

A. I. N° - 210613.1203/04-1
AUTUADO - IRMÃOS FADINI SERVIÇOS MECÂNICOS LTDA.
AUTUANTE - HILTON MARINHO SILVA CAVALCANTE
ORIGEM - INFAC EUNÁPOLIS
INTERNET - 17.08.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0278-02/05

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO ELETRÔNICO DE DADOS. FALTA DE FORNECIMENTO DE ARQUIVOS, OU ENTREGA DOS ARQUIVOS EM PADRÃO DIFERENTE DO PREVISTO, OU EM CONDIÇÕES QUE IMPOSSIBILITAM SUA LEITURA. MULTA. Não houve falta de apresentação de arquivos magnéticos, haja vista as provas apresentadas pela defesa; não foi provado que os arquivos tivessem sido entregues fora do padrão – uma coisa é um arquivo magnético ser entregue “fora do padrão”, e outra coisa é ele ser entregue “com omissões ou erros”; não foi provado que tivesse havido impossibilidade de serem “lidos” os arquivos. No desenvolvimento da discussão processual, ficou patente que o que houve foi o não fornecimento de informações, nos arquivos magnéticos, “por itens de mercadorias”. É patente o propósito da legislação estadual no sentido de que, no que concerne a arquivos magnéticos, as informações sejam prestadas escoimadas de erros ou inconsistências, de modo que o arquivo magnético deve ser submetido ao crivo de um programa denominado Validador, a fim de se checar a consistência dos dados informados, nos termos do § 4º do art. 708-A do RICMS, sendo que o § 3º do art. 708-B prevê que o fisco intime o contribuinte para correção de inconsistências verificadas no arquivo magnético, fornecendo-lhe, no ato da intimação, uma Listagem-Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, e o § 5º concede o prazo de 30 dias úteis para que o contribuinte corrija o arquivo magnético apresentado com inconsistência. Embora este último dispositivo tenha sido acrescentado ao Regulamento em data posterior ao fato em discussão, deixa de considerá-lo infração, e, por isso, tem efeito retroativo, em face do art. 106, II, do CTN. Neste caso, o contribuinte não foi intimado para fazer a correção das inconsistências. É, portanto, indevida a multa em discussão. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/12/04, pune o contribuinte com multa por descumprimento de obrigação acessória, consistente na falta de fornecimento de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, ou entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura. Multa aplicada: R\$ 9.795,23.

O contribuinte defendeu-se alegando que o Auto de Infração não pode prevalecer, por ser pautado em pressupostos que afrontam os princípios elementares do Direito. Reclama, como preliminar, que houve cerceamento de defesa, primeiro, por ter o Auto de Infração sido entregue a pessoa sem capacidade para receber intimação, e segundo, por falta da entrega, ao autuado, dos documentos que compõem o processo.

Quanto ao mérito, alega que os arquivos magnéticos estão sendo regularmente entregues, conforme cópias anexas, e que, na verdade, o que foi solicitado pelo autuante foram as informações sobre itens de mercadorias. Quanto a esse ponto, argumenta que, até 22/11/02, o RICMS não previa a obrigatoriedade da entrega, mas, ao contrário, impedia o contribuinte de entregá-los. Transcreve o § 2º do art. 708-A, na redação dada pela Alteração nº 21: “§ 2º. O arquivo magnético entregue nos termos deste artigo não deverá conter dados referentes aos itens de mercadorias constantes dos documentos fiscais, salvo quando tratar-se de operações de saídas sujeitas à substituição tributária”. Dá destaque à expressão “não deverá conter”, argumentando que, de acordo com esse dispositivo regulamentar, não só o contribuinte estava desobrigado, como também estava impedido de entregar os dados referentes aos itens de mercadorias. Transcreve também o § 2º do art. 708-B: “§ 2º. O atendimento ao explicitado neste artigo não exclui a obrigação de que trata o artigo anterior e vice-versa”. Conclui observando que mais de 90% do período fiscalizado (1/1/01 a 31/12/02) estão cobertos pela norma impositiva e impeditiva de tal entrega. Pede que a autuação seja declarada nula, determinando-se, no mérito, a improcedência do lançamento.

O fiscal autuante prestou informação contrapondo, com relação às preliminares suscitadas pela defesa, que se aplicam subsidiariamente ao processo administrativo as normas do CPC, e transcreve o art. 180 do RPAF e os arts. 154 e 214 do CPC, assinalando que o comparecimento espontâneo do réu (neste caso, o autuado) ao feito sana qualquer defeito de citação.

Falando do mérito, o fiscal diz que o autuado afirma corretamente que o que foi solicitado foram os arquivos que contêm informações sobre itens de mercadorias. Quanto à alegação da defesa de que o RICMS não previa a obrigatoriedade de entrega daquelas informações até 22/11/02, o fiscal rebate dizendo que a não-obrigatoriedade se referia apenas à entrega dos arquivos pela internet, não alcançando a obrigação de entregar todos os arquivos, inclusive o arquivo com informações sobre itens de mercadoria mediante intimação. Reproduz o “caput” do art. 708-B (redação da época dos fatos): “O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo quando 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. O arquivo magnético deverá ser entregue 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 mercadoria, quando for o caso), salvo ressalva contida na intimação”. Conclui dizendo que, a seu ver, em face da redação clara e precisa da norma regulamentar, não resta qualquer dúvida quanto à obrigatoriedade da entrega dos arquivos com as informações sobre itens de mercadorias. Opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

A defesa suscitou duas preliminares, alegando cerceamento de defesa. Primeira: o Auto de Infração teria sido entregue a pessoa sem capacidade para receber intimação. Segunda: falta da entrega, ao autuado, dos documentos que compõem o processo.

O art. 3º do RPAF especifica as pessoas que têm legitimidade para fazer intervenções no processo. Isso se aplica, também, para a intimação do lançamento. O contador e os empregados da empresa são considerados prepostos desta, e, nesta condição, podem receber intimações. Quanto à alegação de que não lhe teriam sido entregues os documentos que compõem o processo, cumpre

notar que, nos termos do art. 46 do RPAF, na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura de Auto de Infração, devem ser-lhe fornecidas cópias dos termos e demonstrativos elaborados pelo fiscal autuante, inclusive dos elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros. Não há, contudo, necessidade de juntar provas de que o contribuinte disponha.

No caso em apreço, a acusação diz respeito ao não cumprimento de obrigação acessória descrita no Auto de Infração. A acusação basta por si só. Se a acusação foi bem ou mal formulada, essa é outra coisa, e isto será examinado em seguida. Ultrapasso as preliminares.

A acusação, neste Auto de Infração, é de que o contribuinte deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura. O fato foi enquadrado nos arts. 686 e 708-B do RICMS, e a multa foi aplicada com base no inciso XIII-A, alínea “g”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Note-se que o contribuinte foi acusado de três coisas, conectadas pela conjunção alternativa “ou”, o que significa dizer que o fato imputado ou é uma coisa, ou outra, ou uma terceira - resta saber qual das três. Trata-se de três acusações distintas e, por sua natureza, reciprocamente excludentes, pois é impossível “entregar” arquivos em padrão diferente do previsto na legislação se a empresa “deixou de entregar” tais arquivo; e, do mesmo modo, não há como os arquivos “serem entregues” em condições que impossibilitem sua leitura, se o contribuinte “deixou de entregá-los”.

Tendo em vista que essa descrição é um padrão genérico existente no sistema de informatização do Auto de Infração, cumpre investigar qual foi, realmente, o fato verificado.

Consideradas as três imputações conectadas pela conjunção “ou”, conluso que: a) não houve falta de apresentação de arquivos magnéticos, haja vista que o contribuinte juntou prova da entrega de todos os arquivos do período compreendido entre janeiro de 2001 e dezembro de 2002 (fls. 24/46); b) não está provado que os arquivos tivessem sido entregues fora do padrão – uma coisa é um arquivo magnético ser entregue “fora do padrão”, e outra coisa é ele ser entregue “com omissões ou erros”; c) não foi provado que tivesse havido impossibilidade de serem “lidos” os arquivos.

O autuado defendeu-se alegando que os arquivos magnéticos são regularmente entregues, conforme cópias anexas, e que, na verdade, o que foi solicitado pelo autuante foram as informações sobre itens de mercadorias.

Ao prestar a informação, o fiscal autuante confirmou o que alegou a defesa, ao dizer que “Afirmá corretamente o Impugnante” que o que foi solicitado foram os arquivos que contêm informações sobre itens de mercadorias.

Diante disso, entendo que está descartada a hipótese de tratar-se de falta de apresentação de arquivos magnéticos. A questão diz respeito à exigência de que, nos arquivos magnéticos, constassem informações sobre itens de mercadorias.

A defesa demonstrou que em mais de 90% do período fiscalizado (1/1/01 a 31/12/02) o § 2º do art. 708-A vigeu com a seguinte redação:

“Art. 708-A.

§ 2º. O arquivo magnético entregue nos termos deste artigo não deverá conter dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais, salvo quando tratar-se de operações de saída sujeitas à substituição tributária.”

Noto que o dispositivo determina que o arquivo magnético “não deverá conter” dados referentes aos itens de mercadorias. Somente depois, com a Alteração nº 36, foi que o Regulamento passou a prever que o arquivo magnético “deverá conter”, também, dados referentes aos itens de

mercadorias. A Alteração nº 36 (Dec. nº 8.375/02) entrou em vigor em 24/11/02. Está correta a empresa quando alega que em mais de 90% do período fiscalizado (1/1/01 a 31/12/02) o § 2º do art. 708-A vigeu com a redação que não previa que os arquivos magnéticos contivessem dados referentes aos itens de mercadorias.

O fiscal autuante argumenta que a não-obrigatoriedade de entrega das informações por itens de mercadorias se referia apenas à entrega dos arquivos pela internet, não alcançando a obrigação de entregar todos os arquivos, inclusive o arquivo com informações sobre itens de mercadorias, mediante intimação. O fiscal baseou-se no art. 708-B do RICMS (redação da época). Cumpre, contudo, observar que, conforme consta no final desse dispositivo regulamentar, entre parênteses, o arquivo magnético deve ser entregue com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria, “quando for o caso”. Essa expressão “quando for o caso” diz tudo. Se não eram previstos aqueles dados à época, não podem ser exigidos.

Nos termos do art. 39, III, do RPAF/99, o fato considerado infração deve ser descrito pelo fiscal autuante com precisão e clareza. Essa exigência tem sua razão de ser nos princípios da ampla defesa e do contraditório. O contribuinte tem todo o direito de se defender daquilo que lhe é imputado. E, obviamente, só pode defender-se se souber do que está sendo acusado.

Nota que a descrição do fato foi feita de forma inadequada. Somente com as explicações dadas pela defesa é que se fica sabendo o que de fato ocorreu.

Neste caso, a descrição do fato refere-se a arquivo magnético “exigido mediante intimação”. Na informação fiscal, o autuante conclui seu arrazoado falando da obrigação do contribuinte de entregar todos os arquivos, inclusive com os dados relativos a itens de mercadorias, “mediante intimação”. E o art. 708-B, ao tratar da obrigação do fornecimento dos arquivos, “quando for o caso”, prevê que o contribuinte o faça “quando intimado”. Analisando os elementos constantes nos autos, noto que não foi anexada intimação específica de arquivos magnéticos contendo detalhamento por itens de mercadorias. A única intimação anexada é a constante à fl. 6, e nela a solicitação é no sentido de que fossem entregues os “arquivos magnéticos gerados no formato texto”. Ou seja, não foi feita intimação para que o contribuinte disponibilizasse os arquivos com os itens por espécies de mercadorias.

Essa questão de arquivos magnéticos é muito complexa. O interesse do Estado não é aplicar multas, simplesmente, pois o que o Estado quer é que o contribuinte preste as informações pertinentes, de modo a possibilitar ao fisco efetuar um trabalho mais racional, mais preciso, mais próximo da realidade dos fatos. Tanto assim que têm sido feitas alterações na legislação, no sentido de que se dê oportunidade ao contribuinte para que ele corrija eventuais inconsistências dos dados dos arquivos. É por isso que a legislação prevê que o arquivo magnético seja submetido ao crivo de um programa denominado Validador, de modo a checar a consistência dos dados informados. Isto significa que, mesmo tendo feito a entrega do arquivo pela internet no prazo regulamentar, essa entrega fica sujeita a “validação” posterior, nos termos do § 4º do art. 708-A do RICMS.

A fim de deixar bem clara essa questão, foi acrescentado recentemente o § 6º ao art. 708-A, através da Alteração nº 62 (Decreto nº 9.332, de 14/02/05, DOE de 15/02/05), segundo o qual a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando-se o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas.

Na mesma Alteração nº 62, foram acrescentados ao art. 708-B os §§ 3º e 4º. Prevê o § 3º que, tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem-Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas.

Por sua vez, prevê o § 4º que o arquivo magnético deverá ser entregue através da internet, 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 mercadoria, quando for o caso.

Note-se, portanto, que o propósito do legislador é, na medida do possível, fazer com que os arquivos magnéticos sejam entregues escoimados de erros ou inconsistências.

Nesse sentido, não se dando por satisfeito, o legislador, através da Alteração nº 63 (Decreto nº 9.426, de 17/05/05, DOE de 18/05/05), introduziu uma nova alteração no Regulamento, acrescentando o § 5º ao art. 708-B do RICMS, que concede o prazo de 30 dias úteis para que o contribuinte corrija arquivo magnético apresentado com inconsistência. Ora, se o Regulamento concede prazo para que o contribuinte corrija erros do arquivo, isto significa que somente depois de decorrido tal prazo é que, não sento atendida a intimação, fica o contribuinte sujeito às sanções legais.

Com efeito, prevê o novo dispositivo:

“Art. 708-B.

.....

§ 5º O contribuinte terá o prazo de 30 dias úteis 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.”

Esse dispositivo, embora seja posterior ao fato em discussão nestes autos, deixa de considerá-lo infração, e, por isso, tem efeito retroativo, nos termos do art. 106, II, do CTN.

Além disso, o contribuinte não foi intimado para fazer a correção das inconsistências, como prevê o § 3º do art. 708-B, que também retroage neste caso, nem lhe foi fornecida a Listagem-Diagnóstico a que alude aquele dispositivo regulamentar.

De acordo com as provas apresentadas pela defesa, fls. 24/46, a empresa enviou pela internet os arquivos magnéticos, relativos aos meses apontados. Se os arquivos foram entregues com inconsistências, teria de ser dada oportunidade para que a empresa os corrigisse, com indicação precisa dos pontos a serem corrigidos, mediante o instrumento próprio, que é a Listagem-Diagnóstico.

Concluo, então, que é indevida a multa estipulada.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 210613.1203/04-1, lavrado contra **IRMÃOS FADINI SERVIÇOS MECÂNICOS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 4 de agosto de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA