

A. I. N° - 140844.0005/10-4
AUTUADO - FIBRAEX INDÚSTRIA COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - NEY SILVA BASTOS
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
INTERNET - 10. 05. 11

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0110-01/11

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. OMISSÃO DE DADOS. MULTA. 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 **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 27/12/2010, foi efetuado o lançamento do crédito tributário, representando a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$266.642,92, em razão de fornecimento de informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridas mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviço realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas, em relação aos meses de janeiro a dezembro de 2005.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às folhas 24 a 31, suscitando a nulidade do Auto de Infração, por se tratar do exercício de 2005, que se encontra decaído, segundo os recentes julgamentos do Supremo Tribunal Federal e dezenas de outros Tribunais de Justiça estaduais, quando se refere a imposto por lançamento e homologação, que é o caso do ICMS.

Apenas por segurança jurídica, caso a preliminar de nulidade não seja acolhida, passa a narrar os fatos e apresentar suas razões de defesa. Diz que se trata de empresa industrial, que tem como atividade principal o beneficiamento de fibras de sisal, sendo que suas operações de entradas e saídas de mercadorias se dão, na forma prevista no RICMS/BA, sem incidência do imposto.

Observa que de acordo com a descrição da infração, o autuado fornecera ao Fisco informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, sendo aplicada multa de 1% sobre o valor das operações de saídas realizadas no período. Aduz que foi intimado em 07/12/2010 a apresentar, em cinco dias, os registros (50, 54, 70, 74 e 75). Entende que não houve omissão em relação aos registros 50 e 70, uma vez que estes registros já haviam sido gerados em arquivos transmitidos anteriormente, em prazo regulamentar, o que se verifica em cópias dos recibos de transmissão, anexados à defesa.

Alega que solicitou ao Inspetor Fazendário de Serrinha, em 23/12/2010, conforme determina a legislação, uma dilatação do prazo para atender à exigência, para que pudesse apresentar novos arquivos com todos os registros, nas seguintes condições: período de 01/01/2005 a 31/12/2005, a ser apresentado até 27/12/2010; período 01/01/2006 a 31/02/2007, a ser apresentado até 31/01/2011.

Salienta que antes mesmo de um resultado favorável à solicitação, se prontificou a transmitir os arquivos nessas condições, porém a apresentação relativa a 2005 não foi possível, porque parte da documentação necessária encontrava-se retida na repartição fazendária, desde o dia posterior à petição (véspera de feriado), até a data prevista para a transmissão, não sendo possível, da sua parte, a coleta de todas as informações fiscais necessárias, principalmente para composição dos registros 54 e 74. Assim, em 26/12/2010, transmitiu novos arquivos magnéticos, relativos a 2005, contendo os registros 54 e 75, porém faltando o registro 74, conforme cópias dos recibos às fls. 52 a 63.

Realça que o resultado da solicitação saiu apenas em 27/12/2010 (data da autuação), com indeferimento para o ano de 2005, mesmo com este período tendo sido apresentado no dia anterior, e deferimento para o período de 2006 a 2007, decisões adotadas pelo Inspetor, com posição opinativa do autuante contra o total deferimento, conforme cópia de parecer (fl. 51), sendo, então, lavrado o Auto de Infração, relativo ao ano de 2005.

Trata a respeito das dificuldades técnicas para composição dos arquivos magnéticos exigidos pelo Fisco, destacando que embora possuísse na época do período fiscalizado um software capaz de emitir notas fiscais em formulário contínuo e possibilitar uma simples conferência no seu controle de estoque, que era feito de forma manuscrita, não dispunha de recursos tecnológicos suficientes, capazes de gerar qualquer dos arquivos magnéticos, ainda mais detalhadamente por item de mercadoria, da forma prevista pelo Convênio ICMS 57/95 e pelo art. 708 do RICMS/BA.

Alega que o software era simples e bastante limitado, no que se refere à automatização, destinando-se apenas a “imprimir” os documentos fiscais em formulário contínuo, devido à pequena quantidade de itens produzidos e comercializados, não sendo capaz de controlar o estoque de forma eficiente ou automatizada. Assim, não se exclui do enquadramento de usuário de SEPD, porém diz que teve sérias dificuldades para encontrar, no mercado regional, outras soluções tecnológicas que atendessem plenamente as suas demandas, além das determinações da legislação, em especial no que se refere aos registros citados na autuação.

Ressalva que, mesmo assim, transmitiu, no prazo regulamentar, ao menos as informações de entradas e saídas por totais de documentos, gerando o arquivo magnético contendo, entre outros, os registros 50 e 70, contemplando todas as operações, através dos dados digitados no programa de escrita fiscal, o mesmo usado para processar seus livros fiscais e declarações ao Fisco, como DMD e DMA. Destaca, ainda, o fato de que as notas fiscais emitidas raramente apresentam mais de um item de mercadoria, não havendo diferença entre o total de cada documento e o valor individualizado por item, em termos de verificação de regularidades das operações através dos arquivos magnéticos.

Falando sobre a forma de tributação nas operações de entradas e saídas que realiza, alega que a multa não se justifica, pois tais operações são classificadas, quanto ao ICMS, de certa forma, como livres de incidência do imposto. Quanto às entradas, trata-se, em maior parte, de sisal bruto, adquirido de produtores rurais, em operações sujeitas ao diferimento, para o qual está devidamente habilitado, sob o nº 09003002000. Já em relação às saídas, quase toda a produção se destina à exportação direta, operação com não incidência de ICMS, conforme prevê o art. 581 do RICMS/BA.

Assevera que foge à racionalidade, para qualquer contribuinte praticamente isento de ICMS, tentar causar à Fazenda Estadual algum prejuízo, omitindo informações isentas do imposto. A “omissão” de informações, a que se refere o Auto de Infração e que é acusado, não se explica por si só, sendo necessário caracterizá-la também por uma motivação por dolo, o que não houve de sua parte.

Frisa que com a recepção do registro 50 a maioria dos roteiros de auditoria poderia ser realizada, dificultando apenas o levantamento de estoque, o qual, no entanto, não ficaria impossibilitado, pois,

de posse das notas fiscais de entrada e de saída, poderia o preposto fiscal realizar o procedimento, se assim preferisse. Entende, entretanto, que é de menos importância este tipo de auditoria, já que quase toda a sua produção é isenta de ICMS.

Ressalta que não pode deixar de indagar se o descumprimento de uma obrigação acessória, que não impossibilitou a homologação dos lançamentos realizados, seria motivo de aplicar tão pesado ônus. E também se não estaria o Fisco deixando de atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ao autuar em quase R\$300.000,00 uma empresa totalmente baiana, que mantém a população no campo, em uma região de seca extrema, gerando centenas de empregos, e se seria uma política justa do governo, principalmente pelo motivo apontado na autuação. Isto, porque está claro que jamais houve sonegação de imposto e muito menos a impossibilidade de apurá-lo.

Diz que nunca se eximiu da responsabilidade de encaminhar os arquivos magnéticos, inclusive se dispondo a fazê-lo quando instado a apresentar os registros que estavam faltando. Frisa que em momento algum, durante estes quase seis anos após ter enviado seus arquivos, foi questionado sobre a sua validade e regularidade, o que o levou a presumir que estava agindo de modo correto e com boa-fé, uma vez que não consegue perceber que a falta do registro 54, que pode ser substituído pelas notas fiscais de entradas e saídas, bem como do registro 74, que é a cópia do livro de Inventário, que sempre se encontraram à disposição, pudessem causar tanto dano ao trabalho do Fisco da Bahia.

Pelo exposto, entende de uma injustiça extrema a aplicação de tamanha multa, já que em momento nenhum causou prejuízo ao Estado da Bahia, nem aos seus tão necessários controles.

Entende ter provado que o Auto de Infração fugiu à razoabilidade e à proporcionalidade, tendo em vista que o suposto “risco” de o Estado não poder apurar alguma irregularidade que o contribuinte pudesse ter cometido, pela falta de entrega de parte do arquivo magnético (somente os registros 54 e 74), não se sustenta. Passa, então, a demonstrar que o autuante não seguiu, em seus procedimentos, o que determina a legislação estadual do ICMS em vigor.

Transcrevendo o art. 708-B, §§ 3º, 5º e 5º-A do RICMS/BA, frisa que o autuante deveria tê-lo intimado a entregar os arquivos magnéticos no prazo de cinco dias, o que foi feito, tendo atendido à intimação, conforme anexo. Consigna que se o autuante percebesse alguma inconsistência no arquivo, deveria intimá-lo novamente, fornecendo a listagem diagnóstica das irregularidades, concedendo o prazo de trinta dias para a retificação, o que não foi feito. Complementa que, utilizando da prerrogativa do § 5º-A, solicitou a prorrogação do prazo de entrega, mesmo sem ter sido intimado pela segunda vez, pois entendia que assim estaria facilitando o trabalho do Fisco, porém não obteve êxito.

Utiliza-se do disposto no art. 42, inciso XIII-A, alíneas “j” e “k” da Lei nº. 7.014/96, para realçar que o autuante incorreu em equívoco, ao aplicar essa previsão, pois faltou o motivo principal para dar sustentação a esta tipificação, que é a intimação para entrega dos arquivos magnéticos.

Espera que os seguintes pontos estejam transparentes para os julgadores: em momento algum o autuado deixou de atender qualquer intimação realizada pelo Fisco Estadual; houve apenas uma intimação para o envio dos arquivos magnéticos, que foi atendida; não houve qualquer intimação para correção de inconsistências existentes nos arquivos enviados; jamais houve apresentação de “listagem diagnóstica” pelo Fisco, como preceitua a legislação em vigor.

Alega que com base nessas considerações, principalmente quanto à não incidência do ICMS nas operações de entradas e saídas, percebe-se que não teve quaisquer motivações para prejudicar a Fazenda Estadual, nem teve intenção de atrapalhar qualquer processo de fiscalização da SEFAZ/BA, ao inicialmente deixar de apresentar no prazo regulamentar os registros 54, 74 e 75. Afirma que a solicitação de extensão do prazo deveria ter sido acatada também para o período de 2005, pois assim determina a legislação e restou provado que seria possível sua transmissão, como ocorreu em

26/12/2010, antes, portanto, da lavratura do Auto de Infração. Observa que como a ciência da resposta pelo deferimento parcial do pleito se deu em 04/01/2011, ocorreu após a autuação.

Além disso, considerando a pequena quantidade de itens produzidos e comercializados, entende que a não apresentação dos referidos registros com a individualização de itens não tenha implicado de forma alguma em significativas dificuldades no roteiro de auditoria de estoques pelo autuante, para verificar a regularidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias, neste último caso, em operações de exportação, sobre as quais não incide ICMS, não havendo, portanto, má-fé do autuado.

Afiança ter provado que houve equívoco por parte do Fisco na aplicação da legislação, e, invocando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, requer que o Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente, caso a preliminar de nulidade por decadência não seja acolhida.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 69/70, ressaltando que o lançamento decorreu da apresentação dos arquivos magnéticos com omissão das informações constantes nos documentos fiscais e respectivos registros, sobre as operações de entradas e saídas de mercadorias, estoques (registros 54, 70, 74 e 75), ou seja, fora das especificações e requisitos previstos no Convênio 57/95.

Contesta a arguição de nulidade, com base na decadência, realçando que o Auto de Infração foi lavrado de acordo com o RPAF/BA e o CTN, no dia 27/12/2010, com ciência em 29/12/2010, portanto dentro da legalidade.

Quanto à alegação do impugnante de que suas operações de entradas e saídas se dão sem incidência do ICMS, ressalta que não há na legislação qualquer dispositivo que conceda isenção da entrega dos arquivos magnéticos ou a entrega com omissão de informações, conforme pleiteado pelo autuado.

Esclarece que antes de iniciar os procedimentos de auditoria, consultou o sistema da SEFAZ, constatando que desde o exercício de 2000 os arquivos magnéticos entregues pelo contribuinte apresentavam omissões de “registros”, as mesmas que foram objeto da autuação, e que, segundo consta na defesa, como o Fisco nunca autuou, o impugnante entendeu que o risco de ser autuado era pequeno, mantendo o procedimento irregular e ilegal. Salienta que tal procedimento continuou a ser praticado pelo autuado até dezembro de 2010.

Afirma que ao constatar a irregularidade do procedimento, intimou o contribuinte, em 07/12/2010, a apresentar tanto os livros e documentos necessários à realização da auditoria, quanto os arquivos magnéticos com as devidas informações, então omitidas, através dos registros também omitidos, no prazo de cinco dias, conforme prevê o dispositivo legal citado no Auto de Infração, sendo entregues os livros e documentos fiscais em 16/12/2010 (fls. 35/36), entretanto sem que fosse efetuada a correção dos arquivos magnéticos, talvez por entender que, como antes, não seria autuado.

Como a intimação não foi atendida e considerando que em relação ao exercício de 2005 iria ocorrer a decadência em 31/12/2010, não lhe restou outra atitude, que não a de lavrar o Auto de Infração. Observa que após este fato, o contribuinte protocolou o pedido de extensão do prazo para a apresentação dos arquivos de 2005 para 27/12/2010 e de 2006 e 2007 para 31/01/2011 (fl. 37). Ao receber o processo em questão, opinou pelo indeferimento do pedido quanto ao exercício de 2005 e pelo deferimento em relação aos exercícios de 2006 e 2007, parecer que foi acatado pelo Inspetor.

Salienta que embora o contribuinte tenha entregue os arquivos magnéticos relativos a 2005 no dia 26/12/2010 (um domingo), como se tivesse prestado as informações omitidas anteriormente, ao analisá-los constatou que continuavam sendo omitidas as informações através do registro 74 (fls. 52 a 63).

Quanto à afirmação do autuado de que não dispunha de recursos tecnológicos suficientes para gerar qualquer arquivo magnético e que teve dificuldades para encontrar outras soluções tecnológicas que atendessem às suas demandas e às determinações da legislação, aduz que o legislador não exime o contribuinte da obrigação de apresentação dos arquivos magnéticos, contendo todas as informações. Consigna que quem informa alguns registros pode informar os demais e, além disso, um

contribuinte com o faturamento do autuado não pode deixar de atender ao Fisco, sob a alegação de que não pode contratar um profissional ou uma empresa para cumprir uma determinação da legislação.

Tendo em vista que a defesa é inconsistente e carente de provas, infringindo o art. 123 do RPAF/BA, sugere a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Verifico que o impugnante suscitou, em caráter preliminar, que os valores exigidos por meio da presente autuação não são devidos, em decorrência da decadência do direito de o Fisco efetuar o lançamento, baseando-se, para tanto, em julgados emanados do Supremo Tribunal Federal e de Tribunais de Justiça estaduais. Deste modo, aprecio em seguida a arguição defensiva de que o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário já houvera decaído.

As disposições contidas no artigo 173, inciso I do Código tributário Nacional (CTN), que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB (Lei nº 3.956/81) e no art. 965, inciso I do RICMS/BA (Decreto nº 6.284/97), prevêem que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Também o § 5º do artigo 107-B do COTEB, estabelece que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após cinco anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Portanto, o prazo para constituição do crédito tributário ou homologação do lançamento tem a sua contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conforme os artigos 173, inciso I do CTN e 107-B do COTEB, não podendo prosperar a arguição defensiva, haja vista que, no presente caso, o período autuado alcançou todo o exercício de 2005, o que significa que a contagem iniciou-se em 01/01/2006, com termo final em 31/12/2010. Como o contribuinte tomou conhecimento da ação fiscal em 07/12/2010, conforme Termos de Intimação (fls. 05/06) e, posteriormente, da lavratura do Auto de Infração em 29/12/2010, portanto, dentro do prazo de 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, não há o que se falar em homologação tácita do lançamento e, por consequência, em decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, conforme arguido pelo autuado.

Saliento que esse tem sido o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF 0102/12-05 e 0192-11-05, e mais recentemente o Acórdão CJF 0144-11/09.

O presente lançamento correspondeu ao fornecimento de informações através de arquivos magnéticos, requeridas mediante intimação, com omissão de operações ou prestações. 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/BA, 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: *“embora a empresa tenha entregue os arquivos magnéticos referentes ao ano de 2005 no dia 26/12/2010 (dia de domingo), como se tivesse prestado as informações omitidas anteriormente, ao analisarmos, constatamos que continuavam sendo omitidas as informações através do registro 74 (fls. 53 e 63)”*.

Ora, como a acusação se referiu à entrega dos arquivos magnéticos contendo omissões, a afirmação do Auditor Fiscal, juntamente com a análise da intimação e dos recibos correspondentes aos arquivos transmitidos em atendimento à intimação (fls. 52 a 63), me convencem que, efetivamente, os arquivos foram entregues pelo contribuinte, porém com inconsistências. Isto porque, enquanto no

Termo de Intimação de fl. 05 consta que nos arquivos entregues na época própria faltavam os registros 50, 54, 70, 74 e 75, nos novos arquivos transmitidos, mediante aquela intimação, permaneceu em falta apenas o registro 74.

Por tais razões, concluo que o presente processo contém falhas procedimentais insanáveis praticadas pela Fiscalização, que acarretam a nulidade da autuação. Isto, porque 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. 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 diagnóstico e os relatórios detalhados das ausências, contrariando a previsão contida nos §§ 3º e 5º do art. 708-B do RICMS/BA, 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 correção dos arquivos, haja vista que a única intimação foi efetuada solicitando a apresentação dos arquivos, concluo que ocorreu inobservância do devido processo legal por parte do autuante, com preterição do direito de defesa do sujeito passivo, fato que conduz à nulidade do lançamento.

No que concerne à alegação do autuante de que “*considerando que, de referência ao ano de 2005, iria ocorrer a DECADÊNCIA no dia 31/12, não nos restou outra atitude que não a de lavrar o Auto de Infração no dia 27/12...*”, observo que tal circunstância não se constitui em um motivo para que a ação seja concluída sem observância do devido processo legal. E tanto é assim, que em relação aos exercícios de 2006 e de 2007, que também se encontravam compreendidos no período fiscalizado, foi concedida prorrogação do prazo para correção dos arquivos magnéticos por mais trinta dias.

Desta forma, nos termos do art. 18, inciso II do RPAF/BA a autuação 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/BA. Saliento que tendo em vista que a nulidade decorreu de erro formal, a renovação do procedimento não poderá ser prejudicada pela decadência prevista no art. 173 do Código Tributário Nacional. Observo, inclusive, que nos casos de falta de atendimento a intimação para correção de arquivos magnéticos, a data de ocorrência deve se referir àquela em que a respectiva intimação não foi cumprida e não às datas de ocorrência das operações e prestações realizadas pelo contribuinte. Consigno que esta linha de entendimento se encontra em conformidade com as diretrizes verificadas na Orientação Técnica nº 003/2005, da GEAFI/SAT/SEFAZ.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **140844.0005/10-4**, lavrado contra **FIBRAEX INDÚSTRIA COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA**. Recomenda-se que nova ação fiscal seja implementada, a teor do art. 21 do RPAF/BA.

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, 25 de abril de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR