

A. I. N° - 203459.0000/08-5
AUTUADO - CARLOS DE SOUZA BARROS CIA LTDA.
AUTUANTE - RICARDO FRANÇA PESSOA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 23.09.08

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0154-05/08

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. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 25/03/2008, imputa a acusação de ter deixado o autuado de fornecer 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: exercício de 2003 - R\$25.788,68 e exercício de 2004 - R\$21.359,02.

O autuado, por seu advogado regularmente constituído, impugna o lançamento fiscal à (fls. 13 a 34), alegando que a descrição dos fatos feita pelo autuante não condiz com os fatos efetivamente ocorridos. Diz que no dia 04/02/2008, recebeu intimação para apresentação de informações em meio magnético e que ao analisá-la viu que a mesma não se presta a exigir a apresentação de qualquer informação, primeiro face à ausência da especificação das razões para apresentar informações e segundo, em função da ausência de especificação quanto ao período sobre os quais arquivos magnéticos pretendia o autuante se referir.

Aduz que embora tenha em seus arquivos todos os documentos, ficou impossibilitado de atender a intimação diante da ausência de especificação do período correspondente ao arquivo magnético exigido.

Assevera que embora conste do formulário de intimação um campo o qual fixa razão da intimação e outro referente ao período aos quais os arquivos solicitados se referem, o autuante não tratou de assinalá-los. Diz ainda que pelo fato de não ter tomado conhecimento dos arquivos que estavam sendo exigidos e da motivação do pedido, resta clara a ineficácia da intimação, em razão da impossibilidade de se pretender cumprir uma obrigação acessória sem que possa ter a plena identificação daquilo que lhe foi exigido.

Pontua que apesar da falta de clareza da intimação, em gesto de boa-fé, fez uma busca nos seus arquivos a fim de verificar a existência de eventuais omissões ou erros na entrega das

informações em meio magnético. Acrescenta que percebeu que parte dos arquivos referentes ao ano de 2003 não haviam sido remetidos à SEFAZ anteriormente e que ao averiguar tal circunstância, processou a sua transmissão, em 25/03/08 e 31/03/08, sem qualquer imposição por parte do fisco, mesmo não sendo exigido especificamente pelo autuante e sem ter tomado conhecimento da lavratura do Auto de Infração que se verificou no dia 25/03/2008 e que só veio a tomar ciência da peça acusatória no dia 12/05/2008. Frisa que os arquivos magnéticos do exercício de 2004 foram entregues no dias 23 e 24 de janeiro de 2008, antes de ter recebido a intimação, dia 04/02/2008, data de início da ação fiscal.

Argui que embora tenha enviado as informações em meio magnético referentes aos exercícios de 2003 e 2004, foi lavrado o Auto de Infração. Alega que é incabível a aplicação da penalidade porque inexistiu a prática da conduta tipificada que pudesse dar suporte a esta multa. Fala que houve desrespeito aos princípios da tipicidade cerrada e da legalidade. Expõe que a conduta por ele perpetrada em nada se confunde com o enquadramento no art.686 e 708-B do RICMS/97. Pede que seja declarado improcedente o Auto de Infração.

Cita a Lei nº 7.014/96 e transcreve o seu artigo 42, XIII-A para dizer que não está admitindo, mas que se a multa existisse efetivamente, teria de se aplicar 1% sobre as saídas de dezembro de 2003 e 2004, apenas, porque se constituem os únicos períodos de apuração da obrigação acessória exigida e não como foi feito pelo autuante, cobrando sobre as saídas acumuladas. Transcreve o artigo 708-A, § 4º, do RICMS/97, para defender sua tese.

Defende que a multa na forma cobrada viola a Constituição Federal porque tem o caráter confiscatório. Transcreve trechos das lições do Professor Sacha Calmon Navarro Coelho que fala sobre o tema em comento. Diz que no presente caso se fosse devida a multa, deveria ser a mesma reduzida, exigindo o seu valor apenas sobre a receita do último mês de cada exercício, 2003 e 2004, aplicando-se o princípio da razoabilidade, da equidade e da proporcionalidade. Transcreve o § 7º do art. 42 de Lei nº 7.014 e julgamentos deste CONSEF, para demonstrar a necessidade de se cancelar ou reduzir a multa aplicada no Auto de Infração.

Conclui pedindo que se não for julgado improcedente a exigência fiscal, cumulativamente que a multa passe a incidir apenas sobre o valor de dezembro de 2003 e de 2004; que se reconheça o caráter confiscatório da multa de 1% e que se reduza o seu valor visto que não houve prejuízo ao tesouro público. Protesta por todos os meios de provas em direito admitidos, pedindo juntada de documentos, pareceres, decisões administrativas e judiciais, contra prova, diligências, exames, vistorias e revisões de lançamentos posteriormente.

O autuante presta informação fiscal (fls. 64 e 65), argüi que o autuado não transmitiu para a SEFAZ seus arquivos magnéticos e mesmo intimado não efetuou as transmissões dentro dos 30 dias que lhe foram concedidos.

Diz que o contribuinte entregou os arquivos magnéticos posterior à ação fiscal ou nos seus últimos dias. Afirma que, além disso, os meses anteriormente transmitidos estavam com erros e que o contribuinte tinha sido intimado e orientado diversas vezes para corrigir esses erros. Fala que o autuado pauta a sua defesa pelo fato de que na intimação não estão consignados os exercícios que, a que se referem e as suas razões. Cita o art. 18 do RPAF/99 para dizer que tal incorreção não acarreta nulidade do Auto de Infração, porque não prejudica o ato, visto que estava sob fiscalização, tendo entregue os documentos relativos aos exercícios que se encontrava sob ação fiscal e foi exaustivamente orientado e cobrado para que se transmitisse os arquivos magnéticos.

Registra que na defesa o autuado prova que os arquivos não foram entregues à SEFAZ quando deveria, só tendo sido feito após o período de encerramento da fiscalização ou nos últimos dias do primeiro trimestre de 2008.

Conclui dizendo que não é verdade que o contribuinte só tomou ciência do Auto de Infração em 12/05/2008. Garante que o autuado tomou ciência da autuação em 03/04/2008, como comprova o

Auto de Infração anexo. Alega que ocorreu erro no SEAI na numeração do Auto de Infração, e que só foi descoberto depois que já tinha tomado ciência. Aduz que foi trocada a peça acusatória e que o autuado demorou de atender ao chamado só tomando ciência em 12/05/2008. Mantém a autuação na íntegra.

VOTO

Observo que a imputação se referiu ao fato do contribuinte ter deixado de fornecer arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

Verifico que o sujeito passivo ao impugnar o lançamento, apontou a existência de vícios na intimação feita pelo autuante tais como: ausência da especificação das razões para apresentar informações e falta de especificação do período dos arquivos magnéticos a ser apresentado, pretendido pelo autuante. Disse ainda que a descrição dos fatos feita na peça acusatória não condiz com os fatos efetivamente ocorridos. Argüiu que houve ofensa ao princípio do devido processo legal, considerando que o autuante não especificou quais teriam sido os dados tidos como divergentes ou inconsistentes, nem proporcionou o conhecimento da infração que lhe foi atribuída, sem lhe oferecer a necessária oportunidade de defesa.

Ressalto que a intimação é o meio que o preposto fiscal se utiliza para solicitar ao contribuinte esclarecimentos ou que sejam exibidos os elementos necessários à realização do trabalho de fiscalização. Significa dizer que o preposto fiscal ao intimar o sujeito passivo terá de fazer de forma expressa, obrigatoriamente, e indicar o período a ser atendido, identificando especificamente o que pretende que seja cumprido na intimação, de forma clara e precisa. A SEFAZ criou um documento próprio com este fim específico, transcrevendo nele todos os casos possíveis de ocorrer relacionados ao arquivo magnético, tendo o preposto fiscal obrigatoriamente de nele indicar de forma específica e clara a sua pretensão, para que o sujeito passivo possa atender cabalmente a intimação.

Observo que o autuante em sua informação fiscal disse 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. Existem diferenças sutis entre essas duas vertentes: transmissão e fornecimento de arquivo magnético. 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.

Em seu procedimento fiscal o autuante não deixa clara a sua pretensão, especificamente. Na intimação (fl. 06) usa o termo apresentar arquivo magnético; na descrição dos fatos no Auto de Infração falou 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. Desse modo fica patente a fragilidade do processo dada a insegurança jurídica nele apresentada, porque não ficou definido de forma eficaz nos autos a verdadeira pretensão do autuante. Assim, assiste razão ao contribuinte quando em seu arrazoado disse que não lhe foi oferecido à necessária oportunidade de defesa.

Considerando os elementos e o teor do processo, resta examiná-lo à luz do que prevê a legislação do ICMS quando reza que, a falta de entrega, seja, a ausência da sua transmissão ou a falta de fornecimento, ou a entrega com inconsistência do arquivo magnético, resultam descumprimento de obrigação acessória, passível de penalidades previstas na lei estadual que dá tratamento específico para cada um deles, dada a natureza de cada infração mencionada. Como não ficou clara nos autos a real pretensão do autuante, faço a análise do que foi posto à luz da legislação que trata especificamente sobre o assunto. 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.

Neste caso específico, noto no presente processo a ocorrência de falhas procedimentais insanáveis praticadas pela fiscalização, que acarretam a nulidade do Auto de Infração. Vejo 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.

Por outro lado noto que foi lavrado o Auto de Infração 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.

Observo que o contribuinte informou que mesmo não sendo o objeto da intimação, percebeu que parte dos arquivos referentes ao ano de 2003 não havia sido remetido à SEFAZ anteriormente e que ao averiguar tal circunstância, processou a sua transmissão. De fato os arquivos foram enviados via *internet*, conforme recibos de entrega datados de 25/03/08 e 31/03/08 (fls. 36 a 47), no dia da lavratura do Auto de Infração e seis dias após, e antes de tomar ciência do Auto de Infração. Constatei ainda que o exercício de 2004 já tinha sido enviado antes do início da ação fiscal. (fls. 49 a 59).

Investigando o Auto de Infração e os seus anexos, observei que não houve intimação para o contribuinte entregar o arquivo magnético do exercício de 2003, enviado após o início da ação fiscal. Vejo que a entrega fora do prazo não foi também 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.

Observo 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. Considerando que o único elemento identificado na intimação foi o prazo concedido de 30 dias leva-se a entender, pois os mesmos já tinham sido recepcionados pelo autuante, constatadas as suas inconsistências ou ausência de registros, entretanto, não consta do PAF comprovação de que entregou a listagem diagnóstica e os relatórios detalhados das ausências ou falhas encontradas, contrariando a previsão contida nos §§ 3º e 5º do art. 708-B, do RICMS/97, o que possibilitaria que o contribuinte realizasse as necessárias correções, e isto não lhe foi oportunizado.

Para um melhor entendimento, transcrevo os dispositivos regulamentares aqui citados.

“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.”

Portanto, neste caso específico, considerando 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, consoante anteriormente demonstrado, concluo que ocorreu inobservância ao devido processo legal por parte da fiscalização, com preterição do direito de defesa do sujeito passivo.

Sendo o ato administrativo de lançamento fiscal vinculado e sujeito aos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada, entendo que o lançamento em lide não tem como prosperar, pois, conforme dito, restou provado o cerceamento do direito de defesa, em razão dos vícios insanáveis no processo, tais como: falta de clareza e ausência de indicação específica dos elementos pretendidos pelo autuante na intimação, bem como falta de indicação do período do arquivo magnético que pretendia que fosse apresentado, acusação incompatível, sem qualquer nexo causal com a intimação que pretendeu fundamentar a autuação, fatos que conduzem à nulidade do lançamento.

Desta forma, nos termos do art. 18, inciso II, do RPAF/99 o Auto de Infração é nulo, devendo a autoridade competente determinar a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de falhas, de acordo com o art. 156 do RPAF/99. É evidente que se o interessado na solução do caso, antes de nova ação fiscal, sanar alguma irregularidade porventura existente, se exime de sanções.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **nº 203459.0000/08-5**, lavrado contra **CARLOS DE SOUZA BARROS CIA LTDA.**, representando à autoridade competente para determinar a realização de nova ação fiscal.

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”, item 2, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de setembro de 2008.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR