

**PROCESSO** - A. I. Nº 232948.0610/09-4  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e COMERCIAL GOOD SUPERMARKET LTDA.  
**RECORRIDOS** - COMERCIAL GOOD SUPERMARKET LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0028-05/10  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 07/04/2011

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0055-12/11

**EMENTA: ICMS. 1.** DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELAS OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO / DÉBITO E OS VALORES DE VENDAS ATRAVÉS DE NOTAS FISCAIS. As vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e /ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras, autorizam a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Infração caracterizada. **2.** ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE SISTEMA ELETRÔNICO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS AO FISCO MEDIANTE INTIMAÇÃO. ARQUIVOS ENTREGUES COM INCONSISTÊNCIAS. MULTA. O lançamento de crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. No caso, não foram seguidas as regras de direito, estipuladas nas leis e regulamentos inerentes ao fato tributário apurado. Esta situação cerceou o pleno direito de defesa do contribuinte. Decretada, de ofício, a nulidade da infração. Modificada a Decisão recorrida. Preliminar de nulidade rejeitada. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida através do Acórdão nº 0028-05/10 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99 e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte inconformado com a referida Decisão, com base no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2009, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico de R\$90.642,94, tendo em vista a constatação das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurada através de levantamento de vendas com pagamento em cartão de débito ou crédito, em valor inferior ao fornecido por instituições financeiras ou administradoras. Valor exigido de R\$ 9.252,48.
2. Fornecimento de informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços

realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a mesma sobre o montante das operações ou prestações omitidas. Multa de 1% (R\$ 81.390,46), prevista no art. 42, XIII-A da Lei 7.014/96.

O sujeito passivo (fls. 251/261) argui a improcedência da infração 1 alegando ter encerrado suas atividades no mês de setembro de 2007, tanto que solicitou a cessação de uso de equipamento emissor de cupom fiscal para suas máquinas. Assim, desconhece a origem dos valores indicados pela fiscalização nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2007 e janeiro de 2008. Quanto aos meses de setembro e anteriores, houve o recolhimento do tributo em 12/12/2008.

Com relação à infração 2, alega que houve apenas uma intimação, antes da lavratura do Auto de Infração ora combatido, especificamente na data de 11/05/2009, para apresentar o arquivo magnético com a apontada omissão no registro 74, concernente aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2007. Nesta linha de raciocínio, entende ser a multa inadequada para a situação em lide. Destacando a subsunção do caso presente ao §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, a requer, já que a omissão do envio dos arquivos magnéticos não decorreu de má-fé do contribuinte, destacando que tampouco ensejou prejuízo ao Erário. Frisa que esta 2ª CJF vem aplicando as determinações do referido parágrafo como uma “solução salomônica”

Requeru a Nulidade ou Improcedência do Auto de Infração.

O autuante (fls. 426/430) esclareceu quanto à infração 1 que, conforme relatórios da SEFAZ, o contribuinte fez o seu pedido de cessação de uso fiscal dos ECF's de números 01 a 06 em 01/10/2007 e efetuou o pagamento do imposto do estoque remanescente em 25/09/2007, no valor de R\$ 9.192,48. Ocorre, contudo, que, apesar dos pedidos de cessação das ECF's, no período de 01/10/2007 a 09/01/2008, efetuou transações através de cartões de crédito /débito das administradoras Bandeirantes, VISANET, AMEX e REDECARD, conforme fls. 98 a 225 e 231. Em virtude de a responsabilidade pela guarda do equipamento continuar a ser do contribuinte, cabe-lhe explicar as origens dos registros encontrados nos Relatórios Diários de Operações TEF.

Relativamente à infração 2, afirma que a alegação de defesa não procede, na medida em que, atendendo à legislação, enviou intimação, fl. 08, solicitando a correção das divergências encontradas nos arquivos magnéticos, anexando, para isso, uma relação de 07 folhas que demonstram todas as diferenças a serem corrigidas. Assim, o termo de intimação entregue solicita a correção de dados e inclusão de registros nos arquivos magnéticos, e não a regularização do envio dos arquivos. Requeru a procedência do Auto de Infração.

A 5ª JJF decidiu pela procedência parcial do lançamento fiscal proferindo a seguinte Decisão:

*Fica rejeitado o pedido de nulidade, uma vez que foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório. O PAF está revestido de todas as formalidades necessárias, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o Direito Administrativo ou o Direito Tributário, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal. Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento, uma vez que desenvolvido em atividade de dever-poder vinculado da autoridade administrativa, sem que tenha sido observada qualquer ofensa a normas legais ou regulamentares.*

*Assiste razão ao autuante quando afirma que a alegação de defesa não procede, na medida em que enviou a intimação de fl. 08, que constato estar devidamente assinada por preposto do sujeito passivo, solicitando a correção das divergências encontradas nos arquivos magnéticos. Anexada, para tanto, uma relação de 07 folhas que demonstram todas as diferenças a serem corrigidas.*

*Atendidas, por conseguinte, as exigências de forma contidas no parágrafo 3º do art. 708-B do RICMS/97, relativas à intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivos magnéticos: fornecimento ao contribuinte de Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas.*

*Rejeitada e ultrapassada a preliminar de nulidade, passo ao julgamento do mérito da lide.*

*No que tange à primeira infração, entendo que, nos termos do art. 2º, parágrafo 1º, IV da Lei 7.014/96, são irrelevantes para a caracterização do fato gerador do tributo em baila o cumprimento de exigências legais, regulamentares ou administrativas. Portanto, estando ou não o contribuinte com sua inscrição em baixa,*

*existentes ou não pedidos de cessação de uso de equipamentos, tendo ou não o sujeito passivo formalmente encerrado as suas atividades, o que importa e releva é determinar a subsunção dos fatos à hipótese de incidência prevista na legislação.*

*Ora, o fato de terem sido constatadas operações de vendas por meio de cartões, nos períodos consignados no presente Auto de Infração, em valor inferior ao fornecido por instituições financeiras ou administradoras, demonstra que a alegada cessação e encerramento de atividades foram meramente formais.*

*O sujeito passivo aduz que pagou o ICMS relativo a setembro de 2007 através do DAE 1644, no valor de R\$ 9.192,48. Tal fato não guarda nenhuma relação com os valores levantados no demonstrativo de fl. 14, posto que estes são referentes a quantias não informadas ao Fisco, enquanto o mencionado ICMS pago é resultante da apuração do imposto, através do cotejo débito x crédito, que considera as operações devidamente informadas e contabilizadas em livros próprios.*

*As vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e /ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras, autorizam a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Infração 01 caracterizada.*

*A segunda infração resulta do descumprimento de intimação para correção das divergências encontradas nos arquivos magnéticos. Foi anexada à mesma uma relação de 07 folhas, que demonstram todas as diferenças a serem corrigidas (vide relação de anexos do documento de fl. 08). Assim, conforme dito pelo autuante, o termo de intimação entregue solicita a correção de dados e inclusão de registros nos arquivos magnéticos, e não a regularização do envio dos arquivos. Desta forma, é pertinente a aplicação dos comandos do art. 42, XIII-A, “i” da Lei 7.014/96, que estabelece multa de 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes dos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso.*

*A multa de R\$ 1.380,00 teria cabimento no caso de falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo.*

*Consoante o art. 158 do RPAF/BA, as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações foram praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado em falta de recolhimento de tributo.*

*Acompanho as reiteradas Decisões das Câmaras deste Conselho de Fazenda, inclusive aquela tomada no Acórdão nº 0542-12/06, da 2ª CJF, abaixo transcrita, já que não restou comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, para que a multa sob julgamento seja reduzida para 10% (dez por cento) do valor originalmente lançado no Auto de Infração.*

*“Entendo que ficou “relativizado” o prejuízo sofrido pelo Erário Estadual, posto que, a despeito de a conduta do autuado ter gerado dificuldades para o exercício da fiscalização, o objeto de sua pretensão, qual seja, a cobrança do imposto, foi alcançada, através de outros roteiros que redundaram na lavratura do presente Auto de Infração. Assim, com amparo nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e equidade, que devem reger o processo administrativo fiscal, bem como no permissivo normativo constante do art. 158, do RPAF, voto no sentido de (...) reduzir, com fulcro no § 7º, art. 42 da Lei nº 7.014/96, o valor da multa inicialmente aplicada na infração 2, para R\$ 2.420,51, correspondente a 10% (dez por cento) do quanto exigido originariamente”. (Acórdão CJF nº 0542-12/06, de 03/01/2007).*

*Assim, concluo que a infração 2 restou caracterizada e voto pela redução da multa para 10% do valor originalmente lançado no Auto de Infração, ou seja: R\$ 8.139,04.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com a redução da multa da infração 2 para 10% do valor originalmente lançado no Auto de Infração.*

De ofício, a 1ª Instância de Julgamento Fiscal recorreu da Decisão prolatada para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Ao tomar conhecimento da Decisão da 5ª JF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 451/455), objetivando a desconstituição do Auto de Infração. Afirma, em relação à infração 1, que a mesma não pode subsistir, pois encerrou suas atividades no mês de setembro de 2007, tanto que solicitou a cessação de uso de equipamento emissor de cupom fiscal para suas máquinas – 001 a 006 – no referido mês, tudo comprovado nos Atestados de Intervenção de Cessação, razão pela qual desconhece, inclusive, a origem dos valores indicados pela fiscalização nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2007 e janeiro de 2008. Pondera, ainda, que a inscrição está em procedimento de baixa, situação documentada no “*Termo de Intimação Para Apresentação de Livros e Documentos*”. E, no que tange ao ICMS devido no mês de setembro, assim como nos meses anteriores, houve o recolhimento do tributo pelo DAE 1644, no valor de R\$9.192,48, já acrescido de multa de mora e juros, pagamento que foi efetuado em 12/12/2008, antes da autuação, o que leva à inadequação da multa aplicada, juntamente com a improcedência do lançamento do imposto.

Com relação à infração 2, alega que houve apenas uma intimação antes da lavratura do Auto de Infração, especificamente na data de 11/05/2009, para apresentar o arquivo magnético com a apontada omissão no registro 74, concernente aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2007. No entanto, consoantes determinações dos art. 708-B, §5º, do RICMS/97 e art. 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, o sujeito passivo terá o prazo de trinta dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir o arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo ser-lhe aplicada à multa de R\$ 1.380,00, salvo diante da existência de intimações subsequentes, quando prevalecerá a multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e /ou do valor dos estornos de débitos.

Reafirmando ter havido somente uma intimação para retificar os arquivos magnéticos referentes a outubro, novembro e dezembro de 2007, entende que a multa prevista na alínea “i” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 teria sido aplicada de forma completamente inadequada, tendo em vista a inexistência de intimações subsequentes. Diz, que tal multa somente é aplicável no caso de omissão ou divergência de registro, no arquivo magnético, com dados constantes nos documentos fiscais, o que não foi demonstrado.

Requeru a nulidade do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS no seu opinativo (fls. 459/462) entende que o Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte não deve se provido. Ressalta que em relação à nulidade arguida, ela encontra-se exposta de forma genérica, sem especificar sobre qual das duas infrações se refere. No mais, as infrações estão perfeitamente tipificadas e comprovadas por documentos, levantamentos fiscais e planilhas, cabendo ao recorrente desconstituí-las mediante provas, o que não foi trazido aos autos nem em sede de defesa nem tampouco em sede de Recurso. Não vislumbra a ocorrência de quaisquer nulidades previstas no art. 18, do RPAF/BA.

No mérito, em relação à infração 1, entende que as razões recursais não visam a afastar a presunção legal apurada, conforme previsão do § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, nem estão acompanhadas de qualquer prova capaz de desconstituí-la. Rechaça as razões recursais, observando, inicialmente, que são as mesmas apresentadas em sede de defesa, tendo em vista de que a apuração do imposto encontra-se acompanhada de provas. Invocando as determinações do art. 143, do RPAF/BA, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário apresentado a respeito da infração 1.

No que concerne à infração 2, diz que da análise dos autos resta comprovado de que o autuado foi intimado (fl. 08) com a indicação expressa dos registros faltantes e a solicitação para correções das inconsistências encontradas. Tecendo considerações sobre a norma regulamentar e afirmando que a empresa se negou a atender à intimação expedida, diz ser aplicável, perfeitamente, as determinações do art. 42, XIII-A, “i”, da Lei nº 7.014/96, como transcrito, uma vez

que o “legislador objetivou punir o próprio fato da não entrega dos arquivos magnéticos, nos prazos legais”.

## VOTO

Passo a apreciar o Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de desonerá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração e conforme decidido pela 5ª JJF.

Preliminarmente, rejeito a arguição de nulidade na forma apresentada pelo recorrente a respeito do Auto de Infração e feita no pedido final do seu Recurso Voluntário, pois genérica. Se a motivação do seu pedido foram as razões expostas para ambas as infrações a que está sendo acusado, este é caso de se analisar cada uma de *per si*, o que ora faço, e não de nulidade do lançamento fiscal em sua totalidade.

A empresa trouxe, em sede de Recurso Voluntário, os mesmos argumentos apresentados quando de sua defesa inicial. Como a matéria foi novamente devolvida a esta 2ª Instância a aprecio.

A infração 1 do Auto de Infração trata da exigência do ICMS pela presunção de omissões de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, tendo em vista declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações das instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e/ou débito, conforme determina o § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96.

Na sua peça recursal, o recorrente entende não proceder a ação fiscal, uma vez que encerrou suas atividades comerciais em setembro de 2007, solicitando a baixa de sua inscrição estadual e a cessação de uso dos seus equipamentos emissores de cupom fiscal. Desta forma, não poderia ter realizado vendas após tal período. Inclusive, neste mês, recolheu o imposto de setembro e agosto (autuados) antes da ação fiscal.

Os argumentos do recorrente não possuem o condão de desconstituir a infração ora em lide. Observo de que o Estado, em princípio, não impede qualquer pessoa de realizar vendas de mercadorias, apenas, se ela não se encontra com sua situação regular perante a Receita Estadual, o imposto deve ser recolhido no momento da sua concretização. Se acaso, pessoas estranhas ao recorrente utilizaram suas máquinas de cartões de crédito/débito indevidamente, ele deveria proceder a uma verificação e apuração dos fatos, pois elas se encontram sob a sua guarda e responsabilidade. E, acaso, se as administradoras de cartões de crédito/débito deram informações errôneas, de igual forma, cabe ao recorrente apurar os fatos e tomar as medidas cabíveis, inclusive judiciais. Assim, o fato de ter solicitado a cessação do uso de suas ECF's e ter solicitado pedido de baixa de sua inscrição estadual, apenas comprova de que estava obrigado, quando efetuasse qualquer venda, de ter recolhido o imposto de imediato.

Em assim sendo, comungo com o entendimento externado pelo relator da JJF quando afirmou que *nos termos do art. 2º, parágrafo 1º, IV da Lei 7.014/96, são irrelevantes para a caracterização do fato gerador do tributo em baila o cumprimento de exigências legais, regulamentares ou administrativas. Portanto, estando ou não o contribuinte com sua inscrição em baixa, existentes ou não pedidos de cessação de uso de equipamentos, tendo ou não o sujeito passivo formalmente encerrado as suas atividades, o que importa e releva é determinar a subsunção dos fatos à hipótese de incidência prevista na legislação.*

Por fim, não guarda qualquer relação com a autuação o recolhimento, através do DAE 1644, no valor de R\$ 9.192,48, do ICMS do mês de setembro de 2007, uma vez que a autuação diz respeito à omissões de vendas realizadas sem que tenham sido informadas ao fisco. O referido recolhimento se refere a vendas que foram submetidas à apuração do imposto e informadas ao fisco estadual.

Pelo exposto, mantenho em sua totalidade a Decisão prolatada pela 1ª Instância deste Colegiado referente à infração 1 do presente Auto de Infração.

A infração 2 diz respeito à cobrança de multa por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 42, XIII-A, “f”, da Lei nº 7.014/96, em razão de o autuado ter transmitido, via Sistema SINTEGRA, os arquivos magnéticos com omissão de operações ou prestações – Registro Tipo 74 - Inventário.

O autuado entende que houve inadequação da aplicação da multa, pois somente houve uma intimação para tal apresentação. Afora que o dispositivo legal a ser aplicado não seria aquele disposto no art. 42, XIII-A, “i”, da Lei nº 7.014/96, e sim, o do art. 42, XIII-A, “j”, da citada lei. Além do mais, teria prazo de trinta dias para proceder às correções solicitadas.

Para o deslinde da questão é necessário observar como foi desenvolvida a ação fiscal e o que determina a legislação tributária estadual à época da autuação, e que deve ser aplicada, ao teor do disposto no art. 106, do CTN, já que cuida da aplicação de multa acessória.

O preposto fiscal intimou o contribuinte em 11/05/2009 (fl. 08), lhe dando prazo de cinco dias para: 1) apresentar arquivos magnéticos não entregues referentes aos meses de fevereiro, setembro e dezembro de 2006 e de outubro a dezembro de 2007; 2) retificar os arquivos magnéticos por estarem faltando os registros 60-A e 60-R, conforme demonstrativos anexados e 3) que os arquivos magnéticos foram apresentados com omissão de informações contidas em livros e documentos fiscais, conforme demonstrativos anexos. Indicou que os registros faltantes eram: exercício de 2006 – 60-A, 60-R, 70 e 74 e exercício de 2007 – 54 e 74 dos meses de outubro a dezembro. Entregou relação dos arquivos recepcionados. Em 29/06/2009 emitiu listagem dos arquivos recepcionados e observou que no Registro 60R nos meses de setembro e dezembro de 2006 já não mais se encontravam “zerados”, nem o mês de setembro de 2007. Quanto aos Registros 70 e 74, continuavam sem informações em todos os exercícios de 2006/2007 (fls. 234/245). Elaborou planilha que a denominou de “*Demonstrativo de Multa por Falta de Transmissão do Registro 74 do Arquivo Magnético*” (fl. 232). Nesta planilha, utilizando os valores das operações de saídas de mercadorias dos exercícios de 2006 e 2007 informadas nas DMA’s (fls. 246/247) calculou o percentual de 1% sobre este valor total, e afirmou que eles se referiam aos estoques finais de mercadorias da empresa nos referidos exercícios. E, indo adiante, fez constar na descrição da infração que o “*contribuinte deixou de apresentar o registro 74 (estoques iniciais e finais) de 2007, impossibilitando a execução de outros roteiros de fiscalização*”. Em síntese, o fulcro da acusação somente diz respeito à falta do Registro 74, sendo abstraídas todas as outras inconsistências apuradas. Aplicou a multa nas disposições contidas no art. 42, XIII-A, “f”, da Lei nº 7.014/96.

O RICMS/97, em seu art. 708-A determina que o contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar o arquivo magnético referente ao movimento econômico de cada mês, conforme prazos que estabelece e o seu § 6º prevê que esta recepção por parte da SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte à correção posterior das inconsistências verificadas. Por outra banda, o art. 708-B da referida norma regulamentar determina que o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnéticos, 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 e que este atendimento não exclui a obrigação do envio mensal, conforme dispõe o art. 708-A (§ 2º).

Diante destas determinações, o prazo legal de cinco dias é para a entrega ao fisco dos arquivos magnéticos, realizada através de intimação, pois continuando com as determinações procedimentais, o § 3º do referido artigo e Regulamento prevê que se tratando de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte “Listagem Diagnóstico” indicativa das irregularidades encontradas e ele terá prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência (§ 5º), sendo que tal prazo poderá ser prorrogado por igual período pelo inspetor fazendário, mediante despacho fundamentado (§ 5º-A). Por fim, a norma

regulamentar prevê que a entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014, de 04/12/96 (redação atual dada pela Alteração nº 137 (Decreto nº 12.220 de 29/06/10, efeitos a partir de 30/06/2010 - a redação anterior apenas se referia ao art. 915, XII-A, “j”, do RICMS/BA e não à Lei nº 7.014/96).

Diante do exposto, mesmo que não fosse necessário o envio de uma “Listagem Diagnóstico” para o autuado, já que não se tratou de inconsistência dos dados apresentados, e sim, da falta do Registro 74, o prazo legal para que o contribuinte sanasse tal irregularidade é de 30 dias. Pela análise da intimação e da listagem dos registros apensados aos autos, conforme descrito no presente voto, houve atendimento, embora equivocado, da intimação. E, neste caso, não importa se o autuante, por livre e espontânea vontade, tenha aguardado mais de 30 dias para verificar se houve, ou não, tal saneamento, o que se deve obedecer são as determinações legais.

Nesta circunstância, a ação fiscal foi realizada de maneira equivocada, sendo nula, nos termos do art. 18, II, do RPAF/99. Represento à autoridade competente para proceder à nova fiscalização livre de qualquer irregularidade do procedimento fiscal, podendo o recorrente, antes de iniciada nova ação fiscal, sanar todas as irregularidades existentes nos seus arquivos magnéticos. Dou provimento ao Recurso Voluntário interposto no que se refere a esta infração.

O Recurso de Ofício interposto trata tão-somente da infração 2 do presente Auto de Infração. Diante da Decisão acima prolatada a sua análise resta prejudicada.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, de ofício, voto pela NULIDADE da infração 2 e declaro PREJUDICADA a análise do Recurso de Ofício interposto.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso de Ofício interposto, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretar a nulidade da infração 2, e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232948.0610/09-4**, lavrado contra **COMERCIAL GOOD SUPERMARKET LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.252,48**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ROSANA MACIEL BITENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS