

AL. Nº - 206958.0006/10-5
AUTUADO - ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A
AUTUANTE - LUCAS XAVIER PESSOA
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 26. 10. 11

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0279-01/11

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor das operações de saídas realizadas, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07. Infração subsistente. Não acolhida a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/06/2011, lança crédito tributário no valor de R\$ 90.329,79, referente a multa por descumprimento de obrigação acessória, posto que o contribuinte “deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

Consta na descrição dos fatos: *“Deixou de apresentar a totalidade dos arquivos magnéticos do modelo integrada, contendo os dados das notas fiscais de entradas e saídas relativos ao período de maio de 2007 a março de 2008, no lay-out aprovado pelo Convênio 57/95, conforme 1ª e 2ª intimações específicas apresentadas e cientificadas em 13/04/2011 e 19/05/2011, respectivamente. Estas omissões impediram completamente a aplicação das rotinas de auditoria fiscal-contábil previstas na Ordem de Serviço. Esclarecemos que o estabelecimento já sofreu anteriormente autuação da espécie, por igual motivação, apresentando como alegações a impossibilidade tecnológica de produção dos arquivos. A base de cálculo foi obtida a partir das saídas totais da empresa no período, conforme valores mensais escriturados no Livro de Registro de Saídas do estabelecimento – cópias anexas – arrolados no DEMONSTRATIVO DAS SAÍDAS TOTAIS, anexo, relativo ao período da multa.”*

O Autuado, por seu advogado, apresenta defesa, às fls. 37 a 51, transcreve os termos da infração, aduz que a aplicação da Lei 7.014/96 à espécie deveria ter sido feita com sua redação anterior a Lei 10.847/2007, uma vez que esta só entrou em vigor no dia 28/11/2007, data de sua publicação, porque a 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 a da alínea “g” do inciso “XIII-A” do seu Art. 42 e a da alínea “i” do mesmo inciso e artigo, aduz que a penalidade cabível na espécie é a contemplada na alínea “i”, por ser a menos severa, haja vista o disposto no Art. 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional. Diz que a alínea “g” do mencionado inciso, dos citados artigo e Lei, é inaplicável em qualquer hipótese, haja vista vício material que o macula.

Sustenta que é cristalino: *“a não apresentação de arquivos magnéticos do SINTEGRA,”* diz que é um fato só que figura como tipo de duas penalidades diferentes na referida lei estadual.

Transcreve o art.42, inciso XIII-A, alíneas “g” e “i” da mencionada Lei nº. 7.014/96 sobre as penalidades aplicáveis a tal infração, para dizer que esta Lei penaliza o mesmo fato injurídico de duas formas, sendo a prescrita pela alínea “i” supra transcrita a menos severa.

Enfatiza 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 transmutação da natureza do fato tipificado pela norma, para com isso emprestar legitimidade à penalidade prevista na alínea "g" do dispositivo legal mencionado.

Salienta que se algum prejuízo a não entrega dos arquivos traz à Fazenda Pública, este é o mesmo antes ou depois da notificação. Frisa que o Estado tem os inúmeros meios postos à sua disposição, de todos conhecidos, para verificar a exatidão ou não dos elementos fiscais do contribuinte, quando postos à sua disposição, como no caso ocorreu, sem necessariamente depender de tais arquivos.

Sustenta que a aplicação da penalidade mais severa da lei para o mesmo ilícito, agride princípios tributários previstos no Código Tributário Nacional (CTN). Transcreve o art.106, inciso II alínea "a" do referido CTN para dizer que este determina que a penalidade menos gravosa ao contribuinte é a que deve ser aplicada quando a infração tenha o mesmo fato como matriz de incidência da norma, até mesmo quando a severidade da pena é abrandada por lei posterior.

Sustenta que a alínea "j" do dito Art. 42, inciso XIII-A, da referida lei, com sua redação atual, peca pelos motivos sobreditos, no instante em que contempla duas penalidades para o mesmo fato. Diz que o legislador apenas unificou no mesmo dispositivo o que já estabelecia a lei em sua redação anterior.

Enfatiza que ao Conselho Fazendário foi atribuída a prerrogativa de exercer o controle da legalidade de lei ou ato normativo, consoante o disposto no Art. 168 do RPAF/BA, com um poder-dever de se pronunciar sobre todas as matérias de defesa, inclusive no pertinente a ilegalidades de normas editadas pelo Poder Executivo.

Realça que este Egrégio Tribunal Administrativo costuma se recusar 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 de que não cabe a ele julgar em desacordo com a legislação estadual vigente.

Salienta 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, em conformidade com a Constituição.

Pontua que a função administrativa de controle tem uma peculiaridade, ela difere da função da administração ativa, que é a da tributação. A função administrativa de controle que é exercida pelos tribunais administrativos é uma espécie de atividade jurídico-jurisdicional, embora não seja judiciária. Reproduz lições de Carnelutti sobre o processo administrativo na atual Constituição.

Discorre sobre questões voltadas ao processo administrativo, e sobre as ações dos tribunais administrativos previstos na Constituição Federal, transcreve trechos de dispositivos da mencionada Carta Magna, e de lições de doutrinadores, tais como Víctor Nunes Leal, Prof. Wagner Balera sobre os mencionados temas. Reproduz também longo artigo da lavra da Professora e Advogada Maria Daniela Bachega Feijó Rosa (especialista em Direito Tributário pelo IBET), publicado na Revista Tributária e de Finanças Públicas, Editora Revistas dos Tribunais, volume 67, para dizer não é possível que o julgador administrativo se escuse de apreciar alegações de inconstitucionalidade.

Sustenta que este órgão judicante administrativo não só pode como deve se pronunciar sobre a ilegalidade constitucional posta a seguir como matéria de defesa pelo autuado, sob pena de encerrar um feito administrativo com a pecha de desrespeito à nossa Carta Magna Constitucional, que, como já ressaltado, em seu Art. 5º, inciso LV, 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."

Quanto as questões de mérito diz que este Tribunal Administrativo há de convir que repugna ao Direito o Estado se satisfazer 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.

Assevera que a multa imposta deságua na adoção de uma desproporcionalidade da penalidade, o que caracteriza confisco. Sustenta que o princípio que veda o confisco em matéria de ordem tributária se encontra chancelado pelo Art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, sendo doutrinariamente definido como simbiose destes três outros expressos ou implícitos na Lei Maior: a) a proteção da propriedade privada; b) o princípio da capacidade contributiva; c) o princípio da razoabilidade, que implica no da proporcionalidade, que segundo o autuado resplandece tanto como vedação constitucional para a instituição de tributos, como para imposição de penalidades. Discorre sobre o princípio da proporcionalidade.

Aduz que por via de consequência, a desproporcionalidade da penalidade sob censura se afigura patente. Sustenta que não é jurídico o Estado se deleitar com o não atendimento de uma simples intimação por parte do contribuinte, porque sabe que um malfadado dispositivo de uma lei dar-lhe-á a prerrogativa de arrecadar, a título de multa, quantia excessivamente vultosa, milhares de vezes superiores ao que arrecadaria não fosse a intimação. Isto é indubitavelmente confisco, e a alínea "g" do inciso "XIII-A" do Art. 42 da Lei 7.014/96, sem dúvida, está contaminada por este vício que lhe retira a eficácia para incidir.

Frisa que no Poder Judiciário, inclusive no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o entendimento pacífico prolata que dispositivos de lei impositores de penalidades confiscatórias são tidos como inaplicáveis em sua inteireza, cita os Acórdãos Tribunal de Justiça do Estado da Bahia RE- 90.770-0 e RE-90.948-6.

Conclui pedindo que seja aplicada a penalidade menos severa, no valor de R\$ 1.380,00 por cada arquivo não entregue.

O autuante presta informação fiscal, às fls.67 a 69, inicialmente reproduz as alegações do autuado, já relatadas, aduz que os anexos apresentam cópias legítimas das intimações apresentadas e cientificadas à empresa, bem como um Demonstrativo das Saídas Totais relativas ao período pertinente à multa, que serve de base de cálculo à penalidade. Destaca que adiante, foi anexada cópia da Relação dos Arquivos recepcionados, que cita todos os arquivos magnéticos transmitidos pela empresa à Sefaz, via internet, onde constam explicitamente os meses referentes às ausências penalizadas.

Prosseguindo diz que seguem cópias das folhas do Livro de Registro de Apuração do ICMS, que contém os valores das saídas lançados originalmente pela empresa, utilizados para preenchimento do Demonstrativo das Saídas Totais citado.

Esclarece que o período levantado neste auto de infração não coincide com os períodos penalizados nos autos anteriores, pelo mesmo motivo.

No Mérito, aduz que não é a primeira vez que o autuado é alcançado por esta penalidade. Salienta que a aplicação da multa ocorreu dentro das previsões regulamentares aplicáveis ao caso, como corroboram todos os elementos acostados aos autos, não combatidos na impugnação em termos de valor ou força de prova.

Frisa que examinando o teor da Lei 7.014/96 encontrou que a alínea "g", citada pelo autuado já não mais se refere ao que indicou, diz que tem outra aplicação agora. Realça que as alíneas que lhe parecerem confusas hoje são, por força de atualização legal, as "i" e "j": a primeira com previsão de 5% sobre os valores de entradas ou de saídas que foram omitidos dos arquivos magnéticos; a segunda, com previsão de R\$ 1.380,00 para cada arquivo magnético transmitido fora do prazo, podendo chegar a 1% do valor total das entradas ou das saídas, o que for maior, "pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo".

Destaca que diferentemente da empresa, entende que não há qualquer confusão nas previsões legais. Sustenta que elas são distintas e visam fatos realmente distintos. Enfatiza que na alínea "j" a multa

menor visa apenas o atraso na transmissão do arquivo, enquanto a maior visa a desatenção à dupla intimação que requereu do autuado o envio dos arquivos.

Finaliza dizendo que não há como se empreender as diversas tarefas fiscais de uma empresa do porte do autuado manualmente.

Conclui sugerindo a manutenção na íntegra da exigência fiscal.

VOTO

Inicialmente, saliento que não há nos autos qualquer indício de cerceamento do direito de defesa e do contraditório, nem ofensa ao princípio do devido processo legal, uma vez que o procedimento fiscal não violou as disposições legais pertinentes, a infração foi descrita de forma clara e precisa, a apuração da irregularidade está embasada em intimações e demonstrativos, cujos dados foram extraídos do arquivo magnético e de livros e documentos fiscais do próprio sujeito passivo, tendo sido determinados, com segurança, as infrações e o infrator. Além do que, o autuado impugnou o lançamento, demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados nas acusações fiscais que originaram a lavratura do presente Auto de Infração, não havendo qualquer vício que o inquine de nulidade.

Quanto às questões de inconstitucionalidade e de ilegalidade argüidas na defesa, não compete a esta Junta de Julgamento Fiscal apreciar tais questionamentos (art. 167 e 168 do RPAF-BA). Ressalto também que a alegação do contribuinte de que a Lei nº7.014/96, contempla duas penalidades distintas para o mesmo fato (a não entrega do arquivo magnético SINTEGRA) e que por este motivo tem de se aplicar a multa de R\$1.380,00 por ser ela a menos severa, não pode prosperar, posto que a referida multa é aplicada pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das informações, independente de intimação. No caso sob exame, o contribuinte já tinha enviado o arquivo magnético, com ausência de conteúdos, ou seja, o arquivo se encontrava no banco de dados da SEFAZ, mas não constavam os dados concernentes aos Registros 50, 54, 60R, 74 e 75, em diversos meses no período de maio de 2007 a março de 2008, sendo que, intimado para corrigi-los o contribuinte não o fez.

Saliento que a entrega de arquivo magnético sem o nível de detalhe exigido na legislação, deve ser aplicada, a multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo. No presente caso o valor lançado, resultante do cálculo com a indicação da multa de 1% sobre o valor das saídas por ser maior que o das entradas, está correto, tendo em vista a apresentação de tais arquivos faltando os registros 50, 54, 60R, 74 e 75, não corrigidos mediante intimação.

O presente lançamento de ofício traz a exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória por ter deixado o contribuinte de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Verifico que consta no Auto de Infração na descrição da infração, que o autuado deixou de apresentar a totalidade dos arquivos magnéticos contendo os dados das notas fiscais de entradas e de saídas relativos ao período de maio de 2007 a março de 2008, no lay-out aprovado pelo Convênio 57/95, por este motivo foi intimado em 13/04/2011 e 19/05/2011, respectivamente, para corrigir tais falhas. Observo que fora solicitado na intimação que o sujeito passivo apresentasse devidamente validados e criptografados pelo validador do SINTEGRA, livres de erros ou de ausência de conteúdo ou inconsistências e transmitidos via internet no prazo de 30 (trinta) dias, fazendo a correção dos dados dos Registros 50, 54, 60R, 74 e 75. Sendo que apesar disto o contribuinte não atendeu a intimação para regularizar as falhas apuradas nos seus arquivos magnéticos anteriormente enviados.

Saliento que 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, 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.

Já o § 4º do citado art. 708-A, determina que o arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético cancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.

Vale registrar 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, de acordo com o § 6º do mesmo artigo 708-A do RICMS/BA, abaixo transcrito:

“§ 6º A recepção do arquivo 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”.

Independentemente da entrega mensal prevista no art. 708-A do RICMS/97, acima referido, o contribuinte também é obrigado a entregar, quando intimado, os referidos arquivos, conforme a previsão do art. 708-B, do mesmo RICMS/97, in verbis:

“Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

O que se verifica, no caso em exame, é que após a constatação de ausências dos registros 50, 54, 60R, 74 e 75, referentes a diversos meses no período de maio de 2007 a março de 2008, o contribuinte foi intimado, às fls. 05 e 06, a corrigir as irregularidades apontadas, no prazo de 30 (trinta) dias, e não o fez. Observo que o prazo concedido ao autuado foi maior inclusive do que a Legislação Tributária Estadual concede que é de 5 (cinco), o beneficiando, e ainda assim o contribuinte não atendera a intimação.

O sujeito passivo não nega a imputação, em sua defesa apenas alegou ser exacerbada a penalidade imposta e solicitou que fosse aplicada, por ser menos gravosa, a multa no valor de R\$1.380,00, por cada arquivo magnético não informado. No presente caso, não pode ser atendido o pleito do sujeito passivo, posto que, consoante o artigo 708-B, do RICMS/BA, a infração consubstanciada no presente Auto de Infração está passível da multa prevista no art. 42, XIII-A, alínea “j” da Lei n. 7.014/96. Cumpre registrar que, o artigo 42, XIII-A, 'j' da Lei n.º 7.014/96, teve a sua redação dada através da Lei n.º 10.847 de 27/11/2007.

Entretanto, cabe observar que o autuante incorreu em equívoco ao consignar no Auto de Infração como datas de ocorrência o dia 31/03/2008, quando deveria ter indicado no campo “Data de Ocorrência” e “Data de Vencimento” a data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na última intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados, conforme, inclusive, o item 5. 1 da OTE-DPF-3005.

Diante do exposto, como o contribuinte tomou ciência da última intimação em 19/05/2011, fl. 06, retifico de ofício a data de ocorrência e vencimento da infração para 19/06/2011, contudo, mantenho a multa indicada pelo autuante, prevista artigo 42, XIII-A, “j” da Lei n.º 7.014/96, com a redação dada através da Lei n.º 10.847 de 27/11/2007, ou seja, 1% do valor das saídas, valendo observar que tal modificação não altera o valor originalmente exigido no Auto de Infração de R\$ 90.329,79.

O contribuinte sustenta que a multa imposta na autuação tem o caráter de confisco, fere o princípio da proporcionalidade e da capacidade contributiva e, portanto, é inconstitucional. Saliento que, apesar dos abalizados argumentos e doutrina trazidos na defesa, conforme já me pronunciei no início deste voto, consoante previsto no art. 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade. Esclareço que a multa sugerida se adequa perfeitamente ao presente caso, estando prevista no art. 42, inciso XIII-A da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, sendo, portanto, legal. Além disso, considerando que a exigência fiscal constante da autuação está fundamentada em expressa disposição legal, não vislumbro qualquer violação aos princípios mencionados, não existindo tampouco enriquecimento ilícito e o deleite alegado pelo contribuinte, por parte do erário estadual.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº **206958.0006/10-5**, lavrado contra **ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$90.329,79**, prevista no art. 42, XIII -A, alínea “J” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, conforme dispõe a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR