

PROCESSO - A. I. Nº 279268.3021/16-5
RECORRENTE - J. S. DE ANDRADE COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA. (J.S. DE ANDRADE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0085-04/17,
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - PUBLICAÇÃO: 21/12/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0415-12/17

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. **a)** EXIGIDO MEDIANTE INTIMAÇÃO. **b)** FALTA DE ENTREGA NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. Razões apresentadas pelo contribuinte na peça recursal não elidem a ação fiscal. Indeferido o pedido subsidiário de redução ou cancelamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria quanto à infração 5.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, formalizada através do Acórdão nº 0085-04/17, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 27/12/2016, para a exigência do crédito tributário no valor principal de R\$235.462,04, em decorrência das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 05 - *Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Depois de intimado através do seu DTE, o contribuinte não forneceu os arquivos previstos no Convênio ICMS 57/95 nos meses de maio a dezembro de 2013. Valor histórico: R\$217.181,63.*

Infração 06 - *Falta de entrega de arquivos magnéticos, nos prazos previstos pela legislação ou pela sua entrega sem o nível de detalho exigido pela legislação. O contribuinte deixou de apresentar os arquivos previstos no Convênio 57/95 referente aos meses de maio a dezembro de 2013. Valor histórico: R\$11.040,00.*

O Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte se restringe às infrações 5 e 6, sendo que em relação a esta última o pedido da recorrente está adstrito à redução ou cancelamento da multa por descumprimento de obrigação acessória, com base nas disposições do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96. As infrações 1 e 2 foram reconhecidas pelo sujeito passivo na fase de impugnação em 1ª instância e as infrações foram parcialmente acatadas com retificação de valores, pelo autuante, na fase de informação fiscal. A 4ª JJF, ao decidir a lide em relação às infrações 1, 2, 3 e 4 acolheu os pedidos formulados na inicial, tendo o contribuinte inclusive providenciado o pagamento dos valores que foram reconhecidos, conforme atesta os relatórios juntados às fls. 75/77 dos autos.

Em relação às infrações objeto do apelo empresarial o julgador de piso proferiu a decisão abaixo transcrita, formalizada através do Acórdão nº 0085-04/17, de 23/05/2017:

VOTO da JJF (Infrações 05 e 06)

(...)

As infrações 05 e 06 dizem respeito a arquivos magnéticos previstos no Convênio ICMS 57/95. A primeira trata da falta de entrega mensal destes arquivos pela empresa autuada durante os meses de maio a dezembro de 2013 e na infração 06 houve a aplicação da multa de 1% sobre o valor das entradas de mercadorias neste mesmo período.

O argumento do deficiente é que no período fiscalizado já não mais estava obrigado a entregar os arquivos magnéticos do SINTEGRA diante das determinações do art. 253, do RICMS/12, ou seja, obrigado estava a apresentar ao fisco tão somente a sua escrituração fiscal digital - EFD.

Este seria argumento pertinente se o impugnante trouxesse aos autos esta comprovação. Não o fez, apenas afirma que começou a utilizá-la a partir de 2013. Diante das determinações do art. 123, do RPAF/BA falta a

prova de sua alegação. Por seu turno, o autuante, quando de sua informação fiscal demonstrou, através das informações contidas junto a esta Secretaria de Fazenda (Consulta de Arquivo EFD – fl. 72) que no ano de 2013 o contribuinte não apresentou qualquer arquivo de sua EFD, somente o fazendo a partir de 2014 (período não autuado).

Observo que embora o art. 253, do RICMS/12 determine a dispensa da entrega dos arquivos estabelecidos pelo Conv. ICMS 57/95 a partir de 1º de janeiro de 2012, esta dispensa somente se realiza quando da obrigatoriedade do contribuinte em migrar sua escrituração fiscal, quer manual ou informatizada, para a Escrituração Fiscal Digital – EFD. E como ainda estava, no período fiscalizado, em fase de implantação total, a obrigatoriedade da EFD foi escalonada, como se pode verificar pelas determinações do art. 248, do RICMS/12, vigente à época dos fatos geradores e a seguir transcrito.

Art. 248. A Escrituração Fiscal Digital (EFD) é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, observando-se os prazos estabelecidos a seguir, de acordo com o montante referente às operações e prestações sujeitas ao ICMS no ano imediatamente anterior:

I - a partir de 01/01/2011, aqueles cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido superior a R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais), observado o disposto no § 3º do art. 250;

II - a partir de 01/01/2012, aqueles cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido superior a R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais) até o limite de R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais), observado o disposto no § 4º do art. 250;

III - a partir de 01/01/2013, aqueles cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido igual ou superior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) até o limite de R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais);

IV - a partir de 01/01/2014, os não optantes do Simples Nacional, cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido inferior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais);

V - a partir de 01/01/2016, os contribuintes optantes pelo Simples Nacional, exceto o Microempreendedor Individual - MEI.

Nota: O inciso V foi acrescentado ao caput do art. 248 pela Alteração nº 19 (Decreto nº 14.812, de 14/11/13, DOE de 15/11/13), efeitos a partir de 14/11/13 a 30/09/14.

§ 1º Excluem-se do disposto no caput os estabelecimentos dos contribuintes relacionados no anexo V do Protocolo ICMS 77/08 obrigados ao envio da EFD a partir de 01/01/2009.

§ 2º Na hipótese de fusão, incorporação ou cisão, a obrigatoriedade de que trata o caput deste artigo se estende à empresa incorporadora, cindida ou resultante da cisão ou fusão.

§ 3º O contribuinte não obrigado ao disposto no caput poderá, em caráter irretratável, optar pela EFD, mediante requerimento ao inspetor fazendário da sua circunscrição fiscal.

§ 4º O contribuinte obrigado ao uso da EFD:

I - permanecerá com a obrigação, mesmo que o faturamento em anos subsequentes seja inferior ao mínimo estabelecido, exceto na hipótese de opção pelo Simples Nacional, caso em que deverá solicitar de imediato o desenquadramento da EFD;

II - deverá apresentar a declaração com perfil “B”, com exceção das empresas de energia elétrica, comunicação e telecomunicação signatárias do Convênio ICMS 115/03, que deverão apresentar a declaração com perfil “A”.

Diante do exposto carece de provas o argumento de defesa de que estava obrigado a escriturar a sua EFD no período autuado.

No mais, ao analisar os autos, resta provado que a partir de maio de 2013 (fls. 36/37) o autuado não mais entregou os arquivos magnéticos, via SINTEGRA.

De igual forma, intimado pelo fisco a fazê-lo no prazo de cinco dias, não o fez (fl. 35), preferindo o silêncio.

Diante de toda a situação ora analisada, somente posso alinhar-me ao autuante, ou seja, no período autuado (maio a dezembro de 2013) o contribuinte ainda continuava a ser obrigado a enviar à SEFAZ os arquivos magnéticos, via SINTEGRA, conforme determinações do Convênio ICMS 57/95, não o fazendo.

Em assim sendo, dispõe o art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96:

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.

Na infração 06 foi exigida a multa de R\$1.380,00 pela falta de entrega mensal dos arquivos magnéticos nos prazos regulamentares, perfazendo um total de R\$11.040,00 (demonstrativo à fl. 34 dos autos).

Na infração 05 foi exigida a multa no valor de R\$217.181,63 correspondente a 1% do valor das entradas (por ser maior do que o das saídas) pela falta de entrega dos arquivos magnéticos quando regularmente intimado (fl. 33 do processo).

Por tudo exposto, as infrações 05 e 06 são mantidas.

No entanto, faço a seguinte ressalva em relação à infração 05.

O contribuinte foi intimado pelo fisco a apresentar os arquivos magnéticos (maio a dezembro de 2013) em 25/10/2016 (fl. 35) através do seu domicílio fiscal (DT-e). A ciência desta intimação se deu em 10/11/2016, conforme determinações do art. 108, § 3º, III, do RPAF/BA. A empresa teve o prazo de cinco dias para transmitir os arquivos magnéticos omissos, não o fazendo. Portanto, a data de ocorrência do fato gerador da multa aplicada deve ser aquela correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo, ou seja, 16/11/2016 e não mensalmente como aplicou o autuante. Ressalto, inclusive, que esta é a orientação técnica dada por esta SEFAZ aos auditores fiscais, conforme se depreende da OTE – DPF 3005, que no item 6.1 estabelece que “na lavratura de auto de infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento do auto de infração deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados”.

Pelo exposto e de ofício, retifico a data de ocorrência dos fatos geradores da multa aplicada na infração 05 de mensal para o dia 16/11/2016.

Voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração, mantendo em sua totalidade as infrações 01, 02, 05 e 06 e parcialmente as infrações 03 e 04, nos valores, respectivamente, de R\$818,60 e R\$0,95 conforme demonstrativos elaborados pelo autuante às fls. 68/71 dos autos, perfazendo um total de ICMS no valor de R\$4.514,58 e multas, de caráter acessório nos valor total de R\$229.041,18. Solicita-se que o órgão competente desta Secretaria de Fazenda que homologue os valores recolhidos.

Inconformado com a referida decisão no tocante à solução dada para as infrações 5 e 6, o contribuinte, através de seu advogado, habilitado a atuar no processo através do instrumento anexado à fl. 103, ingressou tempestivamente com Recurso Voluntário.

RAZÕES RECURSAIS – Infração 5: Foi alegado, em 1^a instância, que a empresa autuada iniciou a transmissão para o fisco de arquivo da EFD-ICMS/IPI no ano de 2013, e que as multas exigidas nas infrações 5 e 6 são improcedentes, haja vista o dispositivo do art. 253 do RICMS que estabelece:

Art. 253. *O uso da EFD dispensará o contribuinte da entrega dos arquivos estabelecidos pelo Conv. ICMS 57/95 a partir de 1º de janeiro de 2012.*

Na decisão de piso as exigências das respectivas penalidades foram mantidas em razão do contribuinte não ter apresentado provas de que procedeu à transmissão dos arquivos da EFD-ICMS/IPI para o exercício de 2013. Disse que para sua surpresa foi declarado pelo fisco que não houve transmissão nenhum arquivo em relação aos meses do exercício de 2013.

Na fase recursal a autuada afirma ter verificado que as empresas de contabilidade que lhe prestaram os serviços contábeis não cumpriram a obrigação acessória correspondente. Porém, em que pese tal constatação, somente a infração 6 poderia prosperar, pois se refere a não entrega de arquivos magnéticos no prazo definido na legislação.

Consignou a intimação do fisco que desencadeou as cobranças em lide ocorreu no dia 25/10/2016, conforme foi ressaltado pelo julgador de primeira instância em seu voto, cujo trecho é abaixo reproduzido:

O contribuinte foi intimado pelo fisco a apresentar os arquivos magnéticos (maio a dezembro de 2013) em 25/10/2016 (fl. 35) através do seu domicílio fiscal (DT-e). A ciência desta intimação se deu em 10/11/2016, conforme determinações do art. 108, § 3º, III, do RPAF/BA. A empresa teve o prazo de cinco dias para transmitir os arquivos magnéticos omissos, não o fazendo. Portanto, a data de ocorrência do fato gerador da multa aplicada deve ser aquela correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo, ou seja, 16/11/2016 e não mensalmente como aplicou o autuante. Ressalto, inclusive, que esta é a orientação técnica dada por esta SEFAZ aos auditores fiscais, conforme se depreende da OTE – DPF 3005, que no item 6.1 estabelece que “na lavratura de auto de infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento do auto de infração deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados”.

Juntou as cópias da intimação datada de 25/10/2016 e também da página do DT-e da autuada referente a correspondências eletrônicas. Enfatizou que a tipificação legal (Lei nº 7.014/96), quanto às ocorrências objeto de apelo, apresenta o seguinte teor (art. 42, inc. XIII-A):

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;

Entende que a partir da leitura do citado dispositivo legal atinente à multa de 1% a penalidade em questão somente deveria ser aplicada *“pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo”*. Nessa linha de interpretação a recorrente sustenta que a expressão *“intimação subsequente”* refere-se à uma intimação posterior à intimação anterior. Ou seja, para aplicação da multa de 1% haveria de existir o descumprimento de duas intimações para apresentação dos arquivos. Como somente houve uma única intimação para apresentação dos arquivos (25/10/2016), somente a multa lançada na infração 6 poderia ser exigida.

Argumenta que esse entendimento deve ser considerado como certo, pois se o legislador quisesse dizer que seria uma única intimação teria redigido a norma conforme a redação constante da parte final da alínea “l” do inc. XIII-A do art. 42, da Lei nº 7.014/96, ou seja, *“pelo não atendimento de intimação para entrega da escrituração não enviada”*, sendo que no caso de Sintegra, de arquivo não enviado. Reproduziu o teor do dispositivo em análise:

l) R\$1.380,00 (um mil, trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital - EFD, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas, em cada período de apuração, pelo não atendimento de intimação para entrega da escrituração não enviada;

Requer a recorrente a reforma do Acórdão da JJF para modificar a Decisão de Primeira Instância em relação à infração 5, julgando-a improcedente.

Razões recursais infração 6: pede a recorrente que a penalidade aplicada seja reduzida ou mesmo cancelada, pois o contribuinte não teria agido com dolo, fraude ou simulação. Afirmou que somente agora se deu conta de que terceiros contratados deixaram de cumprir com suas obrigações contratuais, causando dano à autuada. Que no ano de 2013 a autuada teve a sua contabilidade executada por duas empresas externas e que as duas não cumpriram com suas obrigações. Disse ainda que o não cumprimento da obrigação acessória não resultou em falta de recolhimento de imposto.

Discorreu em seguida que a previsão legal para redução ou cancelamento de multa por descumprimento de obrigações acessórias está inserida no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, cujo inteiro teor reproduziu na peça recursal.

Em razões subsidiárias pede que caso as razões recursais para a infração 5 não sejam aceitas, que também seja aplicado o benefício previsto no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, pelos mesmos motivos expostos para a redução ou cancelamento da infração 06.

VOTO

Temos sob apreciação Recurso Voluntário, através do qual é submetida a reexame deste colegiado a Decisão proferida pela 4^a Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0085-04/17. O apelo empresarial se restringe às infrações 05 e 06, sendo que em relação à última ocorrência, o pedido da recorrente está adstrito à redução ou cancelamento da multa por descumprimento de obrigação acessória, com base nas disposições do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96.

No Acórdão de piso foi declarada a Procedência Parcial do Auto de Infração em lide, porém os valores lançados nas infrações 5 e 6 foram mantidos não sua integralidade. A infração 5 foi alterada tão somente no tocante ao prazo de vencimento da obrigação tributária, tendo o julgador de piso, ao proceder à modificação, expressado o seguinte entendimento em seu voto:

O contribuinte foi intimado pelo fisco a apresentar os arquivos magnéticos (maio a dezembro de 2013) em 25/10/2016 (fl. 35) através do seu domicílio fiscal (DT-e). A ciência desta intimação se deu em 10/11/2016, conforme determinações do art. 108, § 3º, III, do RPAF/BA. A empresa teve o prazo de cinco dias para transmitir os arquivos magnéticos omissos, não o fazendo. Portanto, a data de ocorrência do fato gerador da multa aplicada deve ser aquela correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo, ou seja, 16/11/2016 e não mensalmente como aplicou o autuante. Ressalto, inclusive, que esta é a orientação técnica dada por esta SEFAZ aos auditores fiscais, conforme se depreende da OTE – DPF 3005, que no item 6.1 estabelece que “na lavratura de auto de infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento do auto de infração deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados”.

Pelo exposto e de ofício, retifico a data de ocorrência dos fatos geradores da multa aplicada na infração 05 de mensal para o dia 16/11/2016.

A infração 5, ora em exame, envolve a cobrança de multa por descumprimento de obrigação acessória, em razão do contribuinte ter deixado de fornecer arquivos magnéticos, relativamente aos meses de maio a dezembro de 2013, exigidos mediante intimação, com as informações das operações e prestações realizadas naqueles períodos mensais.. Aplicada a penalidade de 1% sobre o valor das entradas, conforme demonstrativo de débito anexado à fl. 33 dos autos. O contribuinte foi intimado através do DTE (Domicílio Tributário Eletrônico – doc. fl. 35) e após o prazo de 5 (cinco) dias úteis não forneceu os arquivos previstos no Convênio ICMS 57/95 (Arquivos Sintegra).

No Recurso Voluntário o contribuinte, através de seu patrono sustenta a inaplicabilidade da multa de 1% (um por cento) sobre o valor das entradas ao argumento de que para a caracterização da infração, na forma como foi redigida a alínea “j”, do inc. XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, deveriam ter sido lavradas duas intimações para apresentação dos arquivos. Como somente houve uma única intimação, formalizada em 25/10/2016, a multa lançada na infração 5 não poderia ser exigida.

Para melhor entendimento da questão posta pelo recorrente, reproduzo abaixo o dispositivo legal em que se sustenta a tese do contribuinte:

Art. 42 – (...)

Inc. XIII-A -

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. (grifos nossos);

A expressão “pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação de respectivo

“arquivo” constante da parte final da alínea “j”, do inc. XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, poderia levar à interpretação que foi sustentada pelo recorrente, se fizermos uma análise superficial e fora do contexto da norma apenadora.

Ocorre que a incidência da penalidade de R\$1.380,00 para cada mês em que o contribuinte deixou de entregar os arquivos magnéticos nos prazos previstos na legislação, não se faz necessária a expedição de prévia intimação. A infração já está caracterizada pela impontualidade do sujeito passivo, ou seja, a falta de entrega pura e simples dos arquivos eletrônicos nos prazos regulamentares, via internet, já caracteriza a infração quanto à penalidade fixa de R\$1.380,00. Já para a aplicação da penalidade cumulativa de 1% do valor das entradas ou das saídas, o que foi maior, se faz necessário que o autuante expeça uma única intimação. Essa intimação se dá contexto da prévia falta de entrega dos arquivos, via internet. Findo o prazo de 5 (cinco) dias úteis, permanecendo o contribuinte omissivo de entrega, encontra-se configurada a segunda infração, com a possibilidade de aplicação cumulativa da multa de 1%.

A hipótese da lavratura de uma segunda intimação somente se apresentaria se o contribuinte tivesse entregue os arquivos, via internet, nos prazos definidos em Regulamento ou após a primeira notificação, porém sem o nível de detalhe exigido na legislação ou com ausência de alguns registros. Nessa hipótese, além da intimação para apresentação dos arquivos eletrônicos, far-se-ia necessária a expedição da segunda intimação com o fornecimento da Listagem Diagnóstico com o detalhamento das inconsistências, e a concessão do prazo de 30 (trinta) dias para as devidas correções. Somente decorrido aquele prazo de 30 (trinta) dias estaria configurada a infração cumulativa de 1%. (um por cento).

No caso em exame o contribuinte estava omissivo de entrega dos arquivos nos prazos definidos no Regulamento e permaneceu omissivo mesmo depois de intimado quando do início do procedimento de fiscalização. Não haveria necessidade de formalização de uma segunda intimação, posto que a total ausência de entrega de arquivos não demandaria a necessidade da segunda notificação para se proceder às correções das inconsistências. Não havia o que ser corrigido, pois nenhum arquivo foi entregue à autoridade fiscal.

Pelas razões acima expostas não acolho o pedido da recorrente para excluir a multa lançada no item 5 do Auto de Infração, pois a exigência fiscal está em plena conformidade com o texto da lei apenadora (art. 42, inc. XIII-A, letra “j”, da Lei nº 7.014/96).

Passo doravante a enfrentar os pedidos de cancelamento ou redução das penalidades, das infrações 05 e 06, com fundamento nas disposições do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96.

Os demonstrativos em que baseia as referidas infrações está anexoado, respectivamente, às fls. 33 a 34 do PAF, envolvendo a omissão de entrega de arquivos eletrônicos dos meses de maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro do exercício de 2013. Portanto, as omissões de repetiram ao longo de 8 (oito) meses consecutivos.

A dosimetria das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias implica a análise de aspectos subjetivos e objetivos, estabelecendo a lei que conduta do sujeito passivo não tenha implicado em falta de pagamento de tributo e as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação.

Quanto ao aspecto objetivo relacionado à falta de pagamento de tributo não há como se estabelecer qualquer parâmetro de avaliação posto que inexiste nos autos a demonstração de que o agente do fisco tenha aplicado os roteiros normais de fiscalização ao longo de 2013. A ausência dos arquivos eletrônicos, com certeza, se não impossibilitou totalmente a aplicação de alguns roteiros de fiscalização/auditoria, constitui um obstáculo considerável para o desenvolvimento regular dos trabalhos e a decorrente homologação dos valores recolhidos naquele exercício.

No que se refere ao aspecto subjetivo, atinente à ausência de dolo ou culpa, não se mostra razoável entender que o contribuinte tenha no caso em exame agido de forma diligente e no sentido de corrigir antes da ação fiscal as omissões relacionadas à falta de entrega dos arquivos

eletrônicos. A única justificativa trazida ao conhecimento dessa corte administrativa foi que os escritórios de contabilidade contratados pela autuada deixaram de cumprir com suas obrigações contratuais, causando dano à autuada. Essa escusa não pode ser oposta a Fazenda Pública Estadual, pois o dano causado pela escolha indevida ou inadequada de terceiros, prestadores de serviços contábeis, não exime a responsabilidade a empresa autuada. A denominada culpa “*in eligendo*” ou culpa na escolha não retira a responsabilidade da infração cometida. Quando escolha de algo ou alguém é realizada sem as cautelas necessárias surge a responsabilidade para aquele incumbido de escolher.

Pelas razões acima expostas mantenho as penalidades lançadas nos itens 05 e 06 do A.I., nos valores, respectivamente de, R\$217.181,63 e R\$11.040,00, considerando que o contribuinte não trouxe na peça recursal qualquer fato plausível que justificasse a falta de entrega dos arquivos eletrônicos ao longo de 08 (oito) meses. Ademais que a falta desses arquivos inviabilizou ou ao menos impôs ao fisco extrema dificuldade na aplicação dos roteiros homologatórios de fiscalização, especialmente os roteiros relacionados à contagem dos estoques físicos.

A multa da infração 5, em conformidade com a Decisão da Junta, tem a data de ocorrência e vencimento alterada visto que infração por descumprimento de obrigação acessória relativa à falta de entrega dos arquivos magnéticos somente se concretizou após o término do prazo consignado na intimação para apresentação dos correspondentes, arquivos, fato verificado 16/11/2016 e não mensalmente como foi detalhado pelo autuante na peça acusatória. Dessa forma, os campos, data de ocorrência e data de vencimento do auto de infração deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação, conforme tabela abaixo:

Ocorrência	Vencimento	Multa (%)	Base de Cálculo - R\$	Valor devido - R\$
16/11/2016	16/11/2016	1%	21.718.163,00	217.181,63

Com arrimo na fundamentação acima, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto e mantenho integralmente a Decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal.

VOTO DIVERGENTE (Infração 5)

Peço a devida vênia para discordar do i. Relator quanto ao seu posicionamento em relação às Infrações 5 - Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Depois de intimado através do seu DTE, o contribuinte não forneceu os arquivos previstos no Convênio ICMS 57/95 nos meses de maio a dezembro de 2013.

Em sua tese recursal, a Recorrente sustenta a inaplicabilidade da multa de 1% (um por cento) sobre o valor das entradas ao argumento de que para a caracterização da infração, na forma como foi redigida a alínea “j”, do inc. XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, deveriam ter sido lavradas duas intimações para apresentação dos arquivos. Como somente houve uma única intimação, formalizada em 25/10/2016, a multa lançada na infração 5 não poderia ser exigida.

Para deslinde da questão posta pelo recorrente, reproduzo abaixo o dispositivo legal em que se sustenta a tese do contribuinte:

Art. 42 – (...)

Inc. XIII-A -

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. (grifos nossos);

Entendo que a expressão “*pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação de respectivo arquivo*” constante da parte final da alínea “j”, do inc. XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, leva à interpretação de ser necessária uma intimação subsequente para a apresentação do respectivo arquivo.

Verifico nos fólios processuais que houve uma única intimação no dia 25/10/2016, assim dou razão a tese recursal da recorrente quanto a necessidade de nova intimação fiscal para cobrança da multa prevista na a alínea “j”, do inc. XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Ante o exposto julgo a infração insubsistente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à infração 5, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279268.3021/16-5, lavrado contra **J. S. DE ANDRADE COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.** (J.S. DE ANDRADE), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.514,58**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$229.041,18**, previstas nos incisos IX, XI e XIII-A, “j”, da referida lei e artigo já citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor já recolhido.

VOTO VENCEDOR (Infração 5) – Conselheiros: Tolstoi Seara Nolasco, Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Maurício Souza Passos

VOTO DIVERGENTE (Infração 5) – Conselheiros: Paulo Sérgio Sena Dantas, Leila Barreto Nogueira Vilas Boas e José Carlos Barros Rodeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de novembro de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – VOTO DIVERGENTE
(Infração 5)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS