

A. I. Nº - 206969.0004/09-3
AUTUADO - ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A
AUTUANTE - IRLENE ERCI LINO
ORIGEM - INFAS ILHÉUS
INTERNET - 21.05.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0134-04/10

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA. ENTREGA APÓS INTIMAÇÃO. MULTA. Restou comprovado que o estabelecimento autuado tendo sido intimado para fazer entrega dos arquivos magnéticos, não o fez no prazo legal concedido o que caracteriza descumprimento da obrigação acessória. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 25/06/09, para aplicar multa no valor de R\$ 368.104,48, por ter deixado de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação com informações das operações ou prestações realizadas. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte é usuário de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados (SEPD), sendo obrigado a informar em meio magnético as operações realizadas e que no decurso dos trabalhos de fiscalização foi intimado em 29/04/09 e 11/05/09 e apesar do prazo concedido, não apresentou os referidos arquivos o que culminou com a autuação.

O autuado na defesa apresentada (fls. 90/104) inicialmente discorre sobre a autuação e afirma que à primeira vista denota uma aparência de juridicidade intocável, mas de verdade, de fato e de razão, há “inconciliáveis agressões a ditames legais que inviabilizam a possibilidade jurídica do lançamento ora impugnado em toda sua inteireza”.

Argumenta que o art. 42, XIII-A da Lei Estadual nº 7.014/96 contempla duas penalidades distintas para o mesmo fato antijurídico (a não entrega dos arquivos magnéticos ao SINTEGRA), que são as alíneas “g” e “i”, sendo a segunda premissa a cabível (alínea “i”), por ser ela a menos severa, nos termos do art. 106, II, alínea “c” do Código Tributário Nacional. Por conseguinte, afirma que aplicar uma sanção mais severa por descumprimento de obrigação acessória agride os princípios tributários previstos no CTN, por ser uma concepção simplesmente fiscalista, sem nenhum comprometimento com o Direito.

Diz que a alínea “g” do inciso “XIII-A” do seu art. 42 da Lei nº 7.014/96 é inaplicável em qualquer hipótese, haja vista vício material que o macula.

Aduz que a não apresentação de arquivos magnéticos do SINTEGRA é um fato que só figura como tipo de duas penalidades diferentes na supra referida lei estadual, conforme transcreveu à fl. 92, ressaltando que não se queira contra-arrazoar apenas com a premissa simplista de que em havendo intimação do contribuinte para entrega dos referidos arquivos magnéticos ocorre transmudação da natureza do fato tipificado pela norma, para com isso emprestar legitimidade à penalidade prevista na alínea “g” do dispositivo legal mencionado.

Entende que se tratando de descumprimento de uma mesma obrigação tributária acessória, a medida de sua relevância é a mesma com ou sem intimação do sujeito passivo para efetivá-la.

Afirma que se cabe algum prejuízo a não entrega dos arquivos à Fazenda Pública, o fato é o mesmo antes ou depois da notificação, além de que o Estado possui inúmeros meios, já conhecidos, para verificar a exatidão ou não dos elementos fiscais na situação presente, sem necessariamente depender de arquivos m

Alega que a legislação tributária elenca uma grande exacerbação de penalidades quando o sujeito passivo tributário não cumpre suas obrigações espontaneamente, antes de ser intimado a cumpri-las, mesmo cumprida a obrigação principal (pagamento de tributo devido).

Transcreve o art. 106, II, “c” do CTN e diz que em se tratando de ato não definitivamente julgado, deve ser aplicada a penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, o que entende aplicar a situação presente, visto que a norma sancionadora trata de penalidades diferentes para o mesmo ilícito.

Em seguida discorre sobre as atribuições do Conselho Estadual de Fazenda, nos termos do art. 168 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) e os princípios estabelecidos no seu art. 2º, da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

Argumenta que mesmo assim, este Tribunal Administrativo se recusa a interpretar a norma tributária e declarar sua ilegalidade por vícios de forma e/ou de substância, ainda que a reconheça viciada, sob o argumento primarismo de que não cabe a ele julgar em desacordo com a legislação estadual vigente, contradizendo até mesmo sua existência “como órgão de controle da legalidade”.

Ressalta que os tribunais administrativos têm como função dizer o direito nas lides postas sob apreciação deles; função esta que deve ser desempenhada controlando a legalidade das leis e atos normativos, dizendo “Afinal, controlam o quê, se acham que não podem dizer que uma lei é ilegal perante os princípios constitucionais tributários? Claro que podem”.

Em seguida transcreve parte de texto de autoria dos professores Wagner Balera, Maria Daniela Bacheaga Feijó Rosa, Roberto Leal de Carvalho, Carlos Maximiliano, Karl Engisch, Paulo de Barros Carvalho e Eduardo Domingos Bottallo versando sobre a aplicação do direito, questões constitucionais, funções administrativas, litígios, normas inconstitucionais, recusa de apreciação de constitucionalidade por parte de Tribunais Administrativos, tudo para reforçar o seu posicionamento de que o órgão judicante administrativo “não só pode como deve se pronunciar sobre a ilegalidade constitucional” posta como matéria de defesa, sob pena de encerrar um feito administrativo com desrespeito à Constituição Federal (art. 5º, inciso LV), que assegura “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”.

No mérito, afirma que, podendo e devendo conhecer a matéria, o Tribunal Administrativo há de convir que o Direito do Estado se satisfaz com a penalidade prevista na dita alínea “i” (R\$ 1.380,00, por arquivo não entregue nos prazos legais) e porque intima o contribuinte a entregá-los, passa a impor uma multa equivalente a 1% (um por cento) sobre o total das saídas de mercadorias e da prestação de serviços no período, exacerbando de modo injustificável o valor monetário da pena.

Afirma que a penalidade aplicada é desproporcional, caracteriza confisco em flagrante agressão aos ditames constitucionais (art. 150, IV, da CF) indo de encontro aos princípios da: a) proteção da propriedade privada; b) da capacidade contributiva, e; c) razoabilidade, que implica no da proporcionalidade, que contendo uma noção de proporção, adequação, medida justa, prudente e apropriada à necessidade exigida pelo caso presente, guardando uma adequada relação com alguma coisa a qual está ligado.

Transcreve parte de texto de autoria dos professores Helenilson Cunha Pontes, Apud, Mirian Gonçalves Dilguerian, Marçal Justen Filho, Apud, Leon Frejda Szklarowsky e decisão do Supremo Tribunal Federal, no RE- 90.770-0 e RE-90.948-6 reduzindo as multas previstas nos dispositivos da legislação estadual a patamares condizentes com os fatos injurídicos praticados.

Ressalta ainda que o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia manifesta entendimento pacífico de que dispositivos de lei impostoras de penalidades confiscatórias são sua inteireza, levando em conta a desproporcionalidade da penalid

se deleitar com o não atendimento de uma simples intimação por parte do contribuinte, prerrogativa de arrecadar, a título de multa, quantia excessivamente vultosa, milhares de vezes superiores ao que arrecadaria não fosse a intimação, o que no seu entendimento materializa indubitavelmente o confisco, situação esta prevista no art. 42, XIII-A, “g” da Lei nº 7.014/96, sem dúvida, contaminada por este vício que lhe retira a eficácia para incidir.

Conclui dizendo que de fato houve infração e penalidade a ser aplicada, mas não a prevista na alínea “g” e sim da alínea “i” do inciso “XIII-A” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, seja porque a da alínea “i” é mais benigna para penalizar o mesmo fato antijurídico, seja pela pecha de ilegalidade constitucional que macula a norma da retro citada alínea “g”, haja vista sua nítida natureza confiscatória. Requer a procedência parcial do Auto de Infração.

A autuante, na informação fiscal prestada (fls. 119/121) inicialmente discorre sobre as alegações defensivas e esclarece que o estabelecimento autuado exerce a atividade de supermercado e possui mais de quinze Emissores de Cupons Fiscais (ECF), conforme relação juntada às fls. 19/24, sendo obrigado a fornecer à SEFAZ arquivo em meio magnético validado pelo SINTEGRA, contendo todas as informações correspondentes às entradas e saídas com os dados por itens de mercadorias (Convênio 57/95 e artigos 683, § 3º, 686 e 708-A do RICMS/BA).

Salientamos que ao contrário do que foi afirmado pelo defensor, o Estado não tem como verificar a exatidão dos elementos fiscais com a documentação por ele disponibilizada, tendo em vista que a leitura da memória fiscal dos ECFs e os cupons Redução Z só fornecem os dados totalizados de cada situação tributária das saídas por ECF. Inclusive que para a verificação das saídas (identificação das mercadorias, valor das mercadorias, base de cálculo, alíquota, situação tributária, etc...) só é possível com os arquivos em meio magnético, já que é “impossível” efetuar esse levantamento manualmente.

Quanto à questão de direito, destaca que os dispositivos citados e transcritos pela defesa não são aplicáveis ao fato em questão e não correspondem ao texto legal citado – art. 42, XIII-A, “i” e “g” (fl. 92). Ressalta que os Docs. 01 e 02 colacionados pela defesa são cópias reprográficas de acórdãos proferidos em recursos extraordinários datados de 1979, referentes a fatos geradores do início da década de 1970, quando sequer existiam os computadores pessoais, não podendo servir de parâmetro para descumprimento de obrigação acessória (fornecimento de arquivos em meio magnético) no contexto atual (legal e de nível de informatização).

Afirma que como o contribuinte não cumpriu sua obrigação de entregar os arquivos à SEFAZ no prazo regulamentar, foi intimado para apresentá-los e não atendida a primeira intimação, foi autuado (AI 206969.0003/09-7, fl. 09) com aplicação da penalidade de R\$ 1.380,00 e por não ter atendido a segunda intimação, mesmo com a dilação do prazo concedido, foi lavrado o auto de infração em comento, conforme comprovam as intimações anexas, cópia do AI e Relação dos Arquivos recepcionados pela SEFAZ (fls. 08 a 15).

Diz que a penalidade aplicada é a prevista no art. 42, inc. XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96, conforme transcreveu à fl. 121, para a infração apurada, e não alíneas “i” e/ou “g” como alegado pela defesa.

Discorda da alegação de que a não apresentação dos arquivos magnéticos com ou sem intimação culmina numa mesma infração, sendo que antes da intimação a obrigação acessória pode e deve ser cumprida espontaneamente enquanto a intimação para apresentação dos arquivos só ocorreu porque não foi cumprida espontaneamente pelo contribuinte no tempo devido.

Afirma que a penalidade mais onerosa, prevista na legislação, deve-se ao comportamento reiterado do contribuinte de não cumprir a obrigação tributária, o que implicou em prejuízo ao trabalho de fiscalização e a multa aplicada está em conformidade com a legislação aplicável ao fato, não havendo nenhuma retificação a ser feita no Auto de Infração. Requer a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Na defesa apresentada o autuado questionou sobre a recusa de “Tribunal Administrativo” para interpretar norma tributária e declarar sua ilegalidade por vícios de forma e/ou de substância. Conforme disposto no art. 146, III, “a” da Constituição Federal, cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, base de cálculo e contribuintes. Por sua vez a Lei Complementar 87/96, estabelece que a Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo. Na situação presente foi aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória prevista na Lei Estadual nº 7.014/96 e não vislumbra qualquer ilegalidade por vício ou inconstitucionalidade relativa à legislação do Estado.

Em se tratando de multa aplicada em decorrência do não fornecimento à fiscalização de arquivos magnéticos, o valor exigido corresponde a 1% do faturamento do contribuinte. Ao contrário do que foi afirmado, a penalidade aplicada correspondente a 1/100 do faturamento não é desproporcional, nem caracteriza confisco, tendo em vista que só após a aplicação de cem multas equivaleria ao valor do faturamento do contribuinte.

No mérito, o Auto de Infração aplica multa pelo não fornecimento de arquivos magnéticos exigido mediante intimação com informações das operações ou prestações realizadas.

Na defesa apresentada o recorrente admitiu que deixou de fornecer os arquivos magnéticos após ter sido intimado e também não contestou como foi apurado o montante da multa aplicada.

Argumentou apenas que o art. 42, XIII-A da Lei nº 7.014/96 contempla duas penalidades distintas para a não entrega dos arquivos magnéticos ao SINTEGRA, com ou sem intimação do sujeito passivo. Pede que seja aplicada a multa prevista na alínea “i”, que lhe é mais benéfica ao invés da alínea “g” que foi aplicada, o que foi contestado pela autuante na informação fiscal.

Para facilitar a interpretação dos mencionados dispositivos, transcrevo abaixo as alíneas “g” e “i” do art. 42, XIII-A 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:

.....

g) 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;”

i) 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;” (grifo nosso)

Conforme disposto no art. 708-A do RICMS/BA, o contribuinte do ICMS usuário de SEPD deve entregar o arquivo magnético referente ao movimento econômico de cada mês, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, conforme prazos estabelecidos nos incisos.

Já o § 6º do mencionado dispositivo legal prevê que “A recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificas, de integridade, de identificação e de verificadas”.

Já o art. 708-B estabelece que o contribuinte deve fornecer 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, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

Caso os arquivos sejam entregues e contenham inconsistências, os parágrafos 3º, 4º e 5º do mencionado dispositivo e diploma legal prevêem que a fiscalização deverá fornecer Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas e conceder prazo de 30 dias úteis contados da data do recebimento da intimação para corrigir os arquivos magnéticos apresentados com inconsistências.

Por fim, o parágrafo 6º estabelece que:

§ 6º A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea "g" do inciso XIII-A do art. 915 deste regulamento.

Pelo acima exposto, ao contrário do que afirmou o impugnante não existem duas penalidades impostas a ser aplicada ao mesmo fato: não entrega do arquivo magnético.

Conforme previsto no art. 708-A ao fim de cada mês o contribuinte tem a obrigação de produzir os arquivos magnéticos referentes ao movimento econômico de cada mês, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, obedecido aos prazos estabelecidos nos incisos I a IV do mesmo dispositivo legal. O contribuinte deve manter os arquivos guardados para a qualquer momento poder fornecer ao fisco quanto intimado.

Caso o contribuinte não cumpra esta determinação fica sujeito a multa prevista no art. 42, XIII-A, "i" da Lei nº 7.014/96 no valor de R\$1.380,00 estabelecida textualmente "falta de entrega nos prazos previstos na legislação ou pela entrega em padrão diferente do previsto ou em condições que impossibilitem a sua leitura..."

Já o art. 708-B estabelece que sempre que for intimado, o contribuinte deve fornecer os arquivos magnéticos ao fisco num prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação. Caso os arquivos sejam entregues apresentando inconsistências, a legislação prevê que a fiscalização deve fornecer Listagem Diagnóstico indicando as irregularidades encontradas e conceder prazo de 30 dias úteis para corrigir os arquivos magnéticos apresentados com inconsistências. E por, fim, caso o contribuinte não faça as correções necessárias, o parágrafo 6º do mesmo dispositivo legal estabelece que "configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea "g" do inciso XIII-A do art. 915 deste regulamento" que equivale a prevista no art. 42, XIII-A, "g" da Lei nº 7.014/96.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que a autuante intimou o autuado no dia 29/04/09 para apresentar os arquivos magnéticos num prazo de cinco dias (fl. 8). Não tendo atendido a intimação, reintimou o autuado em 11/05/09 (fl. 12), tendo indicado a relação de arquivos recepcionados (fls. 13/15), sem que tivesse sido entregues os arquivos relativos ao período fiscalizado (2005 e 2006).

Assim sendo, restou caracterizado que o estabelecimento autuado tendo sido intimado para apresentar arquivo magnético à fiscalização, não fez a entrega dos arquivos solicitados e correta a aplicação da multa de 1% sobre o faturamento do período conforme previsto no art. 42, XIII-A, "g" da Lei nº 7.014/96.

Com relação à alegação de que a não entrega dos arquivos magnéticos tenha causado prejuízo à Fazenda Pública, também não pode ser acatada, tendo em vista que conforme ressaltado pela autuante na informação fiscal, com a apresentação dos arquivos magnéticos é possível aplicar diversos roteiros de auditorias (estoques, antecipação tributária, ICMS antecipação parcial, diferença de alíquota, cartão de crédito, créditos fiscais, etc.) cor operações, memória fiscal dos ECFs, cupons Redução Z, ident

códigos. Tudo isso pode ser feito mediante tratamento de dados contidos nos arquivos magnéticos com aplicação de programas específicos. Logo, a não apresentação dos arquivos magnéticos dificulta substancialmente aferir a correção das operações praticadas pelo contribuinte, visto que é dificultoso efetuar o levantamento mediante digitação manual dos elementos fiscais.

Ante o exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº. **206969.0004/09-3**, lavrado contra **ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$368.104,48**, prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96, além dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR

PAULO DANILo REIS LOPES - JULGADOR