

A. I. N º - 293259.1201/08-5
AUTUADO - AUTO PEÇAS COLATINA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ RAIMUNDO RIBEIRO DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 11.11.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0378-04/09

EMENTA: ICMS. **01.** IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Valor recolhido a menos em função do desencontro entre o imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração de ICMS. Infração reconhecida. **02.** CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a energia elétrica na comercialização de mercadorias. Infração reconhecida. **03.** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Incide ICMS diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de materiais para uso e consumo do estabelecimento. Infração reconhecida. **04.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Pagamento foi realizado antes da lavratura do auto de infração. Infração improcedente. **05.** ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. NULIDADE. O procedimento fiscal não atendeu aos requisitos estabelecidos na legislação concernente à espécie, sobretudo quanto à intimação específica ao contribuinte para a necessária correção dos arquivos. A intimação presente nos autos ocorreu sem a observância do devido processo legal. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/12/08, exige ICMS no valor de R\$ 15.749,13, além de multas por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 22.719,43, em decorrência das seguintes infrações:

01. Recolheu a menos em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado do livro Registro de Apuração de ICMS. Período 05/06; 06/06. Valor R\$ 1.084,95, multa de 60%.
02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo aquisição de energia elétrica na comercialização de mercadorias. Exercícios 2005. Valor R\$ 7.776,32, multa de 60%.
03. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Exercícios 05/07, Valor R\$ 882,04, multa de 60%.
04. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no anexo 88. Período 11/07. Valor R\$ 6.005,82, multa de 60%.

05. Deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação com informações das operações ou prestações realizadas. Exercícios 05, 06 e 07. Multa R\$ 22.719,43.

O autuado em sua impugnação (fls. 21/25), reconhece a procedência das infrações 01, 02 e 03 e junta demonstrativos dos valores reconhecidos, além de documentos de pagamentos.

Diz que com relação à infração 04 a exigência fiscal é incabível, uma vez que efetuou o devido recolhimento e que houve apenas um erro no preenchimento do campo 01 do DAE na ocasião do pagamento do referido imposto. Efetuou o pagamento com o código 2175 onde o correto seria 1145 e que já adotou providências junto à repartição para o ajuste, através da FICHA DE ALTERAÇÃO DE DADOS NO SISTEMA DE ARRECADAÇÃO.

No que se refere à infração 05, também não reconhece a totalidade da exigibilidade, diz porque houve equívoco do autuante, ao imputar o cometimento desta infração sem consultar corretamente os documentos, Livros Fiscais e registros contábeis da empresa, colocados à disposição do mesmo na ocasião da realização dos trabalhos e até mesmo o próprio banco de dados da Sefaz/Ba, onde já se encontravam arquivadas em sistema magnético, tais informações, conforme protocolos de transmissão dos referidos arquivos magnéticos em apenso.

Argumenta que, no caso, constatando-se a ausência da entrega dos referidos arquivos magnéticos, a lei baiana estabelece a necessidade de intimação da Empresa para apresentação de justificativa, antes da lavratura de auto de infração, o que efetivamente não foi respeitado. Até porque a imputação descrita na Infração 05 não se sustenta, é improcedente.

Sustenta ainda que realizou a escrituração das operações mercantis em questão, recolheu os impostos e arremata que tais fatos ocorridos no presente auto de infração não causaram prejuízo aos cofres públicos; anexa as cópias dos protocolos de transmissão dos arquivos magnéticos. Conclui pela improcedência ou nulidade das infrações 04 e 05, transcrevendo em seu favor o parágrafo único do art. 155 RPAF/BA.

O Auditor Fiscal presta sua Informação às fls 106/108 relatando que o autuado reconheceu as infrações 01, 02 e 03 e ele, verificando os documentos apresentados, fls. 30 a 32, acata a alegação do autuado, relacionada à infração 04.

Sobre a infração 05, contesta as alegações do autuado no sentido de não ter recebido intimação específica para saneamento das pendências verificadas nos arquivos magnéticos. Diz que anexará aos autos cópias de duas intimações efetuadas durante os trabalhos de auditoria, assinadas pelo preposto do autuado, Senhor Camilo Sebastião Almeida da Silva, em 26.11.08, fls. 108 e 109 do PAF.

Diz ainda que o auto foi lavrado em 30.12.08, depois do prazo de 30 dias concedido na intimação fiscal e tem amparo na Lei nº 7.014/96, art. 42, XIII-A. Ressalta que os próprios protocolos apresentados pelo autuado indicam que os registros obrigatórios 54 e 74 não foram transmitidos.

O contribuinte volta a manifestar-se, à fl. 115, solicitando o pagamento da infração 05.

A secretaria do CONSEF anexa os comprovantes de parcelamentos das parcelas reconhecidas, 01, 02 e 03, fls. 117/119, extraídos do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária.

VOTO

Cuida o presente auto de questionar a exigibilidade de ICMS decorrente de 05 infrações mencionadas e relatadas acima que, após analisar as peças componentes do presente PAF, faço as constatações a seguir, exceto para as infrações 01, 02 e 03 que não foram contestadas pela impugnante, apresentado o comprovante de seus respectivos parcelamentos (fls. 117/119), não existindo lide e fora da apreciação do relator.

Na infração 04 é imputada ao autuado a falta de recolhimento do ICMS antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

O autuado apresenta comprovante de pagamento às fls. 30 a 32, efetuado em 26.12.07, antes, portanto, da lavratura do auto de infração, acatado pelo Auditor Fiscal, restando descaracterizada a exigência contida na inicial e improcedente a infração.

A lide, em realidade, gira em torno da exigência de multa da infração 05, tendo em vista que ao autuado foi atribuído o descumprimento da obrigação acessória por ter deixado de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação com informações das operações ou prestações realizadas, em períodos dos exercícios 2005 a 2007.

Verifico que o contribuinte efetuou a entrega dos arquivos, conforme protocolos de transmissão dos referidos arquivos magnéticos (SINTEGRA) anexos aos autos (fls. 34/104). Nesse sentido, a imputação decorreu do fato de o contribuinte ter efetuado a entrega dos arquivos magnéticos, requeridos mediante intimação, com omissão dos registros dos tipos 54, 60R e 74.

Argumenta o autuado, em suas razões que, constatando-se a ausência da entrega dos referidos arquivos magnéticos, a legislação estabelece a necessidade de intimação da Empresa para apresentação de justificativa, antes da lavratura de auto de infração, o que efetivamente não foi respeitado. Argüi ainda o sujeito passivo ofensa ao princípio do devido processo legal, considerando que o autuante não especificou quais teriam sido os dados tidos como divergentes ou inconsistentes, nem proporcionou o conhecimento da infração que lhe foi atribuída.

Noto no presente processo a ocorrência de falhas procedimentais insanáveis praticadas pela fiscalização, que acarretam a nulidade da presente infração. Observo ainda que a intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético deveria ser acompanhada do fornecimento ao contribuinte de Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades apuradas. O próprio contribuinte alega que não a recebeu. Além disso, a intimação somente surge anexada aos autos, à fl. 109, depois, inclusive, da informação fiscal do autuante. Observo também que de acordo com o disposto no *caput* do art. 708-B do RICMS/BA o prazo previsto para que o contribuinte apresente os arquivos magnéticos é de 05 (cinco) dias. No caso em questão, constatando inconsistência nos arquivos, devido à ausência de registros, o autuante lavrou o Auto de Infração, sem, entretanto, intimar o contribuinte, concedendo-lhe o prazo de 30 (trinta) dias, sequer tendo apresentando 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 da fiscalização, com preterição do direito de defesa do sujeito passivo, fato que conduz à nulidade desse lançamento.

Desta forma, nos termos do art. 18, inciso II, RPAF/BA, é nula a exigência da infração 05, devendo a autoridade competente determinar a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de falhas, de acordo com o art. 156 do RPAF/BA. É evidente que se o interessado na solução do caso, antes de nova ação fiscal, sanar alguma irregularidade porventura existente, se exime de sanções.

Voto pela NULIDADE da infração 05.

Posto isso, considerando o reconhecimento das infrações 01, 02 e 03 por parte do autuado; a improcedência da infração 04; nulidade da infração 05, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 293259.1201/08-5, lavrado contra **AUTO PEÇAS COLATINA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 9.743,31, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “b” e “f” e VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de outubro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR