

PROCESSO - A. I. Nº 089027.0018/14-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SUPERMERCADO PIONEIRO DE CONCEIÇÃO DA FEIRA LTDA. (DIA)
RECORRIDOS - SUPERMERCADO PIONEIRO DE CONCEIÇÃO DA FEIRA LTDA. (DIA) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0177-01/16
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/09/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0308-12/17

EMENTA: ICMS. 1. MULTAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. LIVROS FISCAIS. a) FALTA DE ESCRITURAÇÃO. Confirmada a entrega obrigatória da EFD - Escrituração Fiscal Digital, somente em janeiro de 2013. Comprovada a falta ou atraso na escrituração dos livros Registro de Inventário, Registro de Entrada, Registro de Saída e Registro de Apuração de ICMS. Penalidade aplicada por cada livro não escriturado tempestivamente. Item subsistente em parte. Alteradas as datas de ocorrência e vencimento. **b) FORA DAS ESPECIFICAÇÕES LEGAIS.** Os livros acostados nos autos, nos períodos janeiro/abril 2012, não contém as especificações de impressão previstas na legislação, atraindo a incidência da penalidade prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96 pelo descumprimento da obrigação acessória e não nos diversos meses em que o mesmo fato se repetiu, conforme entendeu o fiscal. Restabelecida a multa para R\$150,00. Alteradas as datas de ocorrência e vencimento. **c) REGISTRO INVENTÁRIO.** Cópias do Registro de Inventário, anos 2011/2013 estão acostadas aos autos. A multa de 5% do valor comercial das mercadorias sujeitas à tributação entradas no estabelecimento, no exercício, não se aplica no caso em concreto. Penalidade descaracterizada. **2. ARQUIVOS ELETRÔNICOS. FALTA DE ENTREGA. a) PRAZO LEGAL.** A multa prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42, no valor de R\$1.380,00, deve ser aplicada por cada período de apuração em que o contribuinte deixou de enviar à Secretaria da Fazenda os arquivos eletrônicos, nos prazos previstos no RICMS BA ou entregou sem a inclusão de todos os tipos de registros a que estiver obrigado. O autuado não contesta a falta de entrega dos arquivos, nos prazos da legislação, arguindo apenas a nulidade da infração, que não houve. Descumprimento da obrigação acessória caracterizado. **b) MEDIANTE INTIMAÇÃO.** Os demonstrativos que indicam a base de cálculo para a aplicação da penalidade estão em desacordo com os valores declarados na DMA; não resta clara a origem dos valores que considerou como as saídas sobre as quais incidiu o percentual da multa de 1%, prevista na legislação regente (art. 42, alínea “j”, inciso XIII-A, da Lei nº 7.014/96). Infração nula. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO.** Recurso Voluntário

PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício interpostos pela autuada e pela 1ª JJF, respectivamente em razão do Acórdão 1ª JJF Nº 0177-01/16, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 089027.0018/14-6, lavrado em 30/12/2014, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$634.628,67 em decorrência de dez infrações distintas, descritas a seguir, somente naquilo que constitui objeto dos presentes recursos.

INFRAÇÃO 1 - Deixou de escriturar Livros Fiscais. Fatos geradores: maio a dezembro de 2012. Valor da Multa: R\$3.680,00 - Art. 42, XV, "d", alterada pela Lei nº 8.534/2002;

INFRAÇÃO 2 - Utilização e/ou apresentação dos livros fiscais fora das especificações de impressão e/ou numeração e/ou costura e/ou encadernação estabelecidas no RICMS/BA. Fatos geradores: janeiro a abril de 2012. Valor da Multa: R\$200,00 - Art. 42, XXII, alterada pela Lei nº 8.534/2002;

INFRAÇÃO 3 - Deixou de escriturar o livro Registro de Inventário. Fatos geradores: dezembro de 2011, 2012 e 2013. Valor da Multa: R\$338.901,66 - Art. 42, XII;

INFRAÇÃO 4 - Pela falta de entrega de arquivo eletrônico nos prazos previstos na legislação, ou pela sua entrega sem o nível de detalhe exigido pela Legislação. Fatos geradores: fevereiro a dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013. Valor da Multa: R\$48.300,00 - Art. 42, XIII-A, "j", alterada pela Lei nº 10.847/2007;

INFRAÇÃO 5 - Deixou de fornecer arquivos magnéticos exigido mediante intimação com informações das operações ou prestações realizadas. Fatos geradores: fevereiro a dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012, fevereiro a dezembro de 2013. Valor da Multa: R\$102.616,70 - Art. 42, XIII-A, "j", alterada pela Lei nº 10.847/2007;

...

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 29/09/2016 (fls. 664 a 675) e decidiu pela Procedência em Parte, em decisão não unânime. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO (Vencido quanto à infração 5)

Cuida o presente Auto de Infração da constituição de crédito tributário decorrente da apuração das infrações descritas na inicial dos autos. O contribuinte reconheceu a procedência dos itens 6 a 10, cujos valores foram parcelados, conforme constam dos documentos, extraídos do sistema SIGAT e acostados aos autos (fls. 628/654 - volume III). Cabível assinalar que, nos termos do art. 151, VI, do Código Tributário Nacional, o parcelamento da dívida fiscal acarreta a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, até que o débito seja quitado.

Nesses termos, a lide cingir-se-á às infrações 1 a 5, que tratam de imposição de penalidades por descumprimento de obrigações acessórias, por desatenção às regras do ICMS, contidas na Lei nº 7.014/96.

Na primeira infração, o contribuinte é acusado de deixar de escriturar Livros Fiscais; os fatos teriam ocorridos de maio a dezembro de 2012 e as penalidades aplicadas totalizaram R\$3.680,00, com infração tipificada no art. 42, XV, "d" (na redação dada pela Lei nº 8.534/2002).

Na segunda infração, a acusação é de utilização ou apresentação dos livros fiscais fora das especificações de impressão, de numeração, costura ou encadernação estabelecidas no RICMS/BA. Os fatos geradores ocorreram em janeiro, fevereiro, março e abril de 2012 e a multa aplicada é de R\$50,00 / mês, totalizando R\$200,00. Infração ao artigo 42, XXII (redação da Lei nº 8.534/2002).

Nas razões, alega o autuado que não se encontra obrigado no cumprimento de tal obrigação acessória, pois no período fiscalizado teria que entregar a EFD - Escrituração Fiscal Digital, que substitui a escrituração de livros fiscais.

Observa ainda que a descrição, na segunda infração, da apresentação de "livros fiscais fora das especificações ... estabelecidas no RICMS/BA", evidencia que os livros foram entregues pelo autuado. Diz que é inconciliável a acusação da falta de escrituração de livro fiscal, na primeira infração, com a afirmação da apresentação dos livros fora das especificações, na infração 2.

Rebate o Auditor Fiscal, aduzindo que foram entregues os livros fiscais Registro de Entrada, Registro de saídas, Registro de Apuração do ICMS, referente ao ano de 2012, sem encadernação; não sendo entregue o livro Registro de Inventário dos três exercícios.

A legislação do ICMS do Estado da Bahia estabelece a aplicação da multa de R\$460,00, pela infração tipificada no art. 42, inciso XV: "por falta ou atraso na escrituração de livro fiscal" e a aplicação da multa de R\$50,00, "em caso de descumprimento de obrigação acessória sem penalidade prevista expressamente nesta Lei" (redação na data dos fatos ocorridos)

A relação jurídica obrigacional tributária é objeto essencial do direito tributário. As obrigações tributárias acessórias são os deveres instrumentais exigidos pelo sujeito ativo (obrigação de fazer) com o intuito de assegurar o interesse da arrecadação dos tributos e também para facilitar a atividade de fiscalização no sujeito passivo. Decorre da legislação tributária (§ 2º, art. 113, CTN).

A legislação tributária estadual estabelece que o sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária (Lei nº 7.014/96, art. 34).

Entre as prestações positivas, encontra-se a obrigação de manter em cada estabelecimento, conforme as operações ou prestações que realizarem (além de escriturar), os livros fiscais previstos no Convênio SINIEF s/nº, de 15/12/70 (art. 212 do RICMS BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12). A partir de 01.01.2013, o contribuinte autuado está obrigado a proceder à Escrituração Fiscal Digital - EFD, que substitui, em seu primeiro módulo, a escrituração e impressão dos livros fiscais: Registro de Entradas; Registro de Saídas; Registro de Inventário; Registro de Apuração do ICMS, Controle do Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP (art. 247, § 1º, RICMS BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12).

Conforme pode ser extraído da própria redação do art. 115, CTN (fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal) não há definição de fato gerador para cada obrigação acessória. A obrigação acessória decorre de um, de vários dispositivos da legislação, ou do conjunto de normas que compõem a legislação tributária. Justamente por isso é que o descumprimento da obrigação acessória tributária precisa estar corretamente informado, sua descrição precisa espelhar efetivamente a realidade observada, em face da natureza da penalidade a ser aplicada, em cada caso concreto.

A acusação da falta de escrituração dos livros fiscais, no período de maio a dezembro, no item 1, poderia ser melhor formulada pelo Auditor Fiscal, descrevendo os livros que implicaram a penalidade, contudo, não resta confirmada a assertiva do autuado da dispensa de escriturar livros fiscais, em face da sua obrigatoriedade na entrega de EFD - Escrituração Fiscal Digital, no exercício de 2012, tendo em vista a informação extraída do Sistema Público de Escrituração Digital - SPED, que indica a inclusão do contribuinte em 01.01.2013 (fl. 449 - volume 1).

Examinando as peças processuais, verifico que cópias dos livros Registro de Inventário 2011, 2012 e 2013 se encontram acostados aos autos (fls. 135/439 - volume 2); porém, as cópias dos livros Registro de Entrada, Registro de Saída e Registro de Apuração de ICMS, foram juntadas aos autos, em relação ao período janeiro / abril de 2012. O autuado não cuidou de provar escrituração dos livros apontados na "descrição dos fatos", no período constante na acusação fiscal, atraindo a incidência da multa, abaixo tipificada.

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

(...)

XV - R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais):

(...)

d) por falta ou atraso na escrituração de livro fiscal."

Ocorre que a penalidade não é aplicada nos meses em que os livros não foram escriturados, mas, "por falta ou atraso na escrituração de livro fiscal", o que corresponde à multa de R\$460,00, por falta de escrituração dos livros Registro de Entrada, Registro de Saída, Registro de Apuração de ICMS, além do livro Registro de Inventário que somente foi apresentado, no momento da defesa do autuado, totalizando R\$1.840,00. Penalidade caracterizada, portanto, em R\$1.840,00.

A aplicação da penalidade descrita na infração 2 decorre da utilização ou apresentação dos livros fiscais acima descritos, no período em que foram apresentados (fls. 450/601 - volume 3), fora das especificações de impressão. Isto porque a legislação do imposto estabelece que "os livros fiscais serão impressos e terão suas folhas numeradas tipograficamente, em ordem crescente, devendo ser costuradas e encadernadas de modo a impedir a sua substituição" (art.316 do RICMS-97).

A sanção específica para a citada irregularidade não consta expressamente na Lei do ICMS, por isso a aplicação da penalidade prevista no art. 42, XXII, "R\$50,00 (cinquenta reais), em caso de descumprimento de obrigação acessória sem penalidade prevista expressamente nesta Lei", redação dada na época da apuração da infração.

Valem as mesmas observações com relação à aplicação da penalidade, anteriormente feita, que deve incidir pelo descumprimento da obrigação acessória e não nos diversos meses em que o mesmo fato se repetiu,

conforme entendeu o fiscal. Penalidade caracterizada e multa de R\$50,00.

A infração 3, descrita como "deixou de escriturar o livro Registro de Inventário" (art. 42, XII da Lei nº 7.014/96), com a consequente aplicação de multas no valor global de R\$338.901,66, resta descaracterizada, tendo em vista que se encontram presentes nos autos cópias dos livros Registro de Inventário para os exercícios 2011, 2012 e 2013 (fls. 135/439 - volume 2). Ademais, tal multa está indevidamente exigida, pois, sua incidência (5% do valor comercial, das mercadorias sujeitas a tributação entradas no estabelecimento, durante o exercício) ocorre quando não tiver sido regularmente escriturado o inventário, e esse fato constituir impedimento definitivo da apuração do imposto no período, não havendo outro meio de apurá-lo, do que não trata a presente questão. A apresentação do livro Registro de Inventário foi feita apenas na apresentação da defesa do autuado, cuja desatenção da obrigação acessória já foi objeto da penalidade aplicada na infração 1. Multa desse item 3 não resta subsistente.

As infrações 4 e 5 recaem sobre a falta de entrega de arquivos magnéticos.

Na quarta infração, o contribuinte é acusado da falta de entrega de arquivo eletrônico nos prazos previstos na legislação ou sua entrega sem o nível de detalhe exigido pela Legislação. Multas que totalizaram R\$48.300,00.

Os fatos punidos teriam ocorridos no período de fevereiro a dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, por infração ao art. 42, XIII-A, "j" (redação da Lei nº 10.847/2007).

Na quinta infração, o contribuinte é acusado de não ter fornecido arquivos magnéticos exigidos mediante intimação com informações das operações ou prestações realizadas. Multas somadas que perfizeram R\$102.616,70.

Os fatos punidos teriam ocorrido no mesmo período de fevereiro a dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012, fevereiro a dezembro de 2013, por infração ao artigo 42, XIII-A, "j" (redação da Lei nº 10.847/2007).

O sujeito passivo reclama de nulidade da infração 4, considerando o lançamento de multas por ausência de arquivos magnéticos sobre o mesmo período fiscalizado.

Com relação à infração 5, a defesa argumenta a improcedência da autuação, uma vez que não foram obedecidas orientações contidas na Instrução Normativa nº 55/2014 e não houve a intimação específica ali prevista.

Verifico que o Auditor Fiscal intimou regularmente o contribuinte para apresentar informações em meio magnético previstas no Convênio ICMS 57/95 (fl. 16). Outra intimação consta dos autos (fl.18). Relatórios com os demonstrativos das entradas, das saídas e dos valores das multas apuradas foram acostados aos autos (fls. 20/28) e servem de suporte à ocorrência fiscal.

Com efeito, o autuado explorando a atividade econômica de comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios - CNAE 4711-3/02, é considerado usuário do SEPD - Sistema Eletrônico de Processamento de Dados (Cláusula 1ª, § 3º do Convênio ICMS 57/95).

Nesse sentido, o art. 686, RICMS BA, vigente à época dos fatos em litígio, prevê a obrigação dos contribuintes usuários de sistema eletrônico de processamento de dados manterem os arquivos magnéticos, estabelecidos no Convênio ICMS 57/95, pelo prazo de cinco anos. O art. 708-A 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.

A partir da vigência do atual Regulamento do ICMS, as regras alusivas aos artigos eletrônicos do Convênio ICMS 57/95 estão estabelecidas nos artigos 259 e seguintes do Decreto nº 13.780/12, a partir de 01.04.12.

O contribuinte autuado encontra-se obrigado à EFD - Escrituração Fiscal Digital, a partir de 01.01.2013, ficando dispensado da entrega dos arquivos estabelecidos pelo Convênio ICMS 57/95, conforme consta do art. 253 do Decreto nº 13.780/12.

As multas aplicadas às infrações relacionadas com a falta de 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 da Lei nº 7.014/96.

Estabelece a legislação do ICMS que os arquivos magnéticos deverão ser entregues com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria, quando for o caso (art. 708-B, § 4º, RICMS BA-97). Intimado para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, o contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação.

Objetivando colaborar na interpretação das regras atinentes ao descumprimento da obrigação acessórias relacionadas com os arquivos eletrônicos foi editada a Instrução Normativa nº 55/14, que orienta os procedimentos na aplicação das multas referentes às respectivas infrações, previstas na Lei nº 7.014/96.

Nesse sentido, a primeira instrução é que a multa prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42, no valor de R\$1.380,00, deve ser aplicada por cada período de apuração em que o contribuinte deixou de enviar à Secretaria da Fazenda os arquivos eletrônicos, nos prazos previstos no RICMS BA ou entregou sem a inclusão de todos os tipos de registros a que estiver obrigada.

O autuado não contesta a falta de entrega dos arquivos, nos prazos estabelecidos na legislação (art.708-A, RICMS BA-97 ou no art. 259, §12, RICMS BA-12), independente de qualquer intimação, optando pela arguição de nulidade da infração, o que não ocorreu, restando caracterizado o descumprimento da obrigação acessória, atraindo a multa fixa estabelecida nessa infração 4.

Portanto, subsistente a penalidade exigida no item 4, no valor de R\$48.300,00.

Na infração 5, contudo, a aplicação da penalidade não deve prosperar. O ponto fundamental para a caracterização do descumprimento dessa obrigação acessória, que possibilita a aplicação cumulativa de 1% sobre o valor das saídas ou entrada, é que o autuado deixe de atender intimação subsequente para apresentação do arquivo eletrônico. As intimações acostadas aos autos provam apenas as intimações do autuado, no dia 02 de outubro e no dia 20 de outubro. Nesse caso, o fato de que o contribuinte não apresentou os arquivos deve estar comprovado, nos autos, isto porque, a desatenção à intimação é fundamento da autuação mais gravosa, esculpida no inciso XIII-A, alínea “j”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

A Instrução Normativa nº 55/14, na sua segunda instrução, assinala que a multa de 1% do valor das saídas ou das entradas, prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42, deve ser aplicada cumulativamente à multa de R\$1.380,00, quando o contribuinte que deixou de entregar o arquivo eletrônico ou entregou em desconformidade com a legislação, não atender a intimação subsequente para apresentação do mesmo ou atender sem a inclusão de todos os tipos de registros a que estava obrigado.

O Auditor Fiscal não cuidou de trazer aos autos tal comprovação. Anexou apenas, além das intimações, retromencionadas, demonstrativos com os valores que teriam dado suporte à exigência das multas (fls.20/28).

Ocorre que mesmo esses demonstrativos, que indicam a base de cálculo para a aplicação da penalidade (valores das entradas ou saídas, o que for maior) estão em contradição com os valores declarados pelo autuado em sua DMA, cujas cópias estão também acostadas aos autos às fls. 37/113. Não constam no PAF, nem o Auditor Fiscal faz quaisquer considerações sobre a origem dos valores que considerou como as saídas sobre as quais incidiu o percentual da multa de 1%, prevista na legislação regente (art. 42, alínea “j”, inciso XIII-A, da Lei nº 7.014/96).

Não se pode validar, assim, os valores das multas escolhidos pelo preposto fiscal. A autuação nesse item 5 é nula.

Diante do exposto, o presente Auto de Infração é **PROCEDENTE E PARTE**.

VOTO VENCEDOR (Infração 5)

Em relação à infração 5, entendemos que, apesar dos valores constantes dos demonstrativos de fls. 26, 27 e 28 estarem aquém dos declarados nas DMAs de fls. 73 a 113, a infração deve ser declarada procedente. O fato do autuante ter considerado como base de cálculo da multa formal apenas o valor das saídas tributadas, quando o correto seria considerar o valor de todas as saídas, conforme alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, considerando terem sido estas em valor superior ao das entradas, não torna o ato nulo.

Necessário se faz, entretanto, nova ação fiscal a fim de se proceder a reclamação do crédito tributário que deixou de ser exigido em razão do equívoco na determinação da base de cálculo, já que essa omissão na exigência não poderá ser sanada no presente auto por se constituir em agravamento da infração.

Convém destacar, também, que ocorreu outro equívoco na lavratura da infração 5. A base de cálculo referente ao mês de janeiro de 2011, constante no demonstrativo de fl. 26, foi consignada na ocorrência do mês de fevereiro de 2011, conforme fl. 03. Este equívoco desencadeou uma sequência de erros que comprometeu toda a referência dos meses constantes nos demonstrativos de fls. 26, 27 e 28 com os constantes da infração 5, tendo, ao final, ocorrido a duplicidade da base de cálculo nos meses de setembro e outubro de 2013. Deste modo, deve ser considerado como demonstrativo para efeito de cálculo do imposto devido na infração 5 apenas os demonstrativos de fls. 26, 27 e 28. Assim, o montante do Auto de Infração é o seguinte:

INF.	RESULTADO	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	3.680,00	1.840,00	-----
02	PROCEDENTE EM PARTE	200,00	50,00	-----
03	IMPROCEDENTE	338.901,66	0,00	-----
04	PROCEDENTE	48.300,00	48.300,00	-----
05	PROCEDENTE	102.616,70	102.616,70	-----
06	RECONHECIDA	3.887,66	3.887,66	60%
07	RECONHECIDA	1.322,04	1.322,04	60%

08	RECONHECIDA	133.630,04	133.630,04	60%
09	RECONHECIDA	1.630,57	1.630,57	60%
10	RECONHECIDA	460,00	460,00	-----
TOTAL		634.628,67	293.737,01	

Como a redução do crédito tributário foi superior a R\$100.000,00 (cem mil reais), a 1ª JJF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I, do RPAF/99.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs recurso voluntário às fls. 436 a 446, mediante o qual ataca a decisão de piso, somente naquilo que se refere às infrações 04 e 05, aduzindo as alegações que seguem.

Quanto à Infração 4, alega que comprovou, em sua peça de defesa, que a autuante incorreu em erro ao lançar a presente infração, haja vista que colide frontalmente com a Infração 02, ao passo que os fatos apontados pela autoridade fiscal se contradizem, de forma inequívoca.

Argumenta que admitir que o preposto fiscal possa lançar a multa por ele aplicada é admitir que este possa cobrar duas penalidades por descumprimento de obrigação acessória decorrente de um mesmo fato, o que não é permitido pela legislação que rege a matéria.

Ressalta que não há lógica entre as infrações lançadas pelo autuante, pois não existe segurança ou robustez na manutenção da Infração 04, devendo ser declarada nula.

Afirma que, apesar de a JJF ter entendido de forma diversa, resta evidente a impossibilidade de determinação específica do que é que o preposto autuante estabelece como sendo infração por descumprimento de obrigação acessória, ficando demonstrada, portanto, a nulidade do auto no que se refere a esta infração.

Quanto à Infração 5, da mesma forma que a Infração 04, alega que não merece prosperar em razão da evidente nulidade entranhada, pois foi objeto, de tão absurda, de decisão não unânime pela 1ª JJF.

Explica que, conforme restou consignado no acórdão recorrido, tanto o voto vencido quanto o voto vencedor mencionam que a base de cálculo adotada pelo autuante está em desconformidade com os valores declarados pelo autuado em sua DMA.

Afirma que não se sabe qual a origem dos valores considerados como saídas pela autoridade fiscal, sobre os quais incidiu o percentual da multa de 1%. Logo, conclui, não se pode validar os valores das multas lançadas neste item.

Alega, ademais, que inexistente segurança ou robustez na base de cálculo adotada pelo autuante, ao passo que, nem mesmo os julgadores de piso conseguiram identificar a origem dos valores considerados. Assegura que é gritante a nulidade desse item.

Alega, ainda, que a autuante errou sucessivamente, ao apurar a base de cálculo do mês de janeiro de 2011, sendo consignado na ocorrência do mês de fevereiro de 2011. Explica que o próprio julgador frisou que o citado equívoco desencadeou uma série de erros, comprometendo toda a referência dos meses constantes do demonstrativo de débito, tendo, ao final, ocorrido a duplicidade da base de cálculo dos meses de setembro e outubro de 2013.

Arremata a sua peça recursal, afirmando que não há qualquer segurança ou fundamento plausível para manter a Infração 5, devendo ser declarada nula.

VOTO

Quanto ao Recurso de Ofício, observo que a decisão da 1ª JJF (Acórdão Nº 0177-01/16), desonerou parcialmente o sujeito passivo, reduzindo o valor lançado de R\$634.628,67 para R\$293.737,01, em valores históricos (vide folha 675), o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito, observo que a redução do débito está relacionada à decretação de

improcedência da Infração 3 e da procedência parcial das infrações 1 e 2, sendo este o objeto do presente recurso.

A Infração 1 foi descrita como “*Deixou de escriturar Livros Fiscais*”. O sujeito passivo opôs-se ao lançamento, alegando que não estava obrigado a entregar os livros fiscais, pois se encontrava, no período, obrigado a entregar as EFD's. Em sua informação fiscal, o autuante manteve o lançamento, ao argumento de que a empresa estava obrigada a entregar os livros fiscais até o exercício de 2012, devendo entregar as EFD's somente em 2013. Explica que embora tenham sido entregues os livros referentes a 2012, estavam fora de especificação.

A JJF concluiu que houve, efetivamente, o descumprimento da obrigação acessória, mas discordou da possibilidade de aplicação da multa por cada um dos meses em que se verificou a falta de escrituração dos livros fiscais, pois entendeu que a penalidade deve ser aplicada uma única vez, por cada livro que se encontrar sem escrituração ou com atraso.

Examinando os autos, observo que a conduta que ensejou o lançamento relativo a este item foi a falta de escrituração de quatro livros fiscais, relativamente aos meses de maio a dezembro de 2012.

De fato, a despeito de a escrituração dos livros fiscais se renovar mensalmente, o tipo infracional refere-se, não à prática desses atos, individualmente considerados, mas a cada livro, tomado em sua integralidade, conforme se pode depreender da leitura do texto do art. 42, inciso XV, alínea “d”, abaixo reproduzido.

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

(...)

XV - R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais):

(...)

d) por falta ou atraso na escrituração de livro fiscal."

Assim, a unidade de conduta a ser considerada é a falta de escrituração do livro fiscal no período de maio a dezembro de 2012, o que somente pode ser apenado uma única vez (a cada ação fiscal desencadeada), por cada livro fiscal que esteja obrigado a manter o contribuinte.

Assim, entendo que não merece reparo a decisão de piso.

A Infração 2 descreve a conduta autuada assim “*Utilização e/ou apresentação dos livros fiscais fora das especificações de impressão e/ou numeração e/ou costura e/ou encadernação estabelecidas no RICMS/BA*”. A autuação aqui se refere aos quatro meses iniciais do ano, em relação aos quais, a empresa fez a entrega dos livros fiscais RAICMS, Registro de Entradas e Registro de Saídas fora, contudo, de especificação.

Como não há penalidade específica, na lei, a autoridade fiscal aplicou a sanção prevista no art. 42, inciso XXI, descrita da forma abaixo.

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

(...)

XXII - R\$ 50,00 (cinquenta reais), em caso de descumprimento de obrigação acessória sem penalidade prevista expressamente nesta Lei."

Vale, aqui, o que foi dito para a infração anterior, pois a unidade de conduta que serviu de base para a multa deve ser tomada por cada livro encontrado fora de especificação, o que se resume aos três acima citados, já que não houve a entrega do Livro Registro de Inventário.

Assim, entendo que a sanção de R\$50,00 deve ser única e aplicada em conformidade com a decisão da JJF, não merecendo reparo a decisão recorrida.

Quanto a Infração 3, a conduta descrita foi “*Deixou de escriturar o livro Registro de Inventário*”. O sujeito passivo alega ter entregue o Livro Registro de Inventário. A decisão de piso afastou a penalidade, pois constatou que o livro foi entregue.

Examinando os autos, observo que o Livro Registro de Inventário foi, efetivamente, entregue pelo sujeito passivo, conforme folhas 135/439, restando descaracterizada a infração. Mantenho a decisão de piso neste ponto.

Assim, Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto ao recurso voluntário, o sujeito passivo se insurge apenas em relação às Infrações 4 e 5, sendo este o objeto do Recurso.

Ambas as infrações se referem a multa. A primeira (Infração 4) decorreu da falta de envio dos arquivos eletrônicos (Sintegra, em 2011 e 2012, e a EFD, em 2013), enquanto que a segunda (Infração 5) decorreu da falta de atendimento da intimação subsequente.

Em sua impugnação, o sujeito passivo pede a decretação de nulidade da Infração 4, sem, contudo, explicitar os motivos, apenas afirmando que esta infração colide diretamente com a Infração 02. Opõe-se, também, à Infração 5, pedindo a sua nulidade sob o argumento de que não foi feita a intimação específica prevista na Instrução Normativa nº 55/14, bem como que houve erro material na apuração dos valores das multas. A JJF julgou procedente o lançamento nestes dois pontos. Em sede recursal, o contribuinte reitera os seus argumentos.

Quanto à Infração 4, entendo que não merece guarida a alegação recursal, pois a Infração 2 diz respeito aos livros fiscais, fisicamente considerados, enquanto que a presente infração diz respeito aos arquivos magnéticos, que não fazem parte da escrita fiscal do contribuinte, mas se constituem em obrigação acessória distinta daquela de manter livros fiscais. O exame dos autos revela o descumprimento da obrigação acessória, não tendo o sujeito passivo afirmado o contrário nem trazido qualquer prova nesse sentido. A Infração 4 está caracterizada. Mantida a decisão recorrida.

Quanto à Infração 5, o exame das intimações expedidas às folhas 16 e 18 revela que a autoridade expediu uma primeira intimação, no dia 02/10/2014, concedendo o prazo de 48 horas para a entrega dos arquivos magnéticos. Os documentos citados revelam também que foi expedida uma segunda intimação, datada de 20/10/2014, concedendo um novo prazo de 48 horas, ambas desatendidas pela empresa.

A despeito do desatendimento, noto que o prazo concedido pelo autuante se encontra em desacordo com o que estabelece a legislação, pois o art. 708-B, vigente em parte da autuação, prevê que seja concedido o prazo de cinco dias úteis, 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.”

Ademais, noto, ainda, que houve um duplo erro, por parte do autuante, na apuração da base de cálculo relativa à Infração 05. Inicialmente porque deixou de considerar o valor total das saídas, para efeito de aplicação da multa de 5%, tendo se limitado a aplicar o percentual sobre as saídas tributadas. Depois, porque incorreu em confusão nos valores transcritos para o demonstrativo de débito do SEAI, lançando os montantes apurados, em relação a todos os meses, no período imediatamente posterior, trazendo insegurança e incompreensão para o sujeito passivo que não compreendeu a metodologia utilizada para apuração dos valores da multa.

Tal incompreensão trouxe prejuízo ao exercício do direito de defesa do contribuinte, que se limitou a apontar o erro, sem adentrar nas demais questões atinentes à autuação, neste ponto. Entendo que o lançamento atinente à Infração 5 merece ser refeito, de forma compreensiva e a salvo de falhas, de forma a permitir que o sujeito passivo exerça na plenitude o seu direito de defesa.

Assim tenho por procedente a Infração 4 e nula a Infração 5.

Ex-positis, NÃO DOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício e dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, reduzindo o valor do débito conforme quadro abaixo.

INF.	RESULTADO	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	3.680,00	1.840,00	-----
02	PROCEDENTE EM PARTE	200,00	50,00	-----
03	IMPROCEDENTE	338.901,66	0,00	-----
04	PROCEDENTE	48.300,00	48.300,00	-----
05	NULA	102.616,70	0,00	-----
06	RECONHECIDA	3.887,66	3.887,66	60%
07	RECONHECIDA	1.322,04	1.322,04	60%
08	RECONHECIDA	133.630,04	133.630,04	60%
09	RECONHECIDA	1.630,57	1.630,57	60%
10	RECONHECIDA	460,00	460,00	-----
TOTAL		634.628,67	191.120,31	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **089027.0018/14-6**, lavrado contra **SUPERMERCADO PIONEIRO DE CONCEIÇÃO DA FEIRA LTDA. (DIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$140.470,31**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, alíneas "b", "d" e "f", da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$50.650,00**, previstas nos incisos XIII-A, "j", XV, alíneas "d" e "h" e XXII, do mesmo diploma legal citado, alteradas, respectivamente, pelas Leis nºs 10.847/07 e 8.534/02, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de agosto de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS