

A. I. N° - 299389.0003/12-0  
AUTUADO - REGINA LÚCIA DE OLIVEIRA DIAS  
AUTUANTE - LUIZ CARLOS DE ARAÚJO  
ORIGEM - INFAC JUAZEIRO  
INTERNET - 27/11/2013

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0284-03/13**

**EMENTA:** ICMS. 1. ARQUIVO MAGNÉTICO. ENTREGA DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS COM OMISSÃO DE DADOS. NULIDADE. Não ficou comprovado nos autos que houve intimação para retificação de arquivo com omissão de dados. O § 3º do art. 708-B prevê que o fisco intime o contribuinte para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, fornecendo-se-lhe, no ato da intimação, uma Listagem-Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, e, o § 5º, 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. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 13/11/2012, refere-se à exigência de ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01: Forneceu arquivos magnéticos enviados pela internet através do Programa Validador/Sintegra, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas. Exigida multa no valor total de R\$57.687,68.

De acordo com a descrição dos fatos, o autuado forneceu arquivos magnéticos enviados pela internet através do Programa Validador/Sintegra, com omissão de operações ou prestações, calculando-se a multa exigida sobre o valor das operações ou prestações omitidas.

Infração 02: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior, enquadradas na substituição tributária, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Valor do débito: R\$10.474,53. Multa de 60%.

O autuado apresentou impugnação às fls. 11 a 14 do PAF. Suscita preliminar de nulidade, alegando cerceamento de defesa, dizendo que as exigências fiscais foram praticadas sem a devida fundamentação. Diz que não foi intimado do início da ação fiscal e, tão somente, quando do término, que tomou conhecimento com a lavratura do Auto de Infração, com total preterição ao direito de defesa. Transcreve os arts. 26, III, 39 e 18, incisos I a IV do RPAF/BA, e alega que a intimação foi entregue ao Contador, apesar de o autuante conhecer o endereço da empresa e de seu representante legal. Entende que o termo de intimação foi firmado por pessoa que não é preposto ou mesmo responsável pela empresa. Por isso, pede a nulidade do procedimento fiscal.

O defendente também alega que constatou erros materiais na autuação. Diz que o autuante incluiu no levantamento notas fiscais que já foram objeto de recolhimento do ICMS por antecipação, e ainda, exigiu ICMS por antecipação referente a notas fiscais de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária, conforme se observa nos levantamentos acostados aos autos. Pede que sejam retificados os valores correspondentes à base de cálculo e o imposto apurado, reduzindo-se o valor da infração 02.

Em relação aos DAEs relativos aos exercícios de 2011 e 2012, anexados aos autos pelo autuante, diz que tais documentos comprovam que o defendente recolhe regularmente o ICMS. Cita exemplos e afirma que é inquestionável a idoneidade da empresa autuada. Assegura que não houve descumprimento de obrigação acessória, ou mesmo falta de recolhimento de ICMS por antecipação. Que, de fato, houve erro na transmissão de dados pelo sistema do Contador, que acreditava estarem corretos os dados enviados, quando na realidade, os arquivos estavam zerados. Assegura que não houve qualquer prejuízo ao Estado, porque os lançamentos constam dos próprios livros fiscais apresentados à fiscalização, restando provado que a infração relativa ao descumprimento de obrigação acessória, acaso praticada, foi sem dolo, fraude ou simulação e não implicou falta de recolhimento de tributo. Pede o cancelamento da multa, com base no art. 158 do RPAF/BA.

Quanto à infração 02, alega que grande parte das notas fiscais relacionadas encontra-se com o ICMS por antecipação devidamente recolhido, conforme DAEs e notas fiscais que acostou aos autos. Salienta que foram incluídas outras notas fiscais quando a mercadoria não está enquadrada na substituição tributária, conforme cópias de notas fiscais e demonstrativo.

O defendente afirma que não se pode considerar que o procedimento fiscal tenha sido feito a salvo de falhas, sem observar a forma de recolhimento do imposto pelo autuado. Requer o cancelamento da multa aplicada sobre a infração 01, porque a suposta infração ocorreu sem dolo fraude ou simulação, e que não implicou falta de recolhimento do tributo, pedindo ainda, a exclusão da base de cálculo das notas fiscais relacionadas no demonstrativo que acostou aos autos, cujo ICMS foi recolhido. Reafirma o pedido de nulidade e a total improcedência do presente Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 72/73 dos autos, afirmando que não procede a alegação de cerceamento de defesa, haja vista que o autuado foi intimado por meio de seu contador cadastrado nos sistemas da SEFAZ, conforme Termo de Intimação à fl. 05 do PAF. Afirma que a infração 01 está devidamente fundamentada, o que se comprova pela sua descrição e que no próprio auto de infração foram citados os dispositivos legais infringidos e respectivos enquadramentos.

Também informa que o autuado recebeu cópia do CD-ROM e teve acesso a todas as planilhas e demonstrativos que serviram de base para o cálculo do imposto devido, conforme atesta a declaração firmada à fl. 06 do PAF. Diz que não é verdadeira a alegação do autuado de que apresentou livros fiscais e contábeis, DAEs, DMA e notas fiscais de entrada, porque nenhum deles foi apresentado.

Quanto à alegação defensiva de que foram constatados erros materiais, o autuante assegura que o levantamento fiscal foi feito por período mensal, e não por cada nota fiscal, separadamente,

conforme planilha constante no CD-ROM anexo ao Auto de Infração. Diz que a mencionada planilha mostra claramente as diferenças entre os valores devidos e os recolhidos. Também afirma que as mercadorias constantes no referido demonstrativo encontram-se enquadradas na substituição tributária. Finaliza, ratificando todo o conteúdo do Auto de Infração.

Confrontando-se o levantamento fiscal com as cópias das notas fiscais acostadas aos autos pelo defensor, constatou-se divergência entre as mercadorias constantes nos documentos fiscais e o levantamento efetuado pelo autuante, a exemplo da NF 5564 (fl. 34). No demonstrativo do autuante constam as mercadorias carne de frango e carne suíno, enquanto no documento fiscal constam outras mercadorias. A Nota Fiscal 52731 (fl. 29) refere-se a biscoitos, macarrão e lasanha, mas no levantamento fiscal constam produtos de limpeza.

À fl. 84 esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que o autuante esclarecesse as divergências existentes entre os documentos fiscais e o levantamento efetuado; que fossem efetuadas as necessárias correções, incluindo os recolhimentos devidamente comprovados pelo autuado, conforme alegado nas razões de defesa e cópias dos DAEs acostadas aos autos.

Foi solicitado que a Inspetoria Fiscal intimasse o autuado e lhe fornecesse cópia da informação fiscal e de todos os elementos que fossem acostados aos autos pelo autuante, concedendo o prazo de dez dias para se manifestar, querendo.

Em nova informação fiscal prestada à fl. 86, o autuante esclarece que, de fato, o levantamento efetuado ficou incorreto, devido a erros no processamento das planilhas de cálculo no decorrer da ação fiscal. Informa que procedeu às devidas correções, obtendo como resultado a alteração, para mais, dos valores devidos referentes à substituição tributária.

Informa que os novos valores encontram-se nos demonstrativos anexos, bem como novo CD, que passa a fazer parte deste PAF. Que as cópias dos demonstrativos e do mencionado CD serão fornecidas pela Inspetoria Fazendária ao defensor.

Por fim, ratifica o conteúdo do presente Auto de Infração, no que não foi expressamente alterado, e apresenta a expectativa de que a decisão seja favorável à fiscalização.

Intimado da informação fiscal, o defensor se manifestou às fls. 94 a 98. Alega que é após as informações prestadas pelo autuante, é inquestionável a nulidade do auto de infração, porque, se houve alteração para mais, a suposta diferença seria objeto de novo procedimento fiscal. Diz que não foi intimado pelo autuante de nova fiscalização, sequer lhe foi reaberto o prazo de defesa de 30 (trinta) dias, previsto no RPAF/BA vigente.

O defensor informa que não reconhece como devida a suposta diferença inherente à substituição tributária apurada pelo autuante, nem as demais infrações apuradas, ratificando, na íntegra os termos da defesa já produzida nos autos, acompanhada dos documentos a ela anexos, nos termos ali fundamentados, que reproduziu.

Por fim, o defensor ratifica os termos da defesa, pugnando pelo acolhimento das preliminares ali arguidas, sobretudo a de nulidade, e no mérito, pela total improcedência do Auto de Infração, pelas razões expostas e reafirmadas.

## VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas e acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal.

O defensor alegou que as exigências fiscais foram praticadas sem a devida fundamentação e que não foi intimado do início da ação fiscal, com total preterição ao direito de defesa. Disse que

a intimação foi entregue ao Contador da empresa, por isso, entende que o Termo de Intimação foi firmado por pessoa que não é preposto ou mesmo responsável pela empresa.

Quanto à alegação de falta fundamentação do Auto de Infração, observo que a fundamentação diz respeito ao direito e aos fatos. Quanto ao direito, foram indicados no Auto de Infração os dispositivos do RICMS/BA vigente à época dos fatos apurados, e isto significa que o referido Regulamento que instituiu a obrigação tributária, salientando-se que nos termos do art. 19 do RPAF/BA, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente. Quanto aos fatos, estes foram descritos de forma compreensível, foram elaborados demonstrativos, constando nos autos recibo assinado por representante do autuado, comprovando que foram fornecidas as cópias dos mencionados demonstrativos.

Em relação ao início da ação fiscal, consta à fl. 05 dos autos o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais assinado por Dennis Mauricio Silva Gomes, Contador do autuado, devidamente cadastrado, nesta condição, na Secretaria da Fazenda, conforme se constata às fls. 65 a 70 do PAF.

Vale salientar, que de acordo com o art. 3º, inciso III do RPAF/BA, preposto é “a pessoa que mantenha com o sujeito passivo vínculo empregatício ou contrato de prestação de serviço profissional continuado”. Neste caso, considerando que o Termo de Intimação à fl. 05 foi assinado por preposto do autuado, entendo que não houve qualquer irregularidade quanto à ciência pelo sujeito passivo em relação ao início da ação fiscal.

O autuante esclareceu na informação fiscal, que o autuado recebeu cópia do CD-ROM e teve acesso a todas as planilhas e demonstrativos que serviram de base para o cálculo do imposto devido, conforme atesta a declaração firmada à fl. 06 do PAF, constando a informação de que o referido CD foi acessado no momento da entrega e que foi constatado que nele estão registrados os documentos, em forma acessível e legível.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento

No mérito, o primeiro item do presente Auto de Infração refere-se à exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória, sendo apurado que o defensor forneceu arquivos magnéticos enviados pela internet através do Programa Validador/Sintegra, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas

O art. 683 do RICMS/97 estabelece a possibilidade de o contribuinte utilizar sistema eletrônico de processamento de dados, sendo que, as condições específicas quanto à manutenção e ao fornecimento do arquivo magnético estão disciplinadas no art. 686:

*“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”.*

Observo que o arquivo magnético é recebido e submetido a teste de consistência, e por isso, a legislação prevê que a sua recepção pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, conforme § 6º do art. 708-A do RICMS/BA.

*Art. 708-A. O contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar o arquivo de que trata este capítulo, referente ao movimento econômico de cada mês:*

...

*§ 6º A recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas.*

Em sua impugnação, o autuado não negou entrega dos arquivos magnéticos com omissão de dados, e não comprovou a entrega dos mencionados arquivos retificados, alegando que, de fato, houve erro na transmissão de dados pelo sistema do Contador, que acreditava estarem corretos os dados enviados, quando na realidade, os arquivos estavam zerados. Assegura que não houve qualquer prejuízo ao Estado, porque os lançamentos constam nos livros fiscais apresentados à fiscalização, restando provado que a infração relativa ao descumprimento de obrigação acessória, acaso praticada, foi sem dolo, fraude ou simulação e não implicou falta de recolhimento de tributo. Pede o cancelamento da multa, com base no art. 158 do RPAF/BA.

Não há dúvida de que o autuado entregou os arquivos magnéticos com inconsistências. Entretanto, não consta nos autos que o defensor tenha sido intimado a corrigir as omissões constatadas nos arquivos magnéticos.

Encontra-se à fl. 05 dos autos a intimação solicitando a entrega livros e documentos fiscais e contábeis, além de arquivos magnéticos relativos ao período de 01/01/2011 a 31/08/2012, tendo sido concedido o prazo de quarenta e oito horas, inexistindo nos autos qualquer outra intimação para retificação de arquivo magnético apresentado com omissão de dados. Portanto, em relação ao arquivo magnético, não foi estabelecido na intimação o prazo previsto no caput do art. 708-B do RICMS/BA.

O mencionado RICMS/97 estabelece que em caso de correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deve ser fornecida ao contribuinte, Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades, e o mesmo tem o prazo de trinta dias para corrigir o arquivo magnético, conforme os §§ 3º e 5º do art. 708-B do RICMS/BA, abaixo reproduzidos:

**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.*

O RICMS/2012 também prevê a necessidade de intimação para correção do arquivo magnético apresentado com inconsistência e fornecimento de Listagem Diagnóstico, conforme art. 261. §§ 2º e 4º, abaixo reproduzidos:

**Art. 261.**

...

*§ 2º Tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas.*

...

*§ 4º 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.*

Não foi observado o procedimento estabelecido na legislação tributária acima reproduzido, relativamente à Listagem Diagnóstico e concessão do prazo de trinta dias para correção dos arquivos magnéticos.

É nula a exigência fiscal decorrente da intimação efetuada sem requisito estabelecido na legislação, tendo sido efetuado o lançamento em desacordo com as normas que regem a matéria. Tal falha é insanável haja vista que não se trata de incorreção eventual, devido ao equívoco no procedimento fiscal, o que comprometeu a sua eficácia, implicando nulidade da autuação.

Assim concluo pela nulidade da primeira infração, por inobservância do devido processo legal, e represento à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas.

Infração 02: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior, enquadradas na substituição tributária, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos meses de janeiro a dezembro de 2011.

Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar.

O defensor alegou que grande parte das notas fiscais relacionadas encontra-se com o ICMS por antecipação devidamente recolhido, conforme DAEs e notas fiscais que acostou aos autos. Salienta que foram incluídas outras notas fiscais quando a mercadoria não está enquadrada na substituição tributária.

Considerando as inconsistências constatadas no levantamento fiscal e apontadas pelo autuado, o presente processo foi encaminhado em diligência por esta Junta de Julgamento Fiscal, tendo sido feitos os cálculos, conforme CD-R à fl. 89 do PAF, sendo informado pelo autuante que houve erro no processamento das planilhas de cálculo no decorrer da ação fiscal. Que procedeu às devidas correções, obtendo como resultado a alteração, para mais, dos valores devidos referentes à substituição tributária.

Na manifestação após a revisão efetuada pelo autuante, o defensor alegou que é inquestionável a nulidade do auto de infração, porque, se houve alteração para mais, a suposta diferença seria objeto de novo procedimento fiscal. Diz que não foi intimado pelo autuante de nova fiscalização, sequer lhe foi reaberto o prazo de defesa.

Conforme estabelece o art. 149, inciso VIII do Código Tributário Nacional, o lançamento efetuado pode ser revisto de ofício pela autoridade administrativa quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior. Neste caso, a deliberação para a realização de diligência fiscal acontece quando essa providência for necessária à convicção dos julgadores, podendo ser indeferida quando for dispensável em vista de outras provas produzidas nos autos.

No caso em exame, não houve novo procedimento fiscal com a lavratura de novo Auto de Infração, como alegou o defensor, haja vista que foi realizada revisão dos cálculos pelo autuante em razão dos equívocos constatados e alegados nas razões de defesa. O defensor recebeu cópia da nova informação fiscal e do CD contendo os novos cálculos, sendo concedido o prazo regulamentar para a sua manifestação, conforme intimação e Aviso de Recebimento às fls. 90/91 do PAF. Portanto, inexiste motivo para decidir pela nulidade deste item do Auto de Infração.

O defensor também alegou que não reconhece como devida a suposta diferença inerente à substituição tributária apurada pelo autuante, nem as demais infrações apuradas, ratificando, na íntegra os termos da defesa já produzida nos autos, acompanhada dos documentos a ela anexos.

Considerando que as alegações apresentadas na impugnação inicial foram objeto de apreciação e refazimento dos cálculos pelo autuante, e na manifestação do autuado não foram apresentados fatos ou documentos novos, não cabe a este órgão julgador promover a busca de outros elementos, haja vista que se trata de fatos e documentos que estão na posse do contribuinte.

Acato os novos demonstrativos elaborados pelo autuante em mídia eletrônica CD-R à fl. 89 dos autos. Entretanto, considerando que houve agravamento em virtude do aumento do valor do débito apurado, sendo vedado, no julgamento, majorar os valores originalmente lançados no Auto de Infração, neste caso, deve ser mantida a parcela relativa ao valor lançado originariamente, totalizando R\$10.474,53. Assim, concluo pela procedência deste item da autuação fiscal, no valor originalmente apurado, podendo ser renovado o procedimento fiscal para exigência do débito remanescente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299389.0003/12-0, lavrado contra **REGINA LÚCIA DE OLIVEIRA DIAS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$10.474,53**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de novembro de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA