

PROCESSO - A. I. Nº 276473.0903/09-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MAXBOM SUPERMERCADO LTDA. (SUPERMERCADOS RONDELLI)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0058-03/10
ORIGEM - TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 27/12/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0448-11/10

EMENTA: ICMS: NULIDADE. ARQUIVO MAGNÉTICO. INTIMAÇÃO PARA ENTREGA COM PRAZO INFERIOR AO PREVISTO EM LEI PARA ENTREGA AO FISCO E PARA CORREÇÃO DE INCONSISTÊNCIAS. O procedimento fiscal não observou os requisitos estabelecidos na legislação, gerando incerteza em relação à determinação da irregularidade imputada. Infração Nula. Mantida a Decisão da JJF. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Processo foi encaminhado a esta Câmara, na forma de Recurso de Ofício, visando ao exame da Decisão exarada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, mediante Acórdão nº 0058-03/10, que julgou Nulo o Auto de Infração nº 276473.0903/09-7, lavrado em 29/09/2009, o qual imputa ao autuado, penalidade no percentual de 1% sobre os valores de saídas de mercadorias, em razão do fornecimento de arquivos com registros faltantes, fato que, consoante legislação em vigor, resta configurado como não entrega, eis que, nos arquivos apresentados não constavam os registros 60R, bem como os dados do registro 50 divergiam no cotejo entre as DMAS e os arquivos magnéticos, nos exercícios de 2005 e 2006, com valores cobrados, respectivamente, de R\$63.598,51 e R\$72.299,89.

O autuado, tempestivamente, formalizou sua impugnação (fls. 21 a 29), argumentando, enfaticamente, a nulidade do Auto de Infração, sob o enfoque de que o lançamento não dispunha de validade jurídica, nem detinha suporte fático que assegurasse sua procedência, em face dos equívocos cometidos pela autuante.

Entendeu que o feito há de ser julgado nulo, por ter sido calcado em elementos precários e inseguros, contudo, vencido tal entendimento, que se reduzisse a multa para aquela contida no artigo 915, XV-A, “b” do RICMS, ou ainda, no mérito, fosse julgado improcedente.

Prosseguiu sua defesa, aduzindo que o registro 60R deixou de ser apresentado, pelo fato de a empresa estar desobrigada a tanto, amparada nos dispositivos estabelecidos pelos Decretos 9.426/2005 e 10.036/2006. Relativamente à divergência de dados entre o registro 50 e as DMAS apresentadas, reconheceu a existência de *“pequenas diferenças que no entanto não causaram prejuízo ao erário”*.

Salientou que outras pequenas diferenças já haviam sido constatadas, e de forma espontânea, em 29 de setembro de 2009, antes da lavratura do Auto de Infração, o autuado efetivou as devidas correções.

Ao finalizar, requereu a anulação do Auto de Infração.

Na informação fiscal (fl. 87/88), a autuante, inicialmente, transcreveu o artigo 708-B e seu § 6º do RICMS, explicando, em seguida, que quando intimado, em 23 de julho de 2009, o contribuinte não havia entregue qualquer arquivo magnético, sob a alegação de problemas com o contador e o programa da empresa.

Afirmou que, após aludida data, foram entregues alguns arquivos em 21/08/2009. Houve retificação e entrega em 11/09/2009 de alguns

havendo falta de apresentação de alguns meses e de alguns registros 2ª intimação 18/09/2009. Houve retificação de outros arquivos em 24/09 e 28/09”.

De outra parte, acolheu a argumentação do autuado da não obrigatoriedade de apresentação dos arquivos 60R, porém, manteve a acusação fiscal relativamente ao registro 50, vez que o mesmo totaliza todas as entradas e saídas e deve ser idêntico aos valores de entradas e saídas apresentados na DMA e é um dos itens de conferência frente do Registro 54 para verificação de valores faltantes ou divergentes. Como o arquivo continuou com erros, tornou-se impossível saber se haveria outras correções a serem feitas.

Ressaltou se tratar o autuado de empresa do ramo de supermercados com muitos produtos sujeitos à redução de base de cálculo e alíquotas diversas, sendo o uso do arquivo de muita importância para a fiscalização, esclarecendo que teve o cuidado de manter várias conversas com o contribuinte de modo a solucionar o problema dos arquivos magnéticos, não obtendo sucesso, razão pela qual aplicou a penalidade de 1%.

Finalizou, ratificando ser a autuação integralmente procedente.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0058-03/10, o Auto de Infração foi julgado nulo, tendo o relator tecido comentários sobre as assertivas da autuante relativas ao fato de não efetivar a cobrança cumulativa da penalidade de 1% sobre o valor das operações com a multa fixa de R\$1.380,00, invocando o artigo 142 do CTN, para assegurar que *“a fiscalização existe para agir nos termos da Lei. Jamais, para prejudicar ou favorecer o contribuinte.”*

Em seguida, o relator analisou, de forma didática, todos os aspectos e textos da legislação estadual que regulamentam a exigência ao contribuinte da entrega de arquivos magnéticos, transcrevendo integralmente o artigo 708-B do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, como fundamento para sua Decisão, posicionando-se na linha de que *“... caberia à Autuante, constatando as inconsistências dos arquivos magnético apresentados pelo autuado, intimá-la de forma específica, atentando para os requisitos impostos pela legislação, para correção dos erros, com a listagem diagnóstico, de forma que Autuada, de posse da mesma, no prazo regulamentar (trinta dias), providenciasse a correção dos erros apontadas. Aliás, a matéria, após exaustivos julgamentos, encontra-se devidamente pacificada no âmbito deste Conselho, sendo o entendimento dominante, de que, apenas após a expedição de intimação específica para correção das inconsistências, e exaurido o prazo legal, pode o Fisco aplicar penalidade ao contribuinte, v.g. o Acórdão CJF 0241-12/09, prolatado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.*

Não se há também, de se falar, como constante na informação fiscal, em contactos em que a Autuante alegou ter mantido com o autuado, onde esta alegou problemas com a contabilidade, como fato impeditivo de apresentação dos arquivos de forma consistente. Tais fatos, quando verificados, deveriam ser formalizados, de forma a dar robustez e consistência à ação fiscal, demonstrando que a mesma decorreu em perfeita consonância com a determinação emanada da Lei.

Verificando-se o processo, temos que a primeira intimação para apresentação de livros e documentos fiscais ocorreu em 23 de julho de 2009 (fl. 05), não fazendo qualquer menção aos arquivos magnéticos, reportando-se, apenas, a livros e documentos fiscais. Apenas em 21 de agosto de 2009, através de intimação específica (fl. 07), com prazo de cinco dias úteis, a Autuante intimou o autuado a apresentar os arquivos magnéticos. A segunda intimação, relativa aos arquivos de registros 54 e 74 no período de novembro e dezembro de 2005 e fevereiro a agosto de 2006, foi emitida em 18 de setembro de 2009 (fl. 08). com prazo de cinco dias úteis, a partir da ciência. Neste ínterim, verifica-se a lavratura de Termo de Início de Fiscalização em 21 de agosto de 2009, e Intimação para assinatura do Auto de Infração, em 02 de outubro de 2009.

O autuado comprova a transmissão dos arquivos SINTEGRA, em 1. 63, 65, 69, 73, 75, 77, 79, 81), 12 de setembro de 2009 (fl. 67), 14 de setembro de 2009 (fl. 61), 24 de setembro de 2009 (fls. 59 e 83), e 28 de

41, 43, 45, 47, 49, 51, 53, 55), esta última exatamente na véspera da lavratura do Auto de Infração, e antes mesmo da ciência do mesmo, ocorrida em 14 de outubro de 2009, vide Aviso de Recebimento de fl. 17. Verifica-se, igualmente, a existência de DMA retificadora, especialmente a de fl. 36, transmitida em 29 de setembro de 2009, mesma data da lavratura do Auto de Infração.

Temos, pois, uma série de equívocos, sobretudo relativo a forma e prazos legais, que não foram devidamente obedecidos, pela Autuante, o que prejudicou frontalmente todo o Auto de Infração, contaminando-o com vícios insanáveis..

Dessa forma, apreciando a argüição do autuado em preliminar suscitada na defesa, e à vista da exposição supra, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com base no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, artigo 18, Inciso IV, alínea “a”, representando à autoridade administrativa, nos termos do artigo 156 do RPAF, para o refazimento da ação fiscal no tocante ao cumprimento da obrigação de entrega sem erros ou inconsistências dos arquivos magnéticos pelo contribuinte.”

Em decorrência da desoneração do sujeito passivo ultrapassar o valor do limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a JJF recorreu de ofício de sua Decisão.

VOTO

É objeto deste Recurso de Ofício a Decisão da 3ª JJF que julgou nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para cobrar multa referente à penalidade de 1% sobre os valores de saídas de mercadorias, decorrente do fornecimento de arquivos magnéticos com registros faltantes e dados divergentes das DMAs apresentadas, fatos verificados nos exercícios de 2005 e 2006.

Examinada a procedimentalidade, fácil é perceber que, efetivamente, a Decisão recorrida deve ser mantida, na linha de acolhimento da argumentação de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, frisado o aspecto relevante para o deslinde do caso de que a própria autuante, ao descrever os fatos, consignou: “Empresa não apresentou os arquivos magnéticos intimados com todos os registros e de acordo com a legislação vigente. Foram feitas duas intimações anexas ao PAF para regularização dos arquivos. Ao final ainda persistiam alguns erros como a falta do registro 60R nos dois anos 2005 e 2006 e dados do registro 50 que divergem com os das DMAs apresentadas pelo contribuinte.”

Com efeito, no que tange ao registro 60R, como bem reconheceu a auditora, o autuado se encontra enquadrado nas resoluções contidas nos Decretos nº 9.426/2005 e 10.036/2006, os quais, dentre outras determinações, dispensavam alguns contribuintes, usuários de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados – SEPD, da entrega em arquivo magnético dos registros 60R e 61R, quando utilizassem o SEPD apenas e tão-somente para emissão de cupom fiscal e escrituração de livros fiscais no exercício de 2005 (artigo 3º, inciso II, do Decreto nº 9.426/2005) e, no exercício de 2006, desobrigavam os contribuintes usuários de SEPD com faturamento no ano anterior (2005) inferior a R\$72.000.000,00 (setenta e dois milhões de reais) da obrigação de informar dados dos arquivos 60R e 61R, se a utilização do SPED fosse apenas para escrituração de livros fiscais e emissão de cupom fiscal (artigo 1º, inciso II do Decreto nº 10.036/2006).

De outra parte, em relação ao registro 50, tendo a autuante alegado divergências entre os dados constantes nas DMAs e o mencionado registro, constato que, na realidade, o registro 50 não foi objeto das intimações formalizadas nos autos para entrega dos arquivos magnéticos (fls. 07 e 08).

Se, realmente, houve divergências de dados no registro 50, a autuante deveria, de acordo com a legislação, ter expedido intimação, com prazo de 30 dias, fornecendo a listagem diagnóstico com as supostas divergências, o que incorreu.

Caso não fosse a intimação atendida ou permanecendo as divergências deveria então ser aplicada a penalidade prevista no art. 42 inciso XIII-A, alínea “f”, c dos fatos geradores, *verbis*:

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

(...)

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

Redação anterior dada aos dispositivos abaixo, todos do inciso XIII-A do caput do art. 42, pela Lei nº 9.430, de 10/02/05, DOE de 11/02/05, efeitos de 11/02/05 a 27/11/07: "XIII-A -(...) f) 5% (cinco por cento) do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos magnéticos 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;

Ressalte-se, ainda, que divergências só podem ser apontadas se comparados os dados constantes do arquivo magnético com aqueles outros indicados nos documentos fiscais correspondentes, e não com dados constantes das DMAs, como indicou a autuante.

Por conseguinte, a lavratura do Auto de Infração epigrafado se encontra em desacordo com regras estatuídas em Lei, importando em vício processual, o qual não pode ser suprido pelas instâncias administrativas de julgamento.

O contribuinte, por sua vez, ao se manifestar no feito, afirmou e comprovou a entrega dos arquivos magnéticos exigidos mediante intimação.

Sucedo, que a cronologia dos fatos, demonstrada de forma clara no voto do i. relator de primeira instância, confirma a transmissão dos últimos arquivos solicitados na véspera da lavratura do Auto de Infração e, mais ainda, bem antes da sua ciência pelo sujeito passivo, havendo, desse modo, inquestionável contradição entre a forma e os prazos legais de intimação (omissão de entrega) e a descrição da infração na peça acusatória (entrega dos arquivos com omissões de registros fiscais).

Assim, diante das contradições existentes no lançamento e das violações às normas do procedimento fiscal previstas no RICMS, entendo se apresentar correta a Decisão de JJF no sentido de anular a infração, porém com supedâneo na fundamentação ora exposta, comungando, destarte, com a representação à autoridade fiscal competente, no termos do art. 156 do RPAF, para que, se entender necessário, determine o refazimento da ação fiscal relativa à obrigação acessória de entrega, sem erros ou inconsistências, dos arquivos magnéticos.

Face o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado pela 3ª JJF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 276473.0903/09-7, lavrado contra **MAXBOM SUPERMERCADO LTDA. (SUPERMERCADOS RONDELLI)**. Recomenda-se o refazimento da ação fiscal relativa à obrigação acessória, sem erros ou inconsistências dos arquivos magnéticos, se assim, a autoridade fazendária competente, entender necessário.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR