

**PROCESSO** - A. I. Nº 298237.0602/12-1  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - LATICÍNIO MAIS VIDA LTDA. (LEITE MAIS VIDA)  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0227-02/13  
**ORIGEM** - INFAC EUNÁPOLIS  
**INTERNET** - 26.12.2013

### 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0510-13/13

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO PRESUMIDO COM VEDAÇÃO DE CRÉDITOS DO IMPOSTO RELATIVOS À AQUISIÇÃO OU ENTRADA, REAL OU SIMBÓLICA, DE MERCADORIAS NO ESTABELECIMENTO E AOS SERVIÇOS TOMADOS, VINCULADOS ÀS SAÍDAS COM CRÉDITO PRESUMIDO. Defesa comprovou que parte do valor creditado decorreu de estorno de débito em razão de devolução de vendas, fato acatado na informação fiscal. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. 2. NULIDADE. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Existência de vício insanável por ficar comprovada a ausência de requisitos fundamentais à manutenção da infração, em razão da falta de concessão do prazo de trinta dias para corrigir as inconsistências verificadas nos arquivos magnéticos, como também a lavratura do Auto de Infração sem observação da 2ª intimação. Infração Nula. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$237.095,40, em razão de:

INFRAÇÃO 01 – 01.02.84 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$34.610,77, em decorrência da utilização de crédito presumido com vedação de créditos do imposto relativos à aquisição ou entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento e aos serviços tomados, vinculados às saídas com crédito presumido.

INFRAÇÃO 02 – 16.12.15 – Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Multa no valor de R\$202.484,63.

Em Primeira Instância, a 2ª JJF reduziu a infração 1 em razão do seguinte:

*No tocante ao mérito da autuação, ressalto que na informação fiscal o autuante aduziu que a empresa havia lançado os valores em seu livro RAICMS como se fossem créditos. Entretanto, após a autuação, houve correção para “Estorno de Débito”, conforme apresentam as DMA transmitidas nos meses 07 e 08/2012, folhas 165/189 dos autos, data posterior à lavratura do Auto de Infração (29/06/2012). Considerando que houve apenas uma indicação errada no campo a ser informado no livro RAICMS, acatou em parte a alegação do autuado. Aduziu que a empresa reconhece a infração do mês 09/2009 no valor de R\$1.454,54 e não se manifestou em relação ao mês de 08/2009 no valor de R\$4.061,90 e equivocadamente reconhece a infração do mês 10/2009. Não apresentou documento do mês 01/2011 que permita o uso do crédito no valor de R\$5.433,66. Informa que refez a apuração do Crédito Indevido, considerando os estornos de débito, com base nas notas fiscais de entradas decorrentes de devoluções de mercadorias, reduzindo o valor autuado para R\$20.518,15.*

Acolho integralmente o resultado da revisão fiscal realizada pelo autuante, uma vez que foi embasada em documentos fiscais apresentados pela defesa. Ademais, devo ressaltar que, diante diligência fiscal, o autuado recebeu cópia do novo demonstrativo sendo informado do prazo legal para se manifestar, entretanto, silenciou em relação ao item em questão. Interpreto esse silêncio com reconhecimento tácito do novo valor reclamado, conforme Art. 140, do RPAF/99, o qual determina que “O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.”

Assim, entendo que a infração 01 restou parcialmente caracterizada no valor R\$20.518,15.

A infração 2 foi julgada nula em razão do seguinte:

*Na infração 02 é aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória, tendo em vista que o autuado deixou de fornecer registros do arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.*

*Em sua defesa, como preliminar, o sujeito passivo arguiu nulidade alegando que o autuante deixou de observar o devido processo legal, ao lavrar o Auto de Infração em apreço antes dos 05 (cinco) dias de prazo para o contribuinte apresentar o arquivo magnético, como se pode verificar na data constante da intimação (doc. 05), fl.159, e na data da lavratura do Auto de Infração constante de seu próprio corpo, qual seja, 29/06/2012. Destaca que recebeu uma nova intimação denominada “2ª intimação” por email, no dia 05 de julho de 2012, contendo as mesmas cobranças das obrigações acessórias descritas anteriormente, também solicitando falta dos registros 60 R dos meses de 01 a 12/2008, 01 a 12/2009, 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08 e 11/2010, que não estava presente na intimação anterior. De forma a atender a fiscalização, foi feita solicitação de prazo, via telefone e por e-mail, ao fiscal encarregado da fiscalização (Doc. 08), fl. 191, entretanto, a autuação foi feita: a) antes mesmo do prazo de 05 (cinco) dias da intimação; b) sem fornecer ao autuado a listagem-diagnóstico com a relação das inconsistências do arquivo magnético, e c) sem conceder o prazo de 30 dias para as devidas correções.*

*Como se observa, a infração é resultado de duas ações distintas: 1ª ) uma relativa a falta de registro 74, nos exercícios de 2008, 2009, 2010 e 2011, caracterizando inconsistências nos arquivos e a 2ª) a falta de entrega dos arquivos magnéticos nos meses de março a dezembro de 2011.*

O art. 686 do RICMS/BA estabelece que:

*Art. 686. O contribuinte de que trata o art. 683 está obrigado a manter, pelo prazo decadencial, as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos recebidos ou emitidos por qualquer meio, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração:*

*I - por totais de documento fiscal e por item de mercadoria (classificação fiscal) ou serviço;*

*II - por totais de documento fiscal, quando se tratar de: (...)*

*III-A - por total diário e por resumo mensal por item de mercadoria (classificação fiscal) ou de serviço, por estabelecimento, quando se tratar de saídas documentadas por Nota Fiscal de Venda a Consumidor emitida de forma manual;*

*IV - por total diário, por equipamento, e por resumo mensal por item de mercadoria (classificação fiscal) ou de serviço, por estabelecimento, quando se tratar de saídas documentadas por ECF;*

*V - por total diário, por espécie de documento fiscal, nos demais casos.*

*Por sua vez o art. 708-A estabelece que o contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar o arquivo de que trata este capítulo, referente ao movimento econômico de cada mês.*

*No mesmo sentido, independentemente da entrega mensal prevista no artigo 708-A, o contribuinte também está obrigado a entregar, quando regularmente intimado, os arquivos magnéticos, conforme previsão contida no artigo 708-B, §§ 3º, 5º e 6º, do RICMS/97, in verbis:*

*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.*

*...  
§ 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.*

§ 6º A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014, de 04/12/96.

Entendo que o argumento defensivo deve ser acolhido, pois observando o termo da 1ª Intimação, fl. 08 dos autos, foi estipulado ao contribuinte para “apresentar no prazo de cinco dias úteis” os arquivos magnéticos não apresentados (02 a 12/2011) e para correção das inconsistências, ou seja, ausência dos registros 74, nos meses de janeiro de 2008, dezembro de 2008, janeiro de 2009, dezembro de 2009, janeiro de 2010, dezembro de 2010 e janeiro de 2011, quando § 5º do artigo 708-B, do RICMS/97, estabelece o prazo de 30 (trinta) dias, resta claro a inobservância do devido processo legal, resultado na nulidade lançamentos referentes aos citados meses.

Entendo, assim como consignado no ACÓRDÃO CJF Nº 0226-11/12, trecho do voto abaixo reproduzido, que a entrega de arquivos magnéticos com ausência de registros obrigatório caracteriza inconsistência nos arquivos. Tratando-se de inconsistência, deve ser concedido o prazo de 30 dias, na forma do § 5º do artigo 708-B, e não 05 dias como entende a fiscalização.

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO CJF Nº 0226-11/12**

**VOTO**

*Na infração 1 foi exigida multa pela entrega de arquivos magnéticos com ausência dos registros 54 e 74, solicitados mediante intimação, nos exercícios de 2008 e 2009, conforme a peça inicial do Auto de Infração.*

*O autuante expediu a primeira intimação, no dia 06/07/10 (fl. 5), concedendo ao contribuinte o prazo de 48 horas para que apresentasse os “recibos e arquivos magnéticos – SINTEGRA”.*

*No dia 20/07/10, foi expedida a segunda intimação (fl. 6) com a concessão do prazo de 30 dias para que o autuado apresentasse os arquivos magnéticos, tendo em vista:*

1. “a apresentação dos referidos arquivos com falta dos registros 54, 74 e 75”;
2. “a apresentação dos referidos arquivos com irregularidades, conforme demonstrativo anexo”.

*Observo que foi juntada ao PAF, às fls. 18 a 23, uma “Relação dos Arquivos Recepcionados” emitida em 08/09/2010, às 8h27m, sendo que o presente Auto de Infração foi lavrado no mesmo dia 08/09/2010, às 8h29m.*

*O RICMS/97, em seu artigo 708-B, estabelece que “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”.*

*E ainda que, “Tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas” (artigo 708-B, § 3º, do RICMS/BA).*

*De acordo com o § 5º do artigo 708-B acima mencionado, caso sejam constatadas inconsistências nos arquivos entregues via Internet, o “contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado (...)”, podendo tal prazo ser “ser prorrogado por igual período pelo inspetor fazendário, mediante despacho fundamentado” (artigo 708-B, § 5º-A, do RICMS/97).*

*Pelos documentos acostados aos autos, verifico que não foi obedecido o procedimento previsto na legislação. Além de o prazo inicialmente concedido pelo autuante para a apresentação dos arquivos magnéticos ter sido inferior àquele previsto no artigo 708-B do RICMS/97, também não restou comprovado que o autuado recebeu a Listagem Diagnóstico para correção das inconsistências verificadas, quais sejam: a ausência dos registros 54, 74 e 75.*

*Ao contrário, desde a peça impugnatória o contribuinte vem alegando que não recebeu o relatório com o detalhamento das irregularidades constatadas. Ademais, como dito acima, foi anexada aos autos apenas uma “Relação dos Arquivos Recepionados” extraída do sistema da SEFAZ pelo preposto fiscal praticamente no exato instante em que lavrou o presente Auto de Infração, no dia 08/09/10, configurando, assim, um claro cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, além de não ter sido seguido o devido processo legal. Em consequência, entendo que deve ser decretada a nulidade da autuação, ao tempo em que recomendo o refazimento da ação fiscal a salvo de falhas, podendo o recorrente, antes de iniciada nova ação fiscal, sanar todas as irregularidades existentes em seus arquivos magnéticos.*

*Observo, por oportuno, que o § 5º do artigo 708-B do RICMS/97 dispõe que o prazo de trinta dias para retificação de inconsistências em arquivos magnéticos pode ser prorrogado pelo inspetor fazendário, mediante despacho fundamentado. Dessa forma, causa estranheza a Decisão do titular da Inspetoria de Itabuna, pelo*

*indeferimento do pedido de dilação do prazo formulado, sob o fundamento de que “não existe previsão legal ou regulamentar que autorize o atendimento ao pleito do contribuinte” (fl. 138).*

*Por fim, observo que o estrito cumprimento às normas legais relativas ao procedimento fiscal na solicitação de arquivos magnéticos tem sido a tônica de diversas decisões das Câmaras de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, justamente para evitar que essas questões sejam levadas ao Poder Judiciário com a consequente nulidade dos lançamentos de ofício. A esse respeito, podem ser citados os Acórdãos CJF nºs 0448-11/10, 0302-11/10, 0174-12/10, 0218-12/11, 0193-12/11, 0055-12/11, 0002-12/11, 0033-12/12 e 0038-11/12. Grifei.*

*Cabe registrar que o Acórdão acima reproduzido, voto relativo a matéria em lide, reformou a Decisão exarada no ACÓRDÃO JJF Nº 0068-02/11, desta 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL. Na Decisão da junta foi no sentido de que o prazo é de cinco dias, quando houve entrega de arquivo magnético com ausência de registro. Entretanto, tal Decisão foi reformada pela câmara.*

*Ademais, com destacado pela defesa, o autuante apresentou a 2ª Intimação, fl. 159 dos autos, datada de 05 de julho de 2012, relativos aos arquivos magnéticos enquanto que o autuante lavrou o Auto de Infração com data de 29/06/2012, tendo o autuado tomado ciência em 05 de setembro de 2009, portanto sem observar a nova intimação concedida ao autuado.*

*Independentemente da existência de intimação anterior, uma vez realizada nova intimação, deveria reabrir o prazo de trinta dias para regularização das inconsistências, falta dos registros 74 (Inventário) e reabrir o prazo de cinco para entrega dos demais arquivos, que, em momento algum, restou comprovado nos autos. Caracterizando, mais uma vez, a inobservância do devido processo legal, resultado na nulidade lançamentos consignados na infração.*

*Assim, entendo que a infração 02 é nula, ao tempo em que recomendo o refazimento da ação fiscal a salvo de falhas, podendo o recorrente, antes de iniciada nova ação fiscal, sanar todas as irregularidades existentes em seus arquivos magnéticos.*

Em razão da redução do crédito tributário ter sido superior a R\$ 100.00,00, foi interposto Recurso de Ofício pela 2ª JJF.

## VOTO

A redução parcial da infração 1 decorreu da apresentação dos documentos pelo contribuinte na Impugnação, o que motivou o autuante, em sede de informação fiscal (fls. 194-197), a refazer o demonstrativo do débito, reduzindo-o.

A Decisão de primeira instância se limitou a homologar os cálculos do autuante, logo, não vejo motivos para a sua reforma quanto a este capítulo.

Quanto à infração 02, há de se observar que a Decisão da 2ª JJF está de acordo com a jurisprudência deste Egrégio CONSEF, conforme se pode perceber, por exemplo, da análise dos acórdãos CJF 0448-11/10, 0302-11/10, 0174-12/10, 0218-12/11, 0193-12/11, 0055-12/11, 0002-12/11, 0033-12/12 e 0038-11/12, 0226-11/12.

Assim, não merece reforma a Decisão recorrida, uma vez que a exigência fiscal de fato contém mácula que a inquina de nulidade insanável, como bem ressaltou o Relator de Primeira Instância.

A imputação em tela se refere a omissões que geram inconsistências nos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte. Nesse ponto, a legislação tributária baiana, §§3º, 5º e 5º-A, do art. 708-B do RICMS/97 (abaixo transcritos), determina que seja encaminhado para o sujeito passivo a Listagem Diagnóstico detalhando e especificando as referidas inconsistências, para correção das mesmas, através de intimação específica para tal, no prazo de 30 dias.

“Art. 708-B

.....  
§ 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.

§ 5º-A. O prazo previsto no § 5º poderá ser prorrogado por igual período pelo inspetor fazendário, mediante despacho fundamentado."

Como tal procedimento não foi seguido pelo autuante, pois a intimação que expediu ao sujeito passivo concedeu ao mesmo apenas o prazo de 5 dias para apresentação dos arquivos, conforme fl. 08 dos autos, ocorreu evidente e flagrante cerceio ao direito de defesa do contribuinte, por ofensa ao devido processo legal, o que torna nula a exigência fiscal, nos termos do art. 18, IV, "a", do RPAF/BA, razão pela qual comungo com o julgamento proferido pela 2ª JJF pela nulidade deste item da autuação.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 298237.0602/12-1, lavrado contra LATICÍNIO MAIS VIDA LTDA. (LEITE MAIS VIDA), devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$20.518,15, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO - RELATOR

ANGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS