

**A. I. Nº** - 298624.0017/15-9  
**AUTUADA** - SOCIEDADE COMERCIAL E IMPORTADORA HERMES S.A.  
**AUTUANTE** - WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET - 27.09.2016

#### **6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0092-06/16**

**EMENTA:** ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. **a)** FALTA DE ENTREGA DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS COM OS REGISTRO TIPOS 54 E 74. O prazo concedido na intimação (5 dias úteis) como o efetivamente considerado, 19 dias corridos, caracteriza o cerceamento de defesa alegado, visto que além de contrariar o dispositivo legal, virtualmente cerceia a defesa do impugnante, visto as correções dos defeitos apontados demandarem espaço de tempo razoável, fato que levou o legislador a conceder prazo de 30 dias. Infração 1 nula. **b)** ENTREGA DOS ARQUIVOS SEM O NÍVEL DE DETALHE EXIGIDO NA LEGISLAÇÃO. A infração 2 decorreu da entrega dos arquivos eletrônicos nos prazos previstos, porém sem o nível de detalhamento exigido, e neste caso não se requer qualquer prazo para regularização. É uma infração autônoma, desvinculada dos fatos da primeira infração, que resultou do descumprimento do pedido de correção. Os relatórios apresentados à fl. 29 e páginas subsequentes já comprovam os erros dos arquivos, ainda que tenham sido entregues no prazo. Infração 2 procedente. Infração 2 procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente processo administrativo consta de lançamento tributário no auto de infração em epígrafe, decorrente de 2 infrações à legislação do ICMS, que totalizam multa R\$379.836,51 nos termos abaixo especificados, individualizados por infração:

1. Forneceu arquivo magnético enviado via 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 a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas. Multa de 5% do total das saídas e entradas limitada a 1% do total, conforme planilha anexa, no total de R\$363.276,51.
2. Pela falta de entrega de arquivo eletrônico nos prazos previstos na legislação ou pela sua entrega sem o nível de detalhe exigido pela legislação, sendo lançado total de R\$16.560,00.

A defesa foi apresentada às fls. 72/90, onde se arguiu que em 18.12.2015, foi lavrada a “Intimação para Apresentação de Informações” pela Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia (doc. 02), visando que a Impugnante apresentasse os arquivos magnéticos de 2010; no entanto, a Impugnante não foi cientificada desta intimação e que passados apenas 2 (dois) dias úteis da lavratura do referido termo de intimação, em 22.12.2015 (terça-feira), a Impugnante teve contra si lavrado o Auto de Infração.

Assim, mesmo sem ter sido regularmente cientificada da intimação para apresentação dos arquivos magnéticos de 2010, a Impugnante, apenas 2 dias após a confecção da intimação, sofreu

imposição de autuação fiscal a respeito, o que demonstra, sobremaneira, que a intimação em questão sequer poderia ser cumprida caso houvesse regular ciência a respeito. Logo, como restará sobejamente demonstrado a seguir, a autuação fiscal em epígrafe não deve prosperar, uma vez que (i) o auto de infração, bem como a intimação para a apresentação são nulos; e (ii) a Impugnante realizou a entrega dos arquivos eletrônicos de janeiro a dezembro de 2010, através do programa Validador/Sintegra; e (iii) ocorreu a decadência para a exigência do crédito tributário.

Todavia, existem nulidades insanáveis no procedimento adotado pelo fiscal estadual que terá como consequência a extinção do crédito tributário. A primeira delas é que a Impugnante nunca foi cientificada quanto à “Intimação para Apresentação de Informações”, confeccionada em 18.12.2015. Logo, nenhuma penalidade e/ou prejuízo poderia se valer de suposto não cumprimento à intimação desconhecida, sob pena de ofensa a aos Princípios da Ampla Defesa, Contraditório e Devido Processo Legal, e ao artigo 145 do CTN.

E a segundo, que a fiscalização, ao lavrar o presente Auto de Infração em 2 (dois) dias úteis, descumpriu o comando do artigo 261 do Regulamento do ICMS (Decreto nº 13.780/2012), o qual dispõe que o contribuinte tem o prazo de 5 (cinco) dias úteis para fornecer ao fisco, quando intimado, os documentos solicitados.

Ademais, também se pode dizer que a fiscalização descumpriu o § 4º, da supracitada legislação, uma vez que, caso os SINTEGRAS apresentados pela Impugnante tivessem efetivamente quaisquer omissões e inconsistências, a mesma deveria ter sido formalmente intimada para regularizá-los no prazo de 30 dias, não podendo ser lavrado o Auto de Infração durante este período.

Por outro lado, o presente lançamento também é nulo uma vez que a fiscalização sequer descreveu/tipificou corretamente a suposta infração cometida, já que a Impugnante foi enquadrada em dispositivos legais completamente ANTAGÔNICOS, uma vez que: (i) teria fornecido os arquivos magnéticos enviados através do Sintegra com omissão de operações ou prestações; e (ii) não teria entregado o arquivo eletrônico SINTEGRA no prazo previsto pela legislação.

Com efeito, é impossível se tentar enquadrar o supostamente ocorrido em duas situações antagônicas, pois se as informações foram entregues com omissões, não poderia ser exigida uma multa da Impugnante pela suposta não entrega dos arquivos magnéticos.

Assim, vale registrar que a autuação fiscal em questão ofende também o art. 112, do CTN. Não por outro motivo, o próprio Código Tributário Nacional relativiza o caráter objetivo das multas, incluindo parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade na sua aplicação, com a ponderação das circunstâncias do caso concreto.

Por fim, a aplicação das referidas multas é inadmissível, uma vez que a Impugnante efetivamente realizou a entrega de seus arquivos eletrônicos dos meses de janeiro a dezembro de 2010 (doc. 04) através do programa Validador/SINTEGRA, cumprindo, assim, o artigo 250, § 14, do Decreto nº 13.780/2012 (Regulamento do ICMS). Portanto, tendo em vista que a Impugnante realizou a efetiva entrega dos arquivos magnéticos de todo o período autuado, é impossível, também por este motivo, a imputação das penalidades em comento.

Ademais, como já afirmado, caso as informações prestadas pela Impugnante contivessem omissões ou erros, a fiscalização estava obrigada a intimar a Impugnante para corrigi-las em 30 (trinta) dias, antes de lavrar o Auto de Infração, conforme determina o § 4º, do artigo 261 do Regulamento do ICMS (Decreto nº 13.780/2012).

Portanto, uma vez que a Impugnante efetivamente entregou os arquivos eletrônicos através do programa Validador/SINTEGRA em relação a todo o período autuado (janeiro a dezembro de 2010), ora que, em atenção ao princípio da verdade material, na hipótese de haverem omissões e incorreções, a Impugnante deveria ter sido intimada para saná-las em 30 dias, na forma do § 4º, do artigo 261 do Regulamento do ICMS (Decreto nº 13.780/2012), o crédito exigido a título de multa é completamente descabido!

Não obstante as razões acima apresentadas sejam suficientes à demonstração da improcedência do lançamento sob discussão, não é demais ressaltar que, considerando que transcorreram mais de 05 (cinco) anos entre a ciência do Auto de Infração em voga, dia 22.12.2015, e o período mensal de apuração da multa imposta (janeiro a dezembro de 2010), tem-se que a autuação fiscal ora atacada não pode prevalecer por força da decadência referente à constituição do crédito tributário, conforme dispõe o inciso V, do artigo 156, do CTN.

As obrigações acessórias ou deveres instrumentais são instituídos no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos e tem por objetivo tornar possível a realização da obrigação principal, propiciando ao ente tributante a verificação do adequado cumprimento da obrigação tributária. Esta é a previsão do art. 113, § 2º, do Código Tributário Nacional. Note-se, assim, que não há razão lógica de se verificar livros fiscais relativos ao período em que os créditos tributários não poderão ser constituídos, pois abrangidos pela decadência, já que o ICMS é imposto sujeito ao lançamento por homologação, na forma do artigo 150, § 4º, do CTN, com apuração mensal.

Pelo exposto, resta demonstrada a decadência do direito de o Fisco constituir o crédito tributário originário da multa, em relação aos meses de janeiro a dezembro de 2010, por ultrapassar 05 (cinco) anos da data do fato gerador, já estando extinto o crédito tributário referente a este período, na forma do artigo 150, parágrafo 4º, do Código Tributário Nacional.

Por todo o exposto, a Impugnante requer que V.Sa. acolha a presente defesa, para declarar a autuação fiscal totalmente improcedente, cancelando-se o crédito tributário decorrente do Auto de Infração lavrado, com a consequente determinação do arquivamento do feito, para que não produza quaisquer efeitos contra a Impugnante.

Finalmente, protesta, desde já, pela juntada superveniente de documentos que comprovem a impropriedade do lançamento, bem como a sua total lisura perante o Fisco Estadual.

A informação fiscal foi prestada às fls. 106/8. Diz que o auto em apreço elencou duas infrações cometidas pelo contribuinte - ambas relativas a não entrega ou à apresentação de forma irregular - dos arquivos magnéticos correspondentes às operações realizadas com o Estado da Bahia. As penalidades previstas na Lei nº 7.014/96 são assim descritas:

*“Art. 42 - 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:*

*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;*

*j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido 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 e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo;”*

Quanto aos argumentos da defesa cabe, preliminarmente, afastar sua argumentação quanto à decadência do exercício de 2010. A propósito, este CONSEF tem consagrado o entendimento de que a contagem de tal prazo se dá a partir do último dia útil do exercício seguinte. Quanto às contestações referentes aos prazos de intimação e lavratura da autuação veremos que a defesa opta por ignorar as provas acostados ao processo.

Restará claro ao final que a defendente adota há anos o mesmo comportamento sinuoso que evidencia em sua presente defesa - seja quanto a seus dados cadastrais, seja quanto à apresentação das informações previstas em lei. O que - frise-se - não tem escapado a este Fisco estadual, que a tem autuado reiteradamente em diversos exercícios. Este fato deixa no ar a

pergunta: não se trataria de uma escolha da varejista preferir ser autuada com base no percentual de 1% do total das operações do que apresentar as informações detalhadas das mesmas?

Que conforme se constata às fls. 1 e 6 do PAF, pelo menos até a data da autuação (22.12.2015) a recorrente funcionava em endereço diverso daquele informado a este Fisco. Também eram incorretos os dados de telefone e e-mail.

Fato é que em 26/11/2015, após inúmeras tentativas de contato por telefone e e-mail, foi expedido Termo de Intimação por correspondência com A.R. (fl. 07), que foi entregue a pessoa não identificada, no endereço conhecido, na data de 03/12/15. De tal envio não obtivemos resposta.

Insistindo em localizar o estabelecimento, efetuamos pesquisas em site de busca na internet, descobrindo seu endereço atual, para onde expedimos nova intimação na data de 11/12/15 (fls. 10/11). Tendo obtido também o número de telefone e - a partir de contato realizado - também o endereço de e-mail, enviamos intimação por este canal na mesma data de 11/12/15 (fl. 12). Ainda no mesmo dia, novo encaminhamento foi realizado por e-mail para um segundo funcionário da varejista (fl. 13), que afinal remeteu-nos sua ciência datada de 14/12/2015 (fl. 15). Fica comprovado neste documento que estes autuantes concederam não só o prazo legal de 5 dias, como também indicaram as falhas a serem corrigidas nos REGISTROS SINTEGRA.

Diante de tais provas cabe perguntar: como pode a defesa afirmar, e reiterar seguidamente, que só fora intimada em 18/12/15? Isto posto, não resta dúvida que a apenas apresentou arquivos magnéticos incapazes de informar corretamente sobre suas operações - o que se comprova com os "Resultados de Verificação de Validade/SINTEGRA" (fls. 29/52). Igualmente, desobedeceu ao prazo legal de 5 dias para o cumprimento da obrigação de corrigir seus arquivos magnéticos. Procedem, portanto, as duas penalidades elencadas.

Por fim, vale ressaltar que diferente do que indica a defesa, as penalidades em nada a surpreenderam. Basta que compulemos os documentos acostados às fls. 53/59, relativos aos Autos de Infração n<sup>os</sup> 281331.0112/08-0 (2008), 279103.0008/10-6 (2010), 129118.0101/11-2 (2011) para constataremos que todos contemplam idênticas penalidades por não cumprimento das obrigações relativas aos arquivos magnéticos. Todos igualmente julgadas procedentes por este CONSEF.

Concluimos retornando à pergunta: não se trataria de uma escolha da varejista preferir ser autuada com base no percentual de 1% do total das operações do que apresentar as informações detalhadas das mesmas? São aspectos que certamente não escaparão a este CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL.

## VOTO

Devo inicialmente apreciar a preliminar de decadência pretendida pelo impugnante, vez que o lançamento foi efetuado em 22/12/2015 e os fatos se reportam ao período de 01/01/2010 a 31/12/2010. Diz o impugnante após fazer considerações sobre tema, que resta demonstrada a decadência do direito do Fisco constituir o crédito tributário originário da multa, em relação aos meses de janeiro a dezembro de 2010, por ultrapassar 05 (cinco) anos da data do fato gerador, já estando extinto o crédito tributário referente a este período, na forma do artigo 150, parágrafo 4º, do Código Tributário Nacional.

No entanto, devo considerar que este Conselho de Fazenda, mediante inúmeros pareceres da Procuradoria Geral do Estado, acata para efeitos de interpretação do período decadencial, o disposto no artigo 172, I do Código Tributário Nacional:

*Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

*I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;*

Por este motivo, os fatos que ensejaram o lançamento da multa, só viriam a sofrer efeitos da decadência a partir de 01/01/2016, vez que o prazo decadencial conta-se a partir do primeiro dia

subsequente ao exercício de 2010, ou seja, 01/01/2011. Face ao exposto, denego a preliminar de decadência.

Vejamos então os argumentos quanto à nulidade pretendida, mas antes analisemos as provas apresentadas no processo quanto aos fatos. Consta intimação à fl. 7 com envio em 26/11/2015, e data de entrega e assinatura do recebimento, dia 03/12/2015, assim como documento eletrônico de comprovação da entrega nesta data, à fl. 9. Há, além disso, intimação mediante correio eletrônico no dia 11/12/2015 à fl. 13 e por fim, intimação para correção dos registros SINTEGRA nºs 54 e 75 assinada pelo representante do contribuinte à fl. 15, com data de 14/12/2015. O demonstrativo do cálculo da multa aplicada está à fl. 16 e o demonstrativo das inconsistências se encontra entre às fls. 29/ 52, onde claramente se constata a ausência dos registros 54 e 74, com presença dos registros 50 e 51.

De fato, a ausência destes registros impede à fiscalização visto os dados fundamentais encontrados nestes registros que indicam os itens e os respectivos valores constantes das notas fiscais. Assim, restou caracterizada a infração tanto da falta de entrega dos arquivos com o nível de detalhe exigido na legislação, ensejando a aplicação da multa da infração 2, independente do cumprimento da entrega dos arquivos com as devidas correções, assim como em princípio justifica a penalidade aplicada na infração 1, pela falta de entrega com as correções pedidas. O impugnante pede à fl. 78, a nulidade por conta de que não teria sido formalmente intimada a regularizar os arquivos no prazo de 30 dias, arguindo cerceamento de defesa, nos termos do art. 18, II do RPAF.

Agora, vejamos o que dizia a legislação pertinente à época dos fatos, conforme o RICMS/BA então vigente:

*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.*

*§ 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.*

É forçoso concluir que pelo parágrafo 5º acima, o contribuinte terá o prazo de 30 dias contados do recebimento da intimação para corrigir o arquivo com inconsistências, visto que uma vez havendo incorreções ou inconsistências, está a se considerar a intimação proposta no parágrafo 3º e não a intimação do caput do art. 708-B, que considera o prazo de cinco dias úteis para a mera ausência de arquivos, e não arquivos entregues com inconsistências. Além da intimação à fl. 15 constar o prazo de 5 dias úteis para correção, de fato nem mesmo a data da expedição da intimação (26/11/2015) atende ao prazo estabelecido, quando mais que a legislação exige que seja a partir da data do recebimento, e a data mais distante da lavratura do auto de infração, que permitiria se considerar que o impugnante tomou ciência da intimação, é 03/12/2015, cerca de dezenove dias antes da lavratura.

Em verdade, tal prazo concedido na intimação (5 dias úteis) como o efetivamente considerado, 19 dias corridos, caracteriza o cerceamento de defesa alegado, visto que além de contrariar o dispositivo legal, virtualmente cerceia a defesa do impugnante, visto as correções dos defeitos apontados demandarem espaço de tempo razoável, fato que levou o legislador a conceder prazo de 30 dias. Face ao exposto, acato o pedido de nulidade quanto ao primeiro item do lançamento. Infração 1 nula.

A infração 2 decorreu da entrega dos arquivos eletrônicos nos prazos previstos, porém sem o nível de detalhamento exigido, e neste caso não se requer qualquer prazo para regularização. É uma infração autônoma, desvinculada dos fatos da primeira infração, que resultou do descumprimento do pedido de correção. Os relatórios apresentados à fl. 29 e páginas

subsequentes já comprovam os erros dos arquivos, ainda que tenham sido entregues no prazo. Infração 2 procedente.

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

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298624.0017/15-9**, lavrado contra **SOCIEDADE COMERCIAL E IMPORTADORA HERMES S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$16.560,00**, prevista no artigo 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.835/05.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de setembro de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO - JULGADORA