

PROCESSO - A. I. Nº 278987.0008/11-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CASA COSTA MÓVEIS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 5ª JF nº 0064-05/12
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 28/11/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0338-12/12

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. **a)** QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. Os documentos utilizados pela fiscalização não são hábeis para determinar a existência ou não da infração. Cerceamento do direito de defesa e agressão ao devido processo legal. Infração Nula. **b)** NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. Acostados aos autos comprovantes de entrega dos arquivos, enviados através do Programa Transmissão Eletrônico de Dados – TED, desconstituindo a exigência. Infração improcedente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício originário da 5ª Junta de Julgamento Fiscal (5ª JF) que, por unanimidade, decidiu pela Improcedência do Auto de Infração em referência, o qual fora lavrado para aplicar penalidades por descumprimento de obrigações tributárias de natureza acessórias, no valor de R\$102.841,34, em razão das seguintes infrações:

1. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Dezembro 06, dezembro 07 e dezembro 08. Valor R\$ 98.701,34.
2. Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos pela legislação, que deveria ter sido enviado via internet através programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED). Em Dezembro 06, dezembro 07 e dezembro 08. Valor da multa R\$ 4.140,00.

A 5ª JF decidiu a lide com fundamento no Voto abaixo reproduzido:

"O Auto de Infração ora analisado foi lavrado para formalizar as exigências de multas por descumprimento de obrigação acessória, constantes nas 2 infrações mencionadas e relatadas acima, que se reporte à falta de entrega por contribuinte do ICMS usuário de SEPD dos arquivos magnéticos contendo informações referentes ao movimento econômico de cada mês.

Preliminarmente, o autuado clama pela nulidade do auto, sob o argumento da solicitação pela fiscalização do registro 54, sem que houvesse obrigação de entregá-lo, que as são exponenciais e enriquecem ilicitamente o Estado.

Reclama ainda acerca da validade das notificações, reiterando que estão eivadas de nulidade, pois o demonstrativo fiscal elaborado solicita a apresentação do registro 54, que a empresa não está obrigada na entrega, uma vez que não emite nota fiscal por processamento de dados

Não se observa no procedimento fiscal, formalmente, qualquer elemento que autorize a nulidade do presente Auto de Infração, uma vez que foi lavrado em consonância com as regras do art. 39, RPAF BA e não se encontra amparo nas hipóteses do art. 18 do mesmo diploma. As multas lançadas estão encartadas no art. 42, Lei nº 7.014/96. Com relação às notificações, não constitui caso de nulidade, o pedido para apresentação do registro 54, ainda que não tenha obrigação da entrega.

No mérito, as exigências contidas no presente Auto de Infração, objeto da presente análise, estão relacionadas à aplicação da multa pela entrega fora do prazo de arquivos magnéticos (infração 2) e o não fornecimento de informações exigidas na legislação, através dos arquivos eletrônicos, mediante intimação, nos termos dos art.686 e 708-B, RICMS BA (infração 1), sendo o autuado usuário do Sistema Eletrônico de Processamento de dados - SEPD (Convênio ICMS 57/95).

O autuado reclama a validade das notificações.

Da análise das peças processuais e legislação pertinente à matéria, verifico que art. 686, RICMS BA prevê a obrigação dos contribuintes usuários de sistema eletrônico de processamento de dados manterem os arquivos magnéticos, pelo prazo de cinco anos. O art. 708-A aplica-se à obrigação de fazer a entrega mensal dos

arquivos magnéticos, nos prazos regulamentares e o art. 708-B se refere à falta de entrega de arquivos magnéticos, quando regularmente intimados.

As multas aplicadas às 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 estão capituladas no inciso XIII-A, art. 42, Lei 7.014/96.

No caso em exame, a primeira infração versa sobre a ausência do fornecimento dos arquivos magnéticos, exigido mediante intimação. Consta nos autos que o contribuinte não apresentou os arquivos magnéticos com as correções solicitadas, após 30 dias da intimação, para os exercícios 2006 a 2008.

Ensina a legislação de regência que em se tratando de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas (art. 708-B, § 3º, RICMS BA). Dessa forma, verificadas divergências ou inconsistências nos arquivos magnéticos, o autuado deverá receber uma lista contendo as irregularidades encontradas, possibilitando a perfeita correção.

A exigência da multa está corretamente capitulada no dispositivo do art. 42, XIII-A, alínea “g”, no exercício 2006 (redação da Lei nº 9.430/05, efeitos de 11/02/05 a 27/11/07):

XIII-A

(...)

g) 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação ou em condições que impossibilitem a sua leitura.

Redação atual da Lei 10.847/07, efeitos a partir de 28.11.07, aplicada aos exercícios 2007/2008.

j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo;

No caso concreto, consoante se observa dos documentos que instruem o presente PAF, verifico intimação específica, fl. 08, no dia 03.08.11, dando um prazo de 30 dias contados da data do seu recebimento para correção das divergências verificadas entre os arquivos “SINTEGRA”, incompatibilidade nos registros tipo 54 x 50 e a falta de apresentação dos arquivos.

Ocorre que a exigência comporta algumas impropriedades. Antes, os documentos constantes dos autos não são suficientes para esclarecer se as inconsistências foram sanadas ou não e mesmo quais são essas inconsistências. Sequer a intimação aludida tem a ciência do autuado, tendo apenas um relatório de envio do FAX (fls.09 e 11) e um e-mail afirmando que além da intimação, seguiu em anexo “relação de pendências do exercício 2006”.

Todavia, além das impropriedades já relatadas, os documentos utilizados pela fiscalização, desde a formação da base de cálculo para a exigência das multas por descumprimento de obrigação acessória (fl. 37), não são hábeis para determinar se houve ou não a infração querida pelo fisco e em qual valor.

Portanto, observo no presente processo, a ocorrência de falhas procedimentais insanáveis praticadas pela fiscalização, que acarretam a nulidade do Auto de Infração, sobretudo, pela falta de comprovação do recebimento da intimação ou da listagem diagnóstico indicativa das irregularidades que devam ser corrigidas (art. 708-B, § 3º, RICMS BA).

Vale observar de acordo com o disposto no caput do art. 708-B do RICMS/97 o prazo previsto para que o contribuinte apresente documentos e arquivo magnético, sempre que for intimado, será de 05 (cinco) dias. Ao apresentar arquivo magnético com inconsistência, o contribuinte deve ser intimado para corrigi-lo, concedendo-lhe o prazo de 30 (trinta) dias, com listagem - diagnóstico contendo as irregularidades, em obediência à previsão contida nos §§ 3º e 5º do art. 708-B, do RICMS/97, o que possibilitaria ao contribuinte realizar as necessárias correções.

Para clareza do exposto, 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."

Assim, 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 constante nos autos não discrimina as irregularidades encontradas, além da falta de prova do recebimento por parte do autuado, concluo que ocorreu inobservância ao devido processo legal por parte da fiscalização, no que se refere às penalidades aplicáveis aos contribuintes obrigados a entrega de arquivos magnéticos, com preterição do direito de defesa do sujeito passivo, fato que conduz à nulidade do lançamento.

Posto isso, nos termos do art. 18, inciso II, do RPAF BA, nula é a primeira infração, devendo a autoridade competente determinar a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo das falhas aqui apontadas, de acordo com o art. 156 do RPAF BA. Evidente que se o interessado na solução do caso, antes de nova ação fiscal, sanar irregularidades porventura existentes, se exime de sanções.

Na infração 2, a exigência da multa fixa de R\$ 1.380,00, em cada exercício, penalidade tipificada, inicialmente, no artigo 42, XIII-A, "i", da Lei 7.014/96, porque o autuado foi acusado da falta de entrega de arquivos magnéticos, nos prazos previstos na legislação, enviado via internet e através programa SINTEGRA.

Transcrevo a redação do dispositivo, no exercício de 2006, incorporado à legislação, através da Lei nº 9.159/04, efeito a partir de 10.07.2004.

XIII-A

(...)

i) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais), pela falta de entrega nos prazos previstos na legislação ou pela entrega em padrão diferente do previsto ou em condições que impossibilitem a sua leitura, de arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, ocorridas em cada período.

O descumprimento à exigência, a partir de 28.11.07, passa a ser sancionado através do art. 42, XIII-A, "j" da Lei nº 10.847/07, efeitos a partir de 28.11.07, aplicada aos exercícios 2007/2008.

No caso em tela, o sujeito passivo é acusado de deixar de entregar arquivos magnéticos, nos exercícios de 2006 a 2008, dentro do prazo previsto na legislação, cuja obrigação da entrega já se encontra formalizada no dispositivo legal, sendo desnecessária qualquer outra ação específica para tanto, a exemplo da intimação que cumulária a penalidade (art. 42, XIII-A, alínea "g", no exercício 2006 ou alínea "j", em 2007/2008). É o presente caso regulamentado pelo artigo 708-A do RICMS BA.

Contudo, constam dos autos, recibos do protocolo SINTEGRA, com carimbo eletrônico de recepção dos arquivos enviados para a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, fls. 40/86, comprovando a entrega dos arquivos magnéticos, enviados através do Programa Transmissão Eletrônico de Dados – TED, o que desconstitui a exigência.

Desta forma, entendo descaracterizada a penalidade imposta pelo descumprimento da obrigação tributária acessória da infração 2.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração".

Em face da exoneração total do débito lançado pela autoridade fiscal, a 5ª JJF recorreu, de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

VOTO

O presente Auto de Infração engloba duas acusações ao recorrido. A primeira trata de falta de entrega de arquivos magnéticos, quando exigidos mediante intimação, relativamente a 31.12.2006, 31.12.2007 e 01/12/2008, totalizando R\$98.701,34, enquanto que a segunda infração diz respeito à falta de entrega de arquivos magnéticos nos prazos previstos na legislação, com datas de ocorrência em 31/12/2006, 31/12/2007 e 31/12/2008 no total de R\$4.140,00.

Consta, ainda, na "Descrição dos fatos do Auto de Infração" que foram apuradas as seguintes irregularidades: *"Contribuinte não apresentou os AM e/ou SINTEGRA com as correções solicitadas, após 30 dias de intimado; Não justificou utilização de valores de crédito do ICMS na sua CONTA-CORRENTE; Efetuou recolhimento a menor do ICMS por não ter incluído várias NFE na apuração da Antec Parcial, conforme demonstrativos;..." (sic).*

Da leitura do teor do texto acima, se depreende, de imediato, que as ditas irregularidades mencionadas, a exceção das relacionadas com os arquivos magnéticos, não constam da autuação, não se justificando, portanto, a indicação na descrição dos fatos. Vejo, também que, em relação a primeira infração, cuja tipificação da multa está indicada como sendo art. 42, inciso XIII-A, alínea "j" da Lei nº 7.014/96, engloba períodos anterior e posterior a alteração introduzida pela Lei nº 10.847 de 29/11/2007.

Feitas estas considerações iniciais passo à análise do Recurso de Ofício propriamente dito.

No que toca a primeira infração o voto do relator foi pela NULIDADE deste item da autuação, apesar de que, inicialmente, em seu voto, afastou qualquer nulidade no Auto de Infração, conforme se verifica a seguir, do texto extraído do voto: *"Não se observa no procedimento fiscal, formalmente, qualquer elemento que autorize a nulidade do presente Auto de Infração, uma vez que foi lavrado em consonância com as regras do art. 39, RPAF BA e não se encontra amparo nas hipóteses do art. 18 do mesmo diploma"*. Em seguida, adentra à análise do mérito da autuação conforme a seguir: *"No mérito, as exigências contidas no presente Auto de Infração, objeto da presente análise,..."*. Apesar disto, toda fundamentação contida no voto foi pela nulidade da infração 1 e, assim se posicionou, conforme segue: *"Posto isso, nos termos do art. 18, inciso II, do RPAF BA, nula é a primeira infração, devendo a autoridade competente determinar a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo das falhas aqui apontadas, de acordo com o art. 156 do RPAF BA"*.

Entendo estar correta a Decisão da 5ª JF, visto que, em caso de entrega dos arquivos magnéticos com omissões, divergências de dados ou fora das especificações e requisitos previstos pelo Convênio ICMS 57/95, o agente fiscal deverá fornecer ao contribuinte uma Listagem Diagnóstico das inconsistências e lhe conceder o prazo de 30 dias para correção dos equívocos.

Ocorre que as intimações constantes às fls. 08 e 12 dos autos, são inócuas, pois não contém assinatura do contribuinte e o "relatório de comunicação" de fl. 09 e 11, são insuficientes para configurar que houve a entrega da intimação ao recorrido. Mantenho, portanto, a nulidade deste item, tal como decidido pela instância *a quo*.

Por igual, também mantenho a Decisão recorrida em relação à segunda infração, que, neste caso decidiu-se pela improcedência da autuação, visto que, a autuação foi por falta de entrega de arquivo magnético nos prazos previstos na legislação, nos meses de dezembro/06, dezembro/07 e dezembro/08, entretanto, os documentos de fls. 52, 74 e 86, atestam que houve a entrega no prazo normal.

Em conclusão, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo-se Nulo o item 1 e Improcedente o item 2, recomendando a autoridade fazendária competente que determine a renovação do procedimento fiscal em relação ao item julgado nulo, observando-se, todavia a exclusão do período abarcado pela decadência.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 item 1 e **IMPROCEDENTE** o item 2 do Auto de Infração nº **278987.0008/11-8**, lavrado contra **CASA COSTA MÓVEIS LTDA**. Recomenda-se a autoridade fazendária competente que determine a renovação do procedimento fiscal em relação ao item julgado nulo, observando-se, todavia, a exclusão do período abarcado pela decadência.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de outubro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS