

A. I. Nº - 206958.0005/10-9
AUTUADO - ITÃO SUPERMERCADOS E EXPORTAÇÕES S/A
AUTUANTE - LUCAS XAVIER PESSOA
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 10.02.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0022-04/12

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA APÓS INTIMAÇÃO. MULTA. Restou comprovado que o estabelecimento autuado tendo sido intimado para corrigir arquivos magnéticos entregues com ausência de Registros, não o fez no prazo legal concedido o que caracteriza falta de entrega e cabível a aplicação da multa por descumprimento da obrigação acessória. Não acatado o pedido de conversão em multa menos severa por falta de amparo legal. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 21/06/11 para aplicar multa no valor de R\$20.636,73, decorrente de ter deixado 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/07 a março/08, no lay-out aprovado pelo Convênio ICMS 57/95, conforme duas intimações específicas de 13/04/11 e 19/05/11 respectivamente. Consta na descrição dos fatos que o estabelecimento já foi autuado anteriormente pela mesma irregularidade, tendo alegado impossibilidade tecnológica de produção de arquivos.

O autuado na defesa apresentada (fls. 42/56) 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 só que figura como tipo de duas penalidades diferentes na supra referida lei estadual, conforme transcreveu à fl. 44, 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 transmutação 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 do contribuinte, como ocorreu na situação presente, sem necessariamente depender de arquivos magnéticos.

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 se aplicar à 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 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, que deve ser desempenhada controlando a legalidade das leis e atos normativos. Questiona qual o controle que é feito perante os princípios constitucionais.

Em seguida transcreve parte de texto de autoria de vários professores 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 que: “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 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 de diversos professores 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 tidos como inaplicáveis em sua inteireza, levando em conta a desproporcionalidade da penalidade e não é jurídico o Estado 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.

O autuante, na informação fiscal prestada (fls. 73/75) inicialmente discorre sobre a autuação e as alegações defensivas, esclarecendo que diante da não apresentação dos arquivos magnéticos relativos ao período fiscalizado, foram expedidas duas intimações para correção dos arquivos magnéticos cujas cópias foram juntadas aos autos.

Esclarece que não é a primeira vez que o estabelecimento autuado é alcançado por esta penalidade, reiniciando a entrega dos arquivos magnéticos na forma exigida pelo Convênio ICMS 57/95 a partir do mês de abril/08.

Quanto à questão de direito, afirma que examinando o teor da Lei nº 7.014/96 constata que a alínea "g" citada pelo impugnante já não mais se refere ao que indicou, visto que as alíneas que lhe parecem confusas, por força das atualizações legais, são as "i" e "j" art. 42, XIII-A, (fl. 74).

Ressalta que a primeira prevê aplicação do percentual de 5% sobre os valores de entradas ou de saídas que foram omitidas dos arquivos magnéticos, enquanto a segunda prevê multa no valor de R\$1.380,00 para cada arquivo magnético transmitido fora do prazo, limitado 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.

Entende que não há qualquer confusão como manifestou o autuado, visto que a multa prevista na alínea "j" pretende alcançar apenas o atraso na transmissão do arquivo, enquanto a maior objetiva alcançar a desatenção ao atendimento de dupla intimação para envio dos arquivos, que uma vez desatendida agrava substancialmente a penalidade aplicada. Na situação presente entende que quando não tendo atendido as duas intimações feitas para entrega dos arquivos, motivou a aplicação da multa em comento, o que impediu de aplicar roteiros de auditorias fiscais com profundidade. 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 7.014/96 e não vislumbro 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 exigidos mediante intimação com informações das operações ou prestações realizadas.

Na defesa apresentada o impugnante não contestou que deixou de fornecer os arquivos magnéticos após ter sido intimado e da mesma forma, a apuração do montante da multa aplicada.

Argumentou apenas que o art. 42, XIII-A da Lei 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 pelo autuante na informação fiscal.

As alíneas “g” e “i” do art. 42, XIII-A da Lei 7.014/96 citadas pelo autuado não correspondem às vigentes na data da autuação com as alterações feitas pela Lei nº 10.847/07. Para facilitar seu entendimento transcrevo abaixo a redação atual vigente na data da autuação:

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) R\$ 46,00 (quarenta e seis reais):

1. à empresa credenciada que:

1.1. extraviar etiqueta ou lacre fornecido pela Secretaria da Fazenda para instalação em equipamento de controle fiscal, aplicando-se a penalidade por cada lacre ou etiqueta extraviada;

1.2. emitir Atestado de Intervenção Técnica em ECF com informação inexata, aplicada a penalidade por cada atestado;

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;

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, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas”.

Por sua vez, 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 apresentando inconsistências, os §§ 3º, 4º e 5º do mencionado dispositivo e diploma legal prevêm 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 “i” 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 à multa prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei 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 § 6º do mesmo dispositivo legal estabelece que configura não fornecimento, ficando o contribuinte sujeito à penalidade prevista no regulamento que equivale à prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que o autuante intimou o autuado no dia 13/04/11 para corrigir os arquivos magnéticos entregues com falta dos Registros R50, R54, R60R, R74 e R75, num prazo de trinta dias (fl. 5). Não tendo atendido a primeira intimação, reintimou o autuado em 19/05/11 (fl. 06), tendo indicado a ausência dos Registros R54, R60R, R74 e R75 conforme relação de arquivos recepcionados (fls. 8/10), sem que tivesse sido entregues os arquivos relativos ao período fiscalizado (05/2007 e 03/2008).

Assim sendo, restou caracterizado que o estabelecimento autuado tendo sido intimado para corrigir os arquivos magnéticos entregue à fiscalização com ausência de Registros, 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, “j” da Lei nº 7.014/96 com redação dada pela Lei 10.847/07. Por isso, não acolho o pedido de conversão em multa de R\$1.380,00.

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 pelo autuante na informação fiscal, com a apresentação dos arquivos magnéticos é possível aplicar diversos roteiros de auditorias (estoques, antecipação tributária, antecipação parcial, diferença de alíquota, cartão de crédito, créditos fiscais, etc.) com base em códigos fiscais de operações, memória fiscal dos ECFs, cupons Redução Z, identificação de mercadorias por 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 substantivamente 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 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº. **206958.0005/10-9**, lavrado contra **ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de multa no valor total de **R\$20.636,73**, prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96 além dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de fevereiro de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR