

A. I. Nº - 156494.0016/13-7
AUTUADO - COMERCIAL DE MÓVEIS RIO UNA LTDA ME
AUTUANTE - AILTON DOS REIS SANTOS
ORIGEM - INFAZ VALENÇA/DAT NORTE
INTERNET - 06.12.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0278-04/13

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS FALTA DE APRESENTAÇÃO NO PRAZO REGULAMENTAR. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA .MULTA. NULIDADE. Intimação fiscal para correção de inconsistências, sem o nível de detalhe exigido e com prazo não especificado na legislação em vigor. Falta de entrega de listagem diagnóstica ao sujeito passivo. Para o procedimento fiscal realizado, a norma estabelece 30 (trinta) dias para correção das inconsistências. Na espécie, o Termo de Intimação determinou apenas 05 (cinco) dias para tal desiderato. Vícios insanáveis. Infringência ao devido processo administrativo, ao menos, pelo cerceamento do direito à defesa do impugnante. Acolhida a preliminar de nulidade. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/06/2013, reclama multa, no valor de R\$22.892,23, apurado mediante a seguinte infração:

INFRAÇÃO 01 – 16.12.14 – *“Fornecer informações através de arquivo(s) magnético(s) exigido(s) na legislação tributária, requerido(s) mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas”.*

O autuado interpõe impugnação (fls. 12/25). Relata a incerteza relacionada com a base de cálculo da imputação, pela falta de identificação da forma que o autuante aferiu a omissão de informações, totalizando R\$457.844,60. Argumenta que a mera alegação não é suficiente para individualizar a infração, já que a empresa autuada realizou operações de saída de mercadorias, em 2010, no valor de R\$1.438.593,90.

Questiona a forma do impugnante em conhecer os supostos equívocos nos arquivos magnéticos, sem apresentação da listagem diagnóstica, indicativa das irregularidades encontradas, pelo autuante, imprescindível para a retificação do arquivo magnético, como prevê o §3º do art. 708-B do RICMS/97, e exercício do direito à defesa. Suscita aplicação do art.18, inciso IV, do RPAF.

Nesse sentido, menciona a improcedência da infração tendo em vista a intimação estar fundamentada no art. 930 do RICMS/97 revogado há aproximadamente 14 anos, em virtude da alteração nº 12 do Decreto nº 7.675, de 15/09/99, além de fixar prazo de 5 dias, contrariando a concessão estabelecida pelo art. 708-B, do regulamento do ICMS vigente, de 30 dias, encerrando em 18/07/2013, o lapso temporal para retificação do arquivo magnético, fl. 34.

Registra também o espanto da indicação do art. 142, IV, do RICMS/97 na intimação, já que o contribuinte apresentou toda a documentação requerida pelo Fisco, fls. 35/37. Junta comprovante de transmissão de arquivo às fls. 38/49, datados de 06/07/2013, para atender, segundo o sujeito passivo, às confusas e incongruentes exigências. Rechaça o lançamento quanto à não aplicação do limite máximo de 1% ao total de saída de R\$1.438.593,90, em 2010.

Suscita aplicação do art. 42, §7º, da Lei nº 7.014/96, para cancelamento da multa ou de forma subsidiária a redução a valor fixo, posto que não há evidência de caráter fraudulento no dito descumprimento de obrigação acessória, a boa-fé do contribuinte e do integral atendimento às intimações efetuadas. Nesse diapasão, apresenta Acórdão CJF nº 0035-12/04, Rel. Conselheiro José Raimundo Santos, na redução da multa pelo descumprimento de obrigação acessória para R\$500,00.

Reforça seu entendimento sobre o cancelamento da multa ao mencionar a Ementa do Acórdão CJF nº 0542-12/06, no sentido da redução para o valor fixo correspondente a 10% daquele constante do lançamento tributário, como decisão paradigma ao caso concreto em tela.

Colaciona dispositivo legal veiculado pela Medida Provisória 2158-35/2001, alterada pela Lei nº 12.766/12, referente à obrigação acessória relacionada com tributo federal e demonstra a forma gravosa para semelhante fato jurídico da aplicação de penalidade estipulada pela norma estadual baiana.

Cita excerto do REsp 728999/PR, do Eminentíssimo Relator Ministro Luiz Fux, da 1ª Turma do STF, sobre a sanção tributária frente aos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, a aplicação do §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, para cancelar ou reduzir a multa por descumprimento de obrigação acessória, posto que não houve a possibilidade de retificação prevista no RICMS, além da discrepância do montante lançado.

Pede a nulidade da infração, tendo em vista a incerteza dos elementos de convicção para identificar a infração e a respectiva base de cálculo. Requer, também, de forma subsidiária:

1. A improcedência do lançamento, em virtude dos vícios da intimação recebida antes da lavratura do auto de infração, notadamente, pela ausência da apresentação da listagem diagnóstica, para realizar a retificação do arquivo magnético, bem como por não ter sido respeitado o respectivo prazo;
2. A improcedência parcial em razão de não ter sido respeitado o limite previsto de 1% sobre o total de saídas do período;
3. O cancelamento ou a redução da multa aplicada, em concomitância com o limite acima mencionado, tendo em vista a boa-fé do impugnante, pelo fato do descumprimento da obrigação acessória não impedir a fiscalização, além de não promover a inadimplência da obrigação principal, em conformidade com o art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96 e precedentes do CONSEF.

Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos e a possibilidade de juntar *a posteriori* documentos, planilhas em contra prova e a exibição dos elementos complementares para dirimir os erros de direito e de fato cometidos pela fiscalização, ora impugnada, para o exercício da ampla defesa e do contraditório.

O autuante, em sua informação fiscal, fl. 54, esclarece, em virtude da arguição defensiva sobre a base de cálculo, que o respectivo montante foi obtido ao aplicar o percentual de 1% ao valor das saídas de R\$2.289.223,10, constante do “RELATÓRIO DE DMA CONSOLIDADA”, à fl.07 do PAF e solicita a procedência total do presente auto de infração.

VOTO

Contemplado pela expressão “legislação tributária”, o Regulamento do ICMS – RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, fixa procedimentos a serem adotados quando da fiscalização do cumprimento da obrigação acessória em tela, no sentido, inclusive, de conferir harmonia com o ordenamento jurídico vigente, ao atender às disposições contidas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999.

Dessa forma, dispõem os artigos 686 e 708-B, do RICMS/97:

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:

[...]

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. (grifo acrescido)

[...]

§ 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. (grifo acrescido)

§ 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. (grifo acrescido)

[...]

Nesse contexto, a SAT/DPF/GEAFI consigna orientação através da OTE-DPF-3005, disponibilizada em 17/06/2005 e revisada em 01/10/2008.

[...]

1 – Para efeitos da aplicação da multa de 5%, limitada a 1% das saídas do estabelecimento em cada período (art. 915, XIII-A, “i” do RICMS):

1.1 – considera-se omissão de informações relativas a operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, a omissão de informação relativa a determinado(s) documento(s) fiscal(is) em algum(ns) registro(s) do arquivo magnético entregue à SEFAZ (ex.: o envio do registro 50 sem que nele conste a informação de determinado documento fiscal);

1.2 – considera-se apresentação de dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, a situação em que o arquivo magnético tenha sido apresentado com dado(s) divergente(s) do(s) existente(s) no documento fiscal respectivo (ex.: o envio de registro 50 em que conste dado diverso da respectiva informação consignada no documento fiscal correspondente).

[...]

4 – Se verificada a impossibilidade de leitura ou a existência de divergência do arquivo magnético apresentado pelo contribuinte, em relação ao padrão previsto na legislação, deverão ser observados os seguintes procedimentos (ex.: o contribuinte envia o arquivo com ausência do registro 54):

4.1 – o contribuinte deverá ser intimado previamente para regularização das inconsistências, no prazo de 30 dias úteis, e orientado:

4.1.1 – a consignar como finalidade de envio do arquivo, no campo 12 do registro 10 do arquivo magnético, o código 2, que corresponde à retificação total do arquivo;

4.1.2 – a enviar, via Internet, o arquivo, criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda;

4.2 – tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, o agente fiscal responsável pela intimação deverá anexar a listagem diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas check-list (poderá ser o próprio relatório do AN VII – SAFA) à via da intimação entregue ao contribuinte;

4.3 – o prazo para atendimento à intimação será de 30 (trinta) dias úteis;

5 – caso o contribuinte não entregue o arquivo solicitado ou o apresente ainda com inconsistências, deve ser lavrado Auto de Infração em razão de não atendimento à intimação, conforme referido no item 2 desta orientação gerencial, hipótese em que deverá ser anexada ao Auto de Infração a intimação não atendida.

5.1 – Na lavratura de auto de infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento do auto de infração deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados.

5.2 – Tratando-se de infração relacionada à omissão de informação ou divergência mencionadas nos subitens 1.1 e 1.2, os campos “data de ocorrência” e “data de vencimento” do auto de infração, deverão ser preenchidos com a data de envio do respectivo arquivo.

Nos autos, verifico a lavratura de Termo de Intimação para “Retificar Arquivos magnéticos do exercício de 2010 para incluir os códigos 60, 60R, 70 e 74 incluindo estoque inicial e final de cada exercício”, fl. 05, com ciência do sujeito passivo em 19/06/2013, com prazo de entrega fixado em 05 (cinco) dias, tendo o contribuinte transmitido os possíveis arquivos magnéticos retificados, em 06/07/2013, conforme às fls.38/49.

O procedimento adotado pelo autuante acarreta vícios insanáveis, de modo a infringir o devido processo administrativo, tendo em vista:

1. a ausência de comprovação da entrega ao sujeito passivo da listagem diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, junto com o “Termo de Intimação para Retificação de Arquivo Magnético”, como previsto no §3º do art. 708-B, do RICMS/97 e consignada pela OTE-DPF-3005, item 4.2;
2. a fixação do prazo de 05 (cinco) dias oferecido para a retificação de arquivos magnéticos do exercício de 2010, contrariando o disposto no art. 708-B, §5º do diploma acima referido, bem como a falta de cumprimento da orientação estabelecida na OTE-DPF-3005, item 4.1;
3. o lançamento da base de cálculo da multa sem apresentar demonstrativo da metodologia de cálculo nos autos, cujo esclarecimento ocorreu quando da informação fiscal, a ponto de cercear o direito de defesa do impugnante, pela incerteza apresentada;
4. o incorreto enquadramento, ainda que o procedimento fiscal realizado estivesse em conformidade com a legislação em vigor, por disposição contida no § 6º do mencionado artigo regulamentar.

Do exposto, acolho as razões aduzidas pelo impugnante em preliminar e com fulcro nos artigos 18, incisos II e IV, alínea “a” e 20, do RPAF/99, voto pela decretação da **NULIDADE** do Auto de Infração em tela.

Com base no art. 21 do regulamento processual em vigor, recomendo a realização de procedimento fiscal, ao menos, inerente aos arquivos magnéticos enviados, conforme fls. 38/49, inclusive, em consonância com o art. 113, § 2º, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional- CTN, com a legislação tributária baiana em vigor e, OTE-DPF-3005.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, decretar **NULO** o Auto de Infração nº **156494.0016/13-7**, lavrado contra **COMERCIAL DE MÓVEIS RIO UNA LTDA**. Recomenda-se a renovação da ação fiscal, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR