

PROCESSO - A.I. N° 278868.0001/06-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A
RECORRIDOS - ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1^a JJF nº 0210-01/06
ORIGEM
INTERNET - INFRAZ ILHÉUS
- 06/02/2007

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0004-12/07

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. De acordo com as normas regulamentares, o contribuinte é obrigado a apresentar ao fisco os arquivos magnéticos com os registros fiscais dos documentos emitidos quanto às suas operações comerciais quando devidamente intimado. Assiste razão ao contribuinte quanto à existência de Decisão transitada em julgado na esfera administrativa relativamente ao mesmo período exigido anteriormente através de outro Auto de Infração. Refeitos os cálculos para exclusão dos valores indevidamente exigidos. Autuação parcialmente subsistente. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recursos Voluntário e de Ofício, interpostos, respectivamente, pelo autuado e pela 1^a JJF, contra a Decisão prolatada pela referida Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JJF 0210/01-06, que julgou pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe.

O contribuinte através de advogado devidamente habilitado, apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls. 88/105), trazendo à lide três premissas que, segundo afirma, determinarão a desconstituição parcial do lançamento.

Na primeira alega a existência de flagrante agressão à chamada coisa julgada administrativa, entendendo que as decisões do processo administrativo tributário, como as decisões dos tribunais, têm um efeito similar à coisa julgada formal. Afirma que as decisões definitivas dos órgãos julgadores administrativos em matéria tributária, vincula a Fazenda Pública de tal forma que a impede de repetir lançamento com base em fatos já aureolado por tal fenômeno jurídico.

Prosegue, dizendo que apesar de a doutrina e jurisprudência serem uníssonas sobre esta matéria, também, o Código Tributário Nacional - CTN, no seu artigo 156, inciso IX, trata do efeito vinculante como causa determinante da própria extinção do crédito tributário.

Acrescenta que o presente Auto de Infração, engloba a exigência dos arquivos magnéticos relativos ao período de janeiro de 2001 a dezembro de 2002, que já fora exigido através do Auto de Infração nº 089599.0004/03-9, lavrado em 26/09/2003, para exigência das mesmas penalidades, tendo a 2^a Câmara de Julgamento Fiscal, julgado conforme Acórdão nº 0035-12/04.

Conclui a primeira premissa, afirmando que cabe a exclusão da exigência relativa ao período de janeiro de 2001 a dezembro de 2002, cuja base de cálculo representa o valor de R\$28.709.496,45,

permanecendo a exigência relativa ao exercício de 2003, com multa no valor de R\$ 155.992,50, cuja base de cálculo é R\$ 15.599.250,55.

Na segunda premissa, afirma que é consabido que em tema de penalidade tributária a prevista na norma menos gravosa ao contribuinte é que deve ser aplicada. Cita e transcreve o artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, para dizer que este princípio está ali albergado.

Sustenta existirem no mesmo diploma legal vigente à época da autuação, normas sancionadoras tratando de penalidades diferentes para o mesmo ilícito apontado no Auto de Infração, ou seja, a não apresentação de arquivos magnéticos do SINTEGRA.

Transcreve o artigo 42, inciso XIII-A, alíneas “g” e “i” da Lei nº 7.014/96, para afirmar que a lei penaliza o mesmo fato injurídico de duas formas, devendo prevalecer a menos severa que é a multa prevista na alínea “i”.

Assevera ser premissa simplista a de ter havido intimação do contribuinte para entregar os arquivos magnéticos, para impor a penalidade prevista na alínea “g” como fez o autuante.

Acrescenta que o Estado tem inúmeros meios postos à sua disposição para verificar a exatidão ou não dos elementos fiscais do contribuinte, sem necessariamente depender de arquivos magnéticos, para alçar uma obrigação acessória a um patamar de importância que por si só não tem e o seu descumprimento a aplicação da penalidade mais severa da lei para o mesmo ilícito.

Afirma que o rigor dos princípios tributários retira do aplicador da norma tributária qualquer propensão à discricionariedade na aplicação desta, cabendo observar o que determina o CTN na aplicação da penalidade menos severa. Diz que repugna o Direito do Estado se satisfazer com a penalidade prevista na alínea “i” no valor de R\$1.380,00, por arquivo não entregue nos prazos legais, e porque intima o contribuinte a entregá-los, impõe uma multa equivalente a 1% (um por cento) sobre o total das saídas de mercadorias e da prestação de serviços no período.

Na terceira premissa, dizendo que deixando o julgador de cumprir o seu dever imposto pela lei, constitui uma omissão que só contribui para protelar a solução da lide com graves transtornos para o contribuinte, pois, no Poder Judiciário, inclusive no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, já está pacificado o entendimento de que dispositivos de lei impositores de penalidades confiscatórias são tidos como inaplicáveis em sua inteireza. Cita como exemplos os Acórdãos RE-90.770-0 e RE 90.948-6, proferidos pelo STF, chancelando decisões da Corte de Justiça do Estado da Bahia.

Reitera que houve a infração e que a penalidade aplicável é a mais benigna, no caso, a prevista na alínea “i”, do inciso XIII-A, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96.

Finaliza a sua peça defensiva, requerendo a revisão do lançamento impugnado, determinando a improcedência total da parte do mesmo que teve por base os fatos relativos ao período de janeiro de 2001 a dezembro de 2002, e que em qualquer hipótese seja aplicada a penalidade prevista na alínea “i”, do inciso XIII-A, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, com a consequente determinação para desconstituição do crédito tributário excedente lançado.

O representante da PGE/PROFIS, em pronunciamento às fls. 108 a 112 esclarece que o recorrente aduziu na súplica recursal de fls. 529/546, em breve síntese as alegações seguintes:

- a) da existência nos autos de violação à coisa julgada administrativa;
- b) que a penalidade pelo descumprimento da obrigação acessória em contesto, deve ser sempre a mais benigna ao contribuinte tendo em vista a existência de duas penalidades para o mesmo fato infracional;
- c) que a penalidade aplicada ao caso em apreço está maculada de vício material.

I – DA SUPOSTA VIOLAÇÃO À COISA JULGADA ADMINISTRATIVA.

Entende o representante da PGE/PROFIS, que inexiste em nosso ordenamento jurídico a figura da “coisa julgada administrativa”, porquanto, perante o Judiciário, qualquer Decisão administrativa pode ser modificada, por força do que estabelece o inc. XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal (“*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito*”), bem como, no disposto na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal (“*A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada em todos os casos a apreciação jurisdicional*”).

Assim, dentro deste entendimento doutrinário, já poderíamos fechar a questão sobre a perfeita possibilidade de um novo lançamento sobre o período objeto de ação fiscal anterior, entretanto, existe outro elemento no caso concreto, que legitima, ainda mais, o lançamento ora rechaçado, precisamente a existência de uma continuidade infracional perene pelo recorrente, em face do não atendimento aos deveres administrativos instrumentais a ele imputados, especificamente o não atendimento das intimações para fornecimento dos arquivos.

Assim, não há como se acolher a primeira premissa lançada pelo recorrente.

II – DA APLICAÇÃO DA PENALIDADE MAIS BENÍGNA

Declara o representante da PGE/PROFIS, que, em que pese à engenhosa tese lançada na súplica recursal, com a devida vênia, entende-a incabível, pois, diferentemente do que aduziu o recorrente, o ponto de dissensão entre as duas normas (alíneas “g” e “i”, do inc. XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96), está no fato da modulação do potencial de lesividade da conduta omissiva praticada pelo contribuinte.

De ver-se, neste sentido, que a conduta omissiva descrita na primeira norma arrolada, possui um grau de lesividade muito maior do que o ato volitivo da segunda norma, porquanto oriunda de um não atendimento voluntário dos atos administrativos persecutórios, ou seja, as intimações para apresentação.

Assim, não há como se acolher à segunda premissa lançada pelo recorrente.

No tocante as questões da possibilidade de discussão de constitucionalidade da norma na seara administrativa, entende não caber neste âmbito qualquer posicionamento sobre a questão, pois o foro adequado à elisão das questões de índole constitucional é o poder judiciário, pela via controle difuso ou concreto de constitucionalidade.

Diante do exposto, nos termos do art. 119, § 1º, do COTEB, opina pelo conhecimento e Não Provimento do Recurso Voluntário, ora em análise.

VOTO

Quanto ao Recurso de Ofício, verifica-se que a redução do valor do Auto de Infração, deveu-se à exclusão do período de janeiro de 2001 a dezembro de 2002, em função deste período estar incluso no Auto de Infração nº 089599.0004/03-9, julgado procedente pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, conforme Acórdão nº 0035-12/04, permanecendo a exigência relativa ao exercício de 2003, com multa no valor de R\$ 155.992,50, cuja base de cálculo é R\$ 15.599.250,55.

Quanto ao Recurso Voluntário, em relação à alegação da inconstitucionalidade das multas aplicadas, tidas como confiscatórias, falece a este Egrégio Conselho, competência para apreciação de argüições de inconstitucionalidade, em consonância com os termos do art. 167, inciso I do RPAF/99, tendo este CONSEF que tomar como base para seus julgamentos a legislação vigente.

No que diz respeito ao mérito, efetivamente restou confirmada nos autos a falta de apresentação dos arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas.

Não vislumbro neste processo, qualquer circunstância atenuante da multa que justifique a sua redução, razão pela qual concordo plenamente com o resultado do julgamento da 1^a JJF. Em verdade o contribuinte, em relação ao período objeto da ação fiscal, não entregou as informações solicitadas pelo Fisco, mesmo depois de reiteradas intimações, não havendo qualquer justificativa nos autos que revele a razão do não cumprimento da obrigação acessória.

Diante do exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário apresentados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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 EM PARTE o Auto de Infração nº 278868.0001/06-8, lavrado contra ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa no valor de R\$155.992,50, prevista no art. 42, inciso XIII, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de janeiro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JOSÉ HILTON DE SOUZA CRUZ – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR REPR. PGE/PROFIS