

A. I. Nº - 232177.0009/13-4
AUTUADO - A PORTEIRA RESTAURANTE LTDA.
AUTUANTE - EDILSON MEIRELES DE OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 17.06.2014

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0115-02/14

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTAS. a) FALTA DE ENTREGA PELA INTERNET; b) FALTA DE ATENDIMENTO DE INTIMAÇÃO PARA ENTREGA. De acordo com o art.708-B do RICMS/97 o contribuinte usuário de processamento de dados está obrigado a apresentar o arquivo magnético do SINTEGRA contendo informações das operações e prestações realizadas. Infrações caracterizadas, uma vez que não houve a entrega do arquivo, via internet, bem como, não foi atendida a intimação para entrega do arquivo magnético. Infrações caracterizadas. **2. FALTA DE ATENDIMENTO DE INTIMAÇÃO AO FISCO PARA EXIBIÇÃO DE LIVROS FISCAIS. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.** Acolhido o argumento defensivo de que foram aplicadas multas pela mesma ocorrência fática. Infração parcialmente subsistente. Não acolhido o pedido para relevação das multas, por não encontrar amparo no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 09/10/2013, para exigência de MULTA no valor de R\$32.899,52, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 – 16.12.20 - Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via Internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED) (Omissão de entrega do arquivo). Multa no valor de R\$9.660,00. Em complemento consta: *Mesmo depois de intimado em 01/10/2013 não transmitiu os arquivos magnéticos (SINTEGRA), conforme dispõe no Conv. ICMS 57/95 dos meses de Janeiro a Julho de 2013.*

Infração 02 – 16.12.15 - Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, conforme demonstrativo e documentos às fls.07 a 24. Multa no valor de R\$22.319,52. Em complemento consta: *Mesmo depois de intimado em 01/10/2013 a empresa não transmitiu Os arquivos magnéticos (SINTEGRA) dos meses de Janeiro a Julho de 2013, conforme dispõe Conv. ICMS 57/95. Na intimação foi concedido o prazo de 5 (cinco) dias para transmissões dos referidos arquivos magnéticos conforme dispõe o art. 261 do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 13.780/12. Base de Cálculo apurada pelo total das receitas dos meses de Janeiro a Julho de 2013, conforme declarada pela empresa por meio do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório (PGDAS-D), disponível no Portal do Simples Nacional.*

Infração 02 – 16.04.01 - Deixou de apresentar livro fiscal, quando regularmente intimado, conforme intimação à fl.06. Multa: R\$460,00. Em complemento consta: *Deixou de apresentar os Livros de Entradas do exercício de 2012, (intimado em 01/10/2013).*

Infração 04 – 16.04.01 - Deixou de apresentar livro fiscal, quando regularmente intimado, conforme intimação à fl.06. Multa: R\$460,00. Em complemento consta: *Deixou de apresentar os Livros de Entradas dos meses de Janeiro a Julho de 2013 (intimado em 01/10/2013).*

O autuado, através de advogado legalmente constituído, às fls.46 a 52 destaca a tempestividade de sua defesa, e requer que seja procedida a anotação do nome bacharel José Antônio Garrido, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil – Seção da Bahia sob o número 18.519, na capa dos autos, a fim de que as futuras intimações concernentes ao presente feito sejam efetuadas exclusivamente em seu nome, sob pena de nulidade (art. 236, §1.º do CPC). Cita e transcreve a jurisprudência expressa nos REsp 638.123/RJ e REsp 10369480.

Em sequência, esclarece que é sociedade empresária, que tem como objeto social a exploração de atividade de bar e restaurante, conforme demonstra seu contrato social anexo e faz uma síntese do lançamento transcrevendo todas as infrações, para argüir a insubsistência das infrações 01 e 02, por entender que ambas as infrações tratam do mesmo fato: *a não transmissão dos arquivos magnéticos (SINTEGRA) dos meses de Janeiro a Julho de 2013 para a SEFAZ/BA nos termos do Conv. ICMS n.º 57/95.* Ou seja, de que o auto de infração está com o vício da indicação de duplicidade de infrações do mesmo teor, aplicando-se a multa de forma inadequada contra o contribuinte.

Invocou o artigo 259 do RICMS/2012 e o artigo 42, XIII-A, alínea “j” da Lei Estadual 7.014/96, para argüir que as infrações descritas de forma semelhante foram aplicadas multas diferenciadas: uma no valor fixo e outra aplicando 1% (um por cento) sobre a receita de um determinado período autuado, tomando por base a indicação de duas infrações de mesmo teor, pautadas no mesmo artigo no que diz respeito à descrição e à imputação de penalidade, caracterizando, no seu entender, o *bis in idem*: duas sanções sobre um mesmo fato.

Além disso, argumenta que as sanções foram aplicadas sobre o mesmo período, concluindo que macula o seu patrimônio no que tange ao pagamento de multa mais gravosa sobre o mesmo fato por mero equívoco de subsunção da norma pelo fiscal à realidade, caracterizando-se como confiscatória.

Requer que seja apenas a infração 01 considerada e certificada, por lhe ser vinculada a multa fixa mais benéfica ao contribuinte e condizente com a realidade fática.

Quanto às infrações 03 e 04, repisa as imputações e diz que as infrações inexistiram, aduzindo que conforme a intimação para apresentação de livros e documentos, além dos livros fiscais de entradas do exercício de 2012 e do período de Janeiro a Julho de 2013, outros documentos foram requisitados ao contribuinte, tais como Livro Caixa 2012 e Janeiro a Julho de 2013, Notas Fiscais de entradas de mercadorias 2012 e Janeiro a Julho de 2013, Notas Fiscais de Saídas de Mercadorias 2012 e Janeiro a Julho de 2013, dentre outros.

Afirma que os documentos indicados ao fim foram entregues ao fisco estadual, de forma a comprovar as operações realizadas pelo estabelecimento, e que a ausência de apresentação do Livro de Registro de Entradas de 2012 e de Janeiro a Julho de 2013 em nada interferiria na fiscalização da regularidade da empresa, pois os demais documentos fornecidos são suficientes para a comprovação das “entradas” e “saídas” de mercadorias e outros valores, em especial o Livro Caixa que permite o cruzamento de informações com as notas fiscais do período e a apuração do imposto devido.

Por outro lado, diz que a aplicação das multas caracteriza em *bis in idem*, pois há a incidência de duas infrações para um mesmo fato: a não entrega de livro Fiscal de Entradas de um período,

entendendo que deveria a fiscalização autuar a empresa imputando-lhe apenas uma multa de R\$460,00 (quatrocentos e sessenta reais).

Ao final, requer o acolhimento de sua defesa, decretando-se a invalidade do lançamento consubstanciado no auto de infração em razão da duplicidade de sanção sobre um mesmo fato e da ausência de instrumentalidade dos documentos exigidos perante as informações concedidas para averiguar as operações sobre as quais incide o ICMS.

Ressalta que caso não seja esse o entendimento, que sejam as infrações 01 e 02 condensadas em apenas uma única infração, aplicando-se a multa fixa de R\$1.380,00 vinculada à infração 01, bem como sejam as infrações 03 e 04 consideradas como apenas uma única, aplicando-se uma única multa no montante de R\$460,00 (quatrocentos e sessenta reais).

Requer a produção de prova por todos os meios admitidos no processo administrativo, em especial a juntada dos documentos que acompanham a presente defesa, em fotocópias não autenticadas, pugnando pela concessão de prazo para a conferência com os originais, acaso restem impugnadas quanto à forma e quanto ao conteúdo.

Na informação fiscal às fls. 66 a 70, o autuante preliminarmente salientou que a empresa foi devidamente intimada para apresentar os documentos fiscais e transmissões dos arquivos magnéticos e não atendeu a solicitação em sua totalidade e não como diz na defesa à fl. 51: *“Os documentos indicados ao fim foram entregues ao fisco estadual, de forma a comprovar as operações realizadas pelo impugnante sem maiores dificuldades. A ausência de apresentação do Livro de Registro de Entradas de 2012 e de Janeiro a Julho de 2013 em nada interferiria na fiscalização da regularidade da empresa, pois os demais documentos fornecidos são suficientes para a comprovação das “entradas” e “saídas” de mercadorias e outros valores....”*

Salienta que o autuado não questiona os valores aplicados, limitando-se em solicitar os cancelamentos das infrações 02 e 04.

Acrescenta que apesar da visível ciência do contribuinte de toda a obrigatoriedade das transmissões dos arquivos completo como visto acima, o sucesso não foi obtido. Observa que o recorrente tinha previamente conhecimento do percentual da multa, porém ainda assim não atendeu a multi-citada intimação, inclusive não apresentando os demais documentos e Livros Fiscais solicitados, conforme intimação à folha 06, ficando prejudicada a ação fiscal e apuração de possíveis outros ilícitos fiscais.

Frisa que por está adstrito às normas contidas na legislação tributária e desenvolver uma atividade estritamente vinculada, foi correta a aplicação das multas previstas no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96, neste PAF.

Comenta que o autuado na qualidade de usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, está obrigado a transmitir, os arquivos magnéticos conforme Convênio ICMS 57/95, bem como transmitir quando intimado os já citados arquivos magnéticos das operações da empresa, conforme dispõe o art. 261 do RICMS/Ba (Dec. 13.720/12).

Destaca que a Auditoria Fiscal não foi realizada nos exercícios de 2012 e 2013, exatamente pela impossibilidade de realizá-la, motivada pela falta de entrega dos arquivos magnéticos que serviram de base às infrações 01, 02, 03 e 04 do presente Auto de Infração.

Em relação à alegação da existência de duplicidade da aplicação da multa, constante da fl. 52, não se faz sustentar, haja vista que as multas estão previstas art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei 7.014/96, ou seja, o valor de “R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação” e “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.

Frisa que a aplicação da penalidade legal prevista não foi originada da sonegação do Contribuinte, mas por descumprimento de obrigações acessórias, e que o legislador ao instituí-la, o fez no sentido de que o contribuinte se enquadrasse no dispositivo citado, pois do contrário haveria uma total inocuidade na aplicabilidade da norma e da pena, e por consequência poderia haver o descumprimento generalizado da obrigatoriedade da entrega dos arquivos magnéticos com seus devidos registros.

Assim, reafirma que a não entrega dos arquivos magnéticos do período de Janeiro de 2013 a Julho de 2013 e a apresentação dos Livros de Registros de Entradas dos exercícios de 2012 e 2013, impediu a realização de procedimentos de auditoria, prejudicando a realização da fiscalização como um todo, no exercício de 2012 e de parte de 2013, devendo para isto serem mantidas as presentes penalidades.

Concluindo, diz que o autuado não conseguiu elidir a presente acusação fiscal, razão porque pugna pela procedência da autuação.

VOTO

Inicialmente quanto ao pedido do patrono do autuado para que seja procedida a anotação do nome bacharel José Antônio Garrido, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil – Seção da Bahia sob o número 18.519, na capa dos autos, visando que todas as intimações e notificações relativas ao presente processo sejam feitas em seu nome e encaminhadas para o seu endereço, inexistindo óbice a seu atendimento, desde que respeitado o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

Passo a analisar o mérito das infrações tomando por base tudo o que constam nos autos.

Infrações 01 – 16.12.20 e 02 – 16.12.15

O lançamento tributário destes itens é decorrente de duas ocorrências fáticas: 1) falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via Internet através do Programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), respectivamente; e 2) falta de entrega dos arquivos magnéticos criptografados pelo validador do SINTEGRA, ou seja, falta de fornecimento de arquivos em meio magnético exigido mediante intimação, referente às informações das operações ou prestações realizadas, no formato e padrão estabelecido na legislação (Convênio ICMS 57/95), gerado através do Programa SINTEGRA.

Portanto, no caso da infração 02, o motivo determinante para a aplicação da multa no valor de R\$22.319,52, equivalente a 1% sobre o montante das operações de saídas de cada período, foi o descumprimento de obrigação acessória relativa ao fato de que o contribuinte deixou de entregar os arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, enquanto que a multa no valor de R\$9.660,00 lançada na infração 01, decorreu da falta de entrega de arquivo magnético espontaneamente através da internet nos prazos regulamentares.

De acordo com a legislação do ICMS, a qual recepcionou o disposto no Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados (SEPD), deverá entregar espontaneamente o arquivo magnético nos prazos previsto na legislação, através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo, cancelado eletronicamente após a transmissão, ou na repartição fazendária. (art. 259 do RICMS/2012).

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.

Assim, todos os contribuintes autorizados ao uso de SEPD, exceto os autorizados somente para escrituração do livro Registro de Inventário, estão obrigados a entregar o arquivo magnético contendo os dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário nos meses em que este for realizado. 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 Inspeção 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.

Saliento que conforme disposto no art. 259, § 16 do RICMS/BA/2012, a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, ou seja, a apresentação dos arquivos magnéticos sem conter todos os registros caracteriza a falta de sua apresentação, tendo em vista a natureza condicional do seu recebimento, sujeitando o contribuinte à correção posterior das inconsistências acaso verificadas.

O § 4º do art. 261, estabeleceu um prazo de 30 dias úteis contados da data do recebimento da intimação para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência.

No presente caso, considerando que o autuado não comprovou, mediante recibo específico, que tivesse cumprido o disposto no artigo 259 do RICMS, qual seja, que tivesse entregue, espontaneamente, nos prazos previstos na legislação, o arquivo magnético contendo as operações e prestações realizadas no período de janeiro a julho de 2013, foi correta a aplicação da multa no valor de R\$9.660,00, que trata a infração 01, conforme previsto no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96.

Igualmente, quanto a multa de que cuida a infração 02, também considero correta a sua aplicação no total de R\$22.319,52, com base no mesmo dispositivo legal, pois restou caracterizada a falta de atendimento à intimação constante à fl.06, para entrega dos arquivos magnéticos (SINTEGRA) do período de janeiro a julho de 2013.

Portanto, através dos documentos que constam nos autos, e na descrição dos fatos, a autuação obedeceu às formalidades legais, pois, no tocante à infração 02, está precedida de intimação expedida ao contribuinte para a entrega dos aludidos arquivos magnéticos.

Ressalto que no que diz respeito à infração 01, a multa tem aplicação ao ser constatada a falta de entrega espontaneamente, e independe de intimação.

No caso da infração 02, repito que não tendo o autuado entregue espontaneamente os arquivos magnéticos do período objeto da autuação, foi expedida a intimação à fl.06 dos autos, devidamente subscrita por Gerente da empresa, com a concessão do prazo de (05) cinco dias para entrega, consoante estabelece a norma contida no art. 261 do RICMS/2012.

Na peça defensiva o patrono do autuado, inconformado com o procedimento fiscal, apresenta defesa para impugnação do auto de infração, na qual argui a insubsistência das infrações, com base no argumento de que ocorreu duplicidade de sanção sobre um mesmo fato e da ausência de instrumentalidade dos documentos exigidos perante as informações concedidas para averiguar as operações sobre as quais incide o ICMS.

Pelo argumento defensivo se nota que o patrono do autuado não nega o cometimento das infrações, e tem o perfeito conhecimento de que realmente são duas infrações distintas: falta de entrega espontânea dos arquivos magnéticos nos prazos regulamentares; e falta de atendimento de intimação para a apresentação dos referidos arquivos.

Pelo acima alinhado, não merece acolhimento as razões defensivas, pois o cumprimento das obrigações acessórias previstas na legislação tributária visam dotar o Estado de elementos

necessários para que possa verificar a regularidade no pagamento do ICMS. Ressalto, inclusive que quando a fiscalização, mesmo sem os arquivos magnéticos, detecta imposto a recolher, efetua o lançamento do débito apurado e aplica multa por descumprimento da obrigação acessória.

Quanto a pretensão do autuado para que seja aplicada para as duas infrações apenas a multa lançada no item 01, e somente no valor de R\$1.380,00, entendo que tal pedido não tem como prosperar face à legislação que rege a aplicação simultânea das multas, como é o caso em comento.

Nestas circunstâncias, observo que a ação fiscal atendeu a legislação acima citada, pois ao constatar a falta de entrega, espontaneamente, dos arquivos magnéticos contendo todas as operações e prestações do período de janeiro a julho de 2013, intimou o contribuinte autuado, fls. 06, com a concessão do prazo de 05 dias, para saná-la, e como o contribuinte não cumpriu as determinações legais acima descritas no prazo estipulado, fato confirmado pelo autuado, restou caracterizada a falta de entrega (art. 259, § 16), sendo, por isso, correta a aplicação das penalidades indicadas no presente Auto de Infração, nos valores de R\$9.660,00 e R\$22.319,52, por estarem previstas no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei (BA) nº 10.847/07, que tem a seguinte redação:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

XIII-A - Nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

...

j) R\$1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela 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.

Infrações 03 – 16.04.01 e 04 – 16.04.01

Nestes itens foram aplicadas multas por descumprimento de obrigação acessória, porque o autuado deixou de atender à intimação à fl.06, expedida e cientificada o contribuinte em 01/10/2013, para entrega do livro Registro de Entradas, referente ao exercício de 2012 e para o período de janeiro a julho de 2013, sendo lançada multa no valor de R\$ 460,00 para cada item.

De acordo com o artigo 34, incisos VII e VIII, da Lei nº 7.014/96, *in verbis*

Art. 34. São obrigações do contribuinte:

. (...)

VII - manter os livros e documentos fiscais no estabelecimento, bem como as faturas, duplicatas, guias, recibos e demais documentos relacionados com o imposto, à disposição do fisco, durante 5 (cinco) anos, se outro prazo não for previsto na legislação tributária;

VIII - exibir ou entregar ao fisco os livros e documentos fiscais previstos na legislação tributária, bem como levantamentos e elementos auxiliares relacionados com a condição de contribuinte;

Analisando o argumento defensivo, constato que de fato tem razão o autuado de que ocorreu duplicidade de sanção sobre um mesmo fato, pois foi expedida apenas uma intimação, fl.06, na

qual, foi assinado o pedido para a apresentação do livro Registro de Entradas dos períodos de 2012 e de janeiro a julho de 2013.

Assim, pela falta de apresentação do livro RE dos aludidos períodos, deve ser aplicada apenas a multa no valor de R\$460,00, o que nos conduz a procedência da infração 03 e a insubsistência da infração 04, conforme artigo 42, inciso XX, da Lei nº 7.014/96.

Diante do acima alinhado, no caso das infrações 01 e 02, ressalto que o autuado ao pedir a relevação das multas, deixa a entender que estas são exorbitantes e confiscatórias. Apreciando tal alegação defensiva, observo que a aplicação pelo descumprimento da obrigação acessória neste processo é prevista no artigo 42, XIII-A, “j”, e XX, da Lei nº 7.014/96, e o autuado não justificou o motivo para tais descumprimentos, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE 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 **232177.0009/13-4**, lavrado contra **A PORTEIRA RESTAURANTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$32.439,52**, previstas no artigo 42, incisos XIII-A, alínea “j” e XX, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de junho de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR