

A. I. Nº - 298237.0602/12-1
AUTUADO - LATICÍNIO MAIS VIDA LTDA.
AUTUANTE - TRAJANO ROCHA RIBEIRO
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 31.10.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0227-02/13

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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/2012, 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.

O autuado, às fls. 46 a 67 dos autos, apresenta impugnação alegando que no tocante a imputação de nº 01, não havia motivo para considerar indevido o crédito de ICMS utilizado pela autuada, porque se trata de estorno de débito decorrente de devolução de vendas, como se pode constatar nos documentos fiscais de devolução de venda, (doc. Nº 04), fls. 83 a 157.

Quanto à imputação de nº 02, diz 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.

Frisa que foram entregues, no dia 14 de maio de 2012, os arquivos do Sintegra do Registro 74 (Doc. 06), 161 a 163, referentes aos períodos: FEVEREIRO DE 2009, informando o Estoque Final de 2008, Protocolo 3211957459; FEVEREIRO DE 2011, informando o Estoque Final de 2010, Protocolo 1781019287; e FEVEREIRO DE 2012, informando o Estoque Final de 2011, Protocolo 0108170521.

Entretanto, o autuante não observou que apesar de ter sido enviado o arquivo de Fevereiro, a legislação prevê dispensa de envio por ser empresa obrigada ao SPED FISCAL, desde Janeiro de 2011, cuja dispensa passou a vigorar a partir de Janeiro de 2012, o que demonstra a boa-fé do contribuinte para atender a solicitação da fiscalização. Nesse sentido, o § 6º do Art. 686 do RICMS-BA, faculta ao contribuinte duas formas do envio do Registro 74:

“A primeira em dois arquivos, sendo DEZEMBRO (saldo final do Estoque de Dezembro), e JANEIRO (saldo inicial de estoque de Janeiro):

1º arquivo: No Período de Apuração do ICMS em que for realizado Inventário, ou seja, Dezembro: A finalidade deste arquivo é computar o Estoque Final do ano do inventário;

2º arquivo: período de apuração seguinte: A finalidade deste arquivo é computar a abertura do Estoque Inicial do ano, com os mesmos dados do Registro anterior.

A segunda em um arquivo único com as informações do Estoque em até 60 dias.”

Salienta que a empresa optou por enviar o Registro 74 com as informações do Estoque de Dezembro, em um só arquivo até 60 dias, ou seja, em Fevereiro. Nos termos do RICMS-BA, que assim prescreve:

“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:

§ 6º No período de apuração do ICMS em que for realizado inventário, o arquivo magnético entregue nos termos deste capítulo deverá conter, também, os registros de inventário, a título de estoque final, que deverão ser repetidos no arquivo magnético referente ao período de apuração seguinte, a título de estoque inicial, podendo, contudo, apresentar o referido registro em arquivos magnéticos até 60 dias após a realização do inventário, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “3”, referente à retificação aditiva dos citados arquivos”.

Salienta que o regulamento do ICMS prevê a dispensa dos arquivos do SINTEGRA para as empresas que enviarem o SPED FISCAL a partir de janeiro de 2012, nos termos do RICMS-BA, assim expresso: *“Art. 897-G. O uso da EFD dispensará o contribuinte da entrega dos arquivos estabelecidos pelo Conv. ICMS 57/95 a partir de 1º de janeiro de 2012”.*

Argumenta que as informações exigidas no Sintegra *“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”*, estão declaradas com muito mais detalhes no SPED FISCAL - *“conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal”*. Sendo assim, é injustificável a exigência de 02 (duas) obrigações acessórias sobre o mesmo objeto *“Informações dos documentos fiscais”*, destinados à fiscalização da obrigação principal, de apuração do ICMS. Conclui que as informações já foram prestadas ao fisco através do SPED FISCAL, e que o envio do Sintegra torna-se então reduntante e desnecessário.

Afirma que em relação à exigência dos livros impressos, o § 1º do Art. 897-A do multicitado diploma legal assim prescreve:

“A EFD substitui a escrituração e impressão dos seguintes livros:

I - Registro de Entradas;

II - Registro de Saídas;

III - Registro de Inventário;

IV - Registro de Apuração do ICMS.”

Assegura que como se viu, embora dispensado de apresentar os livros impressos, foi intimado à apresentar os livros de 2011, apesar de ter enviado o SPED FISCAL. Entretanto, em mais uma demonstração de boa vontade para com a fiscalização estadual, atendeu a solicitação, embora o atraso no envio tenha ocorrido por conta da dificuldade na geração dos arquivos, e que precisaria de prazo para corrigir a grande quantidade de erros dos arquivos ou que lhe fosse fornecido a listagem diagnóstico. Afirma que, finalmente, também atendeu a intimação do autuante,

apresentando em dia 29 de agosto de 2012 os arquivos sintegra dos meses:

MARÇO/2011- Protocolo 38229299082

ABRIL/2011 - Protocolo 3906082358

MAIO/2011 - Protocolo 2992102221

JUNHO/2011 - Procotolo 1054379485

JULHO/2011 - Protocolo 1626737735

AGOSTO/2011 - Protocolo 2483283073

SETEMBRO/2011 - Protocolo 0322837749

OUTUBRO/2011 - Protocolo 2143819316

NOVEMBRO/2011 - Protocolo 3844585267

DEZEMBRO/ 2011 - Protocolo1541201847

Transcreve o art. 2º do RPAF destacando que pelo seu enunciado informa a nobre intenção do legislador baiano em assegurar aos contribuintes um tratamento justo, digno e igualitário diante do contencioso fiscal. Quando tal enunciado remete aos princípios de direito invoca necessariamente a Constituição Cidadã, marco histórico da nova era democrática que nos coloca no mesmo cenário político daqueles que vivenciam o ESTADO DE DIREITO. Sendo assim, não há como olvidar os direitos e garantias fundamentais assegurados pela nossa Carta Magna, tecendo comentários sobre a função fiscal e princípio da reserva legal.

Frisa que devido aos vícios que possui o lançamento fiscal levará fatalmente a decretação da sua nulidade.

A) DA FALTA DE MOTIVO

No tocante a imputação de nº 01, a autuada vem esclarecer que não houve utilização de crédito indevido, exceto nos meses de Setembro e Outubro de 2009. Isto porque, trata-se de ANULAÇÃO DE DÉBITO de mercadoria devolvida, ou seja, de “ESTORNO DE DÉBITO” conforme demonstração abaixo e constantes das DMA's (Doc. 07):

| 2009 | MÊS | Crédito Presumido | OUTROS CRÉDITOS FISCAIS |
|------|--------------|-------------------|-----------------------------------|
| | | | Lançamento em “ESTORNO DE DEBITO” |
| | JAN | 28.951,52 | |
| | FEV | 30.056,72 | |
| | MAR | 25.092,78 | |
| | ABR | 25.823,85 | |
| | MAI | 25.959,76 | |
| | JUN | 32.713,89 | |
| | JUL | 43.322,81 | |
| | AGO | 32.259,57 | |
| | SET | 37.108,45 | |
| | OUT | 44.268,29 | 309,24 |
| | NOV | 42.828,37 | 72,46 |
| | DEZ | 59.083,27 | 327,68 |
| | TOTAL | 427.469,28 | 709,38 |

| 2010 | MÊS | Crédito Presumido | OUTROS CRÉDITOS FISCAIS |
|------|-----|-------------------|-----------------------------------|
| | | | Lançamento em “ESTORNO DE DEBITO” |
| 10 | JAN | 43.676,54 | 84,28 |
| | FEV | 50.058,69 | 0,00 |
| | MAR | 48.910,56 | 1,58 |

| | | | |
|--|--------------|-------------------|-----------------|
| | ABR | 41.925,21 | 1,38 |
| | MAI | 43.809,52 | 0,00 |
| | JUN | 57.491,99 | 1.785,00 |
| | JUL | 59.113,96 | 87,72 |
| | AGO | 52.552,40 | 1,50 |
| | SET | 65.042,93 | 8,59 |
| | OUT | 82.803,70 | 108,44 |
| | NOV | 81.886,92 | 377,36 |
| | DEZ | 99.459,47 | 426,44 |
| | TOTAL | 427.469,28 | 2.882,29 |

| 2 0 1 1 | MÊS | Crédito Presumido | OUTROS CRÉDITOS FISCAIS Lançamento em “ESTORNO DE DEBITO” |
|------------------|--------------|--------------------------|---|
| | JAN | 88.396,62 | 590,59 |
| | FEV | 78.862,88 | 789,49 |
| | MAR | 95.115,30 | 2.233,25 |
| | ABR | 76.486,90 | 1.606,79 |
| | MAI | 72.169,85 | 2.573,50 |
| | JUN | 71.351,53 | 1.181,28 |
| | JUL | 96.330,80 | 1.184,02 |
| | AGO | 95.234,24 | 3.013,11 |
| | SET | 86.433,75 | 277,97 |
| | OUT | 79.669,50 | 1.852,50 |
| | NOV | 79.288,72 | 2.018,35 |
| | DEZ | 97.714,25 | 2.829,54 |
| | TOTAL | 1.017.054,34 | 20.069,04 |

Destaca que no mês de Janeiro de 2011, houve uma transferência de uma das filiais com a Inscrição Estadual de Nº 69468877, no valor de R\$5.433,66, conforme DMA em anexo, totalizando o crédito de R\$6.024,25, que foi o crédito utilizado no mês.

No que diz respeito aos meses de Setembro e Outubro de 2009, analisou que, de fato, foi feita a utilização de crédito indevido, uma vez que se refere aos créditos de ICMS de Ativo Imobilizado, vedados aos optantes pelo crédito presumido art. 96, XXIV.

Destaca que não havia motivo para que se procedesse a lavratura do auto de infração, posto que é premissa exata que o auto de infração, ou a notificação fiscal, que se embasam em motivos falsos, inexistentes ou mesmo inidôneos, são atos administrativos SEM MOTIVAÇÃO, e o objeto do ato é o seu conteúdo, o próprio objeto de manifestação da vontade, a sua essência. Será a declaração da ocorrência do fato jurídico tributário, a identificação do sujeito passivo da obrigação, a determinação da base de cálculo e a alíquota aplicável, com apuração do montante a pagar, conferindo exigibilidade ao crédito assim formalizado: **I.** A finalidade é o resultado prático que o ato procura alcançar (cobrança e arrecadação de tributo); **II.** A forma, que é o meio “pelo qual se exterioriza a manifestação da vontade. Por ela se corporifica o ato”. A forma do lançamento, como regra geral, é escrita. Não será verbal, como acontece com frequência na atividade policial de emergência.

Salienta que a lei tributária atribui ao agente administrativo um poder vinculado, o mais vinculado possível, no exercício do qual serão praticados atos plenamente vinculados. Essa, aliás, é a expressão utilizada no art. 3º do CTN, que define o tributo como “prestação pecuniária, compulsória, cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Assim, o objeto do

lançamento, como ato de vontade da administração (a saber, a declaração da ocorrência do fato jurídico, a identificação do sujeito passivo da obrigação, a determinação da base de cálculo e da alíquota para apuração do montante a pagar e os termos da exigibilidade) já está predeterminado na lei tributária, vale dizer, expressamente previsto os dispositivos de lei que autorizam a imputação de responsabilidade quando ocorrer infração a eles, inexistindo margem de liberdade de escolha para o agente que pratica o ato (autuante).

Aduz que a validade e eficácia do ato administrativo estão condicionados à sua prática em motivos reais, idôneos e existentes, a responsabilidade da Autuada, carecendo de motivos que sustentassem a autuação, visto que, não ocorreu descumprimento de obrigação acessória, citando doutrina sobre o tema.

Diz que da mesma forma, tem decidido o órgão julgador baiano - CONSEF:

Acórdão JJF N.º 2.746/00 – EMENTA – ICMS: INSCRIÇÃO CADASTRAL. EMPRESA INTIMADA PARA CANCELAMENTO. Inexistência da infração por se tratar de autuação embasada em falta de elementos que materializem a acusação fiscal. Infração insubsistente. Auto de infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

B) DA INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL EM FACE DA INTIMAÇÃO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO VIGENTE

Reitera que no tocante a imputação de nº 02, o autuante deixou de observar o devido processo legal, na medida em que não obedeceu ao prazo previsto na legislação, que autoriza o contribuinte a proceder a entrega de seus arquivos magnéticos até 05 (cinco) dias da data da entrega da intimação. A Autuada, cumpridora de seus deveres de contribuinte, procedeu à entrega das informações devidas, conforme comprovantes da entrega mensal dos arquivos magnéticos e da DMA que elidem a exigência fiscal. Isto porque, a empresa, no dia 08 de maio de 2012, recebeu 02 (duas) intimações:

- 1ª - Livros de Entrada, Saída, Apuração de ICMS, RUDFTO e DMA de 01/01/2008 até 31/12/2011;

- 2ª - Apresentar o Registro 74 dos meses: 01/2008, 12/2008, 01/2009, 12/2009, 01/2010, 12/2010, 01/2011 e, também, na mesma intimação, foi intimada à apresentação do arquivo do Sintegra de 02/2011 até 12/2011.

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 os 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). Entretanto, a autuação foi feita:

- a) antes mesmo do prazo de 05 (cinco) dias da intimação;
- b) sem fornecer ao autuado a listagem-diagnostico com a relação das inconsistências do arquivo magnético, e;
- c) sem conceder o prazo de 30 dias para as devidas correções.

Frisa que desse modo, o autuante deixou de observar o devido processo legal ao cercear o direito de defesa do autuado, conforme vem decidindo o CONSEF:

ACORDÃO JJFNº 0173-03/12 Resolução

ICMS. 1. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. FALTA DE ENTREGA. MULTA. O contribuinte deve promover os meios necessários para fazer a entrega da DMA prevista na legislação, e a falta de entrega da mencionada declaração caracteriza o cometimento de irregularidade, sendo devida a multa por falta de cumprimento de obrigação acessória. Infração caracterizada. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. MULTAS. a) FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração caracterizada. b) FALTA DE APRESENTAÇÃO APÓS INTIMAÇÃO. Não ficou demonstrado nos autos que o contribuinte foi intimado para apresentar os arquivos magnéticos, conforme prevê o

art. 708-B do RICMS/BA. Retificado o valor da multa exigida. 3. (...)Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

ACORDÃO CJF Nº 0226-11/12 Resolução

ICMS. 1. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Restou caracterizado vício no procedimento fiscal. Na primeira intimação para apresentação dos arquivos magnéticos foi concedido prazo inferior ao previsto legalmente. Além disso, não foi fornecida ao autuado a Listagem Diagnóstico com a relação das inconsistências apuradas configurando cerceamento ao direito de defesa. Decretada a nulidade da infração. Reformada a Decisão recorrida. 2. (...) **Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.**

Assegura que o RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal) no seu art. 18, II, prevê a nulidade da autuação quando o fisco cerceia o direito de defesa do contribuinte,:

“Art. 18. São nulos:

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa.”

Salienta que verifica a total falta de subsistência da infração, ora imputada ao contribuinte/autuado, o que de pronto vem sendo compelido pelo CONSEF e primordialmente pela nossa Carta Magna, fazendo imperar a necessidade do atacado auto de infração vir a ser declarado NULO pelos julgadores.

Destaca que a norma contida no art. 708-A do RICMS/97 determina que os contribuintes do ICMS autorizados ao uso do SEPD deverão entregar o arquivo magnético referente ao movimento econômico de cada mês, a partir de outubro de 2000, inclusive, contendo a totalidade das operações de entrada e saída e das aquisições e prestações efetuadas. O art. 708-B do mesmo diploma legal, por sua vez, estabelece que o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético quando 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.

Salienta que ciente de que é absolutamente comum que os programas geradores dos referidos arquivos magnéticos possuam incorreções, o legislador previu um segundo prazo para possíveis correções, devendo de logo o fiscal informar quais irregularidades deveram ser sanadas, ou seja, fornecer a Listagem-Diagnóstico. Ocorre que, o autuante, desconsiderando o ditame legal vigente por ser mais benéfica à aplicação imediata da multa ao caso concreto, por ato unilateral de vontade, assim não procedeu, não concedendo ao contribuinte o prazo legal previsto para oferecimento dos arquivos magnéticos.

Ressalta que o CONSEF já firmou entendimento no sentido da nulidade da ação fiscal, quando a intimação do contribuinte se der em desconformidade com o quanto previsto na legislação fiscal estadual, como atesta o Acórdão CJF nº 0021-12/05, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal:

“Além do vício citado acima, verifico que na única intimação constante nos autos (fl. 8) não foi respeitado o prazo de cinco dias úteis para apresentação dos arquivos solicitados, expressamente previsto no art. 708-B, do RICMS-BA. Desse modo, a intimação efetuada pelo autuante é nula e, em consequência, também é nula a exigência fiscal dela resultante.”

No mesmo sentido, os Acórdãos JJF Nº 0069-01/05 e JJFNº 0278-03/11 que assim dispõem:

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0069-01/05

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. APRESENTAÇÃO INCOMPLETA E EM PADRÃO DIFERENTE DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. O procedimento fiscal não foi efetuado de acordo com os requisitos legais. Não foi concedido ao contribuinte o prazo regulamentar para apresentação dos arquivos magnéticos. A infração é nula, devendo ser refeita a ação fiscal.

ACÓRDÃO JJFNº 0278-03/11 Resolução

ICMS. NULIDADE. INOBSERVANCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. *A autuação foi efetuada antes do vencimento do prazo concedido ao contribuinte para apresentar livros e documentos fiscais. O lançamento de crédito tributário decorre de ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Auto de Infração NULO. Decisão Unânime.*

Argumenta que, como o Autuante não observou os requisitos previstos na legislação pertinente, ou seja, não concedeu a autuada o prazo legal para que fossem retificados os referidos arquivos magnéticos é absolutamente nula a ação fiscal por inobservância do devido processo legal, nos termos do art. 18, II, do RPAF estadual.

Registra que o Fisco foge à razoabilidade quando faz uma intimação e uma autuação para cada período em que não foi efetuada a entrega dos arquivos eletrônicos.

Frisa que não interessa ao Fisco penalizar o contribuinte pelo descumprimento de sua obrigação, muito pelo contrário, o que importa é o cumprimento da obrigação em si, no caso, o envio do arquivo eletrônico.

Destaca que a evolução da Legislação Baiana, no que concerne à arquivos magnéticos, demonstra que o interesse do Estado não é aplicar multas simplesmente, o que o Estado quer é que o contribuinte preste as informações pertinentes, sem erros ou inconsistências, de modo que o arquivo magnético deve ser submetido ao crivo de um programa denominado Validador, a fim de se checar a consistência dos dados informados, nos termos do Art. 708-A, § 4º.

Ressalta, Egrégio Conselho Julgador, que o digno preposto fazendário, ao inovar os procedimentos de auditoria fiscal, causou insegurança aos contribuintes, afrontando também o Princípio da Segurança das Relações Jurídicas, e é por tal motivo que vem assim decidindo:

Auto de Infração – 2720410401102

Recurso – Defesa

Autuado(a) – VIANA BRAGA IND E COMERCIO LTDA

Autuante(s) – PAULO NOGUEIRA DA GAMA

ACÓRDÃO JJFNº 0207-03/11 Resolução

ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. OMISSÃO DE OPERAÇÕES. MULTA. *Ficou demonstrado nos autos que o contribuinte foi intimado para apresentar os arquivos magnéticos no prazo de 48 horas, e não houve intimação para retificação de arquivo com omissão de dados. o §3º do art. 708-B prevê que o fisco intime o contribuinte para a correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, fornecendo-se-lhe, no ato da intimação, uma Listagem-Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, e, o §5, do mesmo artigo, concede o prazo de 30 dias para que o contribuinte corrija o arquivo magnético apresentado com inconsistência. Portanto, é nulo o procedimento, por inobservância do devido procedimento legal na condução da ação fiscal. Infração nula. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA.* *Não ficou comprovado nos autos o descumprimento da obrigação acessória, sendo insubsistente a multa exigida. Auto de Infração NULO quanto a infração 1 e IMPROCEDENTE quanto a infração 02. Decisão unânime.*

Auto de Infração - 2789870002110

Recurso – Defesa

Autuado(a) – IROPEL COMERCIAL AGRICOLA LTDA

Autuante(s) – ALMIR DE SANTANA ASSIS

ACÓRDÃO JJFNº 0271-03/11 Resolução

ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO ELETRÔNICO DE DADOS. A) FALTA DE ENTREGA, PELA INTERNET – FALTA DE APRESENTAÇÃO, À FISCALIZAÇÃO, DOS ARQUIVOS SOLICITADOS MEDIANTE INTIMAÇÃO PARA REGULARIZAÇÃO DE DIVERGÊNCIAS. TRÊS MULTAS, POR EXERCÍCIO. *Questionada a falta de clareza na descrição dos fatos. O fato é um só. Intimações fiscais efetuadas de forma vaga, sem precisar o que deveria ser corrigido ou suprido. Falta de prova de que a “listagem-diagnóstico” tivesse sido entregue ao contribuinte. Enquadramento legal inadequado. Multas aplicadas em desacordo com a previsão legal e a natureza do fato verificado. Incerteza quanto à caracterização do cometimento imputado. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.*

Ao final, requer que seja decretada a nulidade do Auto de Infração, todavia caso assim não entenda este Órgão Colegiado, postula pela sua improcedência.

O autuante, fls. 194 a 197, ao prestar informação fiscal, em relação ao item 01 do Auto de Infração aduz que a empresa havia lançado os valores em seu livro RAICMS como se fossem créditos. Após a autuação, houve correção para “Estorno de Débito”, conforme apresentam as DMA transmitidas nos meses 07 e 08/2012, folhas do PAF 165/189, 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, acatada em parte a alegação da autuada.

Aduz 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 fez a apuração do Crédito Indevido, considerando os estornos de débito, com base nas notas fiscais de entradas decorrentes de devoluções de mercadorias.

CRÉDITO INDEVIDO 2009

| MÊS | Crédito Presumido | Outros Créditos Fiscais | | | |
|--------------|-------------------|-------------------------|------------------|---------------|-----------------|
| | | Permitido | Lançado | Devoluções | Indevido |
| JAN | 28.951,52 | 4.176,85 | 4.176,85 | - | - |
| FEV | 30.056,72 | 2.355,17 | 2.355,17 | 46,80 | - |
| MAR | 25.092,78 | 5.011,41 | 5.011,41 | - | - |
| ABR | 25.823,85 | 5.389,45 | 5.389,45 | 233,56 | - |
| MAI | 25.959,76 | 2.943,42 | 2.943,42 | 20,10 | - |
| JUN | 32.713,89 | 6.409,71 | 6.409,71 | 36,65 | - |
| JUL | 43.322,81 | 8.012,28 | 8.012,28 | 54,53 | - |
| AGO | 32.259,57 | 0,00 | 4.061,90 | - | 4.061,90 |
| SET | 37.108,45 | 0,00 | 1.454,54 | - | 1.454,54 |
| OUT | 44.268,29 | 0,00 | 309,24 | 309,24 | - |
| NOV | 42.828,37 | 0,00 | 72,46 | 72,46 | - |
| DEZ | 59.083,27 | 0,00 | 327,68 | - | 327,68 |
| TOTAL | 427.469,28 | 34.298,29 | 40.524,11 | 773,34 | 5.844,12 |

CRÉDITO INDEVIDO 2010

| MÊS | Crédito Presumido | Outros Créditos Fiscais | | | |
|--------------|-------------------|-------------------------|-----------------|-----------------|-----------------|
| | | Permitido | Lançado | Devoluções | Indevido |
| JAN | 43.676,54 | 0,00 | 84,28 | 84,28 | - |
| FEV | 50.058,69 | 0,00 | 0,00 | - | - |
| MAR | 48.910,56 | 0,00 | 1,58 | 1,58 | - |
| ABR | 41.925,21 | 0,00 | 1,38 | 1,38 | - |
| MAI | 43.809,52 | 0,00 | 0,00 | - | - |
| JUN | 57.491,99 | 0,00 | 1.785,00 | - | 1.785,00 |
| JUL | 59.113,96 | 0,00 | 87,72 | 87,72 | - |
| AGO | 52.552,40 | 0,00 | 1,50 | 1,50 | - |
| SET | 65.042,93 | 0,00 | 8,59 | 8,59 | - |
| OUT | 82.803,70 | 0,00 | 108,44 | 100,61 | 7,83 |
| NOV | 81.886,92 | 0,00 | 377,36 | 377,36 | - |
| DEZ | 99.459,47 | 0,00 | 426,44 | 426,44 | - |
| TOTAL | 726.731,89 | 0,00 | 2.882,29 | 1.089,46 | 1.792,83 |

CRÉDITO INDEVIDO 2011

| MÊS | Crédito Presumido | Outros Créditos Fiscais | | | |
|--------------|---------------------|-------------------------|------------------|------------------|------------------|
| | | Permitido | Lançado | Est.Débito | Indevido |
| JAN | 88.396,62 | 0,00 | 6.024,25 | 590,59 | 5.433,66 |
| FEV | 78.862,88 | 0,00 | 789,49 | | 789,49 |
| MAR | 95.115,30 | 0,00 | 2.233,25 | | 2.233,25 |
| ABR | 76.486,90 | 0,00 | 1.606,79 | 1.606,79 | - |
| MAI | 72.169,85 | 0,00 | 2.573,49 | 1.078,17 | 1.495,32 |
| JUN | 71.351,53 | 0,00 | 1.139,34 | 1.139,34 | - |
| JUL | 96.330,80 | 0,00 | 1.184,02 | 1.184,02 | - |
| AGO | 95.234,24 | 0,00 | 2.973,71 | 1.106,43 | 1.867,28 |
| SET | 86.433,75 | 0,00 | 277,97 | 277,97 | - |
| OUT | 79.669,50 | 0,00 | 1.852,50 | 827,07 | 1.025,43 |
| NOV | 79.288,72 | 0,00 | 2.018,35 | 2.014,52 | 3,83 |
| DEZ | 97.714,25 | 0,00 | 2.829,54 | 2.796,60 | 32,94 |
| TOTAL | 1.017.054,34 | 0,00 | 25.502,70 | 12.621,50 | 12.881,20 |

Diante do exposto retificou o débito da Infração 01, conforme abaixo:

| DEMONSTRATIVO DÉBITO – Infração 01 | | | |
|------------------------------------|----------|------------|------------------|
| Ocorrência | Infração | Data Ocorr | Valor Débito |
| 1 | 1 | 31/08/2009 | 4.061,60 |
| 2 | 1 | 30/09/2009 | 1.454,54 |
| 3 | 1 | 31/10/2009 | 0,00 |
| 4 | 1 | 30/11/2009 | 0,00 |
| 5 | 1 | 31/12/2009 | 327,68 |
| 6 | 1 | 31/01/2010 | 0,00 |
| 7 | 1 | 31/03/2010 | 0,00 |
| 8 | 1 | 30/04/2010 | 0,00 |
| 9 | 1 | 30/06/2010 | 1.785,00 |
| 10 | 1 | 31/07/2010 | 0,00 |
| 11 | 1 | 31/08/2010 | 0,00 |
| 12 | 1 | 30/09/2010 | 0,00 |
| 13 | 1 | 31/10/2010 | 7,83 |
| 14 | 1 | 30/11/2010 | 0,00 |
| 15 | 1 | 31/12/2010 | 0,00 |
| 16 | 1 | 31/01/2011 | 5.433,66 |
| 17 | 1 | 30/02/2011 | 789,49 |
| 18 | 1 | 31/03/2011 | 2.233,25 |
| 19 | 1 | 30/04/2011 | |
| 20 | 1 | 31/05/2011 | 1.495,32 |
| 21 | 1 | 30/06/2011 | |
| 22 | 1 | 31/07/2011 | |
| 23 | 1 | 31/08/2011 | 1.867,28 |
| 24 | 1 | 30/09/2011 | |
| 25 | 1 | 31/10/2011 | 1.025,43 |
| 26 | 1 | 30/11/2011 | 3,83 |
| 27 | 1 | 31/12/2011 | 32,94 |
| TOTAL | | | 20.518,15 |

Em relação ao segundo item do Auto de Infração informa que o autuado foi intimado em 08/05/2012, folha 08 (oito) do PAF, para apresentar no prazo de 05 (cinco) dias úteis, os arquivos de 02 a 12/2011, pois os mesmos não foram transmitidos. E apresentar os arquivos dos meses de 01 e 12/2008, 01 e 12/2009, 01 e 12/2010 e 01/2011, pois foram transmitidos sem o registro obrigatório 74 (inventário).

Aduz que quando os arquivos não são transmitidos ou quando o arquivo é transmitido com falta de algum registro obrigatório, considera-se falta de entrega.

Destaca que para arquivo não entregue o prazo legal é de 05 (cinco) dias úteis, não existe listagem de erro a ser apresentado para correção, pois o arquivo não foi entregue, logo não foi consistido. A própria intimação já é o indicativo da infração cometida. A intimação indica claramente o mês que não foi entregue o arquivo e o mês em que o arquivo foi transmitido com falta do registro obrigatório, indicando qual registro faltante.

Assegura que o Auto de Infração foi lavrado apenas com os meses em que ocorreram as infrações indicadas na intimação de 08/05/2012.

Salienta que a intimação foi efetivada em 08/05/2012 e o Auto de Infração foi lavrado em 29/06/2012, mais de 05 (cinco) dias úteis, e até a data de lavratura a empresa não atendeu a intimação.

Ressalta que o email foi enviado apenas como informativo de que existem outras obrigações não atendidas nos arquivos integra, ou seja, falta do registro 60R dos meses de 01 a 12/2008, de 01 a 12/2009 e 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08 e 11/2010. E não foram autuados no presente Auto.

Opina pela manutenção integralmente da infração 02.

Em nova manifestação defensiva, fls. 203 a 213, o autuado reitera a transcrição do Art. 2º do RPAF, destacando que no desenvolver dos atos e procedimentos administrativos fiscais, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo, da garantia de ampla defesa e, entre outros princípios de direito, o princípio da isonomia da tributação. Neste sentido, resta imperioso que se privilegie a realidade dos fatos em detrimento das rígidas regras de formalidade. E é apenas isso o que o contribuinte/autuada requer na apreciação dos autos em apreço.

A) DO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL

Quanto ao item 02 do Auto de Infração, reitera que aduz que o autuante deixou de observar o devido processo legal ao lavar 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 de 08/05/2012 constante da intimação devidamente anexada ao presente PAF – Doc. 05 anexo à Defesa - e na data da lavratura do auto de infração constante de seu próprio corpo, qual seja, 29/06/2012.

Reitera que foram entregues, no dia 14 de maio de 2012, os arquivos do Sintegra do Registro 74. Entretanto, o autuante não observou que apesar de ter sido enviado o arquivo de Fevereiro, a legislação prevê dispensa de envio por ser empresa obrigada ao SPED FISCAL, desde Janeiro de 2011, cuja dispensa passou a vigorar a partir de Janeiro de 2012, o que demonstra a boa-fé do contribuinte para atender a solicitação da fiscalização. Nesse sentido, o § 6º do Art. 686 do RICMS-BA, faculta ao contribuinte duas formas do envio do Registro 74. A empresa optou por enviar o Registro 74 com as informações do Estoque de Dezembro, em um só arquivo até 60 dias, ou seja, em Fevereiro.

Salienta, novamente, que nosso regulamento do ICMS prevê a dispensa dos arquivos do SINTEGRA para as empresas que enviarem o SPED FISCAL a partir de janeiro de 2012, nos termos do RICMS-BA, assim expresse: “Art. 897-G. O uso da EFD dispensará o contribuinte da entrega dos arquivos estabelecidos pelo Conv. ICMS 57/95 a partir de 1º de janeiro de 2012”.

Ratifica que as informações exigidas no Sintegra “*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*” estão declaradas com muito mais detalhes no SPED

FISCAL - “conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal”. Sendo assim, é injustificável a exigência de 02 (duas) obrigações acessórias sobre o mesmo objeto “Informações dos documentos fiscais”, destinados à fiscalização da obrigação principal, de apuração do ICMS. Podemos concluir que as informações já foram prestadas ao fisco através do SPED FISCAL, e que o envio do Sintegra torna-se então redundante e desnecessário.

Finalmente, reitera que atendeu a intimação do eminente autuante, apresentando em dia 29 de agosto de 2012 os arquivos SINTEGRA.

B) DA INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL EM FACE DA INTIMAÇÃO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO VIGENTE.

Ressalta que na informação fiscal o autuante consta que a infração nº 02 se refere apenas à primeira intimação, ou seja, a intimação datada de 08/05/2012, e como a autuada não atendeu a referida intimação o autuante lavrou o Auto de Infração em tela na data de 29/06/2012. Como se vê, o procedimento do autuante não observa o devido processo legal, seja porque ratifica que lavrou o Auto de Infração em comento com base apenas em uma intimação, quando na verdade procedeu a duas intimações, uma no dia 08/05/2012 e outra no dia 05/07/2012, esta posterior à lavratura do AI em comento; seja porque a autuada, cumpridora de seus deveres de contribuinte, procedeu à entrega das informações devidas, conforme comprovantes da entrega mensal dos arquivos magnéticos e da DMA que elidem a exigência fiscal, conforme documentos já anexados ao presente PAF em sede de Defesa.

Reiterando os esclarecimentos sobre as intimações apresentados na defesa anterior, inclusive transcrevendo trecho de acórdãos.

Ao final, reitera o pedido de nulidade ou improcedência do Auto de infração.

VOTO

Inicialmente em relação a arguição de inconstitucionalidade, resalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Na infração 01 é imputado ao sujeito passivo ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, 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.

Em sua defesa o autuado alega que não havia motivo para considerar indevido o crédito de ICMS utilizado pela autuada, porque se tratar de estorno de débito decorrente de devolução de vendas, como se pode constatar nos documentos fiscais de devolução de venda, fls. 83 a 157. Destacou que no mês de Janeiro de 2011, houve uma transferência de uma das filiais com a Inscrição Estadual de Nº 69468877, no valor de R\$5.433,66, conforme DMA em anexo, totalizando o crédito de R\$6.024,25, que foi o crédito utilizado no mês. No que diz respeito aos meses de Setembro e Outubro de 2009, analisou que, de fato, foi feita a utilização de crédito indevido, uma vez que se refere aos créditos de ICMS de Ativo Imobilizado, vedados aos optantes pelo crédito presumido art. 96, XXIV. Reitera a falta de motivação da autuação e no final da primeira peça de defesa requereu nulidade ou improcedência da infração.

Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido

observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Cabe destacar que a própria defesa reconheceu parcialmente a infração e depois de realizada a revisão fiscal, apesar de se manifestar nos autos, não mais apontou nenhuma irregularidade em relação aos números apontados na revisão/informação fiscal.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquene de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

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 da autuada. 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.

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-diagnostico 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 Recepcionados” 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 Inspeção 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 dos 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.

VOTO DIVERGENTE - BACELAR

Por tudo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme abaixo:

| INFRAÇÕES | JULGAMENTO | V. DEVIDO APÓS JULGAMENTO |
|-----------|---------------------|---------------------------|
| 1 | PROCEDENTE EM PARTE | 20.518,15 |
| 2 | NULA | 0,00 |
| TOTAL | | 20.518,15 |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298237.0602/12-1**, lavrado contra **LATICÍNIO MAIS VIDA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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.

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”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR