

A. I. N° - 206907.0102/04-8  
AUTUADO - SOL DASLA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.  
AUTUANTE - JOAQUIM DIAS DE CASTRO  
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA  
INTERNET - 08.09.05

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N.º 0298-02/05**

**EMENTA: ICMS.** 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES RECOLHIDOS E OS LANÇADOS NO LIVRO DE APURAÇÃO. Imputação não impugnada pelo sujeito passivo. 2. 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 anexadas aos autos; 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”; e 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 **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/12/04, envolve os seguintes fatos:

1. recolhimento de ICMS efetuado a menos, em virtude de divergência entre o que foi recolhido e o que foi escriturado no livro de apuração do imposto, nos meses de janeiro, fevereiro e abril de 2003, sendo lançado tributo no valor de R\$ 2.446,49, com multa de 60%;

2. 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, sendo aplicada multa de R\$ 315.483,10.

O contribuinte inicia sua defesa declarando reconhecer o lançamento de que cuida o item 1º do Auto de Infração. Impugna a multa objeto do 2º item, alegando que a mesma foi aplicada sem a estrita observância da norma legal. Transcreve os arts. 686 e 708-A do RICMS, nos quais o fato foi enquadrado. Comenta a obrigação da entrega dos livros fiscais escriturados por sistema eletrônico de processamento de dados, bem como, do arquivo magnético do movimento econômico criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, ressalvando que, no decorrer do trabalho de fiscalização, atendeu a todos os termos de intimação, sendo que, por algum erro de fato, deixou de entregar o arquivo magnético criptografado do movimento de entradas e saídas, ou entregou outro arquivo que não atendia ao que foi requerido pela fiscalização, mas, para corrigir o engano, a empresa forneceu ao fiscal cópia do arquivo magnético contendo o movimento financeiro devidamente criptografado, permitindo, dessa forma, o acesso do fisco às informações de entradas e saídas. Para provar isso, anexou cópia do protocolo da correspondência mediante a qual foram encaminhados os arquivos ao auditor fiscal (fl. 31). Também anexou à impugnação o arquivo magnético criptografado do movimento de entradas e saídas de mercadorias (fls. 32/80). Assinala que todos os demais elementos solicitados foram apresentados com presteza, com o propósito de facilitar os trabalhos da fiscalização. Alega que, apesar do engano cometido ao fornecer ao auditor o arquivo magnético, a empresa procedeu à escrituração em meios magnéticos criptografados do movimento de entradas e saídas, conforme estabelecem os arts. 686 e 708-B do RICMS, tanto assim que o auditor conduziu e conclui os trabalhos de auditoria, checando todas as entradas e saídas com base nas respectivas Notas Fiscais e nos livros fiscais correspondentes, de modo que não houve empecilho para os trabalhos de verificação e apuração da obrigação principal.

Feitas essas considerações, a defesa passa a demonstrar que o fiscal, ao aplicar a multa, se baseou na antiga redação da alínea “g” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que previa o cálculo da multa sobre o valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, além das prestações de serviços, sem observar que aquele dispositivo foi alterado pela Lei nº 9.159/04. Transcreveu o dispositivo, com a nova redação. Chama a atenção para que a aplicação de multa fiscal segue os mesmos princípios prevalecentes no direito penal. Evoca nesse sentido o art. 106 do CTN. Acentua que, pela nova redação da supracitada alínea “g”, a penalidade a ser aplicada é de 1% do valor das saídas do estabelecimento em cada período de apuração, sendo que o fiscal utilizou a redação antiga, em que a penalidade era de 1% do valor das operações de entrada e saída do estabelecimento em cada período de apuração, dobrando o valor da penalidade. Cita doutrina acerca da chamada aplicação retroativa da lei penal.

O autuado requer a realização de diligência fiscal, a fim de que seja verificado que a empresa possui o movimento econômico das entradas e saídas em meios magnéticos devidamente criptografados, e que estes atendem aos requisitos fixados na legislação em vigor.

Pede que seja cancelada a multa objeto do item 2º deste Auto de Infração, por não ter o fato implicado a falta de recolhimento de tributo e por não se enquadrar nas práticas de dolo, má-fé, fraude ou simulação, além de ter a autoridade fiscal aplicado a legislação mais gravosa, sem atentar para o preceito do art. 106 do CTN.

O fiscal autuante prestou informação dizendo que o autuado, na defesa, transcreveu os arts. 686 e 708-B [do RICMS], e explicita a obrigação de fornecer ao fisco a escrituração dos livros fiscais por sistema eletrônico de processamento de dados, bem como o arquivo magnético do movimento econômico devidamente criptografado e validado, porém se esqueceu de que a empresa, além

dos livros fiscais, também se utiliza de processamento de dados para processar Nota Fiscal (Nota Fiscal-Fatura), conforme sistema INC da SEFAZ (extrato à fl. 86), e, portanto, não cabe a dispensa do registro por item de mercadoria. Diz que a empresa, apesar de utilizar processamento de dados, tendo oficializado esta utilização através de comunicação à SEFAZ, informou, durante a ação fiscal, que simplesmente imprimia Notas Fiscais, e mesmo na defesa a empresa não admite o uso da emissão de Nota Fiscal por processamento de dados, admitindo apenas o uso de processamento de dados para os livros fiscais. Observa que foram feitas duas intimações à empresa, para que ela entregasse os arquivos magnéticos gerados (fls. 10 e 11), nas quais se verifica no campo Obrigações do Contribuinte a observação: “Com SEPD – Entregar arquivo magnético com o registro 54 (descrição das notas fiscais por item), do período intimado”. O auditor diz considerar absurdo que, neste momento, uma indústria utilize processamento de dados para emitir Notas Fiscais, mas não possua um sistema adequado que atenda à legislação, nunca tendo enviado nenhum arquivo magnético, e, quando intimado, não os ter, e na defesa se utilizar de subterfúgios, não tendo remetido os referidos arquivos até então.

Aduz o fiscal que “Não vamos discutir se a empresa mantém sistema único de processamento para notas fiscais e livros fiscais. Ou se a mesma possui um sistema para as notas fiscais e outro para os livros fiscais, ou se até mesmo os livros fiscais são escriturados em escritórios contábeis externo ou interno, próprio ou terceirizado. Se essas informações foram enviadas da indústria ou de algum escritório contábil. O que a fiscalização reiteradas vezes buscou foi o arquivo magnético produzido pela unidade fabril que emite as notas fiscais de venda. Simples!”

Conclui dizendo que, por tudo isto, considera ser devida e pertinente a penalidade em apreço.

Anexou documentos.

Foi mandado dar ciência do teor da informação fiscal ao sujeito passivo, tendo em vista que à mesma foram anexados documentos.

O autuado deu entrada em nova petição, à qual juntou a cópia de documento protocolado na INFRAZ Feira de Santana no dia 1/2/05, que teria sido acompanhado de arquivos magnéticos. Faz uma sinopse dos fatos processuais, pondo em destaque que, na informação prestada, o fiscal não se manifestou sobre o argumento exposto na defesa, no tocante à aplicação da multa de 1% somente sobre o valor das saídas, nem negou a efetiva entrega dos arquivos magnéticos pelo autuado, não obstante os mesmos apresentarem inconsistências, como também não negou que os arquivos, já dentro do padrão exigido pela legislação, foram acostados à impugnação, inclusive tendo sido entregues cópias dos mesmos na INFRAZ Feira de Santana, no dia 1/2/05, a fim de que fossem repassados ao próprio autuante, para as devidas análises (juntou comprovante). Frisa que, além disso, o autuante, na informação fiscal, também não negou o que foi afirmado pela defesa, no sentido de que ele, autuante, tinha em mãos os livros e documentos da empresa, capazes de, por si sós, possibilitar a fiscalização tributária, de modo que não houve qualquer prejuízo para o Estado.

O autuado reclama que sofreu flagrante cerceamento ao seu direito de defesa, pois não recebeu cópia da informação fiscal, uma vez que só obteve cópia dela quando se dirigiu, por iniciativa própria, à repartição fazendária, e não foi intimado no sentido de que, querendo, se manifestasse a respeito da mesma.

Reclama, também, que, diante de eventuais inconsistências apresentadas nos arquivos magnéticos entregues ao fisco, o autuante não chegou a fazer nova intimação ao contribuinte, devidamente acompanhada de Listagem-Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, conforme determina o art. 708-B, § 3º, do RICMS/97.

Seguem-se considerações acerca do princípio da tipicidade cerrada e do princípio da verdade material. Alega, como preliminar, que existem vícios insanáveis neste processo, provocados pelo autuante, no tocante à 2ª infração, os quais implicam a nulidade da autuação, nos termos do art.

18 do RPAF/99. Protesta que a descrição da acusação não é clara e precisa. Acentua que o Auto de Infração deve obedecer a diversos requisitos previstos na legislação, dentre os quais se destacam os previstos no art. 39, III, do RPAF/99, haja vista que um dos requisitos essenciais do Auto de Infração é a descrição do que a autoridade fiscal entenda como fato gerador da obrigação, devendo ser indicado na peça de acusação o fato visualizado pelo agente fiscal e que lhe daria respaldo para levar a efeito a exigência tributária, por meio da autuação. Reclama que, no presente caso, no que se refere à suposta infração 2<sup>a</sup>, à vista do que consta no Auto de Infração, o autuante, ao mesmo tempo em que afirma que o autuado teria deixado de fornecer arquivos magnéticos, também afirma, em sentido diametralmente oposto, que o sujeito passivo teria entregado tais arquivos, só que em padrão diferente do previsto na legislação, e, no mesmo passo, ainda volta a afirmar que o contribuinte teria entregado os citados arquivos, porém em condições que impossibilitaram sua leitura, de modo que no Auto são feitas três acusações que não podem existir ao mesmo tempo. Protesta que isso não é condizente com o princípio da tipicidade cerrada e afeta o direito do acusado de saber do que está sendo realmente acusado. Transcreve trecho de um voto proferido no Acórdão JJF 0128-02/05. Protesta que o presente Auto de Infração não define, com clareza, qual a verdadeira acusação inserida na suposta infração n° 2, e isto seria de fundamental importância, não somente para seguir as determinações da legislação tributária, mas, sobretudo, para permitir que o sujeito passivo conhecesse o real teor acusatório, a fim de poder se defender amplamente. Transcreve comentários de Alberto Xavier e Hugo de Brito Machado. Reproduz parte do art. 18 do RPAF. Cita várias decisões do CONSEF. Requer que, na fase de instrução, os autos sejam remetidos em diligência à Secretaria deste Conselho, para que sejam a ele acostadas as aludidas decisões, na íntegra, devidamente autenticadas.

Quanto ao mérito, o autuado chama a atenção para a regra do art. 155, parágrafo único, do RPAF/99, a qual determina o julgamento pela improcedência do Auto de Infração, mesmo merecendo o ato de lançamento ser objeto de nulidade. Alinha, a seguir, seis argumentos pelos quais pretende demonstrar que a multa é inaplicável:

- a) não foi feita entrega, pelo autuante, de Listagem-Diagnóstico indicativa de eventuais inconsistências nos arquivos magnéticos apresentados, descumprindo o fiscal a regra prevista no art. 708-B, § 3º, do RICMS/97, sendo que, se tivesse sido feita a intimação regular, com a entrega de Listagem-Diagnóstico, o contribuinte teria o prazo de até 30 dias úteis para fazer as devidas correções no arquivo magnético, conforme prevê o § 5º; aduz que sequer está provado nos autos que o sujeito tenha deixado de apresentar todo e qualquer arquivo magnético, ou que os tenha apresentado fora do padrão exigido pela legislação, ou, ainda, que os tenha apresentado de forma que impossibilitou a sua leitura;
- b) foi feita a indicação errada, pelo autuante, do dispositivo de multa aplicável ao fato tratado na 2<sup>a</sup> infração, pois consta nos autos que o autuante fez intimações ao contribuinte, a fim de que este lhe apresentasse arquivos magnéticos no padrão exigido pela legislação, e, por não terem sido atendidas as intimações, foi aplicada a multa prevista no art. 42, XIII-A, da Lei n° 7.014/96, porém, noutras oportunidades, o CONSEF já decidiu que a multa aplicável seria a prevista no art. 42, XX, a exemplo do Acórdão CJF 0004-12/04, do Acórdão JJF 0128-02/05, no Acórdão CJF 0380-11/04 e no Acórdão CJF 0422-11/04;
- c) é cabível o cancelamento ou redução da multa por descumprimento de obrigação acessória, nos termos do art. 42, § 7º, da Lei n° 7.014/96, pois, quando descreveu a 2<sup>a</sup> infração, o autuante não disse nem insinuou ter havido, por parte do sujeito passivo, a prática de dolo, fraude ou simulação, e muito menos disse ou provou ter ocorrido falta de pagamento do imposto, em virtude do descumprimento da obrigação acessória, havendo decisões do CONSEF nesse sentido, como é o caso do Acórdão CJF 0035-12/04, decisão esta que foi confirmada pela Câmara Superior, por meio do Acórdão CS 0001-21/04, havendo ainda na mesma linha o Acórdão CJF 0380-11/04; aduz que todos os arquivos magnéticos previstos na legislação

tributária estão à disposição do fisco, e foram apresentados à SEFAZ, conforme faz prova com a carta protocolada na INFRAZ Feira de Santana (fls. 134/136), no dia 1/2/05, à qual foram anexados os citados arquivos magnéticos;

- d) a aplicação da lei tributária a fato pretérito é possível, de acordo com o art. 106 do CTN; assinala que este argumento é exposto sem entrar na questão de mérito quanto aos números apresentados pelo autuante, haja vista que o fiscal não informou de onde os extraiu, sendo que, supondo, só para argumentar, que a infração de fato tivesse sido cometida, ainda assim a multa de 1% somente seria aplicável sobre as saídas, conforme redação atual da alínea “g” [do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96], e jamais sobre as saídas e as entradas, conforme foi feito no Auto de Infração, com base na redação original da referida alínea, que foi mudada três vezes;
- e) a base de cálculo sobre a qual incidiria a multa de 1% está errada, porque está relacionada somente com as operações de saídas, ressaltando que teria ocorrido omissão no trabalho fiscal, impedindo que se chegue a um valor numérico, pois o autuante não indicou qual o montante de operações de saídas, se é que este foi o caso, que estaria ausente dos arquivos magnéticos, haja vista que o autuante sequer chegou a precisar qual teria sido, de fato, a suposta 2ª infração – se falta de apresentação de arquivos magnéticos, se a entrega dos mesmos fora do padrão determinado pela legislação, ou se a entrega dos mesmos em condições que impossibilitaram sua leitura;
- f) a multa aplicada tem natureza confiscatória, sendo, por isso, imprópria, em face da Constituição.

Pede que, sem embargo de outros pedidos já feitos no bojo da impugnação anteriormente apresentada, seja reconhecida a nulidade da 2ª infração do presente Auto de Infração, em consonância com as arguições preliminares, e que, não obstante o reconhecimento da nulidade, se faça valer a determinação do art. 155, parágrafo único, do RPAF/99, decretando-se a improcedência da apenação.

## VOTO

Não foi impugnado o lançamento de que cuida o item 1º do Auto de Infração.

O 2º item refere-se à imposição de 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 (*sic*).

O autuado alega, na defesa, que a multa foi aplicada sem a estrita observância da norma legal. Após a transcrição de dispositivos regulamentares e comentários genéricos acerca da obrigação da entrega dos elementos solicitados pelo fisco, alega que, no decorrer do trabalho de fiscalização, atendeu a todos os termos de intimação, sendo que houve problema na entrega do arquivo, mas, depois, corrigiu o engano, fornecendo ao fiscal o referido arquivo magnético. Em seguida, a defesa passa a demonstrar que o fiscal, ao aplicar a multa, se baseou na antiga redação da alínea “g” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que previa o cálculo da multa sobre o valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, além das prestações de serviços, sem observar que aquele dispositivo foi alterado pela Lei nº 9.159/04. Transcreveu o dispositivo, com a nova redação. Chama a atenção para que a aplicação de multa fiscal segue os mesmos princípios prevalecentes no direito penal. Evoca nesse sentido o art. 106 do CTN. Acentua que, pela nova redação da supracitada alínea “g”, a penalidade a ser aplicada é de 1% do valor das saídas do estabelecimento em cada período de apuração, sendo que o fiscal utilizou a redação antiga, em que a penalidade era de 1% do valor das operações de entrada e saída do estabelecimento em cada período de apuração, dobrando o valor da penalidade.

O fiscal autuante, ao prestar a informação, não tocou, absolutamente, nesse ponto, que é fundamental. Ou seja, o nobre autuante deixou de atentar para o preceito do § 6º do art. 127 do RPAF, segundo o qual a informação fiscal deve abranger todos os aspectos da defesa, com fundamentação.

De fato, o dispositivo a que alude a defesa passou por modificações. Em princípio, a legislação não pode aplicar-se a fatos pretéritos. Porém, em matéria penal, quando, em se tratando de ato não definitivamente julgado, uma lei o deixa de definir como infração ou lhe comina penalidade menos severa que a prevista ao tempo da lei vigente quando de sua prática, o art. 106 do CTN prevê a retroatividade dos efeitos da lei nova.

A defesa requer a realização de diligência fiscal, a fim de que seja verificado se a empresa possui o movimento econômico das entradas e saídas em meios magnéticos devidamente criptografados, e que estes atendem aos requisitos fixados na legislação em vigor. Não vejo motivo para que se determine tal diligência, haja vista que se encontram anexados aos autos os disquetes dos referidos arquivos, e o fiscal autuante, ao prestar a informação, sem dúvida deles tomou conhecimento, e não negou o conteúdo dos mesmos. A propósito, na informação fiscal o autuante destaca o seguinte: a) a empresa, além dos livros fiscais, também se utiliza de processamento de dados para processar Nota Fiscal (Nota Fiscal-Fatura), conforme extrato, à fl. 86, do sistema INC da SEFAZ; b) por esse motivo, não cabe a dispensa do registro por item de mercadoria; c) apesar de a empresa ter oficializado a utilização do processamento de dados através de comunicação à SEFAZ, informou, durante a ação fiscal, que simplesmente imprimia Notas Fiscais, negando a emissão de Nota Fiscal por processamento de dados, admitindo apenas o uso de processamento de dados para os livros fiscais; d) nas intimações feitas à empresa, para que ela entregasse os arquivos magnéticos, consta a observação: “Com SEPD – Entregar arquivo magnético com o registro 54 (descrição das notas fiscais por item), do período intimado”.

Ao ser dada vista do teor da informação fiscal ao sujeito passivo, este deu entrada em nova petição, sinalizando, dentre outros aspectos:

- a) que o fiscal não se manifestou sobre o argumento exposto na defesa, no tocante à aplicação da multa de 1% somente sobre o valor das saídas;
- b) que o fiscal não negou a efetiva entrega dos arquivos magnéticos pelo autuado, não obstante os mesmos apresentarem inconsistências, como também não negou que os arquivos, já dentro do padrão exigido pela legislação, foram acostados à impugnação, inclusive tendo sido entregues cópias dos mesmos na INFRAZ Feira de Santana, no dia 1/2/05, a fim de que fossem repassados ao próprio autuante, para as devidas análises (juntou comprovante);
- c) que a descrição da acusação não é clara e precisa, como manda o art. 39, III, do RPAF/99, haja vista que, na descrição da 2ª infração, o autuante, ao mesmo tempo em que afirma que o autuado teria deixado de fornecer arquivos magnéticos, também afirma, em sentido diametralmente oposto, que o sujeito passivo teria entregado tais arquivos, só que em padrão diferente do previsto na legislação, e, no mesmo passo, ainda volta a afirmar que o contribuinte teria entregado os citados arquivos, porém em condições que impossibilitaram sua leitura, de modo que no Auto são feitas três acusações que não podem existir ao mesmo tempo. Protesta que isso não é condizente com o princípio da tipicidade cerrada e afeta o direito do acusado de saber do que está sendo realmente acusado. Cita jurisprudência e decisões deste Conselho. Pede a anulação do procedimento, com base no art. 18 do RPAF. Requer que os autos sejam remetidos em diligência à Secretaria deste Conselho, para que sejam a ele acostadas as aludidas decisões, na integrais, devidamente autenticadas.

Quanto ao primeiro ponto suscitado, cumpre dizer que a informação fiscal deve ser prestada pelo autuante como manda o § 6º do art. 127 do RPAF. O fiscal tem um compromisso com a estrita legalidade do lançamento por ele efetuado, e esse compromisso não se esgota com a lavratura do

Auto de Infração. Quando o § 6º determina que a informação fiscal seja prestada “com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação”, não está dizendo que o fiscal defenda a qualquer custo a versão exposta no Auto de Infração. O lançamento tributário é um ato vinculado, quer dizer, tem de ser feito com estrita observância da legislação. Quando se trata de questão de fato, nos termos do art. 140 do RPAF, o que é alegado por uma das partes, se a outra não contesta, admite-se como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Contudo, quando se trata de matéria de direito – como neste caso –, o silêncio do fiscal (que, a rigor, não é “parte”, porque quem é parte é o Estado), embora constitua desrespeito ao § 6º do art. 127 do RPAF, não implica nenhuma consequência jurídica, pois a vontade dos litigantes e seus prepostos não modifica o conteúdo da norma jurídica tributária.

O segundo ponto suscitado pelo sujeito passivo diz respeito ao fato de não ter sido negada a efetiva entrega dos arquivos magnéticos pelo autuado, não obstante os mesmos apresentarem inconsistências, como também não foi negado que os arquivos, já dentro do padrão exigido pela legislação, foram acostados à impugnação, inclusive tendo sido entregues cópias dos mesmos na INFRAZ Feira de Santana, no dia 1/2/05, a fim de que fossem repassados ao próprio autuante, para as devidas análises. O silêncio do autuante quanto a esse ponto também não acarreta maiores consequências. Os elementos a que se reporta o contribuinte realmente se encontram nos autos, cabendo salientar que foram protocolados em data posterior à autuação.

Relativamente ao terceiro ponto, em que o autuado reclama que a descrição da acusação não é clara e precisa, como manda o art. 39, III, do RPAF/99, considero que os acórdãos apontados na peça de impugnação apontam o pensamento deste Conselho em casos semelhantes. 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. No caso em exame, é evidente que a descrição do fato foi feita de forma inadequada, pois somente com as explicações dadas na informação fiscal é que se fica sabendo o que de fato ocorreu. Não vejo, contudo, necessidade de que sejam anexadas as decisões a que alude a defesa, na íntegra, pois sei que os membros desta Junta conhecem bem a orientação do Conselho acerca dessa matéria.

A acusação feita no 2º item deste 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”.

Consideradas as três imputações conectadas pela conjunção “ou”, concluo que:

- a) não houve falta de apresentação de arquivos magnéticos, haja vista que, de acordo com os extratos do Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos às fls. 87/92, está provado que o contribuinte apresentou os arquivos magnéticos, não somente do período objeto da autuação (janeiro a dezembro de 2003), como também dos exercícios de 2000 (a partir de junho), 2001, 2002 e 2004;

- b) os arquivos não foram 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.

Tendo em vista que a descrição feita no Auto de Infração é um padrão genérico existente no sistema de informatização do Auto de Infração, o fiscal autuante deveria ter feito um adendo, para explicitar qual foi, realmente, o fato verificado, em atenção ao art. 39, III, do RPAF. Como assim não procedeu, gerou-se esse aparente impasse.

Essa dúvida foi tirada na informação fiscal, quando o autuante esclarece que foram feitas duas intimações à empresa, para que ela entregasse os arquivos magnéticos gerados (fls. 10 e 11), nas quais se verifica no campo Obrigações do Contribuinte a observação: “Com SEPD – Entregar arquivo magnético com o registro 54 (descrição das notas fiscais por item), do período intimado”.

Por conseguinte, a multa foi aplicada porque o contribuinte, intimado duas vezes, não entregou à fiscalização os arquivos magnéticos contendo o registro 54. Agora, sim, sabendo do que realmente se trata, é possível analisar a questão com os pés no chão.

O “Registro Tipo 54” diz respeito aos elementos integrantes dos arquivos magnéticos relacionados com os detalhes atinentes às mercadorias: códigos, quantidade, valor bruto, valor unitário, valor de eventual desconto, etc.

Está provado que os arquivos magnéticos eram regularmente entregues (fls. 87/92). Assim, conforme já salientado, o que realmente ocorreu foi o fato de o contribuinte, ao ser intimado, não ter entregado à fiscalização os arquivos magnéticos contendo informações por itens 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 sendo 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. 87/92, 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 PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206907.0102/04-8, lavrado contra **SOL DASLA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 2.446,49, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR