

PROCESSO Nº 0334412018-2

ACÓRDÃO Nº 0706/2021

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: MAKRO ATACADISTA S/A

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE

Autuante: FERNANDO JOSÉ CRUZ CORDEIRO

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DESCUMPRIMENTO. ARQUIVO MAGNÉTICO - INFORMAÇÕES OMITIDAS. VÍCIO FORMAL - NULIDADE - AUTO DE INFRAÇÃO NULO - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- O Fisco não deve aplicar qualquer punição por ato ou omissão a que não estariam obrigados os contribuintes. O fiscal autuante equivocou-se ao identificar a natureza da infração, haja vista ter descrito como elemento motivador da infração a constatação do descumprimento de obrigação relacionada a GIM, enquanto o contribuinte encontra-se obrigado a apresentação da EFD. Nulidade que se detecta em observância ao que dispõe o artigo 17 e incisos do PAT, Lei 10.094/13.

- Cabível a realização de novo feito fiscal, respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu desprovidimento, para manter inalterada a decisão monocrática que julgou NULO POR VÍCIO FORMAL o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000215/2018-03, lavrado em 14 de março de 2018 contra a empresa MAKRO ATACADISTA S/A, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, em função do vício formal indicado, em observância ao que preceitua o artigo 18 da Lei nº 10.094/13, aplicando-se, ao caso, o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

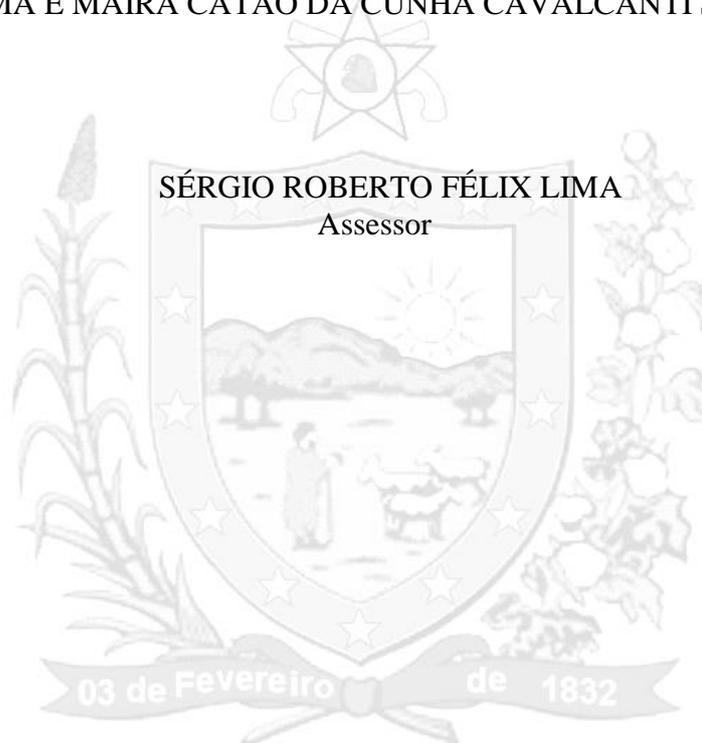
P.R.E.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 20 de dezembro de 2021.

LEONARDO DO EGITO PESSOA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA E MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.



PROCESSO Nº 0334412018-2
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP
Recorrida: MAKRO ATACADISTA S/A
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE
Autuante: FERNANDO JOSÉ CRUZ CORDEIRO
Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DESCUMPRIMENTO. ARQUIVO MAGNÉTICO - INFORMAÇÕES OMITIDAS. VÍCIO FORMAL - NULIDADE - AUTO DE INFRAÇÃO NULO - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- O Fisco não deve aplicar qualquer punição por ato ou omissão a que não estariam obrigados os contribuintes. O fiscal autuante equivocou-se ao identificar a natureza da infração, haja vista ter descrito como elemento motivador da infração a constatação do descumprimento de obrigação relacionada a GIM, enquanto o contribuinte encontra-se obrigado a apresentação da EFD. Nulidade que se detecta em observância ao que dispõe o artigo 17 e incisos do PAT, Lei 10.094/13.

- Cabível a realização de novo feito fiscal, respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte, o recurso de ofício interposto contra decisão monocrática que julgou nulo por vício de forma o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000215/2018-03, lavrado em 14 de março de 2018 em desfavor da empresa MAKRO ATACADISTA S/A, inscrição estadual nº 16.157.129-8.

Na referida peça acusatória, consta a seguinte denúncia, *ipsis litteris*:

0524 – ARQUIVO MAGNÉTICO – OMISSÃO >> O contribuinte está sendo autuado por apresentar o arquivo magnético/digital com omissão ou o apresentarem com omissão entre as informações constantes do arquivo magnético/digital e as constantes nos documentos ou livros fiscais obrigatórios.

Em decorrência do fato acima, o representante fazendário, constituiu o crédito tributário na quantia de **R\$ 673.239,15 (seiscentos e setenta e três mil, duzentos e trinta e nove reais e quinze centavos)**, pelo descumprimento de obrigação acessória, por infringência ao art. 263, §7º, c/c art. 306 e parágrafos e art. 335, todos do RICMS/PB, com penalidade arrimada no art. 81-A, II, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios às fls. 4 a 87 dos autos.

A atuada foi cientificada em 16/03/2018, na própria peça acusatória, às fls.03, apresentando, tempestivamente, reclamação em 12/04/2018 (fls. 90 a 98). Em sua defesa, que relatamos em apertada síntese, a atuada alega:

- A nulidade em decorrência da ausência de descrição dos fatos que embasaram a acusação, inexistindo elementos que justifiquem a ocorrência de omissões quando a entrega de arquivos magnéticos;
- A impossibilidade de presunção como meio de prova, sem a comprovação da materialidade da infração imputada nos autos;
- Que não houve prejuízo para o Fisco, não tendo deixado de cumprir com suas obrigações acessórias;
- Por não ter agido com dolo, fraude ou simulação, deverá implicar na redução da multa proposta.

Ao final, a Atuada requer:

- A nulidade da exigência fiscal;
- A procedência de suas alegações, sendo reconhecida a improcedência da acusação.

Declarados conclusos os autos (fls. 121), foram os mesmos encaminhados à instância prima com a informação de existência de antecedentes fiscais (fls. 122/123), porém sem repercussão, ocasião em que foram distribuídos a julgadora singular – Rosely Tavares de Arruda – que decidiu pela nulidade por vício formal da exigência fiscal, conforme ementa abaixo transcrita.

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. ARQUIVO MAGNÉTICO – OMISSÃO. NULIDADE. VÍCIO FORMAL

O descumprimento de obrigação acessória enseja a aplicação de penalidade conforme disposição contida na legislação tributária vigente.

Constatou-se um equívoco na descrição da natureza da infração e dispositivos infringidos, ensejando a nulidade do lançamento, resguardando-se o direito de a Fazenda Estadual proceder a novo feito fiscal, respeitando-se o prazo decadencial.

AUTO DE INFRAÇÃO NULO.

Em observância ao que determina o artigo 80 da Lei nº 10.094/13, a julgadora fiscal recorreu de sua decisão a esta instância *ad quem*.

A atuada tomou ciência da decisão singular via Aviso de Recebimento – AR em 13 de agosto de 2019 (fls. 133) e não mais se manifestou nos autos.

Em 19/08/2020, a atuada, por meio de advogado legalmente constituído (fls. 139 e 159), requer que as publicações/intimações do presente processo, sejam feitas exclusivamente em nome dos advogados Fabíola Cobianchi Nunes (OAB/SP nº 149.834) e Mario Comparato (OAB/SP nº 162.670), sob pena de nulidade.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

O objeto do recurso hierárquico a ser discutido por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora singular a qual julgou nulo por vício formal o auto de infração ora em combate, porquanto entendeu que houve um equívoco quanto a descrição da acusação e dispositivos infringidos, pois, estando o contribuinte obrigado a apresentar a Escrituração Fiscal Digital, o mesmo não tinha a obrigação do envio de arquivos magnéticos de que tratam os dispositivos que foram denunciados na peça acusatória, vejamos:

Art. 263. Os contribuintes do imposto, excetuados os produtores rurais não equiparados a comerciante ou industrial, os obrigados a entregar a Escrituração Fiscal Digital - EFD e os sujeitos ao regime de recolhimento fonte, apresentarão a Guia de Informação Mensal do ICMS - GIM, conforme especificações técnicas previstas nos Anexos 06 e 46.

(...)

§ 7º O arquivo magnético, com as informações fiscais geradas pelo contribuinte, deverá ser legível, consistente e sem divergência de valores, compatível com o sistema de processamento de dados da Secretaria de Estado da Receita e conter o movimento mensal transcrito no Registro de Apuração do ICMS, observado o seguinte:

I – os contribuintes usuários de sistema de processamento eletrônico de dados, para emissão de documentos fiscais e escrituração fiscal, deverão gerar o arquivo no “lay out” constante dos Anexos 06 e 46 deste Regulamento;

II – os contribuintes que não utilizam escrituração fiscal ou emissão de documentos fiscais por sistema de processamento eletrônico de dados deverão gerar o arquivo utilizando o novo programa da GIM (Módulo Digitação).

Art. 306. O contribuinte usuário do sistema de emissão e escrituração fiscal de que trata o art. 301, estará obrigado a manter, pelo prazo decadencial, as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos recebidos ou emitidos por qualquer meio, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração, na forma estabelecida neste Regulamento (Convênios ICMS 57/95, 66/98 e 39/00):

I - por totais de documento fiscal e por item de mercadoria (classificação fiscal), quando se tratar de (Convênio ICMS 12/06):

a) Nota Fiscal, modelos 1 e 1-A;

b) a partir de 1º de janeiro de 2007, Nota Fiscal Eletrônica, modelo 55;

c) Nota Fiscal do Produtor, modelo 4, e o cupom fiscal;

II - por totais de documento fiscal, quando se tratar de (Convênio ICMS 69/02):

a) Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica, modelo 6;

b) Nota Fiscal de Serviços de Transporte, modelo 7;

c) Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas, modelo 8;

d) Conhecimento de Transporte Aquaviário de Cargas, modelo 9;

e) Conhecimento Aéreo, modelo 10;

f) Conhecimento de Transporte Ferroviário de Cargas, modelo 11;

g) Nota Fiscal de Serviço de Comunicação, modelo 21;

h) Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações, modelo 22;

i) Nota Fiscal de Serviço de Transporte Ferroviário, modelo 27

j) Conhecimento de Transporte Eletrônico, modelo 57 (Convênio ICMS 42/09);

III - por total diário, por equipamento, quando se tratar de Cupom Fiscal ECF, na saída;

IV - por total diário, por espécie de documento fiscal, nos demais casos (Convênio ICMS 75/96).

Art. 335. As instruções complementares necessárias à aplicação desta Seção, constam do Manual de Orientação/Processamento de Dados, Anexo 06.

Com relação à penalidade, o auditor fiscal propôs a aplicação da multa insculpida no artigo 81-A, II, da Lei nº 6.379/96:

Art. 81-A. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso IV do art. 80 serão as seguintes:

(...)

II - 5% (cinco por cento) do somatório dos valores totais das operações ou das prestações que deveriam constar no arquivo magnético/digital fornecido, exclusivamente, por meio da Guia de Informação Mensal - GIM, ou aqueles que, mesmo constando do arquivo, apresentem omissão ou divergência entre as informações constantes do arquivo magnético/digital e as constantes dos livros fiscais obrigatórios, não podendo a multa ser inferior a 10 (dez) UFR-PB e nem superior a 400 (quatrocentas) UFR-PB; (g. n.)

Pois bem. Em consulta ao sistema de informação desta Secretaria, constatamos que a autuada no período de 1/10/2015 a 30/11/2015, encontrava-se obrigada a prestar informações ao Fisco referente às operações com mercadorias, através da EFD, vejamos:

Retorno do WebService			
Data:	26/10/2021 08:44:54		
Retorno:	101 - SUCESSO		
CNPJ:	47.427.653/0091-71		
Inscrição Estadual:	16.157.129-8		
UF:	PB		
Período Ativo	Perfil	Data Inicial	Data Final
01/01/2010 01:00:00			
a	B	01/01/2010 01:00:00	---

Contribuinte obrigado de entrega de EFD.			

Dessa forma, observa-se na peça acusatória que o atuante equivocou-se ao identificar a natureza da infração, haja vista existir regramento específico para os contribuintes obrigados à EFD, a saber, o Decreto nº 30.478/2009, em seus artigos 4º e 8º.

Assim, como bem observado pela diligente julgadora singular, verifico após criteriosa análise do caderno processual e dos artigos que embasaram a acusação “Arquivo Magnético – Omissão” a existência de vício de natureza formal no auto de infração lavrado, sendo necessário, para resguardar os interesses da Fazenda Estadual, que os lançamentos em tela sejam considerados NULO, por VÍCIO FORMAL, diante do que dispõem os artigos 16 e 17, da Lei nº 10.094/2013, em vigor a partir de 01 de março de 2014, *in verbis*:

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos; (g.n.)

III - à norma legal infringida; (g.n.);

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.

Sobre a matéria, o Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, ao se deparar com situações idênticas, já se manifestou pela nulidade por vício formal do lançamento quando o contribuinte, obrigado a enviar EFD, é denunciado por ARQUIVOS MAGNÉTICO/DIGITAIS (GIM) – INFORMAÇÕES OMITIDAS. Observemos, a título exemplificativo, as ementas dos Acórdãos nº 330/2019 e 682/2018, da lavra dos eminentes conselheiros Gílvia Dantas Macedo e Petrônio Rodrigues Lima, respectivamente:

Acórdão nº 330/2019

Relatora: Cons.^a Gílvia Dantas Macedo

OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. DESCUMPRIMENTO. ARQUIVO MAGNÉTICO. OMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. VÍCIO FORMAL. NULIDADE. AUSÊNCIA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NA EFD. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NOS LIVROS PRÓPRIOS. AJUSTE NA PENALIDADE PROPOSTA. RETROATIVIDADE BENIGNA DA LEI TRIBUTÁRIA. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Constatou-se um equívoco cometido pela Fiscalização na descrição do fato infringente denunciado como omissão de notas fiscais no arquivo magnético da GIM, quando o contribuinte já era obrigado à escrituração fiscal digital, o qual inquinou de vício formal a denúncia, acarretando, por essa razão, a sua nulidade.

Cabível a realização de novo feito fiscal, respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

Diante da comprovação de operações que atestam a ocorrência de notas fiscais destinadas à empresa fiscalizada, dando conta da ocorrência de aquisições sem o devido lançamento dos documentos fiscais na EFD, e no livro Registro de Entradas, materializada estará a incidência da multa acessória pelo descumprimento da obrigação de fazer, na forma prevista pela legislação de regência.

Correção na penalidade proposta diante da aplicação de legislação mais benéfica ao contribuinte, com a introdução do artigo 81-A, V, “a”, na Lei nº 6.379/96.

Acórdão nº 682/2018

Relator: Cons.^o Petrônio Rodrigues Lima

OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. DESCUMPRIMENTO. ARQUIVO MAGNÉTICO. NULIDADE. VÍCIO FORMAL. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL. AUSÊNCIA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NA EFD. CARACTERIZADA EM PARTE. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. DENÚNCIA COMPROVADA. CORREÇÃO DA PENALIDADE PROPOSTA. RETROATIVIDADE BENIGNA DA LEI TRIBUTÁRIA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. ALTERADA A DECISÃO MONOCRÁTICA QUANTO AOS VALORES. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- A apresentação dos arquivos magnéticos com informações omissas dos constantes nos documentos ou livros fiscais, contraria as normas da legislação tributária, ensejando a imposição de penalidade por descumprimento de obrigação acessória estabelecida em lei, vigente à época dos fatos. “In casu”, constatou-se um equívoco cometido pela fiscalização na descrição da natureza da infração, e no fundamento legal, que inquinou de vício formal a acusação e acarretou, por essa razão, a sua nulidade. Cabível a realização de novo feito fiscal.

- A ausência de escrituração de notas fiscais na EFD do contribuinte, configura descumprimento de obrigação de fazer, sujeitando aqueles que incorrerem nesta conduta omissiva a aplicação das penalidades previstas na legislação tributária. Correções realizadas na instância singular e redução da penalidade em cumprimento ao Princípio da Retroatividade Benigna elidiram parte do crédito tributário exigido. (g. n.)

- Do Pedido para que as Notificações/Intimações sejam realizadas ao Advogado

Nesse sentido, faço negar o requerido acima, visto não existir previsão na Lei nº 10.094/201 (Lei do PAT/PB) de obrigatoriedade para que as notificações e/ou intimações sejam feitas aos advogados, ou mesmo, que os Órgãos Julgadores atendam a tais requerimentos, pois, com o advento do meio informatizado de cientificação/notificação, recentemente adotado pela SEFAZ/PB (Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e), previsto no art. 46, III, da Lei nº 10.094/2013 (Lei do PAT), as notificações relacionadas aos processos administrativos tributários devem ser efetuadas por esse meio que, entretanto, exige o credenciamento prévio do sujeito passivo.

Por sua vez, o sujeito passivo pode permitir o acesso de terceiros – inclusive, advogados - a seu DT-e, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º do Decreto nº 37.276/2017.

Ressalte-se que depois de proferida sentença e a saída dos autos processuais desta instância de julgamento, a responsabilidade de cientificação/notificação não mais pertence a este setor, ficando a cargo da Repartição Preparadora, que procederá conforme previsto na Lei do PAT/PB.

Sem mais a acrescentar, ratifico os termos da decisão recorrida em sua integralidade.

Ex positis,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu desprovemento, para manter inalterada a decisão monocrática que julgou NULO POR VÍCIO FORMAL o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000215/2018-03, lavrado em 14 de março de 2018 contra a empresa MAKRO ATACADISTA S/A, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, em função do vício formal indicado, em observância ao que preceitua o artigo 18 da Lei nº 10.094/13, aplicando-se, ao caso, o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência, em 20 de dezembro de 2021.

**Leonardo do Egito Pessoa
Conselheiro Relator**

