

A. I. N° - 120457.0016/09-7
AUTUADO - CALSETE INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - BENEDITO ANTONIO DA SILVEIRA
ORIGEM - INFRAZ GUANAMBI
INTERNET 19.03.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0039-05/10

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Aplicado o disposto no art. 106, II, do CTN, pois a lei nova deve ser aplicada a ato ou fato pretérito quando deixe de defini-lo como infração. Infração improcedente. 2. DMA. FALTA DE ENTREGA NO PRAZO REGULAMENTAR. Infração comprovada. Rejeitadas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/09/2009, reclama o valor de R\$ 27.600,00, em decorrência das seguintes infrações:

1. Falta de entrega de arquivo magnético nos prazos estabelecido pela legislação, que deveria ter sido enviado via Internet através do programa TED (Transmissão Eletrônica de Dados), Omissão de entrega do arquivo – Multa no valor de R\$23.460,00;
2. Falta de apresentação da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) referente aos exercícios de 2007/08 – Multa no valor de R\$4.140,00;

O autuado por meio de seu advogado, devidamente registrado nos autos, impugnou o lançamento tributário, fls. 27 a 39, com as seguintes argumentações:

De início lista as infrações imputadas pelo autuado e não as reconhece. Cita que na infração 1 não há de se falar da não entrega dos arquivos magnéticos pelo TED, e nem pela falta de apresentação da DMA (Infração 2), pois argumenta que apresentou-as no prazo exigido, conforme documentos de fls. 55/81.

Constatou que a data da lavratura do Auto de Infração (21/09/09), e a data da apresentação dos arquivos citados e DMAs (27/08/09) estão devidamente incoerentes, pois a apresentação dos documentos ocorreu antes da lavratura do auto. Também ressaltou que não há motivo para proceder a exigência fiscal, pois inexistiu intimação (art. 708-B do RICMS), para apresentação dos documentos e arquivos. Segue, assim, dizendo que o fisco não pode impor o pagamento da multa devido ao não descumprimento da obrigação acessória.

Na sua impugnação cita o art. 2º do RPAF, e adiante diz que a intenção do legislador baiano é assegurar ao contribuinte justiça, dignidade e igualdade diante do contencioso fiscal e que os princípios de direito de defesa são garantias fundamentais da nossa Carta Magna. Cita, também, o CTN (art. 112), que usa o princípio *in dubio pro contribuinte*, e a Lei Complementar à Constituição, que são integrações da legislação tributária, no sentido de elevar os princípios gerais de direito de defesa e a aplicação imprescindível da proteção ao contribuinte.

Comenta que a função fiscal é exigir, controlar e fiscalizar o pagamento do tributo em referência à “obediência ao princípio da reserva legal”, na Constituição Brasileira e as leis infraconstitucionais fundamentais que atribuem, encargos, deveres ou funções desincumbindo com maior presteza possível a função do fisco. Também, diz que o perfeita ação é delimitado pela lei, não podendo agir fora dos parâmetros tendo como sua verdadeira função “aplicador das leis”, não poden

e, sim, ter um comportamento predeterminado pelo legislador. No intuito de fazer uma melhor expressão desta situação, cita trecho das Revistas dos Tribunais que pertine a este assunto

Ressalta a função administrativa que deve seguir a obediência da legalidade objetiva, agindo sempre pela imparcialidade e pela “*obediência ao princípio da reserva legal*”. Segue dizendo que não prospera as imputações das infrações por ofender os princípios de direito norteados as normas jurídicas “*sub examine*”, levando a decretação da nulidade.

Assevera que o autuante nunca deveria ter lavrado o Auto de Infração sem um melhor aprofundamento do real descumprimento da norma, e cita 05 (cinco) elementos de Seabra Fagundes que configuram que o lançamento do crédito tributário é um ato de vontade, determinando uma situação jurídica individual. Ademais, diz que o agente administrativo tem o poder mais vinculado possível a atos plenamente vinculados. Saliencia que o art. 18, II, do RPAF, prevê a nulidade da autuação quanto ao cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Alega a total falta de subsistência da infração, pela falta de intimação para apresentação dos arquivos magnéticos e da DMA, pois o contribuinte como já foi dito, apresentou os documentos em tempo previsto, e em nenhum momento posterior foi regulamente intimado para nova apresentação dos mesmos. Cita que o art. 708-A do RICMS/97 determina que o contribuinte do ICMS autorizado ao uso SEPD deverá entregar o arquivo magnético de cada mês, a partir de outubro/00, contendo a totalidade das operações de entrada e saída e das aquisições e prestações efetuadas, mesmo assim no art. 708-B do mesmo diploma, estabelece ao contribuinte só fornecer os documentos e os arquivos magnéticos quando intimado, no prazo de 05 (cinco) dias contados da data do recebimento da intimação.

A contrário senso, o autuante ciente que é absolutamente comum que os programas geradores de transmissão dos arquivos magnéticos possuam incorreções, não abriu prazo para possíveis correções, quando deveria informar as irregularidades a serem sanadas. Desconsiderando esse ditame, aplicou, de imediato, a multa no caso concreto, por um ato unilateral de vontade, com isso confirma o entendimento da nulidade da ação fiscal no CONSEF, quando a intimação ao contribuinte não se der em conformidade ao previsto na legislação fiscal estadual, já atestado no Acórdão CJF nº 0021-12/05 da 2ª CJF, *in verbis*:

“Além do vício citado acima, verifico que na única intimação constante nos autos (fl. 8) não foi respeitado o prazo de cinco dias úteis para apresentação dos arquivos solicitados, expressamente previsto no art. 708-B, do RICMS-BA. Desse modo, a intimação efetuada pelo autuante é nula e, em consequência, também é nula a exigência fiscal dela resultante.”

E cita, também, no mesmo sentido o Acórdão JJF nº 0069-01/05, *ipse literes*:

“1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0069-01/05

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. APRESENTAÇÃO INCOMPLETA E EM PADRÃO DIFERENTE DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. O procedimento fiscal não foi efetuado de acordo com os requisitos legais. Não foi concedido ao contribuinte o prazo regulamentar para apresentação dos arquivos magnéticos. A infração é nula, devendo ser refeita a ação fiscal.”

Assim, o representante reafirma a nulidade da ação fiscal por inobservância do processo legal nos termos do art. 18, II, do RPAF/BA, dizendo que o Fisco foge da razoabilidade quando autua para cada período que foi efetuado a entrega dos arquivos magnéticos.

Ressalta que este conselho julgador ao inovar nos procedimento de auditoria fiscal, causou insegurança afrontando o “*princípio da segurança das relações jurídicas*”.

Ao final, o autuado requer a nulidade total da autuação ou a Improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta a informação fiscal, fl. 86, e aduz que analisou os documentos de fls. 27/81 referente à defesa elaborada pela equipe de advogados, no qual cc informar, assim, após analisar a defesa elucida as infrações imputadas

“-INFRAÇÃO I – O contribuinte Infligiu (sic) o Art. 915, Inc.XIII-A, A, prazo regulamentar os Arquivos Magnéticos, referente aos meses de; 04

03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11 e 12 de 2005, os quais foram apresentados fora do prazo e após a **AÇÃO FISCAL**, uma atitude esperta por parte do contador da empresa, que fez a apresentação dos mesmos em 27/08/09, conf. docs. de fls.64 a 81, procedimento que deveria ter sido efetuado no prazo determinado pelo RICMS, fato este que se observado pelos defensores no momento da elaborar a defesa, não teriam perdido tanto tempo, citando fatos desnecessários e abstratos, chegando ao ponto de tentar atingir a imagem do autuante quando diz que agiu de livre arbítrio, não sabendo os mesmos que foi em cumprimento a **ORDEM DE SERVIÇO Nº 511589/09** emitida para baixa de inscrição e além do mais o auditor antes de proceder a lavratura do AI levou ao conhecimento do INSPETOR (Nathan), o qual determinou o procedimento a tomar.

- **INFRAÇÃO II** – O contribuinte deixou de cumprir mais uma obrigação acessória, apresentando fora dos prazos regulamentares conf. determina o RICMS, as DMAs referente aos meses de 07, 08, 09, 10 e 12 de 2007 e 04, 06, 08 e 10 de 2008, conforme consta no doc. de fls. 18 e foram apresentadas no dia 27/08/2009, fora do prazo e além do mais após a **AÇÃO FISCAL**, agindo assim de forma incorreta o contador da empresa, atitude que deveria ter sido tomada nos prazos previsto no RICMS em vigor e talvez os nobres defensores desconhecem que a penalidade aplicada não só ocorre quando deixa de cumprir uma obrigação acessória, mas sim também quando apresenta fora do prazo, fato este ocorrido com este contribuinte que os defensores tentam a qualquer custo provar a inocência.”

Rebate que o pedido de abertura do prazo de 05 (cinco) dias para cumprir a obrigação acessória, o que só acontece quando é entregue a documentação, e, posteriormente constatada incorreções dos dados é devolvido ao contribuinte e concedido o prazo estabelecido para efetuar as correções, muito diferente do acontecido, no caso deste contribuinte, que o mesmo não entregou a documentação para a devida verificação. Por fim, espera ter prestado as informações necessárias ao PAF e aguarda o julgamento pelo CONSEF.

VOTO

Inicialmente, rejeito a nulidade argüida pelo autuado, por não estarem descritos com clareza os fatos apontados no Auto de Infração, pois, verifico que o próprio sujeito passivo ataca as acusações com precisão e detalhamento, inexistindo ofensa ao artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal –RPAF/99. Constatado que o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com o artigo 39 do mesmo Diploma regulamentar processual retro referido, inexistindo vícios ou falhas que possam determinar a nulidade do ato.

No mérito, quanto à infração 1, foi aplicada a multa de 1%, em decorrência da falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos estabelecidos pela legislação, que deveria ter sido enviado via Internet através do programa TED (Transmissão Eletrônica de Dados), referente aos exercícios de 2004 e 2005.

A infração abrange as ocorrências de 30/04/2004 a 31/10/2004 e de 31/03/2005 a 31/12/2005.

Diante da falta de entrega dos arquivos magnéticos, foi aplicada a multa prevista no art. 42, XIII-A, “i”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 9.159/04.

De fato, a teor do artigo 708-A do RICMS/97, o contribuinte do ICMS usuário de SEPD para emissão de documentos fiscais e/ou livros fiscais, deverá entregar o 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, devendo ser incluídos todos os registros exigidos pela legislação.

O § 4º do citado art. 708-A, determina que:

“§4º O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético cancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.”

Vale registrar que o arquivo magnético é recebido e submetido a teste de consistência, e por isso, a legislação prevê que a sua recepção pela SEFAZ não caracteriza c às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio IC do mesmo artigo 708-A do RICMS/BA, abaixo transcrito:

“§ 6º 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 o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas.”

Independentemente da entrega mensal prevista no art. 708-A do RICMS/97, acima referido, o contribuinte também é obrigado a entregar, quando intimado, os referidos arquivos, conforme a previsão do art. 708-B, § 5º, do mesmo RICMS/97, *in verbis*:

“Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, 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.

(...)

§ 5º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente a retificação total de arquivo.

Ocorre que no presente caso, a infração versa sobre o fato de que o contribuinte não entregou arquivos magnéticos, nos prazos previstos na legislação, quando deveria ter enviado via Internet, por meio do programa Transmissão Eletrônica de dados (TED). Este é o primeiro passo para o cumprimento de obrigações acessórias no que diz respeito à entrega de arquivos magnéticos, mensalmente, à SEFAZ, conforme disposto no art. 708- A § 4º do RICMS/97. Em razão de seu descumprimento, o autuante aplicou, para cada mes, a multa no valor de R\$ 1.380,00, totalizando R\$ 23.460,00. Portanto não se trata falta de entrega de arquivos magnéticos, após intimação do fisco, ou de tê-los entregues com inconsistências.

Para elucidar a questão da multa aplicada, haja vista que o dispositivo legal sofreu alterações ao longo das datas de ocorrências apontadas na infração, temos que recorrer à vigência da Lei nº 7.014/96, e suas alterações, buscando a aplicação do art. 106, II do CTN, que dispõe:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

II – tratando-se de ato não definitivamente julgado;

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

O princípio da irretroatividade das leis, corolário geral de direito, é excepcionado, de regra, apenas nos casos de leis puramente interpretativas, e de leis penais mais benéficas do que suas antecessoras. Em matéria tributária não podem retroagir, em nenhuma hipótese, leis que instituem infrações ou tornem mais gravosas penalidades tributárias.

Contudo, nas hipóteses de leis que reduzam penalidades ou deixem de definir determinados atos como infração tributária, portanto mais benéficas, estas podem retroagir para favorecer os infratores, exceto quando se tratar de ato definitivamente julgado. (CTN art. 106, II).

Na presente lide, o contribuinte deve ser beneficiado pela lei nova, que deve ser aplicada retroativamente, posto que o ato ainda está sob julgamento.

Partindo da análise do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e suas alterações, que tipifica as multas a serem aplicadas, quer em caso de descumprimentos de obrigações principais, quer de obrigações acessórias, especificamente o inciso XIII-A, chegamos à seguinte conclusão:

No período de 14/12/2002 a 09/07/2004, a redação do inciso XIII-A caput do art. 42, foi dada pela Lei nº 8.834 de 13/12/02, que não previa a multa de R\$ 1.380,00, pela falta de entrega dos arquivos magnéticos. Portanto, as multas aplicadas para as ocorrências de 30/04/2004 a 30/06/2004 não estavam previstas na legislação, sendo indevidas.

No período de 10/07/2004 a 10/02/2005, a redação do mesmo artigo XI 09/07/2004, DOE de 10 e 11/07/2004, previa no inciso “i”, a multa no de entrega nos prazos previstos na legislação, ocorridas em cada pe

No período de 11/02/2005 a 27/11/07, o mesmo dispositivo legal e

10/02/2005, DOE de 11/02/2005, deixou de prever a multa de R\$ 1.380,00, que está sendo exigida neste auto de infração. Neste caso, aplica-se o previsto no art. 106, II, a do CTN, princípio da retroatividade benigna, logo não há multa a ser exigida em todos os períodos autuados, posto que o ato ou fato pretérito que está sendo julgado deixou de ser tipificado como infração.

Infração improcedente.

Quanto à infração 2, decorrente da falta de apresentação da DMA, foi aplicada a multa no valor de R\$ 460,00, prevista no art. 42, XV, “h” da Lei 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02, com ocorrência nos meses de julho a outubro de 2007, dezembro de 2007, abril, junho, agosto e outubro de 2008, totalizando R\$ 4.140,00.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado para apresentar as DMAs, relativas aos períodos de 2004 a 03/2009, conforme documento de fls. 12.

Quanto as DMAs, trazidas pela peça de defesa, realmente elas só foram recepcionadas via Internet, pela SEFAZ, no dia 27/08/2009. Como atestam os documentos de fls. 55 a 63, quando a ação fiscal já havia sido iniciada, o que retira a espontaneidade da sua entrega e demonstra o respaldo da acusação fiscal.

A redação do dispositivo contido na Lei nº 7.014/96, na alínea “h”, prevê que será aplicada a multa de R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais), pela falta de apresentação, no prazo regulamentar, da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA).

Reza o Art. 333 do RICMS/97, que os contribuintes que apurem o imposto pelo regime normal ou pelo regime de apuração em função da receita bruta, deverão apresentar, mensalmente, a Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA), serão enviadas por meio eletrônico de transmissão de dados, mediante acesso público no endereço eletrônico **www.sefaz.ba.gov.br**, com valores expressos em moeda nacional.

Portanto, tendo o contribuinte deixado de apresentar a DMA, em cada mes que descumpriu esta obrigação acessória, está sujeito à multa pelo cometimento da infração, pelo que entendo que a multa aplicada, mes a mes está correta.

Infração mantida.

Voto pela PROCÊDENCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **120457.0016/09-7**, lavrado contra **CALSETE INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$4.140,00**, prevista no art. 42, incisos XV, “h”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02, respectivamente, com os acréscimos moratórios correspondentes previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de março de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

PAULO DA