

A. I. Nº - 124274.0173/13-1
AUTUADO - BRASFRUT FRUTOS DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - VICENTE AUGUSTO FONTES SANTOS
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 21/07/2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0114-05/14

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 reconhecida. 2. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA. a) OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE SAÍDA PARA PESSOA CONSIDERADA NÃO CONTRIBUINTE.** Estando o destinatário localizado em outro Estado e não sendo contribuinte do ICMS, a alíquota aplicável é a prevista para as operações internas. **Infração reconhecida. b) APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7% EM VEZ DE 17%.** Contribuintes se enquadravam no SIMPLES NACIONAL, razão pela qual o autuante confirma a improcedência. **Infração 3 improcedente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO.** Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. **Infração reconhecida. 4. BASE DE CÁLCULO. DESCONTO CONCEDIDO NAS VENDAS A MICRO EMPRESAS EFETUADO A MENOS.** **Infração reconhecida. 5. OPERAÇÕES COM ARMAZÉM GERAL EM OUTROS ESTADOS. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS.** **Infração reconhecida. 6. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO.** **Infração reconhecida. 7. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DO ESTABELECIMENTO PARA CONTRIBUINTE NÃO INSCRITOS. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO.** O autuante constatou que houve realmente vendas para entidades de classes, fundações, hospitais etc., corrigindo o valor lançado. **Infração procedente em parte. 8. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. OMISSÃO DE OPERAÇÕES DE ENTRADAS E SAÍDAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA.** Não se cumpriu devidamente o ato formal de intimação, de forma que encontra-se com vício formal insanável, pois o contribuinte não foi cientificado das divergências que constavam nos arquivos, razão pela qual não poderia ser aplicada a multa. **Infração nula. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

No Auto de Infração lavrado em 16/12/2013, foi efetuado lançamento de imposto e multa no valor total de R\$244.158,67, devido às seguintes infrações à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, sendo lançado o valor de R\$33.526,52, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 – Recolheu a menos o ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual, sendo lançado o valor de R\$1.916,56, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 – Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, por meio da venda a contribuintes na condição normal, em operação interna com alíquota de 7%, sendo lançado o valor de R\$4.715,52 acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo lançada multa de R\$7.677,09.

INFRAÇÃO 5 – Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O desconto concedido nas vendas a micro empresas, foi efetuado a menos, sendo lançado o valor de R\$3.523,63 acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 6 – Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Refere-se a mercadorias em depósito (armazém geral em outros estados) que nas vendas das mercadorias depositadas tiveram os preços majorados e não foi pago o ICMS referente a diferença de preços, sendo lançado o valor de R\$12.335,64, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 7 – Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas a ativo fixo do próprio estabelecimento, sendo lançado o valor de R\$53.452,19, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 8 – Reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado, inscritos na condição de microempresa, sendo lançado o valor de R\$8.812,76, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 9 – 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 limitados a 1% (um por cento) do valor das operações ou prestações divergentes, sendo lançada a multa de R\$118.178,76.

O impugnante apresenta defesa às fls. 71/81, onde ressalta, de início, que os erros e procedimentos da empresa que resultaram no reconhecimento das ocorrências que motivam a procedência de algumas das infrações, não decorreram de nenhuma prática deliberada de sonegação, e sim de erros formais ou de controle interno que eram tidos como completamente previstos em nossa legislação, em muitos casos por conta da falta de clareza de algumas normas e a grande quantidade de modificações introduzidas, principalmente, no Regulamento do ICMS da época dos fatos.

Desde logo, reconhece como procedentes as seguintes infrações:

- Infração 1 – 03.01.01 – Por erro no preenchimento da guia de recolhimento (DAE);
- Infração 2 – 03.02.07 – Por conta de pequena quantidade de erros no preenchimento de algumas notas fiscais.
- Infração 4 – 16.01.01 – Na maioria, notas de simples remessa;
- Infração 5 – 03.02.05 – Decorre de aplicação de desconto de 10% em vez de 10,75269%, como seria correto;

- Infração 6 – 03.02.04 – Por erro de interpretação;
- Infração 7 – 06.01.01 – Por erro no momento de elaborar os demonstrativos.

Que dito isto, as demais infrações apresentadas no Auto de Infração ora discutidos precisam ser corrigidas por que são total ou parcialmente improcedentes ou nulas, como será demonstrado com todas as provas de fato e de direito elencadas na presente peça defensiva, a seguir expostas, referentes às infrações 3, 8 e 9:

Quanto à Infração 3, destaca que dois erros ocorreram no levantamento fiscal - o primeiro é que os clientes da empresa autuada, CAIS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. ME, Inscrição Estadual nº 74.523.615 - ME, e MERCADINHO PREÇO BELO LTDA., Inscrição Estadual nº 50.420.793, eram, nos exercícios fiscalizados, enquadrados como Microempresa e Empresa de Pequeno Porte – EPP, respectivamente.

Diz que tal erro talvez decorra do fato de que figuravam no cadastro como forma de pagamento “Conta Corrente Fiscal”. Entretanto, ambos atendem a todos os critérios estabelecidos para aplicação da alíquota reduzida, uma vez que a legislação não exige que o contribuinte seja optante do Simples Nacional, nem, muito menos, que não possa ser aplicada nos casos em que figurem como microempresa no Cadastro do ICMS, possua forma de pagamento por “Conta Corrente Fiscal”.

O segundo, especificamente no exercício de 2011, o autuante, ao elaborar os demonstrativos dos valores que em tese seriam devidos, deve ter misturado os dados de outras operações que nada têm a ver com os documentos fiscais ali apontados no seu anexo intitulado “DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO ICMS VENDA A CONTRIBUINTES NA CONDIÇÃO NORMAL NA OPERAÇÃO INTERNA COM ALIQUOTA 7%”.

Que uma simples conferência entre os documentos fiscais e os dados constantes da planilha, será possível identificar algumas incongruências, a saber:

- a) Presença de itens que não constam dos documentos fiscais e itens existentes nos documentos não apontados no demonstrativo;
- b) Os valores totais não são os que constam nos documentos fiscais, havendo casos em que os valores levantados no referido Demonstrativo são muito superiores aos corretos;
- c) Base de cálculo sem guardar qualquer relação entre o demonstrativo e os encontrados nos correspondentes documentos fiscais.

Alega que todos os documentos fiscais referentes ao exercício 2011 estão anexados à presente defesa, mas a título de exemplo destaca alguns casos que demonstra em tabela exposta na impugnação.

Aduz que, como se vê, há um erro insanável no demonstrativo elaborado pelo Fisco, razão porque deve ser excluído todo o levantamento referente ao exercício de 2011, uma vez que torna impossível para autuada analisar o ocorrido, ficando claro que o erro nos valores demonstra uma base de cálculo irreal, comprometendo todos os elementos que compõe o cálculo do ICMS supostamente devido.

Ressalta, entretanto, que não foram encontradas discrepâncias no relatório de 2010, ratificando, entretanto, a necessidade de se refazerem os cálculos para excluir da cobrança os clientes na autuada que fazem *jus* a redução da alíquota, da forma precedentemente exposta acima.

Quanto à Infração 8, o erro no levantamento fiscal reside em considerar entre os contribuintes passíveis de retenção ou substituição. Diz que tais valores encontram-se relacionados no “DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO ICMS SUBSTITUIDA NA VENDA A CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS NO CADASTRO DO ICMS” elaborado pelo fisco, onde se vê com clareza (uma vez que relaciona os nomes dos contribuintes) que há diversos adquirentes que não comercializam os produtos da autuada, mas os consomem na qualidade de consumidores finais, como por exemplo:

Igrejas, Clínicas e laboratórios, hospitais, entidades de classes, fundações, hotéis, que claramente se conclui indevida qualquer retenção ou substituição.

Que assim, devem ser excluídos do levantamento por não atenderem à previsão legal para sua exigência, conforme demonstrado de forma resumida e detalhada em anexo à presente impugnação.

Quanto à Infração 9, aduz que fiscalização não obedeceu ao devido processo legal, uma vez que exigiu multa formal por suposta falta de apresentação de arquivos ou sua eventual apresentação fora das especificações exigidas, sem que, antes, tenha intimado o contribuinte para apresentá-lo, conforme é condição essencial para sua aplicabilidade.

Que o próprio texto elaborado pelo ilustre autuante no Auto de Infração agora contestado, faz prova de tal exigência ao descrever:

“Fornecer informações através de arquivo(s) magnético(s) exigido(s) na legislação tributária, requerido(s) mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ...”.

Que como se verifica nos autos, não há, em momento algum, nem no início nem durante a fiscalização, qualquer intimação que tenha sido entregue ao contribuinte autuado intimando-o o apresentar os arquivos da Escrituração Fiscal Digital – EFD, sobretudo com referência aos meses de janeiro e fevereiro, ambos do ano de 2011.

Que é verdade, que de forma genérica, quando do início de sua fiscalização, o Auditor intima a apresentar, genericamente, arquivos magnéticos, o que foi cumprido de forma completa ao entregar-lhe um CD contendo todos os arquivos do SINTEGRA e todos os arquivos da EFD, mesmo havendo tempestivamente apresentado mensalmente nos prazos regulamentares.

Que sem qualquer intimação, portanto de forma espontânea, os arquivos de Janeiro e Fevereiro de 2011 que haviam sido apresentados de forma incompleta, ao perceber este fato, tomou o cuidado de gerá-lo e entregá-lo ao ilustre autuante, da forma como foram informado anteriormente, em um CD. Ao manifestar sua intenção de protocolizar sua solicitação a ao Inspetor Fazendário local para sua formalização, pessoalmente foi dito que de forma alguma seria aceito e que, mesmo apresentado os arquivos, a multa correspondente seria cobrada.

Que em face desta negativa, a autuada, apesar de ter entregue os arquivos ao Auditor espontaneamente, e diante das recusas, formalizou seu protocolo no dia 18 de dezembro de 2013, (anteriormente à sua Notificação ocorrida em 20/12/2013), apelando para que o bom senso prevalecesse, sobretudo pelos seguintes motivos:

- a) Apresentou também (ainda que não fosse obrigado) os arquivos do SINTEGRA dos meses 01/2011 e 02/2011;
- b) O pleito pela apresentação dos arquivos está prevista na legislação tributária e não haveria motivos para sua recusa, por tratar-se de excelente contribuinte.

Ressalta que foi informado ao autuante, através de e-mail que será anexado a esta impugnação, informando-o da formalização de seu pedido espontâneo, uma vez que não fora intimado. Reitera que o lançamento do Crédito Tributário é atividade plenamente vinculada, e, ao arrepio das normas tributárias, não pode o agente do fisco proceder de forma contrária ao que prevê a legislação. A exigência de intimação específica para ensejar a aplicação da penalidade ora discutida, tem sido reiteradamente ratificado pelos inúmeros julgados deste egrégio Conselho, a exemplo dos seguintes: “2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL, ACÓRDÃO JFJ Nº 0227-02/13, “ACORDÃO JFJ Nº 0173-03/12, “ACORDÃO CJF Nº 0226-11/12.

Aduz que claramente, a exigência de intimação específica é condição essencial a ser observada pelo auditor, uma vez que ele não pode escolher como agir na hipótese em que a legislação estabelece a forma, o devido processo legal.

Que agrava-se ainda mais a situação, quando se percebe que o autuante baseou-se em enquadramento legal inadequado para aplicação da penalidade, uma vez que preferiu utilizar

como base legal para a multa aplicada o Artigo 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96, em prejuízo do que estabelece a alínea “j” do mesmo diploma legal.

Que se o legislador separou a aplicação da penalidade específica para a EFD dos demais arquivos magnéticos, mais uma vez não poderia agir de forma diferente o ilustre autuante. Que como se vê, nas notas referentes às alterações legais citadas na defesa, fica claro que a redação atual foi introduzida pela Lei nº 12.917, com efeitos a partir de 01/11/2013, não podendo retroagir seus efeitos, exceto para beneficiar o Contribuinte, o que não ocorreu no caso concreto, pois à época dos fatos, a legislação vigente era mais branda e exigia multa máxima de R\$5.000,00 (cinco mil reais).

Aduz que ao que tudo indica, em que pese todo o zelo em suas atividades, o autuante não apenas escolheu o dispositivo que desejava aplicar, mas qual redação que previa forma mais onerosa que se enquadrasse em seu objetivo de aplicar a maior penalidade possível, mesmo que a legislação estabeleça forma diversa.

Alega que, em todos os casos, quer no enquadramento utilizado na autuação quer naquele prevista para o caso em discussão, persiste a exigência de que a multa só poderá ser aplicada após, mediante intimação, ser apresentada listagem diagnóstica em que se evidenciem quais foram as inconsistências encontradas, e esse procedimento não é facultativo, mas imprescindível para o direito a ampla defesa e condição para sua aplicabilidade, razão por que deve ser, por justiça, julgada nula ou improcedente.

Diz que em que pese o zelo e diligência praticados pela autoridade autuante, seria de se esperar que o ilustre autuante analisasse com mais cautela o devido processo legal, ainda que isto lhe requeresse mais tempo para a execução de suas importantíssimas atividades para a sociedade e os contribuintes, sobretudo pelo de fato de que o contribuinte possui, de forma regular, tanto sua escrita fiscal, como a contábil. Isso infelizmente não foi feito, o que torna passível de reforma o levantamento fiscal ora discutido.

Que em especial quanto à multa formal constante da infração 9, caso não seja sanado o vício que contém, redundaria, inequivocamente, em lesão substancial à direito líquido e certo do contribuinte, ora Impugnante, pois certamente teve o seu débito tributário majorado, inclusive com a aplicação de multas e atualizações monetárias descabidas, em virtude do arbitramento da forma de agir, em desacordo com a legislação fiscal contida no ordenamento jurídico do estado da Bahia.

Finaliza dizendo que à vista de todo exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência parcial da ação fiscal, espera e requer a impugnante seja acolhida a presente impugnação para o fim de, assim ser decidido, cancelar-se os débitos fiscais indevidamente reclamados, por serem nulos ou improcedentes.

O autuante presta informação fiscal às fls. 137/139, onde inicialmente constata que o contribuinte reconheceu o as infrações 1, 2, 4, 5, 7 (*sic*) do Auto de Infração e questionou os demais itens,

Que na infração 3, o contribuinte em sua defesa argumenta que as empresas relacionadas no demonstrativo que serviram de base para autuação estavam cadastradas, na época, como Simples Nacional e que fazia jus a redução de forma que a tributação correspondesse 7% e que após verificar o cadastro de ICMS constatou que procede esse argumento da defesa.

Quanto à infração 8, o ICMS substituído retido a menor nas vendas a contribuintes não inscritos, o contribuinte na defesa diz que foram consideradas no demonstrativo de apuração ICMS retido, as vendas a consumidores finais (fl. 75) e que após verificação as notas fiscais relacionados no demonstrativo, constatou que houve realmente vendas para entidades de classes, fundações, hospitais etc.

Desta forma as considerações e os valores levantados pelo contribuinte com relação a infração 8 estão corretas, passando o valor total da infração para R\$4.163,79 conforme demonstrativo mensal em anexo.

Quanto à infração 9 - a descrição no auto diz que *"fornecer informações através de arquivo magnético 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 saída, e a defesa argumenta que o contribuinte não foi intimado regularmente para apresentação da escrituração fiscal digital – EFD de janeiro/11 e fevereiro/11, e por isto a multa aplicada não é cabível.*

Alega que consta às fls. 11/15 prova de que o contribuinte foi formalmente intimado e que a empresa passou ser obrigada apresentar EFD a partir de janeiro/11 entende esta fiscalização que o contribuinte no início da implantação do sistema teve dificuldades, entretanto passado dois anos deveria empresa corrigir o arquivos apresentados, que estavam zerados.

Que a fiscalização é um atividade vinculada, desta forma foi aplicada a multa estabelecida na Lei nº 7014/96 e que vale esclarecer que foi concedido o prazo de mais de sessenta dias para apresentação dos referidos arquivos; entretanto o contribuinte só veio apresentar após concluída a fiscalização. Esclarece que procedeu à fiscalização neste período (janeiro e fevereiro/11) utilizando dos dados do SINTEGRA que foi apresentado pelo contribuinte e desta forma mantém a multa aplicada na infração 9.

VOTO

Trata o presente processo, de lançamento tributário de ofício, devido à falta de recolhimento do ICMS e também descumprimento de obrigações acessórias, em 9 itens descritos no Auto de Infração.

O impugnante defende apenas as infrações 3, 8 e 9, acatando as demais, sendo que na infração 3, o autuante acata integralmente a defesa. Às fls. 21/28 consta demonstrativo dos destinatários das vendas e suas respectivas inscrições em que o autuante confirma que à época dos fatos geradores, tais contribuintes se enquadravam no SIMPLES NACIONAL, razão pela qual o autuante confirma a improcedência do lançamento. Infração 3 improcedente.

Na infração 8, o autuante constatou que no demonstrativo de fls. 51, houve realmente vendas para entidades de classes, fundações, hospitais etc., corrigindo a infração para os valores abaixo, nos mesmos termos da impugnação:

MÊS	ICMS RECOLHER	VALORES INDEVIDOS	ICMS RECOLHIDO	DIFERENÇA RECOLHER
JANEIRO	832,33	357,09	462,85	12,39
FEVEREIRO	837,56	354,14	470,36	13,06
MARÇO	1.193,72	430,67	723,46	39,59
ABRIL	883,09	360,62	551,00	0,00
MAIO	996,83	409,46	559,27	28,10
JUNHO	797,64	356,51	409,29	31,84
JULHO	756,98	300,89	456,23	0,00
AGOSTO	1.054,16	518,19	515,14	20,83
SETEMBRO	1.495,41	359,64	402,59	733,18
OUTUBRO	1.159,20	452,17	412,27	294,76
NOVEMBRO	1.845,73	425,17	437,64	982,92
DEZEMBRO	2.728,54	353,09	368,33	2.007,12
TOTAL				4.163,79

A Infração 8 é procedente em parte. No entanto constato que às fls. 52, há um demonstrativo da mesma infração para o exercício de 2011, e no entanto, o autuante só lançou os valores relativos ao exercício de 2010, devendo refazer o procedimento para o lançamento do valor de R\$8.161,22.

Na infração 9, o impugnante alega nulidade, em virtude da falta de intimação específica para a lavratura da respectiva infração. O autuante refuta tal alegação dizendo haver a intimação às fls. 11/15.

A infração descrita à fl. 04 do PAF, diz o seguinte: *"Fornecer informações através de arquivo magnético 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 saída."

Dúvidas não há quanto à obrigatoriedade do contribuinte entregar os arquivos, conforme disposição do RICMS, vigente à época dos fatos, abaixo transcrita:

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.

Agora, vejamos a tipificação da multa, que foi fundamentada no art. 42, XIII-A do RICMS:

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:(...)

i) 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 informadas com dados divergentes dos constantes nos 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;

No entanto, constato que em se tratando de arquivo da escrituração fiscal digital - EFD, é o da alínea "I".

I) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou entrega sem as informações exigidas na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo;

Nos termos do art. 19. do RPAF, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal, e a descrição da infração 9 consta a entrega da escrituração fiscal digital zerada, o que não implica nulidade por esta razão.

No entanto, constato que à fl. 11, há intimação para apresentação de arquivos em meio magnético de todas as operações realizadas entre 01/01/2010 e 31/12/2011, sendo concedido o *prazo improrrogável de 48 horas* para o atendimento, sem no entanto esclarecer que os arquivos de janeiro e fevereiro de 2011 estavam "zerados".

Às fls. 12/13 aparece recibo de entrega da escrituração fiscal digital dos meses de janeiro e fevereiro de 2011, com recepção em 25/04/2012 com os valores "zerados", sem no entanto haver comprovação de que o impugnante tenha tomado ciência de que os arquivos foram recepcionados com total divergência (100%) dos valores informados nos livros de saída.

Entendo que é necessário se distinguir a falta de entrega dos arquivos, com a entrega com informações divergentes, ainda que esta divergência alcance 100% dos valores que constam nos demais livros e documentos fiscais, sob pena de cerceamento de defesa do contribuinte.

Evidentemente que a ausência de 100% dos valores a serem informados, equivale à não entrega, mas é necessário dar ciência disso ao contribuinte; no entanto, a intimação da fl. 11 trata exclusivamente do pedido de entrega, como se não existisse qualquer arquivo já enviado, e não com divergência de informações, e a infração trata a situação como se fossem arquivos fornecidos com dados divergentes.

O envio do arquivo magnético pode, por exemplo, ser corrompido no momento da transmissão, e é necessário que o contribuinte seja então, informado quais divergências constam no arquivo enviado. Assim, entendo que a entrega com total divergência não pode ser equiparada à não entrega, pelos motivos acima descritos, a menos que o contribuinte seja notificado disto.

Assim, se houve o envio do arquivo com divergências, ainda que estas divergências ocorram na totalidade, deve o contribuinte ser notificado, e não apenas quando as divergências são parciais, conforme disposto no § 6º do art. 708-A, anteriormente transcrito.

Os tribunais superiores, têm decidido que embora o processo administrativo goze do princípio do informalismo, o qual dispensa procedimento rígido ou rito específico, só se pode dispensar os atos formais processuais caso haja comprovação da ausência do prejuízo sofrido, em observância ao princípio *pas de nullité sans grief*.

Segue abaixo, ementa de julgamento no STJ, que é esclarecedor quanto a este tema aqui discutido:

RECURSO ESPECIAL Nº 761.057 - SP (2005/0102479-6)

RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

RECORRENTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. INTIMAÇÃO. DESNECESSIDADE. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. No caso, o acórdão recorrido emitiu juízo acerca das questões que eram necessárias ao deslinde da controvérsia, de modo que a alegação de omissão do acórdão recorrido reflete mero inconformismo com os termos da decisão. Não há, por essa razão, qualquer vício no acórdão recorrido que determine a sua nulidade. Não acarreta nulidade do processo administrativo fiscal a não intimação da parte, pois não houve prejuízo à recorrida. Não há requisitos de forma que impliquem nulidade de modo automático e objetivo. A nulidade não decorre propriamente do descumprimento do requisito formal, mas dos seus efeitos comprometedores do direito de defesa assegurado constitucionalmente ao contribuinte já por força do art. 5º, LV, da Constituição Federal. Daí falar-se do princípio da informalidade do processo administrativo.

No entanto, devo admitir que a irregular intimação do contribuinte ocorreu por duas razões: primeiro foi concedido prazo improrrogável de 48 horas para o atendimento da intimação, quando o Art. 708-B do RICMS, dita o seguinte:

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.

Embora o Auto de Infração só tenha sido lavrado mais de dois meses depois da intimação, entendo que houve cerceamento à possibilidade do contribuinte atender à intimação, pois em havendo entendimento de que o prazo legal é mesmo de 48 horas, e sem prorrogação, e não conseguindo corrigir os arquivos neste período, o contribuinte pode se sentir desmotivado a cumprir a intimação, mesmo após o decurso deste prazo, por julgar a multa inevitável.

Assim, embora tenha sido cumprido formalmente a intimação, entendo ter havido vício material no conteúdo, visto que o autuante ali colocou um mandamento distorcido do que diz o Regulamento do ICMS, e portanto, a intimação não possui validade nem eficácia, o que equivale a não haver intimação alguma.

Segundo, embora conste no processo, junto à intimação, cópias do recibo de entrega de escrituração fiscal, com informações *zeradas*, às fls. 12/13, não há assinatura do contribuinte comprovando que recebeu cópias de tais documentos, sendo que inclusive o impugnante alega em sua defesa, que *sem qualquer intimação, portanto de forma espontânea, os arquivos de Janeiro e Fevereiro de 2011 que haviam sido apresentados de forma incompleta, ao perceber este fato, tomou o cuidado de gerá-lo e entregá-lo*, demonstrando que percebeu “espontaneamente”, sem a devida intimação, que os arquivos estavam incompletos e tentou fazer a entrega, embora fora do prazo, em CD, por conta de problemas para o envio pela internet.

Assim, entendo que não se cumpriu devidamente o ato formal de intimação, de maneira que isto vicia irremediavelmente o procedimento, pois o contribuinte não foi cientificado das divergências que constavam nos arquivos, nem lhe foi concedido o prazo legal, razão pela qual não poderia ser aplicada a multa pelas citadas divergências, e não sendo possível a correção de tal erro neste mesmo processo, por esta razão, voto pela nulidade da infração 9, devendo ser refeito o procedimento a salvo das falhas apontadas. Infração 9 nula.

Recomendada a renovação da ação fiscal, a salvo dos vícios apontados e também de parte da infração 8, já que às fls. 52, há um demonstrativo para o exercício de 2011, e no entanto, o autuante só lançou os valores relativos ao exercício de 2010, devendo refazer o procedimento para o lançamento do valor de R\$8.161,22.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme a configuração seguinte:

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADOR	MULTA
01	RECONHECIDA	33.526,52	33.526,52	60%
02	RECONHECIDA	1.916,56	1.916,56	60%
03	IMPROCEDENTE	4.715,52	0,00	-----
04	RECONHECIDA	7.677,09	7.677,09	-----
05	RECONHECIDA	3.523,63	3.523,63	60%
06	RECONHECIDA	12.355,64	12.355,64	60%
07	RECONHECIDA	53.452,19	53.452,19	60%
08	PROCEDENTE EM PARTE	8.812,76	4.163,79	60%
09	NULO	118.178,76	0,00	-----
TOTAL		244.158,67	116.615,42	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº **124274.0173/13-1**, lavrado contra **BRASFRUT FRUTOS DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$108.938,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas "a", "b", "e" e "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$7.677,09**, prevista no inciso IX, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos. Recomendada a renovação da ação fiscal, a salvo dos vícios apontados e também de parte da infração 8, já que às fls. 52, há um demonstrativo para o exercício de 2011, e no entanto, o autuante só lançou os valores relativos ao exercício de 2010, devendo refazer o procedimento para o lançamento do valor de R\$8.161,22.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR