

PROCESSO - A. I. Nº 203459.0000/08-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CARLOS DE SOUZA BARROS CIA. LTDA. (CASA DOS CIRURGIÕES)
RECURSO - RECURSO DE OFICIO – Acórdão 5ª JJF nº 0154-05/08
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 14/11/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0358-11/08

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE FORNECIMENTO. MULTA. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. De acordo com o RICMS/97 o prazo para apresentação dos arquivos magnéticos, mediante intimação, é de cinco dias. Sendo constatadas inconsistências nos referidos arquivos, deve ser apresentada uma nova intimação para correção das inconsistências, sendo fornecida ao contribuinte listagem diagnóstica e relatório detalhado das ausências para que sejam realizadas as devidas correções no prazo de 30 dias. Não tendo sido concedido o prazo inicialmente previsto, nem intimado o sujeito passivo de forma específica para proceder à correção dos dados inconsistentes verificados nos arquivos magnéticos, impõe-se à nulidade da autuação, por ter sido praticada com preterição ao direito de defesa, em razão da inobservância do devido processo legal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, interposto pela 5ª JJF após julgamento pela nulidade do Auto de Infração em epígrafe, lavrado para imputar ao sujeito passivo a falta de fornecimento de arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, sendo aplicada a multa de 1% sobre as saídas, resultando no valor de R\$47.147,70, sendo para o exercício de 2003 o valor de R\$25.788,68 e, para o exercício de 2004, o valor de R\$21.359,02.

A Decisão de Primeira Instância, consubstanciada no Acórdão JJF nº 0154-05/08, e que julgou nula a exigência fiscal, apresentou a seguinte fundamentação, resumidamente:

- I. que o autuante em sua informação fiscal afirmou que a autuação se deu porque o contribuinte não transmitiu os seus arquivos magnéticos, no entanto, no Auto de Infração consta que o cometimento da infração foi a falta de fornecimento do referido arquivo, mas que existem diferenças entre transmissão e fornecimento de arquivo magnético;
- II. que transmissão é o ato de fazer a entrega do arquivo magnético via meio eletrônico diretamente para o banco de dados da SEFAZ, com todo o movimento econômico de cada mês, exigido pela legislação, no caso específico, via *internet*, e fornecer é o ato de apresentar, fazer chegar às mãos do preposto fiscal o arquivo magnético depois de transmitido à SEFAZ;
- III. que o autuante na intimação feita ao autuado usa o termo apresentar arquivo magnético; na descrição dos fatos no Auto de Infração diz que o contribuinte deixou de enviar e não apresentou o arquivo; na infração imputada disse que o sujeito passivo deixou de fornecer o arquivo magnético e, por último, na informação fiscal alegou que o contribuinte foi autuado em razão da falta de transmissão à SEFAZ do arquivo magnético, ficando patente a fragilidade do processo dada a insegurança jurídica nele apresentada, porque não ficou definida

de forma eficaz nos autos a verdadeira pretensão do autuante, assistindo razão ao contribuinte quando alega que não lhe foi oferecido à necessária oportunidade de defesa;

- IV. que à luz do que prevê a legislação do ICMS, a falta de entrega de arquivo magnético exigida mediante intimação está prevista no art.42, XIII-A, alínea “i” da Lei nº 7.014/96, e prevê a exigência de multa equivalente a R\$1.380,00 por período não entregue; enquanto a falta de fornecimento está prevista na alínea “g” dos referidos dispositivos legais, e determina que nesse caso deverá ser aplicada a multa de 1% sobre as saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração; e por último a falta de correção de divergências ou omissões em arquivo magnético, quando regularmente intimado e acompanhado da listagem diagnóstica, encontra-se previsto na alínea “f”, também do inciso XIII-A, do art. 42 da mencionada Lei, e enseja multa de 5% do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas ou divergentes nos documentos fiscais correspondentes;
- V. que o autuante intimou o contribuinte para apresentar no prazo de 30 dias úteis arquivos magnéticos previstos no Convênio ICMS 57/95, mas deixou de indicar o período exigível, bem como de especificar as razões da intimação e que o Auto de Infração foi lavrado alegando falta de fornecimento de arquivo magnético mediante intimação, sem qualquer prova cabal que fora informada ausência de registros, ou a existência de divergência de informações, ou apresentação dos referidos arquivos com irregularidades ou inconsistências acompanhadas de listagem diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, visto o prazo de 30 dias concedido na intimação;
- VI. que os arquivos foram enviados via *internet*, conforme recibos de entrega datados de 25/03/08 e 31/03/08, no dia da lavratura do Auto de Infração e seis dias após, e antes de tomar ciência do Auto de Infração, e que o exercício de 2004 já tinha sido enviado antes do início da ação fiscal, ressaltando, ainda, que não houve intimação para o contribuinte entregar o arquivo magnético do exercício de 2003, enviado após o início da ação fiscal, não sendo ainda a entrega fora do prazo objeto de autuação, nem tampouco prejudicou os trabalhos da fiscalização, visto que na descrição dos fatos o próprio autuante alegou que não apurou irregularidades ao mesmo tempo afirmou que o sujeito passivo deixou de enviar os arquivos magnéticos de 2003 e 2004, mas não o autuou, vindo a autuar por outro motivo falta de fornecimento do arquivo magnético.
- VII. que de acordo com o disposto no *caput* do art. 708-B do RICMS/97 o prazo previsto para que o contribuinte apresente os arquivos magnéticos é de 05 (cinco) dias, mediante intimação válida, e que se o fato detectado fosse de inconsistências ou ausência de registros, deveria constar do PAF comprovação de que houve a entrega de listagem diagnóstica e os relatórios detalhados das ausências ou falhas encontradas, o que não há, contrariando a previsão constida nos §§ 3º e 5º do art. 708-B, do RICMS/97.

Em conclusão, consignou a JJF que o procedimento fiscal foi efetuado sem observância dos requisitos estabelecidos na legislação tributária, inclusive quanto à necessidade de intimação específica ao contribuinte para a necessária correção dos arquivos, haja vista que a única intimação foi efetuada solicitando a apresentação dos arquivos, o que acarretou em inobservância ao devido processo legal por parte da fiscalização, com preterição do direito de defesa do sujeito passivo.

VOTO

Da análise dos autos e da Decisão recorrida, entendemos não merecer reparos o Julgado de Primeira Instância.

Como bem frisou o relator da JJF, a autuação sofre de mácula que a inquina de nulidade, nos termos do art. 18, inciso II e IV, alínea “a”, do RPAF/99, em decorrência da falta de clareza e ausência de indicação específica dos elementos que embasariam a exigência fiscal, especificamente a falta de congruência entre a acusação e a intimação de fl. 06 dos autos, que embasaria a autuação, o

que contraria os princípios da ampla defesa e do contraditório, além da ausência de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração que se quer imputar ao contribuinte.

E de fato, muito embora a infração imputada na peça inicial do lançamento de ofício tenha sido a de falta de fornecimento de arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, com lastro no art. 686 e 708-B do RICMS, a intimação enviada ao contribuinte que teria dado lastro à exigência fiscal, às fl. 06 dos autos, e que concede um prazo de 30 dias ao mesmo, não especifica qual a conduta que se quer realizada pelo contribuinte, ou a informação que deveria ser apresentada ou mesmo qual o período dos arquivos magnéticos que ela se refere, o que efetivamente cerceia o direito de defesa do sujeito passivo.

Por sua vez, pela leitura do art. 708-B, abaixo transcrito, citado como norma transgredida pelo sujeito passivo, vê-se que este determina em seu caput o fornecimento ao contribuinte do arquivo magnético, quando intimado, no prazo de 05 dias, portanto prazo diverso do concedido pelo autuante na intimação citada, de 30 dias. Por outro lado, o referido dispositivo, em seu §5º determina que em caso de inconsistências detectadas deverá o contribuinte efetuar a correção exigida no prazo de 30 dias, contados da data da infração para este fim. Ora, não se sabe qual foi afinal a conduta infracional do sujeito passivo: Se o não fornecimento do arquivo ou se ocorreu sua apresentação com inconsistências. Se a primeira, o prazo a ser dado seria de 05 dias. Se a segunda, o prazo seria de 30 dias e ainda teria que ser disponibilizada ao contribuinte a listagem diagnóstico das irregularidades encontradas, nos termos do §3º do referido dispositivo:

“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.”. Grifos nossos.

Do exposto, votamos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração epigrafado, representando à autoridade competente para que esta determine a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 203459.0000/08-5, lavrado contra CARLOS DE SOUZA BARROS CIA LTDA. (CASA DOS CIRURGIÓES). Representa-se à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas, conforme art. 156 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. PGE/PROFIS