

PROCESSO - A. I. Nº 232962.0003/03-9
RECORRENTE - VSD COMERCIAL S.A. (LOJAS DADALTO S/A.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JFJ nº 0473/01-03
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 13/07/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0209-11/05

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS. FISCAIS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS DAS OPERAÇÕES COMERCIAIS REALIZADAS NO PERÍODO DE JANEIRO DE 2001 A MAIO DE 2002. Modificada a decisão. O recorrente comprova que enviou os seus arquivos magnéticos à SEFAZ, via SINTEGRA, antes da ação fiscal, contendo os registros 54 e 60 nos meses de julho a dezembro de 2001. Corrigida, de ofício, a multa para 1% sobre o valor das saídas ocorridas no período. Não acolhidas às arguições de nulidade. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte para combater O Auto de Infração lavrado em 03/02/03, que apurou os seguintes fatos:

1. falta de apresentação dos arquivos magnéticos com registro das operações realizadas no período de janeiro de 2001 a maio de 2002, sendo por isso aplicada multa de R\$91.038,84;
2. falta de recolhimento de ICMS relativo a saídas de mercadorias a título de remessas para conserto sem comprovação de retorno, sendo lançado imposto no valor de R\$2.194,41, com multa de 60%;
3. recolhimento de ICMS efetuado a menos, em virtude de erro na determinação da base de cálculo – operações efetuadas através de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), nos meses de janeiro de 2001 a janeiro de 2002, sendo lançado imposto no valor de R\$329,17, com multa de 60%;
4. escrituração do Registro de Inventário em desacordo com o art. 330 do RICMS/97, sendo aplicada multa de R\$120,00.

Em sua defesa o contribuinte suscita preliminarmente: o Auto de Infração seria nulo por basear-se em elementos colhidos numa ação de busca e apreensão de documentos, tendo estes sido obtidos de forma irregular. E, finalmente, alegando dispositivos constitucionais, diz está sendo vítima de atos confiscatórios.

Como fundamento da segunda preliminar, o autuado apegar-se ao princípio da legalidade, alegando que, segundo consta nos autos, teriam sido infringidos dispositivos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Protesta que, nos termos da Constituição e do CTN, a exigência de tributo deve basear-se em lei. Menciona Decisão do STF nesse sentido.

No tocante ao mérito, relativamente ao 1º tópico do Auto de Infração, o autuado observa que o capítulo que trata da emissão de documentos fiscais e da escrituração de livros por sistema

eletrônico de processamento de dados sofreu várias modificações e prorrogações. Fala das dúvidas causadas por aquelas alterações e prorrogações. Lembra que os arts. 708-A e 708-B foram acrescentados pela Alteração nº 21. Nega que tivesse deixado de apresentar os arquivos magnéticos. Diz que entregou o movimento econômico de cada mês, com a totalização das operações de entradas e saídas, como provam os recibos de entregas do Sintegra, anexos. Alega que os arquivos eram transmitidos pela internet, e não havia qualquer resposta por parte do Estado de que os mesmos estivessem fora do padrão ou sem condições de leitura. Aduz que, quando foi intimado pelos autuantes a apresentar os arquivos magnéticos, o fez em disquete, da mesma forma que transmitiu as informações pela internet pelo sistema do Sintegra, entendendo que os arquivos estavam dentro dos parâmetros exigidos. Quanto ao fato de os fiscais estarem exigindo os arquivos com resumo de item por item de cada mês, o autuado diz que seus arquivos magnéticos foram entregues mensalmente, sendo que nos meses de janeiro a junho de 2001 os arquivos foram apresentados somente com o “tipo 50”, mas a partir de julho de 2001 passou a apresentá-los com os registros 50, 54 e 75. Argumenta que não apresentou os arquivos com os itens mês a mês porque não estava sujeito a tal exigência, pois o art. 708-A do RICMS previa a informação do movimento econômico mês a mês, e o § 2º não contemplava a necessidade da discriminação por itens. Somente através do Decreto nº 8.375/02 é que foi alterada a redação do citado dispositivo, passando a exigir os dados referentes aos itens. Transcreve as duas redações do citado dispositivo, a anterior e a atual, mostrando que a redação é completamente diferente. Aduz ter sido informado “por parte do Estado” de que a exigência do Sintegra com itens das mercadorias somente seria implementada a partir de janeiro de 2003. Diz que no Estado do Espírito Santo, onde fica a sede da empresa, não vinha sendo exigida a entrega daquelas informações, somente vindo a serem exigidas a partir de dezembro de 2002. Pede que a autuação seja declarada improcedente.

No tocante ao 2º item do Auto de Infração, a defesa alega que se trata de mercadorias que a empresa já havia vendido mas apresentaram defeito. Diz que, quando o cliente procurava a loja, esta recolhia o aparelho e o remetia para conserto. Alega que as Notas foram emitidas para acobertar o trânsito, não havendo Notas de retorno porque os aparelhos normalmente não voltam, sendo substituídos, mas a venda já havia sido feita e o imposto foi pago quando da venda. Alega que em certos casos os bens remetidos não são “mercadorias”, mas sim bens do ativo imobilizado. Argumenta que não pode ser obrigado a pagar o imposto quando remete os bens para conserto e novamente pagar o tributo ao vender as mercadorias.

Relativamente ao 3º item, que diz respeito a recolhimento de ICMS que teria sido efetuado a menos em virtude de erro na determinação da base de cálculo – operações efetuadas através de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), nos meses de janeiro de 2001 a janeiro de 2002 –, a defesa explica que a diferença correspondente a janeiro de 2001, no valor de R\$ 575,30, é referente ao cancelamento de uma operação, conforme cópia da redução “Z”, anexa. Desse modo, não houve fato gerador do tributo.

Quanto ao 4º item, o autuado diz que o Registro de Inventário se encontrava escriturado e autenticado, não somente no tocante ao estoque de 2001, mas a todos os anos, conforme cópias anexas.

Foi prestada informação por um dos fiscais autuantes, que rechaçou as teses da defesa no tocante a todos os itens constantes do Auto de Infração.

Foi determinada a realização de diligência pela ASTEC, a fim de que, no caso do 2º item, fosse observado, em face das Notas Fiscais e outros elementos de que a empresa porventura dispusesse, se os bens em questão pertenciam à loja, ou se se tratava de bens vendidos anteriormente, estando já pago o imposto. Deveria ser examinada também a alegação de haver no

levantamento bens do ativo imobilizado. No tocante ao 3º item, deveriam ser verificados os cupons que deram origem aos cancelamentos indicados na redução “Z”.

A ASTEC informa que, no tocante ao 2º item, os bens relativos às Notas Fiscais nºs 1679 e 1674 se referem a vendas realizadas anteriormente, tendo ficado inclusive provado o retorno dos mesmos, sendo que a Nota Fiscal nº 1685 diz respeito a bem do ativo imobilizado. Em face disso, foi elaborado demonstrativo excluindo do valor exigido no mês de junho de 2001 [2002] a quantia de R\$357,87, remanescendo um débito total de R\$1.836,54. No tocante ao 3º item, foram apresentados os cupons fiscais referentes aos cancelamentos indicados na leitura “Z”, de modo que, excluindo-se os valores correspondentes aos mesmos, o débito fica reduzido para R\$75,01.

A 1ª JF através do seu relator se pronunciou refutando as preliminares argüidas pelo sujeito passivo, quanto ao mérito no caso do item 1 do Auto de Infração, relembra que a descrição do fato foi feita em dois blocos. Primeiro consta a descrição-padrão que é feita pelo sistema de informática da SEFAZ – descrição genérica, abstrata, que acusa três coisas, conectadas pela conjunção “ou”:

- a) o não fornecimento de arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas,
- b) ou a entrega dos referidos arquivos magnéticos em padrão diferente do previsto na legislação,
- c) ou a entrega dos aludidos arquivos magnéticos em condições que impossibilitassem sua leitura.

Prossegue o relator, afirmando que consta o seguinte adendo, que diz respeito ao fato concreto: falta de apresentação dos arquivos magnéticos das operações comerciais realizadas no período de janeiro de 2001 a maio de 2002.

Desse modo, o que realmente ocorreu foi o fato acusado no “adendo”, ou seja, a falta de apresentação dos registros magnéticos.

Diz que é preciso, antes de mais nada, analisar a questão da aplicação das normas no tempo, especificamente no que concerne aos arts. 686, 708, 808-A, 708-B e 712-B do RICMS/97.

O fiscal que prestou a informação concentra-se na regra do art. 686, alegando que o art. 708-A, “*mencionado pelo contribuinte*”, não se aplica neste caso. Mas, na verdade, no enquadramento legal, no corpo do Auto de Infração, são mencionados certos dispositivos regulamentares, além do art. 686, que precisam ser levados em conta.

O enquadramento “legal” no Auto de Infração começa pelo art. 686 do RICMS/97. Esse dispositivo não se aplica à situação em exame, pois a acusação se refere à “Falta de apresentação dos arquivos magnéticos”, ao passo que o art. 686 diz respeito à obrigação do contribuinte de *manter* os arquivos magnéticos, pelo prazo decadencial. Uma coisa é a obrigação de manter os arquivos à disposição do fisco. Outra coisa é a obrigação de exibi-los ao fisco, quando solicitados. No caso em exame, o contribuinte manteve os arquivos. Não há infração, portanto, ao art. 686.

O citado art. 686 integra uma seção do Regulamento que trata das condições de utilização do sistema de emissão de documentos por processamento eletrônico de dados. Os demais dispositivos em destaque, que integram a seção onde são especificados procedimentos de fiscalização, referem-se à obrigação de o contribuinte fornecer ao fisco os documentos e os arquivos magnéticos.

Descarte-se, igualmente, de pronto, o art. 708, citado no Auto, haja vista que tal dispositivo foi revogado pela Alteração nº 21 (Decreto nº 7.886/00, efeitos a partir de 30/12/00).

No que concerne ao art. 712-B, também apontado no Auto de Infração, não tem muita pertinência ao caso em exame. Ele cuida da obrigação imposta aos contribuintes indicados em ato específico do Secretário da Fazenda no sentido de que apresentem, mensalmente, no prazo especificado no referido ato, os citados arquivos magnéticos. Está provado que o contribuinte apresentou os arquivos, mensalmente. Então não houve infração ao citado art. 712-B.

Prossegue o relator informando, que relendo os termos da imputação, observa que o contribuinte é acusado da *“Falta de apresentação dos arquivos magnéticos com registro das operações realizadas no período de janeiro de 2001 a maio de 2002, apesar de regularmente intimado e reintimado para cumprimento da obrigação”*. Quer dizer, então, que não se trata de nada daquilo a que se reportam os dispositivos apontados no “enquadramento legal”. O que houve foi a falta de atendimento às intimações para exibição, ao fisco, dos arquivos magnéticos. No entanto, se os arquivos já foram enviados à repartição através da internet, os fiscais têm à sua disposição os elementos de que necessitam, no próprio local de trabalho, não havendo necessidade de nova entrega de dados já existentes na repartição.

Por outro lado, assevera o Sr. relator que, se o fato motivador da autuação é outro, não pode, como julgador, admitir mudança do fulcro da ação fiscal. Por certas considerações aduzidas pela defesa, talvez a autuação decorresse do fato de em alguns meses os arquivos magnéticos terem sido apresentados somente com os dados do “tipo 50”, faltando os tipos 54 e 75.

Contudo, alega que o fiscal que prestou a informação não tocou no assunto. Se ele não comentou esse aspecto, conclui que é porque não interessa neste caso.

Há ainda um aspecto que foi abordado pela defesa e ao qual o fiscal autuante não fez nenhuma referência. Trata-se da regra do § 2º do art. 708-A do RICMS/97. Inicialmente, esse dispositivo previa que o arquivo magnético entregue nos termos daquele artigo “não deverá” conter dados referentes aos itens de mercadorias constantes nos documentos fiscais, salvo quando se tratasse de operações de saídas sujeitas à substituição tributária. Depois, o citado § 2º foi alterado, passando a dispor de modo diverso, isto é, que o arquivo magnético “deverá” conter os referidos dados. Essa alteração foi introduzida no Regulamento através do Decreto nº 8.375, de 22/11/02. Os fatos em exame são anteriores a esse decreto. Por conseguinte, não se aplica a nova regra a fatos anteriores.

Seja como for, se o fato é outro que não aquele acusado no local próprio do Auto de Infração, é vedado ao órgão julgador, no julgamento, mudar o fulcro da imputação.

No que concerne a arquivos magnéticos, todos os que lidam com essa questão concordam num ponto: a legislação não é clara quanto ao que se pretende dos contribuintes. A falta de clareza não decorre de aspectos “técnicos”, é questão de redação, mesmo. E, evidentemente, a falta de clareza da legislação não pode acarretar ônus ao sujeito passivo. Por fim, conclui que não é cabível a multa de que cuida o 1º item.

Quanto aos 2º e 3º itens, a relatora aproveita integralmente as constatações e planilhas elaboradas pela ASTEC, indicando que o demonstrativo de débito deve ser refeito para reduzir o débito relativo ao 2º item para R\$1.836,54, e R\$75,01 para o 3º item.

No que se refere ao item 4º o contribuinte defendeu-se dizendo que o Registro de Inventário está escriturado e visado pela repartição fiscal, relativamente ao aludido exercício. A acusação de que a escrituração foi feita “em desacordo com o disposto no art. 330 do RICMS/97” é extremamente vaga. O art. 330 contém dezenas de regras, dispostas em parágrafos, incisos e alíneas. Acusar o contribuinte de escriturar o Registro de Inventário em desacordo com aquele artigo, sem indicar em que consiste, precisamente, o desacordo, constitui cerceamento de defesa. E não prova nada. Não é devida a multa.

Votando pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Não havendo consenso quanto ao posicionamento acima expresso, a 1ª JJF votou favorável da maneira como segue:

No tocante ao item 1 do Auto de Infração, diz respeito a falta de entrega dos arquivos magnéticos à fiscalização quando regularmente intimado, referente ao período de janeiro de 2001 a maio de 2002. O contribuinte disse que os arts. 708-A e 708-B somente foram acrescentados pela Alteração nº 21 e negou que tivesse deixado de apresentar os arquivos magnéticos. Afirmou que nos meses de 01/01 a 06/01, apresentou seus arquivos somente com o tipo 50 e a partir de 07/01 os apresentou com os registros 50, 54 e 75. Todavia, o autuante exigiu os arquivos com resumo de item por item do mês, situação não prevista na legislação da época dos fatos.

Observa a Junta de Julgamento Fiscal que embora, à época, o § 2º do art. 708-A determinasse que os arquivos enviados não deveriam conter dados referentes aos itens de mercadorias constantes nos documentos fiscais, salvo quando se tratasse de operações de saídas sujeitas à substituição tributária, o art. 708-B determinava que, quando estes arquivos fossem solicitados pela fiscalização deveriam estar *“devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte (inclusive os dados referentes a itens de mercadorias, quando for o caso), salvo ressalva contida na Intimação”*. Diante destas determinações, foram efetuadas três intimações (fls. 20, 21 e 22), em 05/07/02, 09/08/02 e 27/08/02, além do Auto de Infração só ter sido lavrado em 03/02/03, após varias prorrogações, mesmo assim, o contribuinte não apresentou os arquivos magnéticos, ficando caracterizada a falta de entrega dos arquivos magnéticos à fiscalização quando regularmente intimado, conforme preceitua o art. 708-B do RICMS/97, notadamente o seu § 2º que textualmente determina: *O atendimento ao explicitado neste artigo não exclui a obrigação de que trata o artigo anterior e vice-versa*.

O contribuinte, quando de sua impugnação, juntou cópia dos recibos de entrega de arquivos magnéticos referentes a alguns meses do exercício de 2000, que não vem ao caso, já que não fiscalizado. Apresentou cópia da entrega dos arquivos magnéticos do exercício de 2001 e nenhum dos meses autuados relativos ao ano de 2002. Nas cópias dos recibos relativos aos arquivos apresentados, todos eles estão com advertência de que houve rejeição de dados. Não apresentou os dados relativos aos registros 54, 60 e 75, obrigatórios e imprescindíveis para consolidação dos dados, dos meses de janeiro a junho e 2001, além de não apresentá-los à fiscalização quando regularmente intimado, conforme determinações regulamentares. Mantendo a autuação no valor de R\$91.038,84.

Observe, ainda, que em outra autuação, em que foi lavrado Auto de Infração contra outro estabelecimento do mesmo autuado, esta Junta de Julgamento, por Decisão unânime e através do Acórdão JJF nº 0185/01-3, manteve a procedência da ação fiscal, em que o assunto em discussão versava sobre a mesma matéria em julgamento nestes autos. Inclusive, os argumentos do autuado são os mesmos que foram atribuídos àquele lançamento tributário. E, quando da apreciação da matéria pela 2ª Instância deste CONSEF, em Recurso Voluntário, foi mantida a Decisão da 1ª Instância, através do Acórdão CJF nº 0086-12/03, com o seguinte teor:

“No que diz respeito ao item 4, em consonância com a PGE/PROFIS, comungo com o mesmo entendimento de que os documentos trazidos (cópias de entrega de arquivos magnéticos) não fazem prova a favor do contribuinte, pois nelas constam que os arquivos apresentados não estavam nos moldes solicitados, como afirma o fiscal na sua infração. Conclui afirmando que a infração se caracteriza não somente pela entrega dos arquivos magnéticos, como também na entrega sem as informações solicitadas.

Conclui Votando pela Procedência em Parte.

Insatisfeito com a Decisão de 1ª Instância o sujeito passivo recorre via Recurso Voluntário alinhando argumentos em caráter preliminar, e requer: Nulidade do Auto de Infração falta de fundamentação legal do dispositivo infringido e inconstitucionalidade da multa confiscatória, reitera todos os argumentos trazidos na impugnação de 1º grau, ilustrando com citações Pareceres e decisões da justiça em diversas instâncias. Cita a Constituição Federal no seu art. 150 para argüir inconstitucionalidade dos atos constitutivos do Auto de Infração.

No mérito recorre tão-somente à infração 1, para atacar a alegação do autuante de que o autuado deixou de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura no período considerado, janeiro de 2001 a maio de 2003, apesar de reiteradas intimações.

O recorrente afirma ter juntado aos autos cópias dos recibos dos arquivos entregues tempestivamente à Secretaria da Fazenda. Aduz que os autuantes estavam a exigir que os arquivos estivessem nos moldes diferentes daqueles que estavam obrigados legalmente a fornecer.

Alega que os autuantes afirmaram que este recorrente foi regularmente intimada para o cumprimento da obrigação, conforme reza o art.686, IV, § 5º; art.708 (A ou B), 712-B, do RICMS/97.

Após transcrever os dispositivos citados, afirma que o capítulo que trata da emissão de documentos fiscais e da escrituração de livros fiscais por sistema eletrônico de processamento de dados, sofreu várias modificações e prorrogações, causando inúmeras dúvidas aos contribuintes, situação esta, aliás, reconhecida pelo relator de 1ª Instância.

Continua o recorrente, afirmando que jamais deixou de apresentar os arquivos magnéticos, ao contrário, sempre o fez regularmente em cumprimento à legislação específica, tendo sempre entregue seu movimento econômico de cada mês, com a totalização das operações de entradas e saídas, comprovados com acostamento dos respectivos recibos aos autos. Em nenhum momento houve qualquer notificação do Estado de que os demonstrativos estavam fora do padrão.

Aduz que ao ser intimado pelos autuantes para a entrega dos arquivos magnéticos, o fez em disquetes, de modo idêntico aos transmitidos via internet, porém os autuantes estão exigindo o arquivo com resumo de item por item, que no entender do recorrente, não está sujeito a tal exigência, tudo conforme o art. 708-A, que trata do movimento mês a mês e o § 2º previa que não havia necessidade de conter os itens. Somente a partir de 22/11/2002 que o Decreto nº 8.375 alterou a redação do § 2º, passando a exigir os dados referentes aos itens.

Por outra parte insurge-se o recorrente quanto à determinação da base de cálculo para a aplicação da multa, pois os autuantes entenderam aplicá-la, incidindo seu percentual sobre o movimento de entradas e saídas, o que colide com o que prevê o art. 42, XIII-A alínea “q”, do RICMS que fala de “operações ou prestações realizadas”. A propósito, foi o que decidiu a 1ª JF, no acórdão nº 0148-01/03.

Conclui pugnado pela improcedência do item 1 do Auto de Infração em julgamento.

A Douta representante da PGE/PROFIS diz compactuar com os argumentos trazidos aos autos pelo relator da 1ª JF, não vislumbrando motivo ensejador da nulidade deste procedimento. Assegura que não houve as irregularidades argüidas pelo sujeito passivo na coleta das provas, na medida que as provas foram arrecadadas sob o manto de uma autorização judicial. Quanto à quebra do Princípio da Legalidade, manifesta-se a ilustre procuradora, de que pelo fato de constarem como dispositivos infringidos aqueles oriundos do regulamento que, como consta do voto da Decisão recorrida, espelha o quanto está na lei. Quanto às multas aplicadas, afirma estarem todas previstas em lei, e não há que se falar em caráter confiscatório.

No mérito a ilustre procuradora informa ter analisado os autos e concluído que o contribuinte apesar de intimado por três vezes consecutivas deixou de apresentar ao fisco os arquivos magnéticos solicitados o que caracteriza a infração prevista no art. 708-B do RICMS/97. Entendendo que a infração 1 está perfeitamente caracterizada e não sendo as razões recursais hábeis à modificação do julgado opina pelo Não Provedimento de Recurso Voluntário.

VOTO VENCIDO

O recorrente manifesta-se insatisfeito com a Decisão de 1ª Instância e em caráter preliminar requer a nulidade do Auto de Infração, alegando falta de fundamentação legal do dispositivo infringido e inconstitucionalidade da multa confiscatória, reitera todos os argumentos trazidos na impugnação de 1º grau, ilustrando com citações Pareceres e decisões da justiça em diversas instâncias. Cita a Constituição Federal no seu art. 150 para argüir inconstitucionalidade dos atos constitutivos do Auto de Infração.

Não encontro motivo capaz de ensejar a nulidade pretendida pelo recorrente, portanto rejeito as preliminares alegadas como motivadoras da nulidade do presente PAF.

No mérito o recorrente se ateve tão-somente à infração 1, *“falta de apresentação dos arquivos magnéticos com registro das operações realizadas no período de janeiro de 2001 a maio de 2002, sendo por isso aplicada multa de R\$91.038,84.”*

Reitera sua convicção de ter cumprido a legislação e diz que o Acórdão da J1F não foi unânime, tendo o relator votado pela improcedência da aplicação da multa. Contesta a exigência dos autuantes quanto a entrega dos arquivos magnéticos nos moldes não exigidos legalmente à época, aduz que o Capítulo do RICMS que trata da emissão de documentos fiscais e da escrituração dos livros fiscais por sistema eletrônico de processamento de dados, sofreu várias modificações e prorrogações, causadoras de muitas dúvidas, não só nos contribuintes, haja vista o quanto decidiu o ilustre relator de 1ª Instância em seu voto vencido:

“no que concerne a arquivos magnéticos, todos os que lidam com essa questão concordam num ponto: a legislação não é clara quanto ao que se pretende do contribuinte. A falta de clareza não decorre de aspectos “técnicos”, é questão de redação, mesmo. É evidentemente, a falta de clareza da legislação não pode acarretar ônus ao sujeito passivo”.

Afirma ter cumprido o que determina o art. 708-A, do RICMS/97, entregando os arquivos magnéticos, constando do movimento econômico de cada mês, com a totalização das operações de entradas e saídas, conforme estão a comprovar os recibos acostados aos autos. Assevera que os ditos arquivos eram enviados regularmente via internet, não constando nenhuma manifestação do Estado que os mesmos estavam fora dos padrões exigidos ou sem condição de leitura.

O recorrente assegura que ao ser intimado para fornecer os ditos arquivos magnéticos, o fez nos mesmos moldes que foram remetidos pela internet ao SINTEGRA, entendendo estarem os mesmos dentro do normal, entretanto os autuantes os exigiam com o resumo de item por item, exigência esta que só passou a vigorar após a edição do Decreto nº 8.375, de 22/11/2002, com a alteração do § 2º do art. 708-A do RICMS/97.

Informa também o recorrente que na própria manifestação do voto vencedor a relatora entende que não havia obrigação de fornecimento dos arquivos por item:

“Observo que embora, à época, o § 2º, do art. 708-A determinasse que os arquivos enviados não deveriam conter dados referentes aos itens de mercadorias constantes nos documentos fiscais, salvo quando se tratasse de operações de saídas sujeitas a substituição tributária, o art. 708-B determina que, quando esses arquivos fossem solicitados pela fiscalização deveriam estar devidamente criptografados e validado eletronicamente por programa

disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes as operações desenvolvidas pelo contribuinte (inclusive os dados referentes a itens de mercadorias, quando for o caso), salvo ressalva contida na intimação”.

No entendimento desse julgador, está mais do que confirmada a confusa legislação que rege a matéria, fato este confirmado pelo julgador vencido e ratificado no voto da conselheira que logrou aprovação do pleno. Entendo que o contribuinte não pode ser apenado quando a interpretação do dispositivo legal não seja bastante claro o suficiente para ao menos as autoridades autuantes não se desentenderem sobre a questão.

Diante do exposto voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para ser mantido parcialmente o Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

O item 1, questionado no Recurso Voluntário, se reporta à aplicação da penalidade prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, correspondente a 1% sobre a soma das entradas e saídas realizadas pelo contribuinte, no período, pela falta de apresentação dos arquivos magnéticos contendo os registros 54 e 60 (por itens de mercadorias), apesar de regularmente intimado por três vezes, conforme documentos às fls. 20 a 22 dos autos.

Reza o art. 708-A, do RICMS/97, que o contribuinte do ICMS usuário de SEPD deve entregar o seu arquivo magnético referente ao movimento econômico de cada mês, a partir do mês de outubro de 2000, inclusive, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas.

Já a redação original do seu § 2º previa que o arquivo magnético não deveria conter os dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais, salvo quando se tratar de operações de saída sujeitas à substituição tributária.

Somente com a Alteração nº 36 ao RICMS/97 (Decreto nº 8375, de 22/11/02), passou a exigir que este arquivo contenha, também, os dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário nos meses em que este for realizado.

No entanto, o § 3º, do mesmo artigo, revogado pela mesma Alteração, determinava que a dispensa da informação por itens de mercadorias não desobrigava o contribuinte de manter armazenados os referidos dados.

O art. 708-B, do RICMS/97, obriga o contribuinte a fornecer ao fisco os documentos e o arquivo magnético, 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.

Assim, até novembro de 2002, o contribuinte deveria entregar, via Internet, o seu arquivo magnético sem a informação por itens de mercadorias, mas esta deveria ser gerada e mantida para apresentação ao fisco, mediante intimação para tal.

A partir desta data, o arquivo deve ser enviado com a mencionada informação.

Obviamente, não sendo atendida a intimação, o contribuinte está sujeito à penalidade prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96.

Ocorre que o recorrente, conforme documentos às fls. 96 a 102, comprova que enviou os seus arquivos magnéticos à SEFAZ, via SINTEGRA, antes da ação fiscal, contendo os registros 54 e 60 nos meses de julho a dezembro de 2001, e, sem qualquer tipo de explicação foi intimado para apresentá-los novamente.

Entendo que, para este período, o recorrente não poderia ter sido apenado na forma que foi.

Quanto ao período de janeiro a junho de 2001 e janeiro a maio de 2002, a infração está comprovada.

Contudo, a alínea “g”, do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei n.º 7.014/96 – capitulação legal da multa aplicada – teve a sua redação alterada pela Lei n.º 9.430, de 10/02/05, DOE de 11/02/05, efeitos a partir de 11/02/05, que passou a ser:

g) 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura.

Já o art. 106, II, “c”, do CTN, preconiza que a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Assim, de ofício, esta 1ª CJF deve adequar a penalidade contida no item 1 para 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, reduzindo-a para R\$29.655,57 (1% de R\$2.965.557,21), conforme valores extraídos dos documentos às fls. 34 e 35, anexados pelos próprios autuantes.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, excluindo do item 1 os valores referentes ao período de julho a dezembro de 2001, e, de ofício, corrigir a penalidade na forma descrita.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º 232962.0003/03-9, lavrado contra **VSD COMERCIAL S.A. (LOJAS DADALTO S/A.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.911,55**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$29.655,57**, com os devidos acréscimos legais, prevista no art. 42, XIII-A, “g”, do mesmo Diploma Legal, alterado pela Lei n.º 9.159/04, com homologação dos valores recolhidos.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Ciro Roberto Seifert, Mário Antonio Sabino Costa, Oswaldo Ignácio Amador, Fernando Antônio Brito de Araújo e Antônio Ferreira de Freitas.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Eduardo Nelson de Almeida Santos.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2005.

ANTONIO FERREIRA FREITAS – PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS – RELATOR/VOTO VENCIDO

CIRO ROBERTO SEIFERT – VOTO VENCEDOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS