

A. I. Nº - 147365.0185/14-1
AUTUADO - JOSÉ MARCOS PANIFICADORA LANCHONETE E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - ROVENATE ELEUTÉRIO DA SILVA
ORIGEM - INFAC JEQUIÉ
INTERNET - 26. 03. 2015

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0029-01/15

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)** FALTA DE ENTREGA QUANDO DEVIDAMENTE INTIMADO. Restou comprovada a falta de entrega dos arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, no prazo de cinco dias concedido pela Fiscalização, consoante previsto no artigo 708-B do RICMS/97. Correta a aplicação da multa de 1% (um por cento) do valor das saídas por ser maior do que o valor das entradas 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 para apresentação do respectivo arquivo, consoante previsto no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96. Infração caracterizada. **b)** FALTA DE ENTREGA NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. Autuado admitiu que, efetivamente, não entregou os arquivos magnéticos. Exigência de entrega dos arquivos prevista no art. 708-A do RICMS/97. Aplicável ao caso a multa de R\$1.380,00 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 mensal, consoante previsto no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96. Infração subsistente.

Auto de Infração **PROCEDENTE**. 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, descabe 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 anexada 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.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal julgou parcialmente procedente o Auto de Infração, nos termos do Acórdão JJF Nº 0214-01/14, tendo sido vencido o voto do relator quanto à infração 03, que foi julgada nula.

O ilustre Presidente do Conselho de Fazenda Estadual recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal, exercendo a prerrogativa prevista no § 2º do artigo 169 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, sob o entendimento de que a Decisão da primeira instância foi manifestamente contrária à legislação em vigor, no caso o artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96 e à própria jurisprudência deste CONSEF, consubstanciada nos Acórdãos CJF Nº^{os} 0195-11/14, 0183-11/14, 0154-11/14, 0068-12/14 e 0224-12/14.

A 2ª Câmara de Julgamento Fiscal ao apreciar o Recurso de Ofício não acolheu a declaração de nulidade da autuação, proferida pela Junta de Julgamento Fiscal, quanto à infração 03, por entender que o prazo concedido pela Fiscalização encontra-se em consonância com a previsão do artigo 708-B do RICMS/97, conforme o Acórdão CJF Nº 0394-12/14, tendo retornado os autos à primeira instância para novo julgamento.

VOTO

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 e impugnou as infrações 03 e 04.

No que concerne às infrações 01 e 02, o reconhecimento expresso pelo autuado, inclusive com o pagamento parcelado do valor do débito reconhecido, confirma o acerto da autuação quanto a estes dois itens.

Desse modo, as infrações 01 e 02 são subsistentes, cabendo homologação do pagamento efetuado.

No que tange à infração 03 – *Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas* – conforme relatado, esta Junta de Julgamento Fiscal julgou parcialmente procedente o Auto de Infração, nos termos do Acórdão JJF Nº. 0214-01/14, tendo sido vencido o voto do relator quanto a este item da autuação, que foi julgado nulo.

Sob o entendimento de que a Decisão proferida pela primeira instância fora manifestamente contrária à legislação em vigor, no caso o artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96 e à própria jurisprudência deste CONSEF, consubstanciada nos Acórdãos CJF Nºs 0195-11/14, 0183-11/14, 0154-11/14, 0068-12/14 e 0224-12/14, o ilustre Presidente do Conselho de Fazenda Estadual recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal, exercendo a prerrogativa prevista no § 2º do artigo 169 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Ao apreciar o Recurso de Ofício a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal não acolheu a declaração de nulidade da infração 03, por entender que o prazo de cinco dias concedido pela Fiscalização para que o contribuinte entregasse os arquivos magnéticos encontra-se em consonância com a previsão do artigo 708-B do RICMS/97.

O Voto proferido pela ilustre Relatora da 2ª CJF tem o seguinte teor:

O Recurso de Ofício foi interposto pelo Presidente do CONSEF em face da decretação de nulidade, pela Junta de Julgamento Fiscal, da infração 3, que trata da imposição de multa de 1% pelo fato de o contribuinte ter deixado de apresentar os arquivos magnéticos relativos aos exercícios de 2009 e 2010, apesar de ter sido intimado pela fiscalização.

Analizando o documento juntado pelo autuante à fl. 8, constato que o sujeito passivo foi intimado, em 02/06/14, a apresentar, **no prazo de 5 (cinco) dias úteis** os arquivos magnéticos que não haviam sido anteriormente enviados à SEFAZ, nos prazos regulamentares.

Assim, verifico que, no presente processo administrativo fiscal, foi apontado o descumprimento de duas obrigações acessórias distintas (indicadas nas infrações 3 e 4), consistentes no seguinte:

1. falta de envio, mensalmente, via Internet, dos arquivos eletrônicos contendo as informações de entradas e saídas de mercadorias, em todos os meses dos exercícios de 2009 e 2010 (artigo 708-A do RICMS/97);
2. falta de entrega ao Fisco, mesmo após a expedição de intimação, de arquivos eletrônicos contendo as informações de entradas e saídas de mercadorias referentes a todos os meses dos exercícios de 2009 e 2010 (artigo 708-B do RICMS/97).

As obrigações tributárias encontram-se encartadas, como indicado acima, nos artigos 708-A e 708-B, do RICMS/97, a seguir transcritos:

Art. 708-A. *O contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar o arquivo de que trata este capítulo, referente ao movimento econômico de cada mês:*

(...)

II - *até o dia 20 do mês subseqüente, tratando-se de contribuintes com inscrição estadual de algarismo final 4, 5 ou 6;*

(...)

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.*

(...)

§ 2º *O atendimento ao explicitado neste artigo não exclui a obrigação de que trata o artigo anterior e vice-versa.*

Em face do descumprimento das obrigações acessórias acima mencionadas, a legislação em vigor prevê a aplicação de penalidades, conforme o disposto no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, abaixo reproduzido:

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; (destaques não originais)

Na Decisão de primeiro grau, a maioria dos membros da Junta de Julgamento Fiscal assentou o seu entendimento, para julgar nula a infração 3, nas seguintes premissas:

1. o prazo de cinco dias concedido na intimação é muito exíguo, haja vista que “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”;
2. “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”;
3. a expressão “intimação subsequente”, constante na alínea “j” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, ao contrário do que entendeu a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal no Acórdão CJF nº 0113-11/11, não pode ser interpretada como “subsequente à constatação da falta de entrega dos arquivos magnético”, mas como “subsequente à intimação para apresentação do respectivo arquivo”;
4. a intimação que provoca a imposição da penalidade mais gravosa de 1% é uma segunda intimação, ou intimação seguinte a uma anterior para apresentação do respectivo arquivo.
5. “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”.

A Decisão recorrida, a meu ver, merece reparos.

Inicialmente, observo que a Decisão de primeiro grau contém diversas contradições:

1. no início do voto, os julgadores entenderam necessária, para aplicação da penalidade de R\$1.380,00, a expedição de uma primeira intimação com a concessão do prazo de 5 (cinco) dias úteis para apresentação dos arquivos magnéticos que não haviam sido enviados, via Internet, à Secretaria da Fazenda; entretanto, posteriormente, o relator considerou que tal intimação seria desnecessária. Com isso, não se sabe exatamente qual o pensamento do órgão julgador de primeira instância: se é, ou não, obrigatória uma primeira intimação para a imposição da multa de R\$1.380,00;
2. em outro momento do voto vencedor, a maioria dos julgadores manifestou o posicionamento de que, para que se pudesse aplicar a penalidade de 1%, obrigatoriamente deveriam ser emitidas duas intimações ao contribuinte: descumprida a primeira intimação, poder-se-ia impor a multa de R\$1.380,00; não cumprida a segunda intimação, a penalidade de 1% seria aplicável; tudo isso em razão da interpretação dada pela Junta de Julgamento Fiscal à locução “intimação subsequente” constante na alínea “j” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96;
3. já no final do voto vencedor, a Junta de Julgamento Fiscal deliberou que, para que se aplicasse a multa de 1%, seria imperativa a concessão do prazo de 30 (trinta) dias, com fulcro nos “§§ 3º e 5º, art. 708-B do RICMS/97 BA”.

Quanto ao significado da expressão “intimação subsequente” constante na alínea “j” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, alinho-me à interpretação contida no voto proferido pelo então Conselheiro Fabio de Andrade Moura, no Acórdão CJF nº 0113-11/11, citado no voto vencedor da Decisão de primeiro grau, de que não faz o menor sentido, para imposição da multa de R\$1.380,00, a expedição de intimação para apresentação de arquivos magnéticos, uma vez que o dispositivo regulamentar que prevê essa obrigação tributária mensal é autoaplicável (artigo 708-A do RICMS/97).

Para evitar repetições desnecessárias, transcrevo em seguida o excerto do voto que espelha o meu entendimento a esse respeito:

Consoante relatado, as infrações 01, 04 e 05, da presente autuação, tratam da imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória, decorrente da falta de entrega de arquivos magnéticos relativos aos exercícios de 2006, 2007 e 2008, exigidos mediante intimação, com informação das operações ou prestações realizadas, penalidade esta que encontra previsão no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96, a seguir reproduzido:

(...)

No particular, é importante que se diga que os “e-mail’s” trocados entre as autuantes e o autuado não se prestam à caracterização do ilícito tributário, pois a legislação vigente não oficializou tal forma de comunicação. Assim, o que vale para esta autuação, sobretudo nesta seara em que estamos a verificar a legalidade do procedimento adotado pela fiscalização, são as intimações de fls. 16/18, que foram feitas pessoalmente ao autuado, uma das formas previstas nos incisos do art. 108, do RPAF.

E tais intimações, com a devida vênia do entendimento firmado pela primeira instância, são, à luz da legislação, suficientes para a caracterização do ilícito administrativo e imposição da penalidade prevista no art. 42, XIII-A, "j", da Lei nº 7.014/96. A interpretação dada pela Decisão submetida à revisão desta Câmara, no sentido de que a locução "intimação subsequente" constante do dispositivo legal implica em tornar necessárias duas intimações para aplicação da multa de 1% sobre o valor das saídas ou das entradas de mercadorias e prestações realizadas em cada período, é inédita para este Relator e não reflete a melhor interpretação da norma.

Na verdade, a alínea "j" diz que, pela falta de entrega, cabe a aplicação de uma multa de R\$1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais), independentemente de qualquer intimação, até porque se trata de obrigação acessória do contribuinte expressamente consignada no art. 708-A, do RICMS, não carecendo, portanto, de qualquer ato posterior para que se lhe reconheça efeitos concretos. Se houver intimação para apresentação dos arquivos ou para correção das inconsistências, a multa a ser aplicada será de 1% sobre o valor das saídas ou das entradas de mercadorias e prestações realizadas em cada período.

Pergunta-se: a que, então, tal intimação é subsequente? A resposta é simples: à constatação da falta de entrega dos arquivos magnéticos.

Se essa multa percentual pode ser aplicada juntamente com a multa fixa de R\$1.380,00, se essa aplicação deve se dar numa mesma infração ou em infrações distintas; se as datas de ocorrências são coincidentes ou diversas etc.; todas essas questões tocam ao mérito da própria lide administrativa e, se for o caso, podem ser corrigidas por este Conselho, não representando, nem de longe, vícios que possam inquinar de nulidade o presente Auto de Infração.

(...)

Com essas considerações, entendo inexistentes os vícios apontados pela Junta de Julgamento Fiscal, daí porque voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para anular a Decisão de recorrida, com o retorno dos autos à primeira instância, para nova Decisão.

(...)

Por fim, considero totalmente equivocado o pensamento expresso na Decisão recorrida, de que a multa de 1% somente poderia ser aplicada após intimação expedida com a concessão do prazo de 30 (trinta) dias, com fulcro nos "§§ 3º e 5º, art. 708-B do RICMS/97 BA".

Vejamos a redação dos referidos §§ 3º e 5º do artigo 708-B do RICMS/97:

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.*

(...)

§ 3º Tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas.

(...)

§ 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.

Pela dicção dos dispositivos regulamentares citados, resta patente que o prazo de 30 (trinta) dias somente deverá ser concedido quando se tratar de **correção, por parte do contribuinte, de inconsistências** verificadas em arquivos magnéticos **já entregues à Secretaria da Fazenda**:

1. seja de forma espontânea, nos prazos previstos no RICMS/97 (artigo 708-A do RICMS/97);
2. ou após o atendimento a intimação expedida pelo Fisco, porém ainda com a existência de inconsistências (artigo 708-B do RICMS/97).

Na hipótese dos autos, o recorrido foi acusado de deixar de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, situação que nada tem a ver com "inconsistências verificadas em arquivos magnéticos", que pressupõem, obviamente, a sua entrega prévia.

Dessa forma, concluo que o prazo de 5 (cinco) dias úteis concedido na intimação de fl. 8 encontra-se em consonância com a legislação vigente, não se configurando, destarte, os vícios apontados na Decisão recorrida.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para declarar NULA a Decisão recorrida e determinar o retorno dos autos à Primeira Instância para novo julgamento.

Passo a examinar.

Verifico que o autuado reconheceu que incorreu na irregularidade apontada neste item da 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. Alega que não tem conhecimento de ter havido uma segunda intimação. Afirma 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, haja vista que, apesar de intimado a apresentar os arquivos magnéticos não fornecidos no prazo regulamentar no prazo de cinco dias, o autuado não atendeu a intimação, conforme expressamente reconheceu.

Parece-me necessário antes de firmar o meu entendimento sobre este item da autuação, tecer algumas considerações sobre as disposições do RICMS/BA/97 que cuidam de arquivo magnético, conforme faço a seguir.

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 - já entregue - 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 caso desta infração, o autuante intimou o contribuinte para apresentação de informações em meio magnético, concedendo-lhe acertadamente 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, intimação esta que não foi atendida.

Quanto à questão referente à "intimação subsequente", vale observar que a jurisprudência deste CONSEF aponta no sentido de que é cabível a aplicação da multa de R\$1.380,00, prevista na alínea "j" do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, independentemente de qualquer intimação, haja vista se tratar de obrigação acessória do contribuinte expressamente prevista no art. 708-A, do RICMS, não exigindo, desse modo, qualquer ato posterior para que se lhe reconheça efeitos concretos. Caso haja intimação para apresentação dos arquivos ou para correção das inconsistências, a multa a ser aplicada será de 1% sobre o valor das saídas ou das entradas de mercadorias e prestações realizadas em cada período. Ou seja, o entendimento é de que tal intimação é subsequente à constatação da falta de entrega dos arquivos magnéticos e não a outra intimação.

Portanto, desnecessária é uma intimação subsequente para imposição da 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 para apresentação do respectivo arquivo, consoante previsto no art. 42, XIII-A, "j", da Lei nº 7.014/96.

Importante registrar que o próprio autuado reconheceu expressamente a ilicitude apontada neste item da autuação, ou seja, reconheceu que *deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas*.

Em verdade, apenas 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, pois prevista no art. 42, XIII-A, "j", da Lei nº 7.014/96.

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.

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. 3.956/81 – Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, precisamente nos seus artigos 99, 100 e 102, reproduzidos abaixo a título ilustrativo:

Art. 99. O descumprimento de obrigação principal ou acessória prevista nesta Lei ou na legislação estadual, sujeita o infrator ao pagamento das seguintes multas, sem prejuízo do pagamento do tributo devido e seus acréscimos.

(...)

Art. 100. Serão corrigidos monetariamente os débitos tributários não recolhidos tempestivamente, de acordo com os prazos regulamentares.

(...)

Art. 102. Os débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares ficarão sujeitos aos seguintes acréscimos moratórios:

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

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.

Diante disso, este item da autuação é subsistente.

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 ao Fisco, até a data estipulada na intimação, que pode ser prorrogada, 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, tendo sido 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 *Data de Vencimento* para 09/06/2014.

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. Pede a exclusão dos acréscimos moratórios, alegando que o vencimento ocorreria em 05/08/2014.

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 certo é que o autuado estava obrigado a entregar o arquivo magnético, independentemente de intimação, 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 de R\$1.380,00 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 mensal, consoante previsto no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96.

Dante disso, a infração resta caracterizada.

No que concerne ao inconformismo do autuado quanto à incidência de acréscimos moratórios sobre as multas impostas, não pode ser apreciado por este órgão julgador, haja vista que a imposição de acréscimos moratórios se encontra prevista em expressa disposição legal, no caso a Lei nº. 3.956/81 – Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, precisamente nos seus artigos 99, 100 e 102, já reproduzidos acima.

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

Vale consignar que é defeso a este órgão julgador apreciar questões atinentes à inconstitucionalidade 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.

Dante disso, este item da autuação é subsistente.

Porém, no caso deste item da autuação, constato que o autuante também incorreu em equívoco ao indicar no Auto de Infração apenas os períodos de 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.

Dante disso, consoante o art. 156 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de instauração de novo procedimento fiscal, no intuito de exigir o crédito tributário remanescente referente aos períodos mensais em que os arquivos magnéticos não foram entregues.

Desse modo, a infração 04 é subsistente.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** 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 total de **R\$53.070,40**, prevista no art. 42, XIII-A, alínea “j” do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o pagamento efetuado.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de março de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR