

PROCESSO - A. I. Nº 207494.0002/14-5
RECORRENTE - SUPERLENTE COMÉRCIO DE LENTES E ÓCULOS LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0209-03/14
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 24/08/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0199-11/15

EMENTA: ICMS. 1. DECADÊNCIA. VÍCIO MATERIAL. **a)** CRÉDITO FISCAL. TRANSFERÊNCIA IRREGULAR DE SALDO CREDOR. EXERCÍCIOS DE 2008, 2009 e 2010. A anulação do lançamento anterior decorreu de vício material. Não incidência do inciso II do artigo 173 do CTN. Transcorridos mais de cinco anos entre a 01/01/2009 e a data da ciência ao contribuinte acerca da lavratura do Auto de Infração. Reconhecimento do prazo decadencial para constituição dos créditos tributários relativos aos fatos geradores anteriores a 31/12/2008 que se impõe. Item parcialmente subsistente. 2. MULTA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA. Artigo 708-B do RICMS/BA. Arquivos entregues em desconformidade com as especificações e exigências previstas no Convênio ICMS 57/95. Equiparação à falta de entrega, ensejando a cominação da multa prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96. Item parcialmente subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Acatada a preliminar de nulidade quanto ao exercício de 2008. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, contra a Decisão proferida pela 3ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração em referência, lavrado em 26/03/2014, com o objetivo de exigir do ora Recorrente crédito tributário no valor histórico de R\$ 87.399,18 (oitenta e sete mil, trezentos e noventa e nove reais e dezoito centavos), em razão da constatação do cometimento das seguintes infrações à legislação de regência:

01– Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente à transferência incorreta de saldo credor do período anterior, nos meses de maio a julho de 2008. Valor da exigência: R\$ 17.131,36;

02 – Penalidade fixa aplicada em razão da falta de entrega de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, contendo as informações das operações ou prestações realizadas. Valor da exigência. R\$ 20.587,82. Multa proposta de 1% sobre o valor das operações.

03 – Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), omissão de entrega de arquivo, nos meses de janeiro de 2008 a dezembro de 2010. Valor da multa fixa proposta: R\$ 49.680,00.

Após a apresentação da defesa (fls. 114/125) e prestação de informações fiscais (fls. 281/292) a fase de instrução foi concluída, tendo os autos sido submetidos à apreciação pela 3ª JF que assim decidiu por unanimidade na assentada de julgamento datada de 19/09/2014.

VOTO

Preliminarmente, o autuado suscitou a decadência das seguintes ocorrências: Infração 01 (Data da Ocorrência 31.05.2008 a 31.07.2008), Infração 02 (Data da Ocorrência 31.01.2008 a 31.12.2008) e Infração 03 (Data da Ocorrência 31.01.2008 a 31.12.2008). Alegou que foi lavrado o presente Auto de Infração, decorrente da declaração de nulidade, por vício material, do Auto de Infração de nº 207494.0005.12-8. Diz que a declaração de nulidade do referido Auto de Infração, que antecedeu ao presente Auto de Infração, derivou-se da existência

de um vício material, como acertadamente reconheceu a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Na descrição dos fatos do presente Auto de Infração consta a informação de que o Procedimento Fiscal foi instaurado com base no art. 156 do RPAF/99, conforme solicitação do CONSEF, após julgamento do Auto de Infração nº 207494.0005/12-8, em 18/07/2013 e Acórdão CJF Nº 0186-12/13 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

O Auto de Infração nº 207494.0005/12-8, lavrado em 18/07/2013 (fls. 131/133), trata de fornecimento de arquivo magnético enviado 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.

No Acórdão CJF Nº 0186-12/13 a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiu pela nulidade do Auto de Infração nº 207494.0005/12-8, com a conclusão de que foram constatadas falhas procedimentais. Exemplos: a) “o autuante se reporta as “DMA CONSOLIDADA” que teria utilizado para determinar o valor da base de cálculo”, entretanto, todas as DMAs e demais papéis de trabalho juntados aos autos pelo autuante se referem a outro estabelecimento”; b) “as intimações as quais se referem o autuante se referem a estabelecimento diverso, nas mesmas condições citadas no parágrafo anterior. Aliás, o autuante se refere à existência de uma 1ª intimação entregue em 26/07/2012, fl. 44, porém este documento não se trata de uma intimação, e, sim, de um demonstrativo”.

A nulidade formal diz respeito à forma como se procede ao lançamento. A nulidade material diz respeito ao conteúdo do lançamento. Ou seja, a nulidade do lançamento diz-se formal quando decorre de inobservância da forma como a autoridade efetua o lançamento. Por exemplo, em vez de Auto de Infração, é lavrada Notificação Fiscal, ou o Auto de Infração não se respalda em prévio Termo de Início de Fiscalização, ou de intimação.

Por outro lado, a nulidade do lançamento é material quando diz respeito à identificação do fato e das provas, bem como à aplicação do direito, implicando falta de certeza e liquidez. Ou seja, a nulidade material refere-se aos aspectos ditos de mérito, diante dos fatos, das provas e do direito aplicável.

No Acórdão CJF Nº 0186-12/13 (fls. 135, 139,140), que decretou a nulidade do Auto de Infração, embora tenha sido consignado que “não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o cometimento da infração imputada ao sujeito passivo”, no voto foram apontados erros de procedimento, inclusive papéis de trabalho que se referem a outro estabelecimento e existência de demonstrativo que foi indicado como “intimação”. Na conclusão do voto, o conselheiro recomendou à autoridade fazendária que determinasse a instauração de novo procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas.

Prevê o art. 173 do CTN que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário se extingue após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (inciso I) ou da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado (inciso II).

No caso em análise a anulação do lançamento anterior foi por vício formal, aplicando-se a regra do inciso II do art. 173 do CTN. Por conseguinte, em relação ao item relativo ao arquivo magnético, 2º lançamento do presente Auto de Infração, que constitui refazimento do Auto de Infração anteriormente lavrado, não havia decaído o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário ao ser lavrado o presente Auto de Infração, ficando rejeitada a preliminar de decadência.

Quanto à decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal por meio do Acórdão JJF Nº 0177-02/14, tal decisão não faz coisa julgada em relação ao presente processo, haja vista que a decisão de uma Junta de Julgamento não vincula o julgamento das demais Juntas.

No mérito, o primeiro item do presente Auto de Infração trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente à transferência incorreta de saldo credor do período anterior, nos meses de maio a julho de 2008.

Na descrição dos fatos foi informado que foi constatada utilização indevida de crédito fiscal referente a transferência de saldo credor do ICMS através de Notas Fiscais (fls. 29 a 31 do PAF) lançadas no livro Registro de Entradas (fls. 32 a 34 do PAF), transferidos de outras filiais estabelecidas neste Estado, sem a devida comprovação dos lançamentos, uma vez que os valores lançados no livro de Saídas das filiais (fls. 35 a 41 do PAF), não consta nos valores lançados nas DMAs apresentadas e enviadas à SEFAZ, nem nos valores do ICMS recolhido pelas filiais (fls. 42 a 47 do PAF).

O Autuado alegou que escriturou as notas fiscais recebidas no livro de Registro de Entradas do estabelecimento destinatário do crédito, e as notas emitidas foram também lançadas nos livros de Registro de Saídas dos respectivos estabelecimentos donde os créditos foram originados, conforme provam os documentos anexos (doc. 03), os quais, inclusive, foram entregues ao autuante quando por este exigido no curso do procedimento fiscalizatório (doc. 04). Informou que na DMA, as entradas e as saídas de mercadorias são informadas por valor total, de forma sintética, sem identificar analiticamente os lançamentos por Código de Operação – CFOP. Mesmo por hipótese, se o autuado tivesse descumprido uma obrigação acessória, isso por si só jamais poderia redundar na desconsideração do crédito, ignorando-se a existência do mesmo, mormente quando a operação foi devidamente comprovada através das respectivas notas fiscais e escrituração nos livros de Entrada e de Saída de cada estabelecimento.

Os créditos fiscais objeto do lançamento neste primeiro item do Auto de Infração se referem às Notas Fiscais de números 0055, emitida em 31/05/2008; 0027, emitida em 30/06/2008; 0149, emitida em 31/07/2008 (fls. 29, 30 e 31, respectivamente). Os valores do imposto destacado nos mencionados documentos fiscais foram lançados na coluna “imposto creditado” do livro Registro de Entradas do estabelecimento autuado nos meses de maio, junho e julho de 2008, conforme fls. 32 a 34 do PAF.

A NF 0055 (fl. 29) foi emitida pelo estabelecimento com inscrição estadual nº 73.376.585, encontrando-se lançada no livro Registro de Saída do estabelecimento com inscrição estadual nº 16.826.511 (fls. 38/39), e o autuante acostou aos autos uma cópia da DMA do estabelecimento com inscrição 73.376.585. Por outro lado, o defendente apresentou uma cópia do livro Registro de Saídas do estabelecimento 73.585.585 (fls. 143/144), que embora tenha os mesmos dados e totalização do estabelecimento 16.826.511, não comprovou o respectivo débito do imposto transferido para outro estabelecimento.

A NF 0027 foi emitida pelo estabelecimento com inscrição estadual nº 73.698.911, encontrando-se lançada no livro Registro de Saída do próprio estabelecimento emitente (fls. 40/41), e o autuante acostou aos autos uma cópia da DMA do estabelecimento (fl. 45), onde não está comprovado o débito do imposto. Por outro lado, o defendente apresentou uma cópia do livro mesmo livro Registro de Saídas desse estabelecimento 73.698.911 (fls. 146/147) com os mesmos dados e totalização, mas não comprovou o respectivo débito do imposto transferido para outro estabelecimento.

A NF 149 foi emitida pelo estabelecimento com inscrição estadual nº 59.603.160, encontrando-se lançada no livro Registro de Saída do próprio estabelecimento emitente (fls. 35/36), e o autuante acostou aos autos uma cópia da DMA do estabelecimento (fls. 46/47), onde não está comprovado o débito do imposto. Por outro lado, o defendente apresentou uma cópia do livro mesmo livro Registro de Saídas desse estabelecimento 59.603.160 (fls. 149/150) com os mesmos dados e totalização, mas não comprovou o respectivo débito do imposto transferido para outro estabelecimento.

Nestes casos, embora o defendente tenha afirmado que as operações foram devidamente comprovadas através das respectivas notas fiscais e escrituração nos livros de Entrada e de Saída de cada estabelecimento, não apresentou qualquer comprovação quanto ao lançamento a débito no Registro de Apuração do ICMS da cada estabelecimento e recolhimento do imposto. Assim, concluo pela subsistência deste item do presente Auto de Infração.

Infração 02: Deixou de fornecer arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2010. Multa de 1% sobre o valor mensal das operações, totalizando R\$20.587,82.

Infração 03: Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado pela internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED). Omissão de entrega de arquivo, no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2010. Exigida multa no valor de R\$1.380,00 em cada mês, totalizando R\$49.680,00.

Observe que a obrigatoriedade de entrega dos arquivos magnéticos ao Fisco, quando o contribuinte é intimado, está prevista no art. 708-B do RICMS/97:

Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao Fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo quando 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. O arquivo magnético deverá ser entregue 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), salvo ressalva contida na intimação. (redação vigente à época dos fatos)

Encontra-se às fls. 11/12 dos autos a intimação solicitando a apresentação de arquivos magnéticos relativos aos exercícios de 2007 a 2011, com a informação de que foram constatadas irregularidades nos arquivos apresentados anteriormente, em relação aos Registros 60, 60R, 74, concedendo o prazo de trinta dias para entrega do arquivo magnético solicitado.

O defendente alegou que comunicou à Fazenda Pública, através da petição protocolada em 07.02.2014 (025411/2014-8), que transmitiu os arquivos magnéticos com a retificação das inconsistências havidas em relação aos períodos de 01/2008 a 06/2010, não sendo possível, por estrita inviabilidade técnica, gerar o registro 60R desses arquivos, bem como gerar qualquer informação somente para os períodos de 07/2010 a 12/2010 (sendo que para 12/2010 foram gerados os registros 74 e 75)

Também informou que envidou todos os esforços que estavam ao seu alcance e adotou todas as medidas que foram materialmente possíveis de ser realizadas no intuito de transmitir corretamente as informações dos arquivos magnéticos exigidos, para tanto, inclusive, contratou empresa especializada, devidamente cadastrada e homologada pela SEFAZ/BA. Que ao revés do que consta na infração indicada no Auto de Infração, não houve falta de entrega de arquivos magnéticos, mas sim a transmissão desses arquivos com omissão de algumas informações, e isto não por vontade da Autuada, mas exclusivamente por ser materialmente impossível fazê-lo.

Observe 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.

A partir de 28/11/2007, o art. 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei 7.014/96, prevê a exigência da multa de R\$ 1.380,00 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.

Pela descrição do fato e, tomando por base a data da intimação às fls. 11/12, a tipificação da infração não recai na alínea “i”, como entendeu o defendente, e sim, alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, com a alteração dada pela Lei nº 10.847/07. Essa alínea “j” apresenta em sua estrutura duas multas distintas: a primeira multa, de R\$ 1.380,00 (multa fixa), pelo não atendimento da “intimação”; a segunda multa, de 1% do valor das saídas ou das entradas de mercadorias ou de prestações de serviços, o que for maior, aplicada quando o contribuinte não atende à intimação subsequente para apresentação do mencionado arquivo magnético.

Vale salientar, que de acordo com o § 6º do art. 708-B do RICMS-BA/97, a entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014, de 04/12/96. Ou seja, se o autuado não entregou ou enviou os arquivos fora das especificações, após intimação, está sujeito à penalidade aplicada nesta autuação fiscal.

Sobre a alegação do autuado de que a decisão constante no Acórdão JFJ Nº 0177-02/14 deve servir de paradigma ao convencimento dos julgadores em derredor das questões debatidas no presente Auto de Infração, com já foi analisado neste voto, a decisão de uma Junta de Julgamento não vincula o julgamento das demais Juntas, salientando-se que a decisão mencionada pelo defendente foi não unânime, tendo sido apresentado voto divergente do Presidente da JFJ.

Como o contribuinte, na situação em análise, não cumpriu as determinações legais, conforme já comentado anteriormente, entendo que é correta a aplicação da penalidade indicada neste Auto de Infração, consoante o disposto no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, haja vista que a falta de fornecimento de arquivo magnético com as informações das operações realizadas ou a entrega do arquivo sem os registros completos sujeita o contribuinte ao pagamento da multa prevista na legislação.

Quanto ao fato de que o autuado jamais deixou de recolher o ICMS e que tal fato denota a sua boa fé, saliento que não está sendo exigido imposto, e sim a multa estabelecida na legislação em decorrência descumprimento de obrigação acessória, estando esta irregularidade, devidamente caracterizada.

Tendo ocorrido falta de envio em diversos meses, a multa deve ser aplicada para cada descumprimento mensal desta obrigação acessória, vista que se trata de um descumprimento mensal de falta de envio do arquivo magnético. São descumprimentos independentes de obrigação acessória, embora possa ter ocorrido, tal como no presente caso, mensalmente, de forma repetida, reincidindo o contribuinte na mesma infração em meses distintos no mesmo exercício. Este descumprimento ocorre no dia seguinte ao encerramento de cada prazo mensal, portanto em data específica de cada mês de cada exercício.

Entendo que não deve ser acatado o pedido formulado pelo defendente, para que seja reduzida ou cancelada a multa exigida, tendo em vista que se trata de multa prevista na legislação tributária, sendo interesse do Estado manter o controle das operações realizadas pelos contribuintes e o fato de não ter sido apresentado arquivo magnético ou a sua apresentação incompleta impede a realização de auditorias fiscais e dos controles fiscais, não permitindo apurar se o imposto recolhido pelo contribuinte corresponde ao efetivo movimento de mercadorias e serviços com incidência do ICMS.

Concluo pela subsistência destas infrações sem a redução da multa requerida pelo defendente, tendo em vista que ficou comprovado o cometimento de infração à legislação tributária estadual, devendo ser aplicada a penalidade estabelecida na referida legislação, considerando a sua finalidade.

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

Como se verifica do voto condutor do Acórdão acima reproduzido, os membros integrantes da 3ª JFJ afastaram as razões de fato e de direito aduzidas pelo sujeito passivo e julgaram Procedente o lançamento de ofício.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário através do qual requer a reforma da decisão de base quanto à prejudicial de decadência arguida e o consequente reconhecimento do transcurso do prazo decadencial para o Fisco constituir o crédito tributário, relativamente ao período compreendido entre janeiro a dezembro de 2008.

Aduz que o lançamento originário do presente PAF decorre de renovação de procedimento fiscal em razão de o Auto de Infração de nº 207494.0005/12-13 anteriormente lavrado ter sido declarado Nulo pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF em sessão realizada em 18/06/2013.

Sustenta que a nulidade decorreu da constatação pelo órgão julgador da ocorrência de vício material no lançamento, consistente na impropriedade da base de cálculo das exações, uma vez que os demonstrativos que o subsidiaram foram confeccionados com base em informações relativas a estabelecimento diverso e, porquanto, o prazo de que a Fazenda Estadual dispunha para efetuar o novo lançamento é aquele previsto no inciso I do artigo 173 do CTN, vale dizer: cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ser efetuado.

Nestes termos, tendo decorrido mais de 5 anos contados entre 01/01/2009 – primeiro dia do exercício seguinte – e 27/03/2014 – data da ciência acerca do novo Auto de Infração – o Fisco baiano não mais de dispunha de prazo para proceder ao lançamento de imposto referente a fatos geradores ocorridos até 31/12/2008.

Para corroborar a tese que defende traz à colação os Acórdãos JJF 0177-02/14 e CJF 0370-11/14 através dos quais este órgão julgador, em primeira e segunda instância, reconheceu em seu favor a aplicabilidade do prazo decadencial a que alude o inciso I do artigo 173 do CTN em situação idêntica à do presente PAF.

No mérito, se insurge apenas contra a manutenção das exigências capituladas nos item 2 e 3, atinentes à aplicação das penalidades fixas que lhe foram cominadas em razão da falta de entrega, no prazo regulamentar, dos arquivos magnéticos de que trata o Convênio ICMS 57/96, bem assim da não regularização destes após intimação.

Utilizando como paradigma os termos do Acórdão de nº 0177-02/14, proferido pela 2ª JJF, requer o enquadramento da penalidade para aquela prevista na alínea “i” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, sustentando, neste sentido, que a sua conduta não se perfez na falta de entrega de arquivos, mas sim na transmissão destes com omissão de informações. Afirma que a prova disto é a entrega da listagem diagnóstica que recebeu quando foi intimado para que providenciasse a regularização dos arquivos.

Através do opinativo de fls. 375/378, a PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário. No entender do representante da procuradoria do Estado, o prazo decadencial previsto no inciso I do artigo 173 do CTN não é aplicável ao presente caso, haja vista que o Auto de Infração de cujo procedimento fiscal originou o lançamento de ofício objeto do presente PAF fora julgado nulo em decorrência de falhas de natureza procedimentais, portanto, de vícios formais.

Assim sendo, se posiciona no sentido de que o prazo de que o Fisco dispunha para proceder ao lançamento é o previsto no inciso II do artigo 173 do CTN, isto é, cinco anos contados do ato que anulou o lançamento anterior em decorrência da constatação de vícios formais.

De igual maneira, refuta as razões de mérito arguidas quanto aos itens 2 e 3, ao entendimento de que a decisão trazida como paradigma não vincula o órgão julgador e, ademais, não foi unânime e ainda pende de confirmação por parte das Câmaras de Julgamento.

Entende que os documentos que instruem o Auto de Infração evidenciam que a conduta infracional consistiu na falta de entrega dos arquivos e, nesta condição, a penalidade cominada é, de fato, aquela prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96.

Na assentada de julgamento datada de 16/07/2015, após a leitura do relatório e da manifestação do patrono do Recorrente, o representante da PGE/PROFIS presente à mesa requereu vistas dos autos com o objetivo de melhor examinar a lide no que tange à prejudicial de decadência alegada, restando adiado o julgamento do feito.

VOTO

O recurso é tempestivo pelo que merece ser conhecido. Passo então a apreciação das razões de apelo aduzidas pelo Recorrente.

Analiso inicialmente a prejudicial aduzida na peça recursal, atinente aos itens 1, 2 e 3 do Auto de Infração no que se refere aos períodos de apuração compreendidos no exercício de 2008.

Pela importância para as conclusões a que chegarei, reproduzo a seguir o trecho do voto condutor do Acórdão CJF Nº 0186-12/13, através do qual a Segunda Câmara de Julgamento deste CONSEF se posicionou pela nulidade do lançamento consubstanciado no Auto de Infração de nº 207494.0005/12-13, procedimento que deu origem a lavratura do Auto de Infração de que trata o presente PAF.

Inicialmente vejo que a acusação se reporta a fornecimento de arquivos magnéticos enviados via internet, com omissões de operações, ficando a multa limitada a 1% do valor das operações de saídas realizadas no estabelecimento em cada período. A autuação envolve os exercícios de 2007 a 2010 sendo lançada a penalidade no montante de R\$138.250,51, porém calculada ao percentual de 5% sobre o valor da base de cálculo. Neste ponto temos a primeira grande falha no lançamento, com repercussão na apuração do valor da penalidade, pois o próprio autuante declara, textualmente que, "foi aplicada a multa de 1% (um por cento), do valor das operações de saídas realizadas no estabelecimento nos períodos abaixo, conforme DMA consolidada, anexo ao PAF, cujo valor da penalidade seria de R\$27.650,10", diferentemente, portanto, do valor lançado.

Em segundo lugar, o autuante se reporta as "DMA CONSOLIDADA" que teria utilizado para determinar o valor da base de cálculo, as quais, diz, se encontram juntadas ao processo. A autuação recaiu sobre o estabelecimento que tem a inscrição estadual sob nº 070.301.679 e CNPJ nº 13.630.918/0029-67, entretanto todas as DMA e demais papéis de trabalho juntados aos autos pelo autuante se referem a outro estabelecimento, qual seja, o de inscrição estadual nº 68651189, CNPJ nº 13.630.918/0028-86 localizado na Av. Sete de Setembro, 562, enquanto o autuado tem como endereço a Av D. João VI, 446 - Brotas.

Também as intimações as quais se referem o autuante se referem a estabelecimento diverso, nas mesmas condições citadas no parágrafo anterior. Aliás, o autuante se refere a existência de uma 1ª Intimação entregue em 26/07/2012, fl. 44, porém este documento não se trata de uma intimação, e, sim, de um demonstrativo "de irregularidades apresentadas nos arquivos magnéticos enviados".

Ainda no que se refere a intimação citada pelo autuante, a constante à fl. 45 além de também se referir a estabelecimento diverso do autuado, concede o prazo de cinco dias para apresentar os arquivos magnéticos. Ainda que se referisse ao estabelecimento autuado, esta intimação não seria o suficiente para lastrear a autuação, na medida em que, acaso os arquivos fossem apresentados após atendida a intimação, com inconsistências, deveria o Fisco apresentar ao sujeito passivo uma listagem diagnóstico apontando as incorreções e concedendo-lhe o prazo de 30 (trinta dias) para corrigi-los. Só após esse período e tomadas as providências aqui delineadas é que se poderia lavrar o Auto de Infração.

Assim é que, diante de todas essas falhas procedimentais, impossíveis de saneamento, declaro Nulo o presente Auto de Infração, recomendando à autoridade fazendária competente que determine a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas, devendo ser observado o prazo decadencial. Em consequência, resta PREJUDICADA a análise do Recurso de Ofício.

Conforme se constata do trecho do Acórdão em análise, os membros integrantes da 2ª Câmara de Julgamento vislumbraram os seguintes vícios que culminaram na nulidade do lançamento:

- (i) INFRAÇÃO 2 – Incompatibilidade entre a penalidade cominada e o respectivo cálculo. O autuante cominou a multa prevista na alínea "j" do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei n.º 7.014/96 que corresponde a, no máximo, 1% do valor das operações de saídas realizadas no estabelecimento em cada período e, no entanto, o respectivo demonstrativo evidenciava que o cálculo tinha sido efetuado a partir do percentual de 5%;
- (ii) ITENS 1, 2 e 3 – As intimações e demonstrativos que subsidiam o lançamento evidenciam que os dados deles constantes dizem respeito a estabelecimento diverso do efetivamente autuado. Isto é, a base de cálculo das exações foi constituída a partir de informações pertencentes a outro contribuinte.

No meu sentir, o vício atinente à incompatibilidade entre a penalidade e o respectivo cálculo se constitui em erro de forma que poderia ser sanado ainda no próprio PAF desde que devolvido o prazo de defesa ao contribuinte. Tratou-se tão somente de mero erro de cálculo.

O mesmo não acontece, todavia, com a segunda falha cometida pela fiscalização que, para fins de apuração das exações que lançou de ofício, utilizou informações e dados pertencentes a outro estabelecimento, ainda que do mesmo titular. É que tais falhas de procedimento afetaram a base de cálculo da exigência, elemento material da regra matriz de incidência tributária, sendo imperioso, concluir tratar-se, na espécie, de vício material.

Este entendimento ressalte-se, foi corroborado em mesa pelo representante da PGE/PROFIS que,

após ter vistas dos autos e melhor examinar a matéria, se posicionou no sentido do provimento parcial do recurso, ao entendimento de que o prazo decadencial aplicável aos presentes autos é, de fato, aquele previsto no inciso I do artigo 173.

Nestes termos, não há o que se cogitar da aplicabilidade do prazo decadencial a que se refere o inciso II do artigo 173 do CTN, aplicável tão somente quando a anulação do ato administrativo tem origem em vício de forma.

Logo, tendo decorrido mais de cinco anos entre 01/01/2009 – primeiro dia do exercício seguinte ao que o imposto poderia ter sido cobrado – e 27/03/2014 – data em que o sujeito passivo tomou ciência acerca da lavratura do Auto de Infração – necessário concluir que na data da lavratura do Auto de Infração originário do presente PAF a Fazenda Estadual não dispunha mais de prazo para constituir de ofício créditos tributários relativos a fatos geradores ocorridos até 31/12/2008, sejam eles decorrentes do inadimplemento de obrigação principal ou acessória.

Quanto à prejudicial, portanto, dou provimento ao Recurso Voluntário para afastar as exigências capituladas nos itens 1, 2 e 3, relativamente aos períodos de apuração ocorridos no exercício de 2008.

No mérito, quanto à parte remanescente das infrações 2 e 3, entendo não assistir razão ao Recorrente.

Sustenta o Recorrente que a infração por ele cometida não se enquadra na conduta descrita na alínea “j” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, atinente, a seu turno, à falta de entrega de arquivos magnéticos, mesmo após intimação para tanto. Isto porque, o que se verificou foi a intimação para que corrigisse os arquivos outrora entregues com inconsistências.

De fato, após verificar que os arquivos entregues pelo contribuinte, relativos aos exercícios de 2007 a 2009 continham inconsistências e omissões de dados, bem como os arquivos relativos aos exercícios de 2010 e 2011 não haviam sido entregues no prazo regulamentar, a fiscalização o intimou (fl. 11) para que procedesse às devidas correções, bem assim a entrega dos arquivos faltantes, concedendo-lhe o prazo de 30 dias.

Atendendo ao quanto requerido, o contribuinte entregou os arquivos corrigidos, informando, na mesma oportunidade, que, em decorrência de dificuldades operacionais internas, não conseguiu preencher o arquivo 60R, relativos às operações realizadas no período compreendido entre os meses de janeiro de dezembro de 2010.

Esclareceu ainda que em relação ao mês de dezembro de 2010 os arquivos foram gerados apenas com os Registros 74 e 75 únicos com informações disponíveis.

De posse dos novos arquivos, os prepostos fiscais, através de empresa credenciada, expediram o laudo técnico de fls. 101 que evidencia a impropriedade dos arquivos para leitura em razão de os dados estarem corrompidos.

Ato contínuo, de posse dos novos arquivos os auditores autuantes finalizaram os trabalhos de auditoria para os quais foram designados, procedendo ao lançamento do imposto que entenderam ter deixado de ser recolhido no período – item 1 do Auto de Infração. Deixaram, entretanto, de aplicar o mesmo roteiro em relação ao exercício de 2010, em decorrência de os arquivos magnéticos estarem imprestáveis para utilização.

Com efeito, assim dispõe o §6º do artigo 708-B do RICMS/BA:

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, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente a retificação total de arquivo.

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

Como é possível constatar da análise do dispositivo legal transcrito, a entrega de arquivos após a intimação fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/96 equipara-se à falta de entrega, atraindo, por conseguinte, a aplicação da penalidade prevista na alínea “j”.

No caso dos autos, os arquivos relativos ao ano de 2010 foram entregues pelo Recorrente sem as informações concernentes às operações originadas de equipamento emissor de cupom fiscal, fora, portanto, das especificações e requisitos estabelecidos pelo Convênio ICMS 57/96. Nesta condição, a teor do que dispõe o §6º do artigo 708-B, a ele deve ser cominada a penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A, tal como procedeu a fiscalização.

Verifico, contudo, a necessidade de correção, ainda que de ofício, das datas de ocorrências relativamente à penalidade cominada no item 2. Isto porque, tratando-se de inadimplemento da obrigação de corrigir os arquivos após a intimação para tanto, o termo a data de ocorrência deve corresponder à data de vencimento da intimação, no caso os atos o dia ----/---/----- (Jaci, favor colocar aqui a data correspondente ao 31º após o recebimento da intimação que está as folhas 11 dos autos.)

Assim é que, entendendo acertada a decisão prolatada pelo órgão julgador *a quo*, Nego Provimento ao Recurso Voluntário, mantendo as exigências capituladas nos itens 2 e 3 do Auto de Infração, cujos fatos geradores ocorreram após 31/12/2008.

Ante ao exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para reformar parcialmente o Acórdão recorrido e afastar as exigências capituladas itens 1, 2 e 3, relativamente aos fatos geradores ocorridos até 31/12/2008, tal como a seguir demonstrado.

Item 01

Ocorrência	Vencimento	Valor Lançado	Elidido	Remanescente
31/05/2008	09/06/2008	7.330,73	7.330,73	-
30/06/2008	09/07/2008	3.143,90	3.143,90	-
31/07/2008	09/08/2008	6.656,73	6.656,73	-
Totais		17.131,36	17.131,36	-

Item 02

Ocorrência	Vencimento	Valor Lançado	Elidido	Remanescente
31/01/2008	09/02/2008	598,38	598,38	-
28/02/2008	09/03/2008	422,57	422,57	-
31/03/2008	09/04/2008	612,55	612,55	-
30/04/2008	09/05/2008	674,45	674,45	-
31/05/2008	09/06/2008	632,20	632,20	-
30/06/2008	09/07/2008	484,86	484,86	-
31/07/2008	09/08/2008	862,32	862,32	-
31/08/2008	09/09/2008	826,57	826,57	-
30/09/2008	09/10/2008	809,27	809,27	-
31/10/2008	09/11/2008	739,23	739,23	-
30/11/2008	09/12/2008	543,77	543,77	-
31/12/2008	09/01/2009	479,29	479,29	-
31/01/2009	09/02/2009	490,75	-	490,75
28/02/2009	09/03/2009	480,20	-	480,20
31/03/2009	09/04/2009	594,88	-	594,88
30/04/2009	09/05/2009	481,16	-	481,16
31/05/2009	09/06/2009	545,45	-	545,45
30/06/2009	09/07/2009	441,87	-	441,87
31/07/2009	09/08/2009	660,42	-	660,42
31/08/2009	09/09/2009	483,90	-	483,90
30/09/2009	09/10/2009	457,54	-	457,54
31/10/2009	09/11/2009	556,64	-	556,64
30/11/2009	09/12/2009	448,90	-	448,90
31/12/2009	09/01/2010	364,44	-	364,44
31/01/2010	09/02/2010	507,61	-	507,61
28/02/2010	09/03/2010	486,05	-	486,05
31/03/2010	09/04/2010	479,35	-	479,35
30/04/2010	09/05/2010	423,38	-	423,38
31/05/2010	09/06/2010	580,07	-	580,07
30/06/2010	09/07/2010	564,50	-	564,50
31/07/2010	09/08/2010	813,02	-	813,02
31/08/2010	09/09/2010	654,45	-	654,45
30/09/2010	09/10/2010	581,86	-	581,86
31/10/2010	09/11/2010	583,99	-	583,99
30/11/2010	09/12/2010	658,24	-	658,24
31/12/2010	09/01/2011	563,71	-	563,71
Totais		20.587,84	7.685,46	12.902,38

Item 03

Ocorrência	Vencimento	Valor Lançado	Elidido	Remanescente
31/01/2008	09/02/2008	1.380,00	1.380,00	-
28/02/2008	09/03/2008	1.380,00	1.380,00	-
31/03/2008	09/04/2008	1.380,00	1.380,00	-
30/04/2008	09/05/2008	1.380,00	1.380,00	-
31/05/2008	09/06/2008	1.380,00	1.380,00	-
30/06/2008	09/07/2008	1.380,00	1.380,00	-
31/07/2008	09/08/2008	1.380,00	1.380,00	-
31/08/2008	09/09/2008	1.380,00	1.380,00	-
30/09/2008	09/10/2008	1.380,00	1.380,00	-
31/10/2008	09/11/2008	1.380,00	1.380,00	-
30/11/2008	09/12/2008	1.380,00	1.380,00	-
31/12/2008	09/01/2009	1.380,00	1.380,00	-
31/01/2009	09/02/2009	1.380,00	-	1.380,00
28/02/2009	09/03/2009	1.380,00	-	1.380,00
31/03/2009	09/04/2009	1.380,00	-	1.380,00
30/04/2009	09/05/2009	1.380,00	-	1.380,00
31/05/2009	09/06/2009	1.380,00	-	1.380,00
30/06/2009	09/07/2009	1.380,00	-	1.380,00
31/07/2009	09/08/2009	1.380,00	-	1.380,00
31/08/2009	09/09/2009	1.380,00	-	1.380,00
30/09/2009	09/10/2009	1.380,00	-	1.380,00
31/10/2009	09/11/2009	1.380,00	-	1.380,00
30/11/2009	09/12/2009	1.380,00	-	1.380,00
31/12/2009	09/01/2010	1.380,00	-	1.380,00
31/01/2010	09/02/2010	1.380,00	-	1.380,00
28/02/2010	09/03/2010	1.380,00	-	1.380,00
31/03/2010	09/04/2010	1.380,00	-	1.380,00
30/04/2010	09/05/2010	1.380,00	-	1.380,00
31/05/2010	09/06/2010	1.380,00	-	1.380,00
30/06/2010	09/07/2010	1.380,00	-	1.380,00
31/07/2010	09/08/2010	1.380,00	-	1.380,00
31/08/2010	09/09/2010	1.380,00	-	1.380,00
30/09/2010	09/10/2010	1.380,00	-	1.380,00
31/10/2010	09/11/2010	1.380,00	-	1.380,00
30/11/2010	09/12/2010	1.380,00	-	1.380,00
31/12/2010	09/01/2011	1.380,00	-	1.380,00
Totais		49.680,00	16.560,00	33.120,00

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207494.0002/14-5**, lavrado contra **SUPERLENTE COMÉRCIO DE LENTES E ÓCULOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$46.022,38**, prevista no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. PROFIS