

PROCESSO - A. I. N° 232845.0010/08-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - DISTRIBUIDORA BARREIRAS DE ALIMENTOS LTDA. (CASTRO ATACADISTA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0311-04/09
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
INTERNET - 16/12/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0349-12/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE SISTEMA ELETRÔNICO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS AO FISCO MEDIANTE INTIMAÇÃO. ARQUIVOS ENTREGUES COM INCONSISTÊNCIAS. MULTA. Comprovado que a intimação foi realizada de forma contrária ao que estabelece o § 3º do art. 708-B do RICMS/BA, bem como configurado insegurança na determinação da infração, multa e base de cálculo. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal (4ª JJF), nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, tendo em vista a Decisão exarada no Acórdão JJF N° 0311-04/09, que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado para impor multa por descumprimento de obrigação acessória – multa de 1% –, no valor de R\$ 2.064.602,31, prevista no art. 42, XIII-A, ‘f’ da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de ter o sujeito passivo fornecido arquivos magnéticos exigidos mediante intimação com omissão de informações sobre operações ou prestações realizadas.

O autuado apresentou defesa e, preliminarmente, suscitou a nulidade do lançamento pelos seguintes motivos:

- a) o presente Auto de Infração não poderia ter sido lavrado apartado do de nº 232845.0011/08-9, uma vez que ambos foram decorrentes da mesma ação fiscal;
- b) há insegurança na determinação da infração, pois o período fiscalizado não condiz com a Ordem de Serviço;
- c) foi cerceado o direito de defesa do autuado quando da notificação do lançamento e da devolução de documentos arrecadados pelos autuantes;
- d) há insegurança na determinação da infração e na apuração dos valores, uma vez que foram utilizadas informações de terceiros.

No mérito, argumentou que os seus dados cadastrais vinham sendo utilizados por terceiros para simular vendas que jamais aconteceram. Salientou que não fora intimado para corrigir arquivo especificamente qualquer dado dos arquivos magnéticos. Disse que a data de ocorrência registrada no Auto de Infração (2007) estava equivocada. Afirmou que havia erros na apuração da base de cálculo da multa. Requeru o cancelamento ou a redução da multa.

Na informação fiscal, os autuantes sustentaram que não havia motivos para o acolhimento das preliminares de nulidade suscitadas na defesa e afirmaram que houve intimação específica para retificações de arquivos. Destacaram que, durante o curso da auditoria, por liberalidade e através de e-mails, apresentou ao autuado as divergências encontradas, tendo sido concedidas diversas oportunidades para as correções dos arquivos. Mantiveram a ação fiscal em sua totalidade.

Na Decisão recorrida, as preliminares de nulidade referentes à lavratura de dois Auto de Infração, à dificuldade para a devolução dos documentos arrecadados e à divergência entre o período fiscalizado e a Ordem de Serviço foram ultrapassadas. Quanto à preliminar de nulidade relativa à insegurança da determinação da infração, assim se pronunciou o ilustre relator:

[...]

Da análise dos elementos constantes dos autos, verifico que não há, nos mesmos, regular intimação para apresentação de arquivos magnéticos. À fl. 05 consta uma intimação genérica sem Listagem Diagnóstico e às fls. 60 a 104 existe uma série de correspondências através de e-mails, destituídas de valor legal ou probatório, também sem a comprovação inequívoca do cumprimento do quanto disposto no parágrafo 3º do art. 708-B do RICMS/BA.

Afirma o autuante que não houve falta de intimação específica para retificações de arquivos, pois tanto foi intimado o contribuinte que requereu prorrogação de prazo para retificações, conforme transcrição de fl. 1.811. Registra que, durante o curso dos trabalhos de auditoria, por liberalidade e através de e-mails, apresentou ao autuado as divergências encontradas, tendo sido concedidas diversas oportunidades para as correções. Entendo ser ilegal tal procedimento, primeiramente porque a intimação de fl. 05 não preenche os requisitos do § 3º do art. 708-B do RICMS/BA; em segundo lugar porque a garantia à ampla defesa e ao contraditório do intimado não pode ficar sujeita à liberalidade de quem intima. É preciso que o ato administrativo (intimação) obedeça rigorosamente ao que está estabelecido na norma, sob pena de legitimação do arbitrio fiscal.

Com relação à apuração dos valores, o autuante afirma que a multa considerou as omissões detectadas através de terceiros não constantes dos arquivos Sintegra do sujeito passivo, conforme anexo A.

Da análise do mencionado Anexo A, de fls. 164 e 165, constato que o autuante somou as omissões de entradas e saídas (obtidas do cotejo com arquivos magnéticos de terceiros, e não com os livros e documentos fiscais do contribuinte) e aplicou a multa de 5% sobre as mesmas. [...] Além de a multa ter sido incorretamente tipificada, prejudicando o direito de defesa do autuado, a limitação imposta no art. 42, XIII-A, 'i' da Lei nº 7.014/96 não foi obedecida, tendo-se em vista a origem dos valores acrescentados às saídas obtidas no livro Registro de Apuração do ICMS: arquivos magnéticos de terceiros.

[...]

Desta forma, os arquivos magnéticos devem espelhar a escrita fiscal do contribuinte, não sendo cabível autuação com base em arquivos magnéticos de terceiros, sendo esses últimos meros indícios de irregularidades, mas não provas inequívocas. Isso caracteriza uma presunção pessoal, o que não é admitido em Direito Tributário, principalmente para impor penalidades.

[.]

Ao concluir o seu voto, o ilustre relator indeferiu a solicitação de diligência e, em seguida, votou pela Nulidade do Auto de Infração “*por manifesta irregularidade na intimação, insegurança na determinação da infração, multa e base de cálculo*”. Ao final, representou à autoridade competente para que fosse renovada a ação fiscal, a salvo de falhas.

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no artigo 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a primeira instância recorreu de ofício de sua Decisão.

VOTO

É objeto do presente Recurso de Ofício a Decisão de primeira instância que julgou nulo o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para impor multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, no valor de R\$ 2.064.602,31, em razão do fornecimento de informações por meio de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações.

Os motivos da decretação da nulidade do Auto de Infração na Decisão recorrida foram a irregularidade na intimação para a correção dos arquivos magnéticos e a insegurança na determinação da infração, da multa e da base de cálculo.

O disposto nos §§ 3º e 5º artigo 708-B do RICMS-BA prevê que, quando o contribuinte for intimado a corrigir arquivos magnéticos entregues com inconsistências, lhe deverá ser entregue “Listagem Diagnóstico” indicando as irregularidades encontradas nos arquivos entregues, bem como lhe será concedido o prazo de trinta (30) dias para corrigir os arquivos, sendo que esse prazo pode ser prorrogado nos termos do § 5º-A do mesmo artigo.

O exame das peças processuais demonstra que o disposto nos §§ 3º e 5º do citado artigo 708-B não foi obedecido no desenrolar da ação fiscal, pois não há nos autos comprovação de que o recorrido tenha sido intimado a corrigir os arquivos magnéticos no prazo de trinta dias, bem como não há confirmação de que lhe tenha sido entregue a referida “Listagem Diagnóstico” indicando as irregularidades encontradas nos arquivos magnéticos.

Ao deixar de conceder ao recorrido o prazo regulamentar e de lhe entregar a “Listagem Diagnóstico”, fica clara a inobservância do devido processo legal e o cerceamento do direito de defesa do contribuinte, o que acarreta a nulidade do Auto de Infração e demonstra o acerto da Decisão recorrida.

Além dos vícios acima, o relator da Decisão recorrida, de forma acertada, observou que havia insegurança na determinação da infração, da multa e da base de cálculo, pois, na apuração das divergências, os autuante tomaram por base informações de terceiros, as quais foram adicionadas às operações escrituradas nos livros do recorrido. Esse procedimento dos autuantes, além de não previsto na legislação, traz insegurança na determinação da infração, da base de cálculo e da multa, o que macula de nulidade a autuação, conforme decidiu a primeira instância.

Pelo acima exposto, o Auto de Infração é Nulo por inobservância do devido processo legal, por cerceamento de defesa e por insegurança na determinação da infração, da base de cálculo e da multa, ao teor do disposto no artigo 18, II, IV, “a”, do RPAF/99.

Com fulcro no art. 21 do RPAF/99, represento à autoridade competente para que providencie o refazimento da ação fiscal, a salvo de falhas.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para homologar a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **232845.0010/08-2**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA BARREIRAS DE ALIMENTOS LTDA. (CASTRO ATACADISTA)**. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2009.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ÂNGELI MARA GUIMARÃES FEITOSA – REPR. DA PGE/PROFIS