

PROCESSO - A. I. Nº 110427.0008/05-0
RECORRENTE - ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0046-02/06
ORIGEM - INFAS ITABUNA
INTERNET - 19/12/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0505-12/06

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA. MULTA. De acordo com as normas regulamentares, o contribuinte é obrigado a apresentar ao fisco os arquivos magnéticos com todos os registros fiscais dos documentos emitidos quanto às suas operações comerciais. Infração comprovada. Não acolhida a solicitação de redução da multa. Mantida a Decisão. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo Autuado contra a R. Decisão prolatada pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JJF 0046-02/06, que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, cingindo-se a peça recursal ao enfrentamento da infração 5, assim descrita:

5. falta de entrega de arquivos magnéticos os quais deveriam ter sido enviados pela internet através do programa Validador/SINTEGRA. Sendo cobrada a multa de 1% sobre as saídas do período de 31/12/2003 a 30/06/2004.

O sujeito passivo, tempestivamente, através de seu advogado formalmente constituído, apresentou sua contestação, acolhendo, inicialmente, integralmente as infrações 1, 2, 3 e 4. Não apresentando óbice algum contra o lançamento decorrente das acusações fiscais nelas contidas. Ao contrário, carreou aos autos cópias do requerimento de parcelamento, fl. 55, atinente ao valor integral dos lançamentos destas infrações e do DAE correspondente ao pagamento da primeira parcela, fl. 56.

Insurgiu-se o autuado, tão-somente, em relação à infração 5, relativa à não apresentação dos arquivos magnéticos do SINTEGRA referente ao período de janeiro de 2003 a junho de 2004. Entendendo ser o valor do crédito tributário exigido de tamanha envergadura monetária, que se constitui num caso típico de desarmonia com a realidade existencial.

Enfatizou que a infração houve e penalidade haverá que ser aplicada, entretanto aduz ser a penalidade prevista em norma mais benigna, invocando o CTN, transcrevendo a alínea “c”, do inciso II, do art. 116, com o intuito de arrimar a sua pretensão.

Observou que o art. 42, da Lei nº 7.014/96, dispõe de duas penalidades distintas para a infração cometida e transcreveu as alíneas “i” e “g”, na tentativa de demonstrar que a alínea “i” é mais amena que a alínea “g”, pois exige o pagamento da multa no valor de R\$ 1.380,00, enquanto que a alínea “g” exige o percentual de 1% sobre o valor das saídas realizadas em cada período de apuração pelo não fornecimento. Ressaltando que a lei penaliza o mesmo injurídico, não entrega dos arquivos magnéticos, de duas formas, sendo a preceituada na alínea “i”, menos severa, portanto deve ser ela aplicada de acordo com a benignidade estatuída pelo CTN.

Assinalou o autuado ser o dispositivo mais brando que a autoridade lançadora apôs no embasamento legislativo para a penalidade imposta no presente caso: “*Multa aplicada: art. 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96*”.

Aduziu ainda não ser plausível que, apenas pelo fato de ter havido a intimação para entrega dos referidos arquivos magnéticos imprimir a penalidade da alínea “g” do dispositivo mencionado, como fez o autuante ao quantificar o valor monetário da multa, em nítida contradição com a fundamentação legal apresentada no AI.

Prosseguindo sua argumentação, assevera que de tão gravosa é a norma da dita alínea “g”, configura-se a pena nela contida como de nítida natureza confiscatória. Daí, acrescenta a mácula da desproporcionalidade da pena e contamina de vício inarredável.

Assinalou ser flagrante a ilegalidade da norma sob commento pelo que os julgadores têm o poder dever de rechaçar sua aplicação, no exercício pleno da função de controlar a legalidade das normas de forma ampla para que a verdade jurídica seja estabelecida.

Apresentou exemplos ratificadores de sua tese de acórdãos em que o STF reduziu multas previstas nos dispositivos da legislação estadual.

Conclui postulando pela revisão do lançamento relativo à infração 5, no sentido de que seja aplicada a multa prevista na alínea “i”, do inciso XIII-A, art. 42, da Lei nº 7.014/96”, com a conseqüente determinação para desconstituição do crédito tributário excedente lançado.

O autuante ao proceder à informação fiscal afirmou que o autuado pretende que seja aplicada a multa de R\$ 1.380,00, pelo fato de constar no Auto de Infração como dispositivo de multa a alínea “i” quando correto é a alínea “g”. Aduziu que o auto informatizado é suscetível a erros que poderão ser corrigidos posteriormente, assinalando que o próprio RPAF prevê esta possibilidade em seu art. 18, o qual transcreve o § 1º, para fundamentar a sua afirmativa.

Enfatizou que a infração cometida refere-se ao não fornecimento, mediante intimação, de arquivos magnéticos contendo as operações de entradas e de saídas, elemento imprescindível ao desenvolvimento da ação fiscal, cuja obrigação já deveria ter sido cumprida pela empresa dentro de cada período previamente estabelecido.

Asseverou, ainda, que além de não ter transmitido os arquivos via internet, não os forneceu ao autuante, quando intimado, descumprindo de forma frontal e desrespeitosa a legislação em vigor, dificultando sobremaneira a ação do fisco estadual.

O autuante afirmou que no presente caso foi observado no lançamento fiscal o benefício da aplicação da penalidade mais branda, tendo em vista ter sido utilizado como base cálculo para aplicação da penalidade apenas o valor das saídas de mercadorias realizadas no período, em razão da nova redação do dispositivo em questão. Pois, no período 14/12/02 a 09/07/04 determinava-se que a base cálculo desta infração seria o valor das operações de entradas e das saídas de mercadorias e serviços realizados no período.

Redargüiu que está descartada a aplicação da penalidade fixa de R\$ 1.380,00, pretendida pelo autuado e prevista na alínea “i”, pois, ela só é cabível quando não há intimação, a partir de 10/07/04, sendo inócuas no presente caso.

Por fim, em razão do exposto, requereu que o Auto de Infração fosse julgado procedente em sua integralidade, com a aplicação da multa de 1% sobre o total das saídas de mercadorias do período prevista na alínea “g”, do inciso XIII-A, art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Ao tomar conhecimento da informação fiscal prestada pelo autuante, o sujeito passivo manifestou-se na mesma linha argumentativa apresentada em sua peça defensiva inicial, reiterando todas as alegações e mantendo a solicitação para que fosse aplicada a alínea “i”, em vez da alínea “g”, do dispositivo legal, ora questionado.

Através do Acórdão JJF nº 0046-02/06, decidiu a 2.ª Junta de Julgamento Fiscal pela procedência da autuação, sob o entendimento de que:

- a) “a previsão legal contida em cada uma das alíneas “i” e “g” do inciso XIII-A, do art. 41, da Lei nº 7.014/96 expressam fatos distintos, por isto, cominações, também distintas”, ou seja, “a alínea “i” refere-se à falta de entrega ou a entrega em padrão diferente do previsto na legislação que impossibilitem a sua leitura dos arquivos magnéticos e como obrigação acessória e de rotina periódica, já a alínea “g” trata do não fornecimento, mediante intimação dos arquivos magnéticos ou pela entrega em padrão diferente do previsto na legislação ou em condições que impossibilitem a sua leitura”; assevera que, da análise dos citados dispositivos, “Depreende-se claramente o objetivo do dispositivo legal em instituir a graduação das aludidas penalidades, sob pena de banalizar o descumprimento desta obrigação acessória”, em suma, “cada uma das alíneas em questão tem objetivos distintos, e por isto, são caracterizadas por penalidade com intensidades compatíveis”;
- b) no que concerne à “desproporcionalidade e a natureza confiscatória da pena, aduzidas pelo autuado em sua peça defensiva, fico tolhido de manifestar-me a respeito, em face da limitação legal imposta às Juntas de Julgamento Fiscal deste CONSEF, concernente à apreciação de matéria que envolva cunho constitucional”; outrossim, ficou evidenciado nos autos que “o autuado não apresentou qualquer manifestação acerca de eventuais dificuldades por ele enfrentadas que justificassem, ou que, pelo menos denotassem o seu interesse em cumprir a exigência legal sob comando”, sem prejuízo do fato de que “ficou patente a consentaneidade da falta de entrega dos arquivos magnéticos discriminados, que no RICMS/97-BA a aplicação da multa de 1% sobre as saídas do período, na forma insculpida pela alínea “g” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, cominação prevista para o descumprimento dos art. 686 e 708-B e aplicada de acordo com a vigência da norma legal no momento do descumprimento da obrigação acessória, ou seja, quando da não entrega dos arquivos magnéticos”.

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, através do qual repisa, integral e literalmente, todos os argumentos expendidos em sua peça defensiva. Acrescenta que existe incompatibilidade jurídica do Acórdão, vez que o *a quo*, ao acolher o voto condutor do acórdão, entendeu que a não entrega dos referidos arquivos magnéticos antes de qualquer notificação é um fato e depois é outro, literalmente diferente. Prossegue aduzindo que nesta última hipótese a exacerbão da penalidade como forma de não banalizar o cumprimento de uma mesma obrigação acessória que tem a mesma natureza jurídica. Salienta que sendo o fato jurídico – entrega dos arquivos magnéticos – o mesmo em qualquer das situações, o embasamento do julgado padece de incoerência com a realidade jurígena presente, e a tese de aplicação da penalidade mais benigna destroça seu entendimento pela procedência do lançamento em sua forma original. Afirma que se algum prejuízo a não entrega dos arquivos traz à Fazenda Pública, este é o mesmo antes ou depois da notificação. Acrescenta que no particular houve um trabalho de fiscalização de todos os dados fiscais do recorrente, quando inclusive se constatou infrações de outras espécies e logo confessadas, sem ter havido constatação de nenhuma outra ligada direta ou indiretamente aos famigerados arquivos. Alega 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. Logo, assevera, alçar 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, sobre agredir princípios tributários previstos em nossa lei de regência, o CTN é concepção simplesmente fiscalista, sem nenhum comprometimento com o Direito. Repisa que infração houve a penalidade há de ser aplicada, todavia a mais benigna, que é a contemplada na alínea “i”, do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Pugna, ao final, pelo provimento do Recurso Voluntário para que a penalidade constante

do Auto de Infração seja substituída por aquela prevista na alínea “i” inciso XXIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

O ilustre procurador da PGE/PROFIS, após tecer escorço histórico do presente PAF, emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, ressaltando, inicialmente, que o contribuinte é reincidente nesta prática delituosa, vez que fora autuado anteriormente pelos mesmos motivos, relativos aos exercícios de 2000, 2001 e 2002, tendo sido intimado pela fiscalização para regularizar a sua situação sem que tomasse as devidas providências. Transcreve o art. 42, XIII-A, “g” e “i”, da Lei nº 7.014/96, para asseverar que houve a intimação para a apresentação dos arquivos, sem que o contribuinte tomasse a atitude no sentido de cumprir a obrigação acessória. Ressalta que o recorrente é um contumaz infrator, que não prima pela aparência na realização das suas operações comerciais dificultando o monitoramento das suas transações objeto da incidência de ICMS, razão pela qual a conduta delituosa se enquadra na alínea “g”, do citado dispositivo legal. Salienta, ainda, que inexiste confisco tributário no caso em análise, invocando lição de Paulo de Barros Carvalho, bem como jurisprudência a respeito da matéria. Ao final, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO VENCIDO

Inicialmente, há que se observar que o recorrente se insurge apenas quanto à infração 5, sendo esta, tão-somente, a infração que será por nós analisada no presente *decisum*.

Outrossim, de forma expressa, reconhece o recorrente o cometimento da infração, pugnando apenas pela sua substituição da constante do Auto do Infração por aquela insculpida na alínea “i”, do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, por ser mais benéfica ao contribuinte.

Permissa venia, entendo, nesse particular, que razão alguma assiste ao recorrente. Senão, vejamos.

O fato gerador da infração descrita na constante na alínea “g” do inciso XIII-A do art. 42, da Lei nº 7.014/96, ao contrário do quanto pugnado pelo autuado, não é o mesmo daqueloutro albergado na alínea “i”, do citado artigo de lei.

A alínea “i” se refere à falta de entrega ou a entrega em padrão diferente do previsto na legislação, que impossibilitem a leitura dos arquivos magnéticos, como obrigação acessória e de rotina periódica. Por outro lado, a alínea “g” trata do não fornecimento, mediante intimação, dos arquivos magnéticos ou pela entrega em padrão diferente do previsto na legislação ou em condições que impossibilitem a sua leitura. Ora, da simples leitura dos mencionados dispositivos legais, é possível constatar o seu escopo de instituir a gradação das aludidas penalidades, sob pena de difundir e acentuar o descumprimento desta obrigação acessória. É evidente, pois, que cada uma das alíneas em questão tem objetivos distintos, e por isto, são caracterizadas por penalidade com intensidades compatíveis.

Rejeito, portanto, o pleito do recorrente de aplicação da penalidade prevista na alínea “i”, do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Por outro lado, entendo que a multa aplicada ao recorrente no montante indicado no Auto de Infração não pode prosperar, invocando, para tanto, o permissivo legal sufragado no § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, que permite ao julgador, dentro de determinados critérios, “cancelar ou reduzir” a multa aplicada no Auto de Infração.

No caso vertente, entendo que a infração fora efetivamente cometida pelo recorrente, inclusive tendo sido reconhecida pelo mesmo, o que dificultou, e muito, o trabalho da fiscalização, a fim de apurar o imposto devido. Todavia, é inquestionável, salvo melhor juízo que o imposto efetivamente devido pelo recorrente foi devidamente apurado e cobrado, como sói comprovar a descrição das infrações 1 a 4, do presente Auto de Infração.

Ora, em assim sendo, “relativizado”, portanto, ficou o prejuízo do Estado no caso vertente, posto

que, a despeito de a conduta do autuado ter gerado imensas dificuldades para o exercício da fiscalização, o objeto de sua pretensão, qual seja, a cobrança do imposto, foi alcançada através de outros roteiros que redundaram na lavratura do presente Auto de Infração.

O que o Fisco Estadual busca é a cobrança do imposto devido e não a exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória. Esta deve ser “ponte” para a consecução daquela finalidade e não o próprio destino. A previsão legal de aplicação de multa, por parte do legislador, tem por finalidade impedir a prática da infração por parte do autuado, devendo se revestir muito mais do caráter educativo do que punitivo.

A manutenção do valor atinente à multa por descumprimento de obrigação acessória, descrita na infração 5, do presente Auto de Infração, conduzirá não a uma ilegalidade, mas sim a uma flagrante INJUSTIÇA.

Isso porque o imposto devido (fim), apurado pela fiscalização, corresponde ao valor de R\$ 95.729,51, ao passo que, *ad absurdum*, o valor da multa aplicada (meio) somente na infração 5 atinge a importância de R\$ 360.075,16, ou seja, quase que 04 (quatro) vezes o montante devido a título de imposto.

Evidente *in casu* a injustiça, irrazoabilidade e desproporcionalidade da multa no valor indicado na infração 5.

Destarte, em face de tudo quanto acima exposto, mantendo coerência com as decisões por mim proferidas anteriormente nesta Egrégia Câmara de Julgamento, com espeque nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e equidade que devem reger o processo administrativo fiscal, bem como no permissivo normativo constante do § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, voto no sentido de PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário interposto para reduzir o valor da multa inicialmente aplicada na infração 5 para R\$36.007,50, correspondente a 10% (dez por cento) do quanto exigido originariamente.

VOTO VENCEDOR

Acompanho o entendimento do ilustre relator no que tange à caracterização da infração e à tipificação da multa aplicada, porém, respeitosamente, divirjo de seu entendimento quanto à redução da multa com base no previsto no art. § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O disposto no § 7º do art. 42 da Lei nº 7014/96 autoriza este CONSEF a reduzir ou dispensar multa por descumprimento de obrigação acessória, desde que fique comprovado que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação e não implique falta de recolhimento do imposto.

No caso em tela, entendo que as condições necessárias para a redução ou dispensa da multa não estão presentes nos autos. Não se pode dizer que a irregularidade não causou prejuízo ao estado, uma vez que ela prejudicou a aplicação de roteiros de auditoria fiscal que somente seriam viáveis com a utilização de sistema eletrônico de processamento de dados e, além disso, neste mesmo Auto de Infração há cobrança de imposto não recolhido regularmente pelo recorrente.

Os livros e documentos fiscais apresentados pelo recorrente não possuem o condão de suprir a falta de apresentação dos arquivos magnéticos, pois o descumprimento da obrigação tributária acessória em questão prejudicou a regular fiscalização do estabelecimento, o qual, diga-se de passagem, é um supermercado de porte considerável e que comercializa com milhares de diferentes itens. Os roteiros de auditoria que foram aplicados são pontuais e não se prestam para homologar os exercícios fiscalizados. Os valores cobrados neste lançamento se referem apenas à apropriação de créditos fiscais e ao pagamento do diferencial de alíquotas.

Relativamente ao montante alcançado pela multa, saliento que o percentual utilizado no lançamento está expressamente previsto no art. 42, da Lei nº 7.014/96, para a infração que foi imputada ao recorrente, não havendo como prosperar a alegação recursal de que a pena aplicada é desproporcional e configura um confisco.

Pelo acima exposto, entendo que a infração está caracterizada, que foi correta a Decisão recorrida e que não é cabível a redução ou dispensa de multa solicitada pelo recorrente.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, homologando a decisão recorrida, a qual está correta e não carece de qualquer reparo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 110427.0008/05-0, lavrado contra **ITÁO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$95.729,51**, sendo R\$29.333,19, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$66.396,32, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” e II, “f”, da supracitada lei, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$360.075,06**, prevista no art. 42, XIII-A, “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, na forma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, José Hilton de Souza Cruz e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiros Nelson Antonio Daiha Filho, Bento Luiz Freire Villa-Nova e Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR/VOTO VENCIDO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS