

A. I. Nº - 147365.0185/14-1
AUTUADO - JOSÉ MARCOS PANIFICADORA LANCHONETE E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - ROVENATE ELEUTERIO DA SILVA
ORIGEM - INFAC JEQUIÉ
INTERNET - 23. 10. 2014

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0214-01/14

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração reconhecida. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração reconhecida. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. **a)** NULIDADE. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Cerceamento do direito de defesa do autuado pela intimação para apresentação dos arquivos, no prazo de 5 dias e a consequente aplicação da penalidade prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea "j" da Lei nº 7014/96 , em desacordo com o estabelecido no Convênio ICMS 57/95 e na legislação de ICMS, do Estado da Bahia. Infração Nula. Vencido voto Relator. **b)** FALTA DE ENTREGA NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. Autuado admitiu que, efetivamente, não entregou os arquivos magnéticos. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/06/2014, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$62.105,12, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação com fins de comercialização, sendo exigido ICMS no valor de R\$8.749,51, acrescido da multa de 60%;
2. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior, sendo exigido ICMS no valor de R\$285,21, acrescido da multa de 60%;
3. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, referentes aos meses de janeiro a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$50.310,40;
4. 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, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$2.760,00. Consta se referir aos exercícios de 2009 e 2010.

O autuado apresentou defesa (fls. 62 a 67) reportando-se, inicialmente, sobre a tempestividade da formalização da peça defensiva. Discorre sobre a sua condição de empresa de pequeno porte não optante do Simples Nacional, assim como sobre as infrações que lhe foram imputadas.

Registra que reconhece as infrações 01 e 02, inclusive que o débito foi parcelado, sendo que recolheu o valor de R\$1.406,30, a título de entrada.

Reconhece ter infringido a legislação por descumprimento de obrigação acessória, no que tange à não transmissão tempestiva dos arquivos magnéticos, contudo, manifesta o entendimento de que não deixou de atender a exigência do preposto fiscal, haja vista que toda a documentação solicitada em documento próprio foi plenamente fornecida. Ressalta que todos os livros e documentos exigidos na intimação foram tempestivamente entregues ao Auditor Fiscal.

Salienta que não tem conhecimento de ter havido uma segunda intimação. Aduz que inexistindo a intimação para apresentação dos arquivos magnéticos omissos, descebe falar-se em descumprimento dessa obrigação.

Diz que, ainda que no campo da suposição a infração tenha sido cometida, o fato é que a multa imposta precisa ser combatida.

Observa que a receita bruta que serviu de base de cálculo para aplicação da penalidade de 1% está em conformidade com a registrada em seus livros próprios, os quais foram entregues à Fiscalização.

Regista que a venda global nos 24 meses autuado foi de R\$5.031.040,00, sendo o valor da multa de R\$50.310,40. Sustenta que este valor é totalmente desproporcional entre a infração apontada e o seu possível resultado em seu favor.

Alega que a manutenção da referida multa implica na prática de enriquecimento ilícito, a despeito das dificuldades financeiras pelas quais passam as empresas de seu porte. Invoca e reproduz, nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Consigna que, primeiramente, pede o cancelamento desta multa por falta de pressuposto básico que a fundamentaria, ou seja, a intimação. Contudo, diz que se mantida a totalidade desta infração, requer a redução da multa para um valor razoável, que não comprometa o seu fluxo de caixa.

Registra o seu inconformismo sobre a incidência de acréscimos moratórios sobre as multas aplicadas, dizendo que o Estado incorre em ilegalidade ao incorporar tais acréscimos. Cita e transcreve o art. 102 da Lei nº 3.956/91 (COTEB).

Diz que não desconhece a possibilidade de incidência de acréscimos, contudo, apenas entende não ser factível aplicar tais acréscimos, no presente caso, haja vista que o débito ainda que válido, não havia sido constituído à época.

Menciona que esse entendimento se coaduna com a interpretação do CONSEF, conforme o Acórdão JJF Nº. 0279-04/13, cujo texto reproduz parcialmente.

Conclui que diante do excesso de exação verificado, resta a este órgão julgador determinar a exclusão dos indevidos acréscimos.

Sob a denominação de “multa fixa”, diz que entende ser correta a aplicação da penalidade fixa, pois, efetivamente, ocorreu a omissão, contudo, pela mesma razão apontada anteriormente, considera ilegal a cobrança de acréscimos moratórios, conforme entendimento do CONSEF.

Reitera o pedido de exclusão dos acréscimos moratórios, alegando que o vencimento ocorreria em 05/08/2014.

Finaliza a sua peça defensiva requerendo o cancelamento da multa de 1% e respectivos acréscimos moratórios, assim como o cancelamento dos acréscimos moratórios sobre as multas fixas.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 83 a 86) consignando que, relativamente às infrações 03 e 04, reconhecidas pelo autuado, foram aplicadas as multas fixa e variável de conformidade com a

legislação pertinente, ou seja, alínea j do inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7.014/96, alterada pela Lei 10.847/07, conforme texto que reproduz.

Afirma que descabe qualquer consideração sobre a alegada desproporcionalidade ou ilegalidade de multas e seus acréscimos moratórios, conforme definidas pela legislação do ICMS.

Contesta a alegação defensiva de que não houve intimação para apresentação dos arquivos magnéticos omissos, esclarecendo que à fl. 08 dos autos se encontra a devida intimação, datada e assinada pelo senhor Orlando Rodrigues Santos, Gerente do estabelecimento. Ressalta que a intimação de fl. 09 dos autos, para apresentação de livros e documentos, recebida pela mesma pessoa, foi atendida sem qualquer questionamento. Registra que o autuado parcelou o débito atinente às infrações 01 e 02.

Finaliza opinando pela procedência Auto de Infração.

Consta à fl. 60 extrato do SIGAT referente ao pagamento parcelado do débito reconhecido.

VOTO VENCIDO (Infração 03)

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de quatro infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, dentre as quais este reconheceu as infrações 01 e 02, inclusive efetuando o pagamento parcelado do valor do débito reconhecido, conforme comprovante de recolhimento acostado aos autos.

Diante disso, estes itens da autuação são subsistentes.

No que tange à infração 03 – *Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas* – constato que o autuado também reconheceu que incorreu na irregularidade apontada na autuação, contudo, alega que não deixou de atender a exigência do preposto fiscal, haja vista que toda a documentação solicitada em documento próprio foi plenamente fornecida. Ressalta que todos os livros e documentos exigidos na intimação foram tempestivamente entregues ao Auditor Fiscal. Salienta que não tem conhecimento de ter havido uma segunda intimação. Aduz que, inexistindo a intimação para apresentação dos arquivos magnéticos omissos, descabe falar-se em descumprimento dessa obrigação.

Pede o cancelamento da multa, alegando falta de pressuposto básico que a fundamentaria, ou seja, a intimação. Contudo, diz que se mantida a totalidade desta infração, requer a redução da multa para um valor razoável, que não comprometa o seu fluxo de caixa.

Vejo que o autuante contestou tal alegação defensiva afirmando que consta à fl. 08 dos autos a devida intimação, datada e assinada pelo senhor Orlando Rodrigues Santos, Gerente do estabelecimento. Registra que a intimação de fl. 09 dos autos, para apresentação de livros e documentos, recebida pela mesma pessoa, foi atendida sem qualquer questionamento.

Na realidade, constato que a autuação se apresenta correta, pois, apesar de intimado a apresentar os arquivos magnéticos não fornecidos no prazo regulamentar, o autuado não atendeu a intimação, conforme expressamente reconheceu.

Nos termos 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, 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 o arquivo deverá ser entregue via Internet, através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo, chancelado eletronicamente após a transmissão, ou na repartição fazendária

Vale observar 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 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, de acordo com o § 6º do mesmo artigo 708-A do RICMS/BA.

Independentemente da entrega mensal prevista no art. 708-A do RICMS/97, acima referido, o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, consoante estabelece o art. 708-B do mesmo diploma regulamentar.

Relevante registrar que, caso se trate de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, a Fiscalização deverá fornecer ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, situação na qual 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, consoante previsto nos §§3º e 5º do art. 708-B.

Veja-se que a intimação com a concessão do prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, por óbvio, não pode ser aplicada quando o contribuinte não apresenta os arquivos magnéticos. Ou seja, a identificação de inconsistências somente é possível quando os arquivos magnéticos são entregues e a Fiscalização procede à devida verificação. Havendo inconsistências a Fiscalização deverá fornecer ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas.

No presente caso, o autuante intimou o contribuinte para apresentação de informações em meio magnético, concedendo-lhe o prazo de 05 (cinco) dias, em face de não apresentação dos arquivos magnéticos no prazo legal, em todos os meses de 2009 e 2010, conforme intimação acostada aos autos à fl. 08, tendo em vista a falta de entrega dos arquivos magnéticos.

Importante registrar que o próprio autuado reconheceu expressamente a ilicitude apontada neste item da autuação, ou seja, reconheceu que não entregou os arquivos magnéticos.

Em verdade, alegou que a multa é desproporcional, assim como apresentou o seu inconformismo quanto à incidência de acréscimos moratórios sobre as multas impostas.

No que tange à multa, verifico que esta foi aplicada corretamente ao caso da presente lide, haja vista que prevista no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº. 7.014/96.

Assim dispõe o acima referido dispositivo legal:

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;

Como se verifica do exame dos elementos acostados aos autos, o autuante aplicou corretamente a multa de 1% do valor das saídas de mercadorias, por ser maior do que o valor das entradas, conforme planilha de fl. 48 dos autos.

Entretanto, observo que no Auto de Infração foi indicado erroneamente no campo “*Data de Ocorrência*” o último dia de cada mês fiscalizado, haja vista que ao ser intimado o contribuinte para apresentar arquivos magnéticos referentes a fatos pretéritos e este desatende a intimação, o não atendimento constitui uma infração, contudo, a ocorrência dessa infração surge no momento em que expira o prazo para apresentação dos arquivos solicitados, e não na data dos fatos relativos aos elementos constantes nos referidos arquivos.

O art. 708-A cuida da obrigação de entregar os arquivos mensalmente à repartição fazendária, até as datas estipuladas nos incisos do artigo, sendo que a entrega é feita via internet. Os prazos para entrega são fixados até os dias 15, 20, 25 e 30 do mês subsequente ao mês considerado, a depender do algarismo final da inscrição cadastral do estabelecimento.

Já o art. 708-B, cuida da entrega a ser feita à Fiscalização, quando o contribuinte for intimado nesse sentido, e a entrega é feita pessoalmente ao preposto do Fisco, até a data estipulada na intimação, que pode ser prorrogado, se assim decidir a autoridade fiscal.

Conforme consta na descrição da infração, o autuado – *Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas*. Assim sendo, não importa o exercício a que se refiram os arquivos, o que importa é a natureza da infração, de modo que esta se considera ocorrida no dia em que vence o prazo para a entrega dos arquivos ao Fisco, estabelecido na intimação.

No caso em exame, a infração de que cuida este item da autuação não ocorreu nas datas indicadas no Auto de Infração, mas sim na data em que venceu o prazo estabelecido pela Fiscalização na intimação efetuada para que o contribuinte entregasse os arquivos devidamente corrigidos e o contribuinte não atendeu à intimação.

De acordo com a intimação, o autuado foi intimado em 02/06/2014 para apresentar os arquivos magnéticos não fornecidos regularmente, sendo-lhe concedido o prazo de 05 dias, cujo vencimento ocorreu em 09/06/2014, sendo este, portanto, o dia do cometimento da infração.

Assim, ao deixar de cumprir uma obrigação de fazer, no caso, de entregar os arquivos magnéticos, quando intimado, o contribuinte incorreu em infração, cuja data de ocorrência se deu no dia em que venceu o prazo da intimação para que apresentasse os arquivos solicitados, ou seja, 09/06/2014.

Diante do exposto, deve o demonstrativo de débito ser corrigido, alterando-se a data de ocorrência e vencimento desta infração para 09/06/2014.

Conclusivamente, esta infração é subsistente com a correção da *Data de Ocorrência e Vencimento* para 16/08/2013.

Vale consignar que é defeso a este órgão julgador apreciar questões atinentes à constitucionalidade ou negativa de vigência de ato normativo emanado de autoridade superior, razão pela qual a questão da desproporcionalidade da multa não pode ser objeto de apreciação por esta JJF.

No que concerne ao inconformismo do autuado quanto à incidência de acréscimos moratórios sobre as multas impostas, também não pode ser apreciada por este órgão julgador, haja vista que a imposição de acréscimos moratórios se encontra prevista em expressa disposição legal, no caso a Lei nº 7.014/96.

Quanto ao cancelamento da multa solicitado pelo autuado, não acolho a pretensão defensiva, haja vista que restou comprovado o cometimento da infração, praticada sem qualquer justificativa plausível.

Dessa forma, este item da autuação é subsistente.

Relativamente à infração 04 - *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* – observo que o autuado também reconheceu o cometimento da ilicitude apontada neste item da autuação.

Diz que entende ser correta a aplicação da penalidade fixa, pois, efetivamente, ocorreu a omissão, contudo, pela mesma razão apontada anteriormente, considera ilegal a cobrança de acréscimos moratórios, conforme entendimento do CONSEF. Reitera o pedido de exclusão dos acréscimos moratórios, alegando que o vencimento ocorreria em 05/08/2014.

Finaliza a sua peça defensiva requerendo o cancelamento da multa de 1% e respectivos acréscimos moratórios, assim como o cancelamento dos acréscimos moratórios sobre as multas fixas.

Praticamente, o mesmo pode ser dito na análise desta infração quanto ao que foi dito no exame da infração anterior (infração 03), ou seja, a autuação se apresenta correta, pois, o autuado não entregou os arquivos magnéticos nos prazos previstos no RICMS/BA/97, fato reconhecido expressamente.

O fato é que o autuado estava obrigado a entregar o arquivo magnético, referente ao movimento econômico de cada mês, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, conforme manda o art. 708-A do RICMS/BA/97, contudo, não forneceu.

Nessa situação, é aplicável a multa no valor de R\$1.380,00 pela falta de apresentação do arquivo magnético, em cada mês, conforme previsto no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96.

No caso deste item da autuação, constato que o autuante também incorreu em erro ao indicar no Auto de Infração apenas 31/12/2009 e 31/12/2010, quando deveria ter indicado todo o período mensal em que não houve a entrega dos arquivos magnéticos. Ou seja, todos os meses em que o contribuinte deveria apresentar os arquivos magnéticos e não o fez.

Isso porque, diversamente da infração anterior (infração 03) não houve intimação para apresentação dos arquivos magnéticos, sendo a data de ocorrência da infração o período mensal em que não houve a entrega.

Diante disso, nos termos do art. 156 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que providencie a instauração de novo procedimento fiscal no intuito de exigir o crédito tributário remanescente.

Desse modo, a infração 04 é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado.

VOTO VENCEDOR (Infração 03)

Com a devida vênia, apesar do bem elaborado voto proferido pelo relator com relação a essa infração 03, o meu entendimento não aponta no mesmo sentido de procedência da penalidade imposta por descumprimento da obrigação acessória, em face da intimação para a apresentação dos arquivos magnéticos dos meses em 2009 e 2010, no prazo de cinco dias, conforme fl. 08 dos autos.

Repetindo, a infração em debate foi lavrada para exigir multa no valor total de R\$50.310,40, pelo não fornecimento de arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010.

Sabe-se que o Convênio ICMS 57/95 é fonte normativa da presente exigência e dispõe sobre a emissão de documentos fiscais e a escrituração de livros fiscais por contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados.

O SINTEGRA - Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços foi desenvolvido a partir de 1997 (Convênio ICMS nº 78/97) e implantado com a finalidade de consolidar o uso de sistemas informatizados para aprimoramento dos controles do Fisco e simplificar o fornecimento de informações aos contribuintes.

Concebido, inicialmente, para a informatização do intercâmbio de dados somente sobre operações interestaduais, o SINTEGRA foi entendido pelas Administrações Tributárias Estaduais como o meio para alavancar processo de informatização no recebimento e tratamento, em larga escala, da totalidade das operações (internas, interestaduais, com exterior) realizadas pelos contribuintes do ICMS, buscando maior eficácia na análise fiscal.

No caso em concreto, da análise das peças processuais e legislação pertinente à matéria, vigente na data da autuação, verifico que a legislação do Estado da Bahia, em seu art. 686, RICMS-97/BA prevê a obrigação dos contribuintes usuários de sistema eletrônico de processamento de dados manterem os arquivos magnéticos, pelo prazo de cinco anos. Assim, o art. 708-A do mesmo diploma aplica-se à obrigação de fazer a entrega mensal dos arquivos magnéticos, nos prazos regulamentares e o art. 708-B se refere à falta de entrega de arquivos magnéticos, quando regularmente intimados. Regramento extraído do Convênio ICMS 57/95.

As multas aplicadas às 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 estão capituladas no inciso XIII-A, art. 42, Lei 7.014/96

Cabível observar que, em se tratando de arquivos magnéticos, à luz da legislação, as intimações caracterizam o tipo do ilícito tributário e a imposição da penalidade prevista na Lei.

Nesse sentido, prevê o Convênio ICMS nº 57/95, na sua cláusula vigésima sétima, a obrigatoriedade de entrega do arquivo magnético ao Fisco, quando o contribuinte for intimado:

Cláusula vigésima sétima. O contribuinte fornecerá ao Fisco, quando exigido, os documentos e arquivo magnético de que trata este Convênio, no prazo de cinco (5) dias úteis contados da data da exigência, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

Essa mesma cláusula foi recepcionada na legislação baiana, através do artigo 708 do RICMS/BA.

"Art. 708. O contribuinte fornecerá ao fisco, quando exigidos, os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, no prazo de 5 dias úteis, contado da data da exigência, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos".

O caput desse artigo 708 foi revogado pelo Decreto nº 7.886/00 (DOE de 30 e 31/12/00), efeitos a partir de 30/12/00, que por sua vez, acrescentou o caput do art. 708-A, efeitos de 30/12/00 a 20/01/04, estabelecendo o prazo para a entrega mensal dos arquivos magnéticos, com a seguinte redação,:

"art. 708-A. Os contribuintes do ICMS autorizados ao uso de SEPD deverão entregar o arquivo magnético de que trata este capítulo, 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 aquisições e prestações efetuadas."

O mesmo Decreto nº 7.886/00 (DOE de 30 e 31/12/00), acrescentou também o art. 708-B, efeitos de 30/12/00 a 14/02/05, reestabelecendo a regra da obrigatoriedade de entrega do arquivo magnético ao Fisco, exigido mediante intimação, contida no Convênio ICMS 57/95, recepcionado da forma abaixo:

"Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo quando intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos. O arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte (inclusive os dados referentes a itens de mercadoria, quando for o caso), salvo ressalva contida na intimação."

A redação vigente do artigo 708-B, na momento da presente autuação foi dada pelo Decreto nº 9.332/05 (DOE de 15/02/05), efeitos a partir de 15/02/05, conforme abaixo:

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.

Dessa forma, apesar de contrariar a posição adotada pelo nobre relator, nessa infração 03, e mesmo diversas decisões emanadas deste Conselho de Fazenda Estadual, não posso comungar com o pensamento de que a infração consistente na "falta de entrega de arquivos magnéticos, exigido mediante intimação", cujo prazo seja de 5 dias, como ocorre no presente caso, possa validamente, em obediência ao devido processo legal e a tipicidade tributária cerrada, sujeitar-se à penalidade prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea "j" da Lei nº 7.014/96 com a imposição da multa cumulada de R\$1.380,00 e mais 1% do valor das saídas de mercadorias, por ser maior do que o valor das entradas, conforme planilha de fl. 48 dos autos, conforme definiu o relator.

Vejamos o que dispõe o referido dispositivo legal:

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;

Como se verifica do exame dos elementos acostados ao PAF, de acordo com a intimação, cópia acostada aos autos, fl. 08, o autuado foi intimado em 02/06/2014 para apresentar os arquivos magnéticos, não fornecidos regularmente, sendo-lhe concedido o prazo de 05 dias (uteis), cujo vencimento ocorreu em 09/06/2014 (segunda feira).

O entendimento mais consentâneo que se extrai das normas aqui aduzida é que a infração cometida (*a falta de entrega dos arquivos magnéticos*) ao final do prazo cinco dias úteis contados da data da exigência (intimação), deve ser punida com a imposição de R\$1.380,00, o que, a rigor, sequer precisaria de intimação, posto que a legislação do Estado da Bahia estabeleceu prazo prévio mensal para a entrega dos arquivos (art. 708-A, RICMS/97-BA). Dessa forma, a obrigação da entrega já se encontra formalizada no dispositivo legal, sendo desnecessário qualquer outra ação específica, no caso, a intimação.

Com a devida vênus, não é razoável o entendimento volvido em decisões anteriores, nesse órgão de julgamento, que a expedição de uma intimação, sabidamente desnecessária, concedendo o prazo de cinco dias para regularizar determinada situação, inerentes à falta de entrega de arquivos magnéticos, possa concretizar uma nova situação, aquela prevista no caput do 708-B, do RICMS-BA, *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.

Deduzindo-se, dai, a existência de dois ilícitos tributários: falta de entrega do arquivo magnético nos prazos previstos na legislação, e descumprimento de intimação fiscal para a entrega do arquivo magnético, que se amoldam à figura jurídica prevista na alínea "j" do inciso XII-A, do art. 42, da Lei nº 7014/96.

Entendo em contrário, que a aplicação cumulativa, mais gravosa, prevista no citado dispositivo não pode ser imposta, diante da intimação de 5 dias, isto porque, como vimos, a intimação caracteriza o tipo do ilícito tributário, em se tratando de arquivos magnéticos (Convênio ICMS nº 57/95, cláusula vigésima sétima). O Estado da Bahia, recepcionando as regras do Convênio, estabeleceu que seus contribuintes do ICMS, usuários de sistema eletrônico de processamento de dados, devem fornecer os arquivos magnéticos referente ao movimento econômico de cada mês, nos prazos previsto na legislação (art. 708-A, RICMS/97 BA) ou devem fazê-lo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação (art. 708-B, RICMS/97-BA).

As duas condutas omissivas tipificam o não cumprimento de obrigação acessória; uma, porém, implica falta de entrega do arquivo magnético nos prazos previstos na legislação, outra, tipifica o descumprimento de intimação fiscal para a entrega do arquivo magnético. Observa-se que, quanto à dimensão do prejuízo causado à Fazenda Pública a não entrega do arquivo, descumprindo uma intimação fiscal traduz prejuízo e desatenção à Fazenda Pública de maior monta, merecendo assim reprimenda mais gravosa. O ato volitivo da Fazenda Pública, requerendo que o contribuinte apresente o arquivo, evidencia interesse imediato naquelas informações e a omissão das mesmas configura alto prejuízo para a Fazenda.

Devendo ser registrado que a falta de entrega dos arquivos magnéticos gera grande prejuízos para a Administração Tributária, especialmente no controle da arrecadação e fiscalização. Dai o interesse maior da Fazenda Estadual, não na aplicação da multa em face ao descumprimento da obrigação acessória, mas, na entrega de arquivos magnéticos consistentes, diante da impossibilidade de se exercer as atividades tributárias sem a utilização dos recursos da informática, tendo como ponto de partida os arquivos magnéticos enviado pelo contribuinte com os dados de suas operações.

Ora, se o contribuinte não tem os arquivos, porque não os elaborou ou não os transmitiu, tempestivamente, conforme atesta em sua defesa, não conseguirá cumprir tal obrigação no prazo de 05 dias, frustrando a motivação da intimação, que é a entrega das informações do movimento econômico do contribuinte, em meio eletrônico, não fazendo nenhum sentido a aplicação da penalidade mais grave. Cabível apenas a multa fixa de R\$1.380,00, aplicada, inclusive, na infração 04.

A impropriedade verificada na presente autuação, fica ainda mais evidente, quando se compara à penalidade aplicada, em se tratando da correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético. Diz a legislação que, além do fornecimento ao contribuinte da Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, o contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência (§§ 3º e 5º, art. 708-B, RICMS/97 BA).

Se para corrigir inconsistências, a legislação estabeleceu o prazo de 30 dias, podendo ainda ser prorrogado por outros 30 dias (§§ 3º e 5º, art. 708-B, RICMS/97 BA), não sem lógica que o prazo para efetuar entrega dos arquivos magnéticos de que trata o Convênio 57/95, para fins da imposição da penalidade proporcional de 1% sobre o movimento econômico do contribuinte, cumulado com a multa fixa, deva também ser de 30 dias.

Aliás, essa dicotomia pode ser observada no dispositivo utilizado como fundamento legal para a irregularidade cometida pelo autuado, art. 42, inciso XIII-A, alínea "j" da Lei nº 7014/96, e cujas intimações, como já vimos, caracterizam o ilícito tributário e a imposição das respectivas penalidades.

Conforme se extrai do dispositivo, pela falta de entrega de arquivo eletrônico, cabível a aplicação de uma multa de R\$1.380,00, independentemente de qualquer intimação, uma vez que se trata de uma obrigação acessória, expressamente consignada no art. 708-A, do RICMS, não carecendo, conforme já enfatizamos, de qualquer intimação para que se lhe reconheça efeitos concretos

Por outro lado, para a imposição da multa de 1% (mais gravosa), cumulativamente com a multa fixa de R\$ 1.380,00, sobre o valor das saídas ou das entradas de mercadorias e prestações realizadas em cada período, estabelece a legislação que a sua incidência é "*pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo*".

A expressão "*intimação subsequente*" tem gerado interpretações diversas, na jurisprudência desse órgão julgador. No acórdão CJF Nº 0113-11/11, por exemplo, tratando da mesma matéria, o seu relator constrói a seguinte pergunta: *a que, então, tal intimação é subsequente?* Ele mesmo conclui: *A resposta é simples: à constatação da falta de entrega dos arquivos magnéticos.*

Peço novamente vênia, para discordar de tal entendimento, porque o tipo tributário traz todos os seus elementos normativos, ao aduzir que aplicação da multa de 1% é "*pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo*". Percebe-se claramente que a tal intimação não é subsequente à constatação da falta de entrega dos arquivos magnético, como interpretado, na acórdão retro mencionado. E quem responde assertivamente é o próprio dispositivo legal. A tal intimação é subsequente à intimação para apresentação do respectivo arquivo.

Os dicionários identificam que o termo subsequente é um adjetivo de dois gêneros que classifica alguma coisa que vem depois, ou que se segue. É sinônimo de imediato, ulterior e seguinte. Dessa forma, um evento qualificado como subsequente acontece depois de outra coisa.

No caso em concreto, essa outra coisa, a própria norma definiu "*intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo*". Significa dizer que a intimação que provoca a imposição do penalidade mais gravosa de 1% é uma segunda intimação, ou intimação seguinte a uma anterior para apresentação do respectivo arquivo.

Dai o entendimento que defendo no sentido que a intimação (desnecessária), de 5 dias (anterior) somente pode sustentar a exigência do arquivo que não foi entregue tempestivamente, e impor ao autuado a multa fixa de R\$1.380,00. Cabível a exigência de multa cumulativa de 1% somente em face da intimação do 30 dias (subsequente), indicada nos §§ 3º e 5º, art. 708-B do RICMS/97 BA.

Observei em outras decisões, onde ocorre o descumprimento da obrigação acessória da falta de entrega de arquivos magnéticos e a consequente imposição da multa proporcional mais gravosa de 1%, uma única intimação ao contribuinte autuado, no entanto, com o prazo de 30 dias.

Diante do exposto, entendo que a exigência não pode resistir, porque implicou desobediência ao devido processo legal, em particular, cerceamento do direito de defesa do autuado pela intimação para apresentação dos arquivos, no prazo de 5 dias e a consequente aplicação da penalidade prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea "j" da Lei nº 7014/96 , em desacordo com o estabelecido no Convênio ICMS 57/95 e na legislação de ICMS, desse Estado da Bahia. A terceira infração é, pois, nula, por ofensa ao art. 18, II, RPAF BA, aprovado pelo Decreto 7.629/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 147365.0185/14-1, lavrado contra **JOSÉ MARCOS PANIFICADORA LANCHONETE E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.034,72**, acrescido da

multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, com os devidos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.760,00**, previstas no art. 42, XIII-A, alínea “J” do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05, cabendo homologação do pagamento efetuado.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de setembro de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR/VOTO VENCIDO - (Infração 03)

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR/VOTO VENCEDOR- (Infração 03)