

PROCESSO - A. I. N° 206958.0006/10-5
RECORRENTE - ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1^a JJF n° 0279-01/11
ORIGEM - INFAS ITABUNA
INTERNET - 22/11/2012

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0331-12/12

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 n° 7.014/96, com a redação dada pela Lei n° 10.847/07. Infração subsistente. Não acolhidas as preliminares arguidas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1^a Junta de Julgamento Fiscal que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/06/2011 para cobrar multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 90.329,79, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 “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 sintegra, 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 1^a. e 2^a. intimações específicas apresentadas e científicas 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 pertinente.”

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 contribuinte apresentou Defesa às fls. 37 e 51, pedindo pela alteração do enquadramento legal da infração e consequente redução do valor cobrado. Também houve por parte do fiscal autuante, apresentação de informação fiscal às fls. 67 a 69, rebatendo alegações defensivas e pugnando pela procedência do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 1^a JJF, que decidiu, por unanimidade, pela procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

“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 inquira 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 SINTERGRA) 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 SINTERGRA, 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 chancelado 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 nº 7.014/96, teve a sua redação dada através da Lei nº 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 nº 7.014/96, com a redação dada através da Lei nº 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."

Inconformado com a Decisão proferida pela Primeira Instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 87 a 101), alegando que a Decisão recorrida merece ser reformada, repisando integralmente os argumentos apresentados na sua defesa inicial, bem como refaz todos os pedidos já postulados.

Após um breve relato dos fatos, aponta que a infração se deve pela não apresentação dos arquivos magnéticos relativos ao período de maio de 2007 a abril de 2008 e que a penalidade aplicada foi aquela prevista no inciso XIII-A, alínea "j", segunda parte, do art. 42 da Lei Estadual nº. 7.014/96, com a redação imposta pela Lei nº 10.847, de 27/11/2007, publicada no DOE na edição do dia seguinte ao de sua sanção. Diante desses fatos, alega que a aplicação da Lei nº 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, e há fatos da autuação anteriores".

Em seguida, lança duas 'premissas' que, segundo informa, são capazes em desconstituir parcialmente o lançamento em referência.

Na primeira, argumenta que a Lei nº 7.014/96 "contempla duas penalidades distintas para o mesmo fato antijurídico (a não entrega dos arquivos magnéticos ao SINTEGRA)", sendo uma a alínea "g" do inciso "XIII-A" do art. 42 e a da alínea "i" do mesmo inciso e do mesmo artigo. Advoga que por força do artigo 106 do CTN, deve-se aplicar a penalidade da alínea "i", por ser ela a menos severa.

Na segunda 'premissa', entende que "a alínea 'g' do inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7.014/96 é inaplicável em qualquer hipótese, haja vista vício material que o macula".

No que tange ao primeiro argumento (premissa), assevera ser cristalino que a não apresentação de arquivos magnéticos do SINTEGRA é uma infração que tem duas penalidades diferentes na supra referida lei estadual. Em seguida cita e transcreve as alíneas 'g' e 'i' do inciso XIII-A do art. 42 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 o uso de equipamento de controle fiscal e 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 ou pela entrega em padrão diferente do previsto ou em condições que impossibilitem a sua leitura, de arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, ocorridas em cada período.

Após, repete a tese de que a lei penaliza o mesmo fato de duas formas, sendo a prescrita pela alínea "i" a menos severa e que deve ser aplicada ao caso em lide. Atesta que não é cabível contra-arrazoar "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". Diz que essa contra argumentação serve apenas "para procurar obscurecer a verdade de razão (Conf. Dic. Aurélio Século XXI: verdade necessária e cujo oposto é impossível)". Diz que o enfoque deve ser "fato antijurídico contemplado pela norma" e que este diz respeito apenas ao não cumprimento de uma mesma obrigação tributária acessória, sendo que "a medida de sua relevância é a mesma com ou sem intimação do sujeito passivo para efetivá-la". Alega ainda o prejuízo ao Erário é o mesmo, antes ou depois da notificação de entrega dos arquivos à Fazenda estadual, sendo que o Estado dispõe de outros meios para verificar a exatidão dos elementos fiscais do contribuinte, sem a necessidade de se valer dos arquivos aqui discutidos.

Fala que há agressão de princípio tributários estabelecidos no CTN quando, no Auto de Infração em lide, eleva "uma obrigação acessória a um patamar de importância que por si só não tem e o seu não cumprimento a aplicação da penalidade mais severa da lei para o mesmo ilícito". Por outro giro, alega que o art. 106 CTN, que colaciona, determina de forma imperiosa, a aplicação de penalidade menos gravosa ao contribuinte.

Ao final de sua exposição quanto a primeira argumentação, registra o fato de que "também 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", dizendo que o legislador apenas unificou no mesmo dispositivo o que já estabelecia a lei em sua redação anterior, em dois dispositivos distintos.

Passando para a segunda "premissa", diz que a este Conselho Fazendário foi atribuída a prerrogativa de exercer o controle da legalidade de lei ou ato normativo, conforme o disposto no art. 168 do RPAF/BA. Alega ser um poder-dever deste CONSEF o seu pronunciamento "sobre todas as matérias de defesa, inclusive no pertinente a ilegalidades de normas editadas pelo Poder Executivo". Atenta que no caput do Art. 2º do RPAF/BA, há determinação expressa para que o controle da legalidade. Fala que mesmo diante desse arcabouço jurídico, este CONSEF costuma se recusar "a interpretar a norma tributária e declarar sua ilegalidade por vícios de forma e/ou de substância", ainda com patente vício, sob o argumento "primarismo" de que não tem competência para julgar a ilegalidade da legislação estadual. Adiante, colaciona lições do professor Wagner Balera no sentido da possibilidade do controle da legalidade pelos tribunais administrativos. Entende que tal controle é uma das funções principais de tais Tribunais, pois a "A legalidade no quadro do Sistema Constitucional Tributário Brasileiro é uma legalidade que significa legalidade em termos de conformidade com a Constituição. Toda ordem tributária deve ser conforme com a Constituição". Fala que a função administrativa de controle, exercida pelos tribunais administrativos, é uma espécie de atividade jurídico-jurisdicional, embora não seja judiciária, que deve haver o controle da legalidade constitucional, concluindo que no processo administrativo, que tem dignidade constitucional, deverá haverá o controle pleno de legalidade. Em outro ponto, transcreve artigo da Advogada Maria Daniela Bachega Feijó Rosa sobre a impossibilidade de aplicação das normas jurídica sem que haja interpretação do texto legal, por não ser possível "que o julgador administrativo se escuse de apreciar alegações de

inconstitucionalidade sob argumento de que lhe é defeso interpretar, ou de que apenas deve aplicar o direito positivo, sem apreciar a constitucionalidade das normas infraconstitucionais: primeiro, porque a interpretação é essência do próprio conceito de norma; segundo, porque nenhuma lei existe isoladamente, devendo ser interpretada de acordo com as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, em especial, as normas constitucionais, que são fundamento de validade das normas infraconstitucionais; terceiro, porque é a própria Constituição Federal que garante o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa em âmbito administrativo, o que significa que todas as matérias argüidas pelo administrado devem ser apreciadas por órgãos que possuem (típica ou atípicamente) função jurisdicional."

Após, passa para questões de mérito.

Diz que este CONSEF não pode aplicar a multa de 1% por exacerbar, de modo injustificável a penalidade por falta de entrega de arquivos magnéticos, pela simples intimação do contribuinte para entregá-los. Que a multa de 1% é desproporcional, caracterizando um verdadeiro confisco. Alega que não há proporcionalidade da penalidade imposta, no sentido de adequação, medida justa, prudente e apropriada à necessidade exigida pelo caso presente. Alega que devido a desproporcionalidade da penalidade, não seria "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". Repete a tese de que tal fato é verdadeiro confisco, e que "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".

Fala que o entendimento do Poder Judiciário, inclusive TJ-BA, é de que leis impositoras de penalidades confiscatórias são inaplicáveis e inconstitucionais. Cita como exemplos os RE-90.770-0 e RE-90.948-6. Conclui o seu arrazoado afirmado que houve a infração mas que a penalidade há ser aplicada deve ser a menos onerosa dentre as previstas na lei.

Ao final, pede pela reforma do acórdão em questão em toda sua inteireza, determinando concomitantemente a desconstituição do lançamento realizado e do crédito tributário nele espelhado.

Os autos foram encaminhados à PGE/PROFIS para emissão de Parecer.

Ao exarar o Parecer de fls. 100 a 100, a ilustre representante da PGE/PROFIS, procuradora Maria Helena Cruz Bulcão, faz uma breve síntese do Auto de Infração e da irresignação tracejada no Recurso. Diz que o contribuinte, mesmo intimado, não procedeu à regularização dos arquivos magnéticos relativos ao período de maio de 2007 a março de 2008. Reporta que o autuado não pretende demonstrar a regularidade dos dados fornecidos em meio magnético, mas tão somente insurge-se contra a multa aplicada à infração, entendendo que deve ser adotada a multa de R\$1.380,00, prevista na alínea 'i' do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Assevera que a multa aplicada à infração e retificada de ofício na Decisão recorrida, art. 42, XIII-A, alínea 'j' foi corretamente aplicada à infração apurada e que os argumentos defensivos não são suficientes para infirmar o Auto de Infração.

Ao final, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª JJF que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, por unanimidade, pela falta de envio de arquivos magnéticos após ter sido intimado para fazê-lo.

Preliminarmente, o Recorrente afirma que este CONSEF tem a prerrogativa de exercer o controle de legalidade e inconstitucionalidade, consoante os artigos 168 e 2º do RPAF/BA.

Entendo que o Recorrente não faz a melhor interpretação de ambos os artigos, pois, tanto o art. 168 não dispõe sobre a qualquer hipótese deste colegiado em declarar ilegal texto normativo, como também o art. 2º, ao mencionar o princípio da legalidade objetiva, que nada mais é do que observar o que a lei manda, em nada estabelece como possibilidade desta CJF em julgar ilegal parte da legislação estadual. Ao contrário, o RPAF/BA estabelece textualmente no art. 167 a exclusão da competência desta Câmara i) a declaração de inconstitucionalidade, ii) deliberação sobre questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida e, iii) negar aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Assim, afasto as preliminares alegadas em sede de Recurso Voluntário.

No mérito, o Recorrente afirma que, como o período não apresentado dos arquivos magnéticos diz respeito ao período compreendido entre maio de 2007 a abril de 2008 e a penalidade da alínea 'j' do art. 42, XIII-A da Lei nº 7.014/96 só começou a viger com a redação atual em 28 de novembro de 2007 (alteração ocorrida pela Lei nº 10.847 de 27/11/2007), parte da infração deveria ser enquadrada com a redação anterior da Lei nº 7.014/96.

A empresa também argumenta que se deve aplicar a pena menos severa ao caso em comento, consoante o art. 106 do CTN, pois a Lei Estadual do ICMS contemplaria na época da infração, duas penalidades para o mesmo fato antijurídico - não entrega dos arquivos magnéticos -, previstas nas alíneas 'g' e 'i' do inciso XIII-A, do seu art. 42.

Compulsando os autos, vejo que não merecem ser acolhidas as teses defensivas pois não contestam a realidade dos fatos.

A infração é pela falta de entrega de arquivos magnéticos após a empresa ser intimada para entregá-los a salvo de falhas. Portanto, a infração não diz respeito a fatos geradores de 2007 a 2008, mas pelo descumprimento de uma obrigação acessória cuja data de ocorrência é de 30 dias após a última intimação, ou seja, 19.06.2011, sendo que o presente Auto de Infração fora lançado somente em 21.06.2011, o primeiro dia útil após o término do prazo previsto no RICMS/97. Portanto, a multa tipificada deve ser aquela prevista no ordenamento jurídico no dia da ocorrência do fato antijurídico tributário, ou seja, em 19.06.2011, situação esta já abordada pela JJF quando da adequação da data da ocorrência do fato gerador. Dessa forma, como a alteração da norma foi erigida em 2007 e em 2011 a alínea 'j' estava vigente, não me coaduno com os argumentos defensivos de que parte dos fatos geradores de 2007 deveria ter a multa aplicada consoante a antiga redação do art. 42, XIII-A.

Quanto à assertiva de que a Lei nº 7.014/96 prevê duas penalidades para o mesmo fato, assinalo, por oportuno, que a redação da alínea "j" e do caput do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, assim dispõe:

Lei nº 7.014/96:

Art. 42:

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;

O contribuinte reconhece que não entregou os arquivos magnéticos ao Fisco quando para tanto intimado, portanto admite que houve a infração, pelo que entendo ser incontroverso este ponto. Mas, ainda que não confessasse, não há, nos autos, prova da entrega de tais arquivos a Fiscalização, em obediência às intimações acostadas ao processo.

A obrigatoriedade de envio mensal dos mencionados arquivos magnéticos SINTEGRA às Secretarias de Fazenda Estadual está prevista nacionalmente pelo Convênio ICMS nº 57/95, no caput de sua cláusula oitava, sendo tal Convênio ratificado na Bahia pelo Decreto nº 4.361/95.

A referida cláusula tem a seguinte redação:

Convênio ICMS nº 57/95:

Cláusula oitava. O contribuinte, de que trata a cláusula primeira, remeterá às Secretarias de Fazenda, Finanças ou Tributação das unidades da Federação, até o dia quinze (15), arquivo magnético, com registro fiscal, das operações e prestações interestaduais efetuadas no mês anterior.

O RICMS/BA repetiu tais termos em seu artigo 687-A:

Art. 687-A. O contribuinte remeterá às Secretarias de Fazenda das unidades da Federação destinatárias das mercadorias, até o dia quinze (15), arquivo magnético, com registro fiscal, das operações e prestações interestaduais efetuadas no mês anterior (Conv. ICMS 57/95).

Logo, o contribuinte tem como obrigação acessória, enviar mensalmente os arquivos magnéticos com o registro fiscal de suas operações.

Por seu turno, o contribuinte também é obrigado a entregar arquivo magnético ao Fisco, quando for intimado para tal, conforme regra prevista no caput de sua cláusula vigésima sétima do mencionado Convênio ICMS nº 57/95:

Cláusula vigésima sétima. O contribuinte fornecerá ao Fisco, quando exigido, os documentos e arquivo magnético de que trata este Convênio, no prazo de cinco (5) dias úteis contados da data da exigência, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

Tal determinação também foi acolhida no RICMS/97, no seu artigo 708-B, abaixo alinhavado:

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.

Portanto, é de clareza solar que ao teor dos textos normativos acima citados, temos duas obrigações acessórias distintas, com penalidades diferentes, ambas previstas na alínea "j" do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, a seguir transcrita:

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;

Ou seja, para a falta de envio a esta SEFAZ, nos prazos previstos na legislação, a penalidade pela falta de envio mensal, é a multa no valor de R\$1.380,00, prevista na primeira parte da alínea 'j'. Porém esta penalidade incide apenas quando o contribuinte ainda não foi intimado, pelo Estado, no exercício de seu poder de polícia, para apresentar os arquivos magnéticos, tendo sido apenas constatada a desobediência à obrigação de seu envio mensal. Já quando o contribuinte não entrega os arquivos magnéticos, após ser intimado para apresentá-los, a penalidade aplicada é a de 1% do valor das saídas ou das entradas de mercadorias ou prestação de serviços realizadas em cada período de apuração, prevista na segunda parte da comentada alínea.

Realmente não é irrelevante o fato de o contribuinte descumprir uma intimação formal para a entrega de determinado documento, livro, ou, no caso concreto, arquivo magnético, quando intimado pelo Fisco a fazê-lo. Quando assim procedeu, o contribuinte descumpriu uma outra obrigação acessória, enquadrando-se tal conduta na hipótese normativa prevista, e por este descumprimento teve contra si aplicada a pena específica também legalmente prevista para o fato.

Fica claro que na situação em análise trata-se de falta de entrega, quando intimado, dos arquivos magnéticos atinentes aos períodos de maio de 2007 a abril de 2008. O contribuinte, sob ação fiscal,

foi intimado, por duas vezes, para apresentar os arquivos magnéticos, e não cumpriu as intimações.

Portanto, entendo acertada a Decisão de primeiro grau e o lançamento fiscal.

Diante do todo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão de primeiro grau.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 206958.0006/10-5, lavrado contra ITÁO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$90.329,79, prevista no art. 42, XIII -A, “j”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios conforme dispõe a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de outubro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS