

PROCESSO - A. I. N° 206825.0019/08-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - BENEDITO DO NASCIMENTO SANTANA (MERCADINHO RITA DE CÁSSIA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0178-03/11
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 08/08/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0221-11/12

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO ACATAMENTO DA NULIDADE. NOVA DECISÃO. Reformada a Decisão de Primeira Instância que concluiu pela nulidade da quinta infração em virtude de vícios da autuação. A descrição da infração, apesar de genérica, o enquadramento legal foi específico (presunção, art. 2º, §3º do RICMS/97), tendo o contribuinte entendido e se defendido do que foi acusado. Devolvam-se os autos ao órgão prolator da Decisão recorrida para novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso de Ofício interposto em face do acórdão em referência que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 26/2/08 para exigir ICMS no valor total de R\$89.950,96, sendo objeto do recurso todas as cinco infrações sobre as quais houve desoneração, a saber:

1. falta de apresentação de livros fiscais [descumprimento de obrigação acessória], sendo por isso aplicada multa de R\$ 3.680,00;
2. falta de entrega de arquivos magnéticos, que deveriam ter sido enviados pela internet através do programa validador do SINTEGRA [descumprimento de obrigação acessória], sendo por isso aplicadas 24 multas de R\$ 1.380,00, totalizando R\$ 33.120,00;
3. falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares, relativamente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo lançado tributo no valor de R\$ 30.886,18, com multa de 50%;
4. recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor escriturado no livro de apuração, sendo lançado tributo no valor de R\$ 5.462,10, com multa de 60%;
5. falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares, relativamente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo lançado tributo no valor de R\$ 16.802,68, com multa de 70%.

A 3ª JJF dirimiu a lide administrativa fundamentando o “*decisum*” nestes termos:

“São cinco os lançamentos em discussão nestes autos.

O contribuinte alegou que os livros e documentos recolhidos pelo fiscal autuante não foram devolvidos à empresa.

O fiscal, ao prestar a informação, observou que os elementos arrecadados foram devolvidos no dia 10.3.07 (na verdade, foi em 10.3.08), tendo sido entregues à senhora Silvalice Lima da C. Ferreira, e nas declarações de recebimento consta a rubrica do proprietário da empresa, senhor Benedito do Nascimento Santana.

Como o Auto de Infração foi lavrado a 26.2.08 mas o autuado só foi intimado a 10.3.08, a data da devolução dos livros e documentos coincide com a data da intimação, não havendo, por conseguinte, prejuízo à defesa.

Quanto ao 1º item, especificamente, o autuado alega que havia entregue com presteza todos os documentos disponíveis solicitados, e reclama que a observação feita pelo fiscal é bastante genérica, não especificando quais os livros que supostamente não haviam sido entregues.

O fiscal rebate observando que o Termo de Intimação indica o que foi solicitado, e cotejando-se aquele termo com o Termo de Arrecadação fica evidente que os livros e documentos na sua totalidade.

De fato, está demonstrado que nem todos os elementos solicitados foram entregues. Há, contudo, um problema quanto à multa. Apesar de na descrição da infração ser dito que o contribuinte deixou de apresentar livros fiscais, o fato foi enquadrado no dispositivo legal que cuida de extravio ou inutilização de livro ou de manutenção de livro fora do estabelecimento (inciso XIV do art. 42 da Lei nº 7.014/96). Esta é uma situação de natureza penal, e em tal seara a imputação deve ser precisa, inequívoca. A multa por extravio ou inutilização de livro ou de manutenção de livro fora do estabelecimento é uma; a multa por falta de apresentação de livro é outra. Apesar de no Auto de Infração o fiscal ter feito uma consideração, no campo “Descrição dos Fatos”, de que a falta de apresentação de livros caracteriza inutilização, extravio, perda ou guarda fora do estabelecimento, em local não autorizado, isto é uma presunção pessoal, não legal.

Corrijo, por isso, o valor da multa do item 1º, que é de R\$ 460,00 para o caso de falta de exibição de livros ou documentos, conforme prevê o inciso XX, “a”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O 2º item acusa falta de entrega de arquivos magnéticos, que deveriam ter sido enviados pela internet através do programa validador do Sintegra.

O autuado anexou à defesa os Protocolos Sintegra provando que os arquivos magnéticos haviam sido recepcionados tempestivamente, mês a mês.

Diante desses elementos, o fiscal, na informação, contrapôs que essenciais informações não foram recepcionadas pelo sistema de processamento de dados da Secretaria da Fazenda, pois os registros 54, 74 e 75 não apresentaram nenhuma informação, impossibilitando a análise e utilização de dados referentes ao inventário, itens constantes nas Notas Fiscais e até mesmo quanto aos códigos de produtos e serviços, e em virtude disso o contribuinte tinha sido intimado para regularizar a falta de envio de tais informações.

Aí está o problema. Isto deveria ter sido dito no Auto de Infração, para que o contribuinte pudesse se defender precisamente do fato concreto, em vez de se defender de uma coisa, vindo a saber depois que a imputação seria outra. A descrição da infração não é condizente com o fato concretamente considerado.

Tal vício, contudo, seria passível de saneamento, reabrindo-se o prazo de defesa.

Porém há neste caso um vício maior, que não permite saneamento, e que como julgador tenho o dever de apontar de ofício, apesar de tal questão não ter sido levantada pela defesa.

De acordo com o Termo de Intimação à fl. 18, o fiscal deu o prazo de 5 dias para o contribuinte lhe apresentar os arquivos magnéticos “devidamente corrigidos”.

Esse prazo – 5 dias – não existe na legislação. Se o que o fiscal pretendesse fosse a entrega, a ele, dos arquivos magnéticos – e não a correção dos arquivos –, o prazo seria de “5 dias úteis”, e não de “5 dias” (RICMS, art. 708-B, “caput”). Evidentemente, “5 dias úteis” não são a mesma coisa que “5 dias”.

Porém aqui a questão é outra. Os arquivos haviam sido entregues. Se tais arquivos careciam de correção, deveria o fiscal proceder como prescreve o § 5º do art. 708-B do RICMS, intimando-o para, no prazo de 30 dias, corrigir os arquivos magnéticos apresentados com inconsistência, utilizando, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente a retificação total de arquivo. Eis o dispositivo que acabo de citar:

“§ 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.”

A multa do item 2º é portanto improcedente.

No caso dos itens 3º e 4º, que cuidam de falta de recolhimento e de recolhimento de imposto efetuado a menos, foi preciso que os autos retornassem duas vezes à repartição de origem para que o fiscal se manifestasse sobre os elementos apresentados pela defesa, atrasando o desfecho da lide, porque, embora o contribuinte tivesse apresentado as provas pertinentes, o fiscal autuante, ao prestar a informação, não deu importância aos elementos apresentados pelo contribuinte, dizendo simplesmente que os valores haviam sido lançados com base nos dados apresentados pelo contribuinte e processados pelo Sistema de Auditoria Fiscal Automatizada (SAFA). Evidentemente, a competência para fiscalizar é dos auditores e dos agentes de tributos, e não do SAFA.

O fiscal, no instrumento à fl. 302, informou que, com relação às primeira e segunda solicitações do órgão julgador (relativamente aos itens 3º e 4º), em virtude da comprovação de existência dos Processos 900000.0398/06-2 e 900000.0397/06-6, baixados em virtude de pagamento, considera ter havido a “desconstituição do crédito tributário” pertinente à infração número 3.

Embora o nobre autuante declare que teria havido a “desconstituição do crédito tributário” pertinente à 3ª infração – ou seja, que o lançamento é indevido –, está claro que ele quis se referir não apenas à 3ª infração, mas também à 4ª infração, pois o Processo 900000.0398/06-2 se refere à 3ª infração e o Processo 900000.0397/06-6 se refere à 4ª infração, e as provas apresentadas pelo autuado demonstram que os lançamentos dos itens 3º e 4º são improcedentes.

No item 5º, a acusação é de que o contribuinte não teria recolhido ICMS nos prazos regulamentares, relativamente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. A rigor, essa descrição é adequada é para o caso de Notas Fiscais de saídas não escrituradas.

Porém, ao prestar a informação, o fiscal mudou a descrição do fato, dizendo que a infração seria pertinente à falta de apresentação das Notas Fiscais de entradas de mercadorias que foram lançadas pelo sistema de Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito (CFAMT).

Há uma dificuldade na compreensão do cerne desse lançamento porque o fiscal, em vez de elaborar o demonstrativo correspondente, indicando de que forma foi calculado o débito, qual a base de cálculo, quais os documentos em que se baseou. Neste caso, o nobre autuante dificultou a compreensão do sentido da autuação porque os únicos demonstrativos apresentados como tais são os das fls. 62 (item 3º) e 63 (item 4º). Noto porém que o fiscal fez o cálculo do item 5º no Termo de Encerramento de Fiscalização. Embora o normal – como fazem todos os fiscais, sem exceção – seja a juntada aos autos dos demonstrativos fiscais, parece-me aceitável a demonstração feita no Termo de Encerramento de Fiscalização, tendo em vista que neste caso uma cópia do termo foi colada no livro de ocorrências e outra foi colacionada aos autos (fls. 203-204).

Quanto ao mérito, apesar da quantidade imensa de Notas Fiscais anexadas ao processo, consta na fl. 203 a relação das que foram objeto do lançamento do item 5º, que são apenas 16.

Conforme assinalado linhas acima, embora a acusação no Auto seja de que o contribuinte não teria recolhido ICMS nos prazos regulamentares, relativamente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, o autuante, ao prestar a informação, mudou a descrição do fato, dizendo que a infração seria pertinente à falta de apresentação das Notas Fiscais de entradas de mercadorias.

A falta de apresentação de Notas Fiscais é fato passível de outro tipo de procedimento, e constitui descumprimento de obrigação acessória, como, aliás, ocorreu no caso do item 1º deste Auto.

Por outro lado, não foi esclarecido quais seriam os “livros fiscais próprios” em que as operações não foram escrituradas, mas, tendo em vista que na informação fiscal foi dito que se trata de falta de apresentação de Notas Fiscais de entradas, deduz-se que as Notas Fiscais “não apresentadas” não foram escrituradas no Registro de Entradas.

Ora, caso o fato objeto da autuação tenha sido a falta de escrituração de Notas Fiscais no Registro de Entradas, cumpre notar que esse fato – falta de escrituração de Notas Fiscais no Registro de Entradas – não constitui, por si só, fato gerador de ICMS, pois a entrada de mercadorias somente constitui fato gerador desse tributo no caso de importação de bens do exterior. Por conseguinte, se o que o fiscal pretendia autuar era a falta de escrituração de Notas Fiscais no Registro de Entradas, que então dissesse isso no Auto de Infração, não para cobrar imposto, mas para aplicação da multa por descumprimento da obrigação acessória, de 10% ou de 1% do valor das entradas omitidas, nos termos dos incisos IX e XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Ou ainda, se o que ele pretendia autuar era a falta de contabilização dos pagamentos das compras relativas a tais Notas Fiscais, com base na previsão legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção de que as compras foram pagas com receitas de vendas anteriores também não contabilizadas, deveria então ter o fiscal acusado isso.

O contribuinte – e o órgão julgador – não podem ter que adivinhar o que pretendeu fazer o agente fiscal.

O item 5º é nulo, por indeterminação dos fundamentos fáticos e legais da imputação fiscal – falta de certeza e liquidez do lançamento. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração. “

Ao final do voto, a JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF em obediência ao preceito do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99.

VOTO

Mediante Recurso de Ofício foi devolvido a esta CJF o exame e julgamento das 5 (cinco) infrações sobre as quais o julgado de primeiro grau desonerou o contribuinte.

Verifico, de início, no que se refere à infração 5, que o motivo pelo qual conduziu a JJF a declarar a nulidade respectiva, foi a indeterminação dos fundamentos fático-jurídicos na acusação fiscal, a gerar insegurança jurídica e macular o direito a ampla defesa.

Discordo, entretanto, dessa posição, pois, como observo, a descrição da infração foi genérica, mas o enquadramento legal foi específico (presunção, art. 2º, §3º do RICMS/97), tendo o contribuinte entendido e se defendido do que foi acusado.

Ademais, como se infere da fl. 288/291, a JJF converteu o processo em diligência à repartição de origem o que teve o fito de sanear o feito, tendo efetivamente sido reaberto o prazo de 30 dias para a defesa, a qual, em absoluto, sofreu qualquer cerceamento. Ao reverso, além de ter ficado ciente de todo o conteúdo das peças que instruem o Auto de Infração, foi assegurado ao contribuinte todo o trintídio legal, tendo, por consequência, sido assegurados os primados constitucionais que dão conformação ao devido processo legal, conforme se extrai do documento de fl. 308.

Não há, portanto, vício algum que macule o Auto de Infração, de cuja análise não se extrai qualquer das hipóteses do art. 18 do RPAF, como entendeu o órgão julgador de primeira instância.

Esta conclusão enseja a decretação de nulidade do julgado de piso a fim de que os autos retornem à JJF para novo julgamento.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **206825.0019/08-6**, lavrado contra **BENEDITO DO NASCIMENTO SANTANA (MERCADINHO RITA DE CÁSSIA)**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de julho de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS