidas, o Auto de Infração passa a ter a seguinte conformação:

INFRAÇÃO	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA	MULTA	VALOR HISTÓRICO	VALOR EM REAL
01	ELIDIDA	-	-	-	-
02	3.766.965,10	17%	70%	640.384,07	640.384,07
03	260.711,11	17%	60%	44.320,89	44.320,89
04	82.555.714,00	0%	1%	825.557,14	825.557,14
<b>TOTAL</b>				<b>1.510.262,10</b>	

Em conformidade com os documentos acostados às fls. 305 a 311, o processo foi encaminhado à GETRA – Gerência de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito, visando a juntada aos autos das cópias das notas fiscais arroladas na infração 02. Na resposta ao pedido, o titular daquela gerência informou que em razão do término do contrato com a empresa responsável pelo gerenciamento do AGNF – Arquivo Geral de Notas Fiscais, os serviços de resgate das notas fiscais do Sistema CFAMT se encontravam temporariamente indisponíveis.

Acrescenta que já houve um processo de licitação visando a contratação de nova empresa, cujo resultado foi publicado no Diário Oficial de 26/06/2009, conforme Aviso de Licitação que transcreveu. Afirma que tão logo os serviços de resgate de notas fiscais sejam restabelecidos, as solicitações serão atendidas.

## VOTO

Observe, inicialmente, que descabe a alegação defensiva de que tinha sido rotineiramente monitorado por prepostos fiscais da Repartição Fazendária, haja vista que a qualquer tempo desde que obedecidos os prazos decadenciais, a Secretaria Estadual da Fazenda pode efetuar

programações de fiscalização junto aos contribuintes visando verificar a regularidade de seus procedimentos.

Através do presente lançamento foi consignado que o sujeito passivo teria incorrido em quatro infrações à legislação do ICMS. Verifico que o contribuinte suscitou a nulidade da infração 02, que correspondeu à falta de recolhimento do imposto, em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, argumentando que ocorreu um cerceamento do seu direito de defesa, desde quando não lhe foram disponibilizadas as cópias das notas fiscais de entrada que alicerçaram o levantamento.

Constato, através da análise dos demonstrativos e demais documentos acostados às fls. 16 a 46, que essa exigência se encontra amparada nas relações das notas fiscais coletadas por meio do CFAMT – Sistema de Controle Automatizado de Mercadorias em Trânsito, sem que tivessem sido trazidas ao processo e, conseqüentemente, sem terem sido fornecidas ao contribuinte, as cópias reprográficas das respectivas notas fiscais. Ao prestar a sua informação fiscal, o autuante declarou que as cópias das notas fiscais não tinham sido tempestivamente anexadas devido à indisponibilidade temporária do CFAMT à época da lavratura do Auto de Infração, tendo juntado pedido formulado à GETRA/SEFAZ requerendo as notas fiscais em questão.

A despeito de ter adotado essa providência, o setor competente informou que os serviços de resgate de notas fiscais do mencionado sistema se encontravam indisponíveis, devido à contratação de nova empresa responsável pelo controle do Arquivo Geral de Notas Fiscais. Deste modo, dada a impossibilidade, ao menos temporária, de se trazer aos autos as provas documentais que dariam sustentação a esta imputação, entendo que o lançamento não pode prosperar, uma vez que não foram carreadas ao processo e nem foram entregues ao contribuinte as cópias das aludidas notas fiscais. Assim, a teor do art. 21 do RPAF/99, sugiro à autoridade competente que verifique a possibilidade de determinar a realização de nova ação fiscal, a salvo de falhas, a fim de apurar os valores a serem exigidos do impugnante.

Na infração 04 a acusação se referiu à falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação. O autuado se insurgiu contra a imputação, alegando que na verdade havia efetuado a entrega dos arquivos magnéticos e que o preposto fiscal deixara de observar o disposto nos §§ 3º e 5º do art. 708-B do RICMS, aduzindo que nessa situação cabia ao autuante fornecer-lhe uma listagem diagnóstico indicando as irregularidades encontradas nos arquivos, concedendo o prazo de 30 (trinta) dias para providenciar as alterações pertinentes.

Na informação fiscal, o autuante declarou expressamente: *“Apesar de devidamente intimado a fazê-lo (fls. 13), a autuada não apresentou arquivos magnéticos obrigatórios (Registros 50 e 54 relativos às suas saídas, bem como o Registro 74 relativo aos Inventários), conforme se verifica nas cópias dos Recibos de Entrega de Arquivos Magnéticos anexos ao PAF(fl. 83 a 85)”*.

Ora, apesar de a acusação se referir à falta de entrega dos arquivos magnéticos, a afirmação do Auditor Fiscal, juntamente com a análise da intimação e das Relações dos Arquivos Recepcionados (fls. 128 a 146), me convencem que efetivamente os arquivos foram entregues pelo contribuinte, porém com inconsistências. Isto porque, enquanto o Termo de Intimação de fl. 13 foi entregue ao autuado em 12/01/2009, as citadas relações indicam as datas de 09/01/2009 e 24/03/2009.

Concluo que o presente processo contém falhas procedimentais insanáveis praticadas pela fiscalização, que acarretam a nulidade da autuação. Observo que de acordo com o disposto no *caput* do art. 708-B do RICMS/97 o prazo previsto para que o contribuinte apresente os arquivos magnéticos é de 05 (cinco) dias. Após o recebimento dos arquivos magnéticos, constatando inconsistência nos mesmos, devido à ausência de registros, o autuante lavrou o Auto de Infração, sem, entretanto, intimar o contribuinte, apresentando-lhe uma listagem diagnóstica e os relatórios detalhados das ausências, contrariando a previsão contida nos §§ 3º e 5º do art. 708-B do RICMS/97, o que

possibilitaria que o contribuinte realizasse as necessárias correções. Para um melhor entendimento, transcrevo os dispositivos regulamentares aqui citados.

*“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.”*

Portanto, considerando que o procedimento fiscal foi efetuado sem observância dos requisitos estabelecidos na legislação tributária, inclusive quanto à necessidade de intimação específica ao contribuinte para a necessária correção dos arquivos, haja vista que a única intimação foi efetuada solicitando a apresentação dos arquivos, concluo que ocorreu inobservância ao devido processo legal por parte do autuante, com preterição do direito de defesa do sujeito passivo, fato que conduz à nulidade do lançamento. Consigno que esta linha de entendimento se encontra, também, em conformidade com as diretrizes verificadas na Orientação Técnica nº. 003/2005, da GEAFI/SAT/SEFAZ.

Desta forma, nos termos do art. 18, inciso II, do RPAF/99 esta infração é nula, devendo a autoridade competente determinar a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de falhas, de acordo com o art. 21 do RPAF/99.

A infração 01 decorreu da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação constantes do inciso II do art. 353 do RICMS/97. Ao atacar esta imposição fiscal, o contribuinte arguiu que as diferenças indicadas pelo autuante na verdade correspondiam à entrada de mercadorias não compreendidas na substituição tributária, em relação às quais havia efetuado o pagamento do imposto relativo à antecipação parcial.

Com base nos demonstrativos e nas cópias reprográficas das notas fiscais e dos comprovantes de recolhimento do imposto restou comprovado que assiste razão ao impugnante, fato, inclusive, atestado pelo autuante. Tendo em vista as provas acostadas às fls. 188 a 244, concluo que a infração 01 restou totalmente descaracterizada.

A exigência tributária correspondente à infração 03 se originou da apuração da falta de recolhimento do ICMS, em razão de o contribuinte ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas. Neste caso, apesar de ter questionado o fato de o autuante ter efetuado o levantamento com base nas entradas das mercadorias no estabelecimento, o contribuinte reconheceu que ao errar a classificação dos produtos nas entradas, também teria incorrido no mesmo equívoco nas saídas dos produtos.

Entretanto, trouxe aos autos a comprovação de que uma parcela das notas fiscais objeto da autuação tinha sido registrada de forma correta, isto é, devidamente tributada. Observo que de acordo com os

documentos juntados às fls. 255 a 298 (demonstrativo e cópias reprográficas das notas fiscais e do livro Registro de Entradas), as alegações do sujeito passivo se encontram comprovadas. Observo que o autuante aquiesceu com as razões defensivas, sugerindo a manutenção parcial do lançamento. Assim, a infração 03 fica parcialmente caracterizada, no valor de R\$44.320,89, de acordo com a tabela abaixo:

OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO
01/2007	2.790,47
02/2007	961,78
03/2007	273,36
04/2007	7.664,80
05/2007	3.075,30
06/2007	9.321,71
08/2007	522,60
09/2007	4.343,21
10/2007	9.662,74
11/2007	5.704,92
<b>TOTAL</b>	<b>44.320,89</b>

Voto pela procedência parcial do Auto de Infração, restando improcedente a infração 01, nulas as infrações 02 e 04 e parcialmente caracterizada a infração 03.

#### 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 **232943.0002/09-0**, lavrado contra **WT CONGELADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$44.320,89**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal, visando apurar os débitos a serem exigidos no que concerne às infrações 02 e 04, a teor do disposto no art. 21 do RPAF/99.

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, 26 de outubro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR