

PROCESSO - A. I. Nº 206958.0004/10-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ITÃO SUPERMERCADOS E EXPORTAÇÕES S/A.
RECORRIDOS - ITÃO SUPERMERCADOS E EXPORTAÇÕES S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0282-01/11
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 26/12/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0404-12/12

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 nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07. Infração subsistente. Ratificação da data de ocorrência do fato gerador da penalidade aplicada Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida através do Acórdão nº 0282-01/11 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/BA, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte inconformado com a referida Decisão, com base no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 21/06/2011, lança multa tributária no valor de R\$397.683,97, referente a seguinte infração: “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 1ª e 2ª. 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. Esclarecemos que o estabelecimento já sofreu anteriormente autuação da espécie, por igual motivação, apresentando 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 incidência da multa.”

A 5ª JJF prolata a seguinte Decisão, após negar a realização de perícia, conforme solicitado:

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 nº 7.014/96, 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.

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 Inspeção 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 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\$ 397.683,97.

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.”

No Acórdão houve a interposição do Recurso de Ofício pela 1ª JF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 02 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000, vigente a época da Decisão, devido à adequação da data da ocorrência da penalidade.

Inconformado com a Decisão, a empresa interpõe Recurso Voluntário (fls. 92/107). Noticiando sobre a infração a ele imputada, afirma 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, e existem fatos anteriores à mesma.

Ressalta, em primeira premissa, de que 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. Em assim sendo, 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, em segunda premissa, que a alínea “g” do mencionado inciso, dos citados artigo e Lei, é inaplicável em qualquer hipótese, haja vista vício material que o macula.

Ainda, em relação à primeira premissa, sustenta que é cristalino que: “*a não apresentação de arquivos magnéticos do SINTEGRA*”, é um fato que figura como tipo de duas penalidades diferentes na referida lei estadual e este era o cerne da questão.

Transcreve as determinações do art.42, inciso XIII-A, alíneas “g” e “i” Lei nº 7.014/96 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.

Em relação a sua segunda premissa, 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 CONSEF 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. 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. 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 ser 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 CF/88, 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."*

Em relação ao mérito do lançamento fiscal diz 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 e aduz que por via de consequência, a desproporcionalidade da penalidade se afigura patente. Sustenta não ser *“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 impositoras de penalidades confiscatórias são tidos como inaplicáveis em sua inteireza e cita 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.

No seu opinativo jurídico, da lavra do n. Procurador José Augusto Martins Junior (fls. 115/118), a PGE/PROFIS, após indicar a infração, a Decisão da JJF e o inconformismo da empresa, assim opina:

Primeiramente observa que o recorrente admitiu que deixou de fornecer os arquivos magnéticos quando intimado para fazer e não contestou a forma de apuração da multa aplicada, atendo-se tão somente à questão da aplicabilidade da suposta penalidade mais benigna.

Transcrevendo as determinações do art. 42, XII-A, incisos “g” e “i”, diz que de suas simples leitura, denota-se que o legislador tratou de dois fatos distintos, tendo modulado as sanções em conformidade com o *“potencial de lesividade da conduta ao bem jurídico protegido pela norma, em espécie a possibilidade do exercício fiscalizatório pelo FISCO”*.

E nesta toada, ressalta, mais uma vez, que as condutas infracionais são distintas, uma referente à omissão da entrega normal dos arquivos magnéticos no período estipulado pela norma e a outra relativa a não entrega após a notificação da fiscalização. Assim aduz: *“No primeiro caso temos uma omissão quanto à entrega normal, enquanto na segunda hipótese, após ato formal de convocação da administração, o contribuinte se recusa a apresentar seus arquivos ou os apresenta em desconformidade, impossibilitando a realização da fiscalização, e, portanto, causando um maior gravame ao direito potestativo do Estado de fiscalizar. Neste sentido, aplicar-se-à o princípio da proporcionalidade, que se ancora em três elementos: a) adequação: o ato administrativo deve ser efetivamente capaz de atingir os objetivos pretendidos; b) necessidade: o ato administrativo utilizado deve ser, de todos os meios existentes, o menos restritivo aos direitos individuais; c) proporcionalidade em sentido estrito: deve haver uma proporção adequada entre os meios utilizados e os fins desejados. Proíbe não só o excesso (exagerada utilização de meios em relação ao objetivo almejado), mas também a insuficiência de proteção (ou meios utilizados estão aquém do necessário para alcançar a finalidade em si)”*.

Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

A acusação do presente lançamento fiscal diz respeito à aplicação de multa tributária pelo fato do contribuinte não ter apresentado à fiscalização, quando intimado, a totalidade dos arquivos magnéticos, contendo os dados das notas fiscais de entradas e saídas relativos ao período de maio

de 2007 a março de 2008. Como consta nas intimações feitas pela fiscalização (em 13/04/2011 e 19/05/2011, respectivamente – fls. 05/06) foi solicitado que dos arquivos anteriormente transmitidos fossem corrigidos os dados neles existentes, especialmente os Registros 50, 54, 60R, 74 e 75.

O recorrente não nega que não realizou as correções solicitadas, nem, tampouco, contestou a forma de cálculo da multa ora exigida. Somente trava discussão sobre o percentual da multa a ser aplicada que disse ser no valor de R\$1.380,00. Entende, primeiramente de que redação da Lei nº 7.014/96 que deveria ser aplicada seria aquela anterior a Lei 10.847/2007, uma vez que esta só entrou em vigor no dia 28/11/2007, e existem fatos anteriores à mesma. Em seguida, apresenta duas premissas. A primeira é de que a Lei nº 7.014/96 contempla duas penalidades distintas para o mesmo fato antijurídico, que são a da alínea "g" do inciso "XIII-A" do seu art. 42 e a da alínea "i" do mesmo inciso e artigo. Em assim sendo, a penalidade cabível à espécie é a contemplada na alínea "i", por ser a menos severa, conforme disposto no art. 106, inciso II, alínea "c" do CTN. Como segunda premissa, que a nominada alínea "g" é inaplicável em qualquer hipótese, diante de vício material que o macula, sendo obrigação deste CONSEF, com base no art. 168, do RPAF/BA decretar a sua ilegalidade.

A respeito do argumento do recorrente de que à luz da redação da Lei nº 7.014/96 deve ser aplicada aquela de antes de sua alteração através da Lei nº 10.847/2007 já que existem fatos geradores anteriores à referida alteração, entendo situação equivocada.

Em primeiro, aqui não se está a exigir imposto e sim multa pelo descumprimento de uma obrigação de caráter acessório.

Em segundo, sendo descumprimento de obrigação acessória a lei de regência é aquela vigente quando o fisco detectou a ocorrência do seu fato gerador, ou seja, em 19/06/2011, como acertadamente corrigiu a JJF, pois a ciência da última intimação para correção das irregularidades se deu em 19/05/2011 (fl. 06).

Em terceiro e no caso presente, mesmo na impossível admissão da aplicação da lei de regência a anterior edição da Lei nº 10.847/2007, a Lei nº 7.014/96 assim determinava (redação pela Lei nº 9.430, de 10/02/05, DOE de 11/02/05, efeitos de 11/02/05 a 27/11/07) para o caso em questão:

Art. 42

(...)

XIII-A - nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados:

f) 5% (cinco por cento) do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período;

*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;*

A alínea "i" foi acrescentada à nominada lei pela Lei nº 9.159, de 09/07/04, DOE de 10 e 11/07/04:

*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.*

Com a edição da Lei nº Lei nº 10.847/2007, o inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 foi reenumerado, passando as determinações legais a ser regida pelas seguintes alíneas. Ressalto de que as alíneas "f" e "g" tratam, hoje em dia, de matérias alheias a presente lide:

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:

i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso;

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;

Como se vê, as determinações legais são as mesmas a respeito da multa aplicada pela falta de atendimento à intimação fiscal realizada, havendo, tão somente, renumeração das alíneas.

Portanto não vejo causa para o recorrente sacar das disposições do art. 168, do RPAF/BA para alegar vício legal na lei vigente.

Quanto à sustentação do recorrente de que a alínea “J” do art. 42, inciso XIII-A da Lei nº 7.014/96, com sua redação atual, contempla duas penalidades para o mesmo fato não condiz com a realidade dos fatos já que a natureza das infrações, como bem pontuado pela PGE/PROFIS, são distintas, sendo que o legislador modulou as sanções de acordo com a sua gravidade.

O legislador determina a multa de R\$1.380,00 quando o contribuinte não entregar, mensalmente, na forma da legislação posta e nos prazos nela contidos (art. 708-A, do RICMS/97) os arquivos magnéticos a que está obrigado a fazê-lo.

Porém como nesta entrega não são validados pelo fisco os dados informados (apenas a sua recepção), a legislação estadual (art. 708-B, do RICMS/97) determina que o contribuinte, quando intimado, deverá entregar ao fisco documentos e arquivos magnéticos na forma de regência. Inclusive no seu § 2º assim determina: *O atendimento ao explicitado neste artigo não exclui a obrigação de que trata o artigo anterior e vice-versa*, ou seja, o art. 708-A da referida norma regulamentar.

Como resta claro, as infrações embora referentes aos arquivos magnéticos possuem naturezas completamente diferentes, são fatos distintos um do outro.

Por tudo ora exposto, o pleito do recorrente não pode ser acolhido, nem tampouco, seu argumento de que sejam obedecidas as determinações do art. 106, do CTN, pois falece de sustentação legal.

Por fim, quanto ao seu entendimento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que ela é a determinada na lei, devendo ser, por obediência e pelo Órgão Julgador Administrativo, a aplicada.

Em relação ao Recurso de Ofício interposto, este não merece qualquer reparo. Tem razão a JJF quando decidiu que 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 última intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados. Portanto como o contribuinte tomou ciência da última intimação em 19/05/2011 (fl. 06), ela é de 19/06/2011, sendo ratificado o posicionamento da JJF.

Por tudo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e do Recurso de Ofício interpostos, mantendo inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206958.0004/10-2**, lavrado contra **ITÃO 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\$397.683,97**, 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, 12 de dezembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS