

**PROCESSO** - A. I. N° 130076.0005/12-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - MATERCOL CONSTRUÇÃO E AGRICULTURA LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0004-03/14  
**ORIGEM** - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS  
**INTERNET** - 28/07/2014

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0179-12/14

**EMENTA:** ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Refeitos os cálculos mediante revisão efetuada pela autuante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. 2. ARQUIVO MAGNÉTICO. a) ENTREGA DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS COM OMISSÃO DE DADOS. b) INFORMAÇÕES PRESTADAS ATRAVÉS DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS COM DADOS DIVERGENTES DOS CONSTANTES NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Ficou demonstrado nos autos que o contribuinte foi intimado, no prazo de cinco dias para retificação de arquivo com omissão e dados divergentes. 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. É nulo o procedimento, por inobservância do devido procedimento legal na condução da ação fiscal. Infração nula. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto da relatora. Decisão não unânime.

### RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0004-03/14, ter desonerado em parte o sujeito passivo do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, § 2º, do RPAF/BA.

O Auto de Infração foi lavrado em 28/09/2012 para exigir o ICMS no valor total de R\$222.974,45 em razão do cometimento de cinco irregularidades à legislação tributária deste Estado. No entanto, somente faz parte do Recurso de Ofício as infrações 1, 2 e 3 que são as seguintes:

**INFRAÇÃO 1:** Omissão de saída de mercadoria tributada, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no período de janeiro de 2009 a novembro de 2011. Valor do débito: R\$175.821,10. Multa de 100%.

**INFRAÇÃO 2:** Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, 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, nos meses de agosto de 2009; janeiro, abril, agosto a outubro de 2011. Refere-se a omissões de dados informados nos diversos registros do SINTEGRA nos arquivos magnéticos apresentados, considerando de que o contribuinte foi regularmente intimado. Valor do débito: R\$24.479,68.

INFRAÇÃO 3: Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, 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 divergentes. Refere-se a divergências de dados informados nos confrontos entre as DMA e os registros SINTEGRA. Valor do débito: R\$21.926,06.

A empresa apresenta impugnação (fls. 582/ a 601 dos autos).

Em relação à infração 1, alega que o autuante não efetuou o levantamento das vendas registradas em todos os ECFs, ou mesmo, vendas feitas através de notas fiscais de vendas, conforme comentou. Como prova do alegado, junta aos autos cópia do livro Registro de Apuração do ICMS, declaração do contador, indicando, mês a mês, as vendas realizadas, cópias de notas fiscais dos meses de janeiro e fevereiro de 2010, DAE, livros Registro de Saídas dos anos 2009, 2010 e 2011, além da DMA.

Argumenta de que não existe imposição legal que obrigue o contribuinte a expedir nota fiscal no valor do cartão, inclusive situação contrária à realidade comercial.

Citando decisões dos Conselhos de Contribuintes e Tribunais Administrativos de outros estados, afirma que os documentos fiscais que foram acostados aos autos sequer foram analisados pelo autuante, o que desaguava na nulidade do Auto de Infração com base no art. 112, do CTN.

Informa, ainda, que a fiscalização ao aplicar o roteiro de auditoria de estoque, não encontrou qualquer diferença nos seus estoques, concluindo, assim, não ser legal a presunção imputada de omissão de operações tributadas e que o fisco não esgotou os meios de apuração para saber se poderia ou não realizar o lançamento levado a efeito.

Alega, também, que como realiza operações comerciais com mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, se conclui que o fisco está a exigir duas vezes o mesmo tributo sobre o mesmo fato gerador, o que caracteriza, de uma só vez, *bis in idem* e confisco.

Quanto às infrações 2 e 3, informa que entendeu por recolher parcialmente o débito imputado. Sendo assim, requer a juntada dos DAEs de recolhimento parcial das referidas infrações. Quanto à diferença entre o valor recolhido e o exigido no auto, requer juntada da cópia da DMA e do SINTEGRA, de forma a comprovar a ausência da infração.

Requer a realização de diligências ou perícia fiscal, a fim de que seja respondida à quesitação formulada (não apresentada) e a improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal (fl. 4721) informando de que havia utilizado os 05 ECFs, e que ele contabiliza nas cinco máquinas, uma de cada vez, um ou outro lançamento de vendas com Cartão, conforme demonstrativos as fls. 17 a 21; 24 a 27 e 30 a 33, coincidentemente com os mapas Resumo de ECF e cópias das Reduções “Z”, da próprio autuado, conforme fls. de 823 a 2.692 (vols. 03 a 07).

Quanto as cópias das notas fiscais de dois meses (Jan e Fev) apresentadas, ressalta de que nelas não consta nenhuma referência, destaque ou carimbo com as indicações corretas, das operações com Cartões de Crédito e ou Débito. Diz, ainda, de que os demonstrativos analíticos do autuado não conferem veracidade aos fatos registrados nas REDUÇÕES “Z”, conforme fls. 614 a 2.692 (Volumes 03 a 07).

Em relação ao argumento de que houve cobrança em duplicidade, as planilhas comparativas de vendas por meio de Cartão de Crédito/Débito (fls. 15/16; 22/23 e 28/29) demonstram a proporcionalidade dos valores lançados a título de mercadorias tributáveis.

Salienta que o débito apurado nas infrações 2, 3, 4 e 5 foi reconhecido pelo defendente.

Pede a procedência do presente Auto de Infração.

Considerando as alegações defensivas, a 3ª JF encaminhou os autos ao autuante para que, diante da documentação acostada aos autos, fosse toda ela analisada (fl. 4728/4729).

O autuante informa (fl. 10.761) que após intimado, o autuado entregou os documentos solicitados os quais embasaram os novos demonstrativos mensais, acostados ao PAF, com as exclusões referentes às vendas com Cartão de Crédito/Débito e respectivas Notas Fiscais e/ou Cupons Fiscais ECF, sendo mantidos os valores referentes aos documentos que não coincidem com esse meio de pagamento. Conclui que o crédito tributário foi devidamente corrigido, inclusive já reconhecido o índice de proporcionalidade, nas planilhas TEF (fls. 16, 23 e 29). Informa, ainda, de que o impugnante à época dos fatos geradores recolhia o imposto pelo regime norma de apuração.

O autuado foi intimado (fls. 11265/11266) sobre a diligência realizada, constando na própria intimação assinatura de representante do autuado, comprovando o recebimento dos documentos referentes à mencionada diligência.

Decorrido o prazo concedido, o defendente não apresentou qualquer manifestação.

Consta às fls. 11269/11272 extrato do Sistema SIGAT referente ao pagamento das infrações 4 e 5.

A 3ª JF prola a seguinte Decisão em relação as infrações ora em questão, após rejeitar as arguições de nulidade trazidas pela defesa:

[...]

*No mérito, o primeiro item do presente Auto de Infração se refere à exigência de ICMS em razão da omissão de saídas de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, no período de janeiro de 2009 a novembro de 2011.*

*Foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, e tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96.*

*Trata-se de exigência de imposto por presunção legal, o que pode ser elidido pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, cabe ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, tendo sido entregue ao sujeito passivo cópia do Relatório Diário por Operação TEF, o que possibilitou fazer o confronto dos valores obtidos nas reduções “Z” e notas fiscais de vendas com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito.*

*O defendente alegou que o autuante não efetuou o levantamento das vendas registradas em todas as ECFs, ou mesmo, vendas feitas através de notas fiscais de vendas. Disse que nem todas as ECFs foram incluídas no levantamento fiscal, afirmando que de acordo com a planilha denominada “comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito”, confeccionada pelo autuante, o total de venda com cartão constante redução “Z” foi no valor de R\$507.338,10, e esse valor não representa nem mesmo 10% (dez por cento) do total das operações do defendente.*

*Às fls. 4728/4729 dos autos esta 3ª JF converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem, solicitando que o autuante elaborasse novos demonstrativos, computando os documentos comprobatórios das vendas efetuadas com cartões de débito ou de crédito no período fiscalizado.*

*Em atendimento, o autuante anexou aos autos novos demonstrativos, com esclarecimentos de que foram consideradas as comprovações por meio de Notas Fiscais e/ou ECF/Cupons Fiscais, com valores coincidentes com os meios de pagamento em Cartão de Crédito/Débito. O crédito tributário foi devidamente corrigido, inclusive já reconhecido o índice de proporcionalidade, nas planilhas TEF (fls. 16, 23 e 29) e feito novamente, conforme papéis de trabalho que acostou aos autos.*

*Vale salientar, que às fls. 11265/11266 do PAF, o autuado foi intimado da informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados aos autos pelo autuante, constando assinatura de representante do autuado, comprovando que foi recebida a intimação acompanhada dos mencionados documentos. Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou.*

*Em relação ao argumento defensivo de que uma grande quantidade de vendas efetuadas por meio de Notas Fiscais não foi considerada pela autuante, observo que nos novos demonstrativos elaborados pela autuante, quando da diligência fiscal, foram consideradas as Notas Fiscais e os Cupons Fiscais comprovados pelo defendente.*

*Acato os novos demonstrativos do autuante e concluo pela procedência parcial deste item da autuação, no valor total de R\$145.675,64, de acordo com os demonstrativos às fls. 10763 (2009 – R\$81.186,02), 10765 (2010 –*

R\$61.029,89) e 10767 (2011 – R\$3.459,71).

*Infração 02: Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, 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, nos meses de agosto de 2009; janeiro, abril, agosto a outubro de 2011.*

*Infração 03: Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requerido mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, 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 divergentes, nos meses de fevereiro, maio, julho, setembro e novembro de 2009; janeiro a dezembro de 2010; fevereiro, março, maio, junho, julho, novembro e dezembro de 2011.*

*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.*

*No caso em exame, após a constatação das inconsistências, o contribuinte foi intimado a apresentar os arquivos com a necessária correção, no prazo de cinco dias, tendo sido indicadas as irregularidades encontradas, nas intimações às fls. 35/36 do PAF.*

*Como se trata de exigência de multa em decorrência de fornecimento de arquivos magnéticos com omissão de dados relativos a operações ou prestações e dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, a apresentação de cópias da DMA e do SINTEGRA, não comprova as irregularidades apontadas.*

*Encontra-se às fls. 35/36 dos autos intimações solicitando a entrega de arquivos magnéticos relativos aos exercícios de 2009, 2010 e 2011, tendo sido concedido o prazo de cinco dias, inexistindo nos autos qualquer outra intimação para retificação de arquivo magnético apresentado com omissão e divergências de dados.*

*O 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.*

*Apesar de o autuado ter informado que acatou estas infrações e não ter atendido qualquer intimação, também não foi observado o procedimento estabelecido nos §§ 3º e 5º do art. 708-B do RICMS/BA, acima reproduzidos, relativamente à 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 das infrações 02 e 03, por inobservância do devido processo legal, e represento à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas.*

[...]

*Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos.*

[...]

A JJF recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal 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.

O contribuinte foi intimado da Decisão da JJF, recendo a sua cientificação em 18/02/2014, através do Ofício nº 0011/14 que foi expedito tanto para a empresa autuado, quanto para a Sra. Isabel Oliveira Andrade, sua sócia (fls. 11.287/11.290).

O Ofício nº 052/14 expedito tanto para a empresa autuado, quanto para a Sra. Isabel Oliveira

Andrade, sua sócia, informa ao autuado de que seu Recurso Voluntário foi considerado intempestivo já que apresentado em 11/03/2014 (fls. 11.287/11.290).

### VOTO VENCIDO

A infração 1 motivadora do Recurso de Ofício apresentado trata da exigência do ICMS pela presunção de omissões de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, tendo em vista declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações das instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e/ou débito, conforme previsão contida no artigo 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96.

Diante da farta documentação trazida pelo impugnante e diante de suas razões de defesa, a JJF encaminhou os autos em diligência para que o autuante tomasse as seguintes providências:

- 1. Intimasse o autuado para apresentar demonstrativo referente aos boletos das operações com cartões de crédito ou de débito e correspondentes Notas Fiscais ou Cupons Fiscais emitidos.*
- 2. Confrontasse o demonstrativo do item 01 com os documentos originais do autuado, fazendo as exclusões em relação aos documentos apresentados pelo defendente, que comprovassem a efetiva existência de documentação fiscal correspondente à venda efetuada com cartão de crédito ou de débito, de acordo com as respectivas datas e valores.*
- 3. Considerando que nas notas fiscais não há campo específico para indicar a forma de pagamento e, sendo apresentado o demonstrativo do item 01, que fosse confrontado o demonstrativo apresentado com os documentos originais do autuado, fazendo as exclusões em relação aos documentos do defendente que comprovassem a efetiva existência de documentação fiscal correspondente à venda efetuada com cartão de crédito ou de débito, de acordo com as respectivas datas e valores.*
- 4. Como se trata de contribuinte inscrito no Simples Nacional, neste caso, foi solicitado que o levantamento fiscal fosse efetuado apurando mês a mês, no AUDIG, os movimentos de numerários, calculando a Receita Real comparando com a receita informada pelo contribuinte no PGDAS.*
- 5. Que fossem elaborados os demonstrativos de acordo com o roteiro de Auditoria AUDIG, com base nos documentos fiscais originais comprobatórios das alegações defensivas, excluindo do levantamento fiscal os valores efetivamente comprovados*
- 6. Elaborasse novo demonstrativo indicando o débito remanescente.*

O autuante cumpriu tudo o quanto foi solicitado e informou que a empresa, quando da ocorrência dos fatos geradores apurava o imposto pelo regime normal. Ressaltou, ainda, que a proporcionalidade sobre as mercadorias enquadradas no regime da substituição/antecipação tributária e/ou isenta desde a peça inicial já havia sido realizada.

Chamado para tomar conhecimento do saneamento efetuado, o impugnante não se manifestou, o que levou os julgadores de 1ª Grau a acatarem os valores apresentados pelo próprio autuante, já que baseados em provas materiais trazida aos autos pela empresa.

Em assim sendo, somente posso alinhar-me à Decisão recorrida e a mantenho em sua totalidade.

As infrações 2 e 3 são as seguintes:

Infração 2: Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, 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 autuante ao analisar os arquivos magnéticos enviados pela empresa à esta SEFAZ, constatou que nos meses de agosto de 2009, janeiro, abril, agosto, setembro e outubro de 2011, o Registro 54 foi enviado sem qualquer informação (“zerado”) – fls. 38/44 dos autos, ou seja houve omissões de dados.

Infração 3: Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, 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 divergentes.

Neste caso, o fisco constatou que nos meses de janeiro, maio, julho, setembro e novembro de 2009, de janeiro a dezembro de 2010 e em fevereiro, março, maio a julho, novembro e dezembro de 2011 o contribuinte havia apresentado seus arquivos magnéticos com divergências de dados informados nos confrontos entre as DMA e os registros SINTEGRA.

Em 26/07/2012 apresentou uma intimação a empresa constatando tais divergências, relativas as duas infrações e para os exercícios de 2009, 2010 e 2011, inclusive anexando listagem diagnóstica. Deu prazo de cinco dias para apresentação e saneamento das divergências (fl. 35).

Em 03/09/2012, renovou esta intimação, porém para os exercícios de 2009 e 2011. Nesta intimação ainda pontuou que o arquivo magnético relativo ao mês de fevereiro de 2009 não fora transmitido. Deu prazo de cinco dias para apresentação e saneamento das divergências (fl. 36).

A empresa não cumpriu as intimações feitas.

Para deslinde da matéria ora posta, necessário se ater á legislação vigente, ou seja, ao RICMS/12 (Decreto nº 13.780/12) já que estamos a falar de descumprimento de obrigação acessória.

*Art. 261. Sempre que for intimado, o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata esta seção, 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.*

*§ 1º Por acesso imediato entende-se, inclusive, o fornecimento dos Recursos e informações necessários para verificação e/ou extração de quaisquer dados, tais como senhas, manuais de aplicativos e sistemas operacionais e formas de desbloqueio de áreas de disco.*

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

*§ 3º O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet, devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria, quando for o caso.*

*§ 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.*

*§ 5º O prazo previsto no § 4º deste artigo poderá ser prorrogado por igual período pelo inspetor fazendário, mediante despacho fundamentado.*

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

Diante de tudo exposto e da legislação posta, no presente lançamento fiscal temos duas situações distintas. A primeira relativa à infração 2 que foi a falta de informações do Registro 54 nos arquivos magnéticos transmitidos e a segunda, infração 3, as inconsistências detectadas entre os dados apresentados nos arquivos magnéticos e a escrituração fiscal do impugnante.

Em assim sendo, embora correta a Decisão da JJF em relação á infração 3, pois o prazo, na situação dos autos, a ser concedido ao contribuinte é de trinta dias, não posso com ela me alinhar em relação à infração 2, que tratou da não informação de qualquer dado no Registro 54 dos arquivos magnéticos e não de inconsistências detectadas. Não se podem detectar inconsistências onde não há registros.

Portanto aqui se impõe aplicar as determinações do § 6º do art. 262, do RICMS/12 acima transcritas, já que é ele claro e expresso ao dispor que a entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de cinco dias fora das especificações e requisitos previstos no Conv. 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. E no caso, nem entrega houve.

Por tudo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício interposto mantendo inalteradas as infrações 1 e 3 e reformando a Decisão recorrida em relação a infração 2 para julgá-la procedente no valor de R\$24.479,68. Solicita-se ao órgão competente desta Secretaria de Fazenda a homologação dos valores efetivamente recolhidos.

## VOTO VENCEDOR

Peço vênia para discordar da Decisão da N. Relatora, apenas no que concerne à Infração 02. No que se refere ao prazo concedido, me alinho ao seu entendimento de que nos termos do do § 6º do art. 262, do RICMS/12 acima transcritas, o prazo seria de 5 dias úteis, e não de 30 dias conforme entendimento da JJF.

Entretanto, da análise das intimações de fls. 35 e 36 não posso deixar de ressaltar que, a meu ver, as mesmas são completamente nulas. Isto porque, da sua análise não é possível constatar com segurança para que o contribuinte fora intimado, uma vez que apenas consta genericamente em texto padrão a intimação para apresentação de arquivos sem detalhar quais ou de qual período.

Por sua vez, a análise das fls. 37 a 44, que supostamente teriam sido entregues ao contribuinte e detalhariam as informações verificadas, constato que, além de nas mesmas não constar recebimento do contribuinte, o referido relatório foi impresso em 02 de outubro de 2012, quando as intimações são datadas de 26/07/12 e 03/09/12.

Desta feita, não é lógico pensar que, em que pese as intimações não detalhem os arquivos solicitados, que o contribuinte tenha recebido cópia de relatórios produzidos em data posteriores referidas intimações.

Assim, entendo que não há validade nas referidas intimações, razão pela qual voto pela manutenção integral da Decisão de piso, e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **130076.0005/12-0**, lavrado contra **MATERCOL CONSTRUÇÃO E AGRICULTURA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$146.423,25**, acrescido das multas de 60% sobre R\$747,61 e 70% sobre R\$96.941,95 e 100% sobre R\$48.733,69, previstas no art. 42, incisos III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos. Recomenda-se que seja renovado o procedimento fiscal em relação aos itens julgados nulos.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros(as): Daniel Ribeiro Silva, Denise Mara Andrade Barbosa e Rodrigo Lauande Pimentel.

VOTO VENCIDO - Conselheiros(as): Mônica Maria Roters e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA/VOTO VENCIDO

DANIEL RIBEIRO SILVA - VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS