

PROCESSO - A. I. Nº 120018.0101/12-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ASPERBRÁS BAHIA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0001-02/14
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 05/05/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0083-12/14

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. OMISSÃO DE OPERAÇÕES. MULTA. A evolução da legislação baiana, no que concerne a 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, escoimadas de 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 § 4º do art. 708-A do RICMS, sendo que o § 3º do art. 708-B prevê que o fisco intime o contribuinte para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, fornecendo-lhe, no ato da intimação, uma Listagem-Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, e o § 5º concede o prazo de 30 dias úteis para que o contribuinte corrija arquivo magnético apresentado com inconsistência. Neste caso, o contribuinte não foi intimado para fazer a correção das inconsistências, como prevê o § 3º do art. 708-B, nem lhe foi fornecida a Listagem-Diagnóstico a que alude aquele dispositivo regulamentar. É, portanto, nulo o procedimento, por inobservância do devido procedimento legal na condução da ação fiscal. Infração nula. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO. Excluídas parcelas impugnadas relativas a lançamentos em duplicidade. Reduzido o valor do débito. Acatada a retificação do lançamento por parte do autuado. Infração parcialmente procedente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, interposto pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, após julgamento pela Procedência em Parte do Auto de Infração, através do Acórdão JJF nº 001-02/14, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento de 02 infrações, sendo ambas objeto do Recurso de Ofício:

INFRAÇÃO 1: Forneceu arquivos magnéticos, enviados via internet através do programa Validador/Sintegra, 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 de serviços realizadas no

estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas, nos meses de fevereiro, agosto e setembro de 2008, abril, julho, outubro, novembro e dezembro de 2009. Multa formal de 5% sobre o valor comercial das mercadorias, R\$139.592,54.

INFRAÇÃO 2: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a outubro e dezembro de 2008, janeiro e março a dezembro de 2009, no valor de R\$11.480,92. Multa proposta de 60% sobre o valor do imposto.

A Junta de Julgamento decidiu a lide com fundamento do voto a seguir reproduzido:

"Quanto à Infração 01, noto que o autuante descreveu a conduta infratora como sendo "fornecer arquivo magnético ... com omissão de operações ou prestações ...", tendo capitulado a multa no art. 42, inciso XIII-A, alínea "i" da Lei 7.014/96, conforme folha 01 do presente processo.

A impugnante contestou a prática da conduta que lhe foi atribuída, tendo feito referência expressa ao fato de que não houve omissão de operações ou prestações, conforme folha 17, cujo trecho reproduzo abaixo, in verbis:

"Salientamos que as informações prestadas nos Livros de Apurações e DMAs estão corretas, e que não houve transações "com omissão de operações ou prestações", nem tão pouco, ocorreram operações que pudessem alterar o valor do imposto."

Noutro trecho de sua impugnação, o autuado pleiteia a aplicação do dispositivo regulamentar relativo a arquivos magnéticos com inconsistência, no lugar daquele atinente às omissões, conforme pode ser depreendido do trecho reproduzido abaixo.

"De acordo com o Artigo 261, § 4º do RICMS, 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, e conforme o § 2º, tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas (grifos acrescidos)."

A leitura da impugnação não deixa dúvidas, portanto, de que há uma divergência no enquadramento da conduta objeto da presente autuação, tendo a autuante tratado o fato como sendo uma "omissão de operações", enquanto que o autuado entende tratar-se de "inconsistência das informações".

A superação dessa questão faz toda a diferença no trato da conduta autuada, pois a depender daquilo que venha a ser constatado, muda o tratamento normativo e, conseqüentemente, os efeitos jurídicos daí advindos.

Pois bem, compulsando os autos em busca da adequada interpretação a ser dada aos fatos aqui narrados, é possível constatar que os elementos de prova que dão respaldo ao lançamento (relativamente à infração 01) encontram-se traduzidos no Demonstrativo "DADOS DIVERGENTES EM ARQUIVO MAGNÉTICO" (folha 07).

No demonstrativo citado, a autuante construiu uma planilha em que compara o valor total das saídas no RAICMS com o seu correspondente nos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte, mês a mês, conforme colunas (A) e (B) da folha citada.

O próprio título atribuído à planilha pela autuante ("DADOS DIVERGENTES EM ARQUIVO MAGNÉTICO") é revelador de que o seu conteúdo traz elementos de divergência, contrariamente ao enquadramento que foi dado à infração pela autoridade fiscal.

Em contradição ao título dado à tabela (conforme citado), há referências a notas fiscais não lançadas em arquivo magnético no subtítulo, cujos termos reproduzo abaixo, in verbis:

"Relativos a Notas Fiscais de Entradas e Saídas de Mercadorias não lançadas em AM, apuradas mediante confronto com informações do SINTEGRA e Livros Registro de Entradas e de Apuração do ICMS"

Ora, em que pese essa breve referência a "omissões em arquivos magnéticos", não é essa a conclusão a que se chega ao analisar o demonstrativo em comento, bem como a metodologia adotada para se apurar a infração.

De fato, analisando os dados relativos aos meses de set/08, jul/09, set/09, out/09, nov/09 e dez/09 é possível perceber que os valores registrados nos arquivos magnéticos se apresentam superiores àqueles lançados no RAICMS, conforme se pode constatar à folha 07 já citada, cujas únicas exceções a essa regra ocorrem nos meses de fev/09 e abr/09.

Tal circunstância é reveladora de que não há omissão nos arquivos citados, mas sim divergência, ao menos essa é a conclusão a que se chega, na ausência de mais elementos que possam, inclusive, identificar os documentos fiscais omitidos dos arquivos.

A própria metodologia adotada não propicia à autuante identificar tais documentos, uma vez que a comparação foi feita de forma global, extraindo-se como resultado apenas as divergências entre os valores totais.

Visando dirimir dúvidas, relativamente à aplicação da multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “i” da Lei 7.014/96 (cujas regras foram reproduzidas no art. 915, XIII-A, “i” do RICMS, vigente à época da lavratura do presente Auto de Infração), a Diretoria de Planejamento Fiscal (DPF), da Superintendência de Administração Tributária (SAT) expediu a Orientação Gerencial OG-GEAFI-FISC-003/2005, por intermédio da Gerência de Automação Fiscal (GEAFI).

No instrumento normativo citado, deu-se orientação no sentido de que a fiscalização adotasse atitudes distintas para cada uma das duas condutas previstas na mesma alínea “i” citada: “divergência” ou “omissão”.

De fato, o item “i” da OG-GEAFI-FISC-003/2005 disciplina o tratamento fiscal da forma a seguir:

“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) (grifos acrescidos).”

Analizando o item 1.1 da Orientação em destaque, conclui-se que somente pode ser tratada como “omissão de informações” quando for possível identificar a ausência (nos arquivos magnéticos) de informações individualizadas, relativas a um ou alguns documentos fiscais.

É importante notar, contudo, que não houve, por parte da autuante, a comparação individualizada dos registros fiscais, mas a sua análise global, conforme se pode extrair da leitura do demonstrativo “DADOS DIVERGENTES EM ARQUIVO MAGNÉTICO”, já citado.

Não é possível, por isso, identificar se houve omissão de registro de documentos fiscais relativos a operações contratadas pela empresa Asperbrás Bahia Ltda, não sendo, por conseguinte, adequado dispensar, à conduta infratora, tratamento de “omissão de informações”. Assiste, portanto, razão à autuada quando trata a conduta infratora como “divergência”, em lugar da suposta “omissão” de operações.

A constatação da divergência remete à aplicação do § 5º do art. 708-B do RICMS/97, vigente à época da lavratura do presente Auto de Infração, cujo teor vai reproduzido a seguir, 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.

...

§ 5º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência (grifo acrescido), devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente a retificação total de arquivo.

...

O dispositivo regulamentar acima reproduzido impõe, como se pode ver, a concessão de um prazo de 30 dias, ao contribuinte, para que seja feita a correção do arquivo magnético. Tal regra foi reproduzida no item “4” da OG-GEAFI-FISC-003/2005 acima citada, a qual prevê a expedição de uma intimação específica, concedendo o prazo de trinta dias para correção dos arquivos, conforme norma abaixo reproduzida.

“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):

...

4.2 – tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, o agente fiscal responsável pela intimação deverá anexar a listagem diagnóstica 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; (grifos acrescidos)”

Esse é o entendimento reiterado desta JJF, cuja jurisprudência recente não dá margens a outra leitura da legislação, conforme ementas dos Acórdãos JJF nº 0227-02/13 e JJF nº 0237-02/13, abaixo reproduzidas.

“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. Rejeitos 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.”

“2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0237-02/13

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. RAICMS. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Infração não impugnada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES ITERESTADUAIS. a) BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. a) BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Infrações não elididas. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. EXIBIÇÃO INCOMPLETA E EM PADRÃO DIFERENTE DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. INFORMAÇÕES COM DADOS DIVERGENTES ENTRE O SINTEGRA E OS LIVROS FISCAIS. De acordo com o RICMS/97 sendo constatadas inconsistências no arquivo magnético do SINTEGRA, deve ser concedido o prazo de trinta dias para as devidas correções. Apesar de não ter sido cumprido o devido processo legal, com a intimação e apresentação das listagens diagnósticos para regularização no prazo de 30 (trinta) dias, porém, considerando que o autuado comprovou ter regularizado o arquivo magnético não subsiste a autuação.. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.”

Outra não é a jurisprudência da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal, conforme pode ser comprovado pela ementas dos Acórdãos CJF nº 0041-13/13 e CJF nº 0066-13/13, abaixo:

“3a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0041-13/13

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. EXIBIÇÃO INCOMPLETA E EM PADRÃO DIFERENTE DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. FALTA DE INFORMAÇÃO DOS REGISTROS TIPO 54, 60R, 74 e 75. MULTA. De acordo com o RICMS/97 sendo constatadas inconsistências no arquivo magnético do SINTEGRA, deve ser concedido o prazo de trinta dias para as devidas correções. Infração subsistente, tendo em vista que foi devidamente cumprido o devido processo legal com a intimação e apresentação das listagens diagnósticos para regularização no prazo de 30 (trinta) dias, não sendo atendido no prazo estipulado. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”

“3a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0066-13/13

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. EXIBIÇÃO INCOMPLETA E EM PADRÃO DIFERENTE DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. a) FALTA DE APRESENTAÇÃO. b) APRESENTAÇÃO COM INCONSISTÊNCIAS. MULTA. De acordo com o RICMS/BA, o contribuinte que utiliza escrituração por sistema de processamento de dados está obrigado a apresentar mensalmente à SEFAZ arquivo magnético com registro fiscal de suas operações e, quando devidamente intimado, tem prazo de trinta dias para corrigir as inconsistências apontadas em relatório diagnóstico, estando prevista na legislação do ICMS a aplicação da multa de 1% sobre o valor das operações de saídas realizadas pelo contribuinte, em razão da falta de apresentação dos arquivos magnéticos. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”

As 1ª e 2ª Câmaras de Julgamento Fiscal possuem jurisprudência que aponta nesse mesmo sentido, conforme a seguir:

*“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº*

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Infração caracterizada 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM DADOS DIVERGENTES DOS DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. A constatação de informações com omissão de operações nos arquivos magnéticos, em relação às registradas no livro de entradas, caracteriza a infração prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “f”, posteriormente, alínea “i” (Lei nº 10.847, efeito a partir de 28/11/07). A intimação feita ao sujeito passivo com equívoco compromete de vício insanável a exigência fiscal. Infração Nula. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Multas de 1% e 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Autuado elide parcialmente as infrações. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Decisão não unânime. Recurso Voluntário NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”

*“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0096-11/13*

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA ANULANDO ESTE ITEM DA AUTUAÇÃO. NOVA DECISÃO. A multa por entrega de arquivos magnéticos com inconsistência legitima-se com uma única intimação do sujeito passivo para, no prazo de 30 (trinta) dias, corrigir os equívocos apontados, devendo ser fornecida pelo autuante, nessa hipótese, a listagem diagnóstico. Afastada a nulidade decretada pela Junta de Julgamento Fiscal. Devolvam-se os autos à Primeira Instância para novo julgamento. Recurso de Ofício PROVIDO. Considerar PREJUDICADO a análise do Recurso Voluntário. Decisão unânime.”

*“2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0074-12/13*

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTA. Comprovada a falta de entrega dos arquivos, com o saneamento das inconsistências verificadas, ocasião em que houve o fornecimento da listagem Diagnóstico, nos termos da legislação. Neste caso, correta a aplicação da multa prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96. Corrigida a data de ocorrência para o 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. Não acolhidas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.”

Assim, da leitura dos dispositivos normativos acima reproduzidos, e acompanhando o entendimento firmado por remansosa jurisprudência, é forçoso concluir que deveria ter sido expedida uma intimação específica ao contribuinte, concedendo-lhe um prazo de trinta dias úteis para correção dos arquivos.

Examinando as provas acostadas aos autos, constata-se que a única intimação expedida pela autuante é aquela acostada à folha 06, cujo título é “1ª INTIMAÇÃO FISCAL”, a qual não faz qualquer menção a arquivos magnéticos. Não houve, muito menos, a entrega da listagem diagnóstico prevista na orientação gerencial citada.

Entendo, por isso, que a autuante incorreu em erro in procedendo, ao não conceder, previamente um prazo para as correções, além de ter deixado de enviar a listagem diagnóstico prevista na norma.

Em consequência, julgo nula a infração 01.

Quanto à infração 02, constato que os demonstrativos de débito elaborados, bem como os documentos acostados ao presente processo pela autoridade fiscal (folhas 08 a 11), evidenciam, com clareza, a ocorrência do descumprimento de obrigação principal por parte do estabelecimento autuado, em decorrência da ausência do pagamento do ICMS relativo à diferença de alíquotas.

Para tal, o autuante fez a identificação dos documentos fiscais caracterizadores das infrações apontadas, além da data do fato, tudo devidamente acompanhado das quantidades e valores das respectivas bases de cálculo. Demonstrou, ademais, os cálculos empreendidos para obtenção do quantum debeatur.

Desincumbiu-se, assim, do seu ônus probatório naquilo que se refere aos elementos reveladores da ocorrência do fato gerador da obrigação principal, constitutivo do seu direito de exercer legitimamente a prerrogativa do cargo, traduzida no lançamento do crédito tributário.

A impugnante se insurgiu apenas em relação aos valores de R\$434,58, em out/2008, e R\$32,50, em jul/2009, tendo concordado com os demais valores, conforme folha 19.

A autuante acatou a impugnação neste ponto, tendo refeito o demonstrativo de débito, excluindo tais valores, conforme folha 42.

Ao ser intimada acerca da informação fiscal (folha 44), o autuado manifestou-se à folha 49, concordando com os seus termos, relativamente à infração 02 e informando que procedeu ao recolhimento, conforme comprovantes às folhas 53 e 54.

Assim, deixa de haver questão controversa, a ser sanada por esta junta.

Diante do exposto, voto pela procedência parcial da infração 02, conforme detalhamento abaixo:"

Em atendimento ao disposto no artigo 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

VOTO

A acusação fiscal referente a infração 1 encontra-se descrita da seguinte forma: "Forneceu arquivos magnéticos, enviados via internet através do programa Validador/Sintegra, 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 de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas.

A multa aplicada foi embasada no artigo 42, inciso XII-A, alínea "i", da Lei nº 7014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07 que prevê o percentual de "5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informados com dados divergentes dos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) 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 ou sobre o valor das divergências, conforme o caso".

Ocorre que de acordo com o demonstrativo elaborado pela autuante à fl. 07, fica caracterizado que se trata de entrega de arquivos com inconsistências, equivalente à falta de entrega, já que foram encontradas "divergências" entre os valores registrados nos arquivos magnéticos e os valores lançados no livro RAICMS.

Neste caso, o sujeito passivo deveria ser intimado para regularização das inconsistências, no prazo de 30 dias, ocasião em que deveria ser anexada a listagem diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas (§ 3º e 5º do art. 708-B do RICMS) e a penalidade a ser aplicada, caso não fossem sanadas as irregularidades, de acordo como artigo 42, inciso XIII-A, alínea "j" da Lei nº 7014/96 seria de 1% sobre o valor das operações ou prestações realizadas no mês em que ocorreu a irregularidade, e não o percentual de 5% como foi lançado no presente Auto de Infração.

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

XIII-A nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

(...)

j) R\$1.380 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débito ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1%

Logo, no presente lançamento de ofício, verifica-se que os equívocos constatados na exigência fiscal importam na insegurança do débito exigido, por desconformidade entre os fatos apurados o enquadramento legal e o cálculo da penalidade, bem como o cerceamento do direito de defesa, caracterizando nulidade insanável, nos precisos termos do art. 18, IV, "a", do RPAF/BA. Correta, portanto, a Decisão da JJF em julgar nula esta infração.

A infração 2, onde se exige o imposto, em razão da falta de recolhimento do ICMS decorrente da

diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação e destinadas a consumo do estabelecimento foi julgada pela JJF parcialmente procedente, uma vez que os julgadores entenderam que ficaram comprovados os equívocos da fiscalização apontados pelo sujeito passivo em relação aos valores de R\$434,58, em outubro/2008, e R\$32,50 em julho/2008.

Concordo com a Decisão exarada pela 1ª Instância tendo em vista que no mês de outubro/2008 foi exigido em duplicidade àquele valor e no mês de julho/2009 foi calculado indevidamente o valor referente a Nota Fiscal nº 80 pois foi apurado uma diferença de alíquota no valor de R\$65,00 quando o correto seria R\$32,50, conforme se verifica nos papéis de trabalho à fl. 09 e 10. Fatos inclusive reconhecidos pelo próprio fiscal autuante, ao prestar a Informação Fiscal.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **120018.0101/12-7**, lavrado contra **ASPERBRÁS BAHIA LTDA**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.013,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de abril de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS