

PROCESSO - A I. Nº 278868.0058/07-8
RECORRENTE - ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0033-01/08
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 05/06/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0136-12/08

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Restou comprovado o não atendimento à intimação regulamentar para apresentação dos arquivos magnéticos. Nessa situação, é cabível a aplicação da multa no percentual de 1%, sobre o total das operações de saídas ocorridas no período, prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para aplicar multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$803.819,32, correspondente a 1% sobre o valor das operações de saídas, em decorrência da falta de entrega de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

O autuado apresentou defesa, fls. 69 a 83, alegando que para o ilícito fiscal que lhe foi imputado o inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 prevê duas penas: uma equivalente a 1% sobre o valor das operações de saídas (alínea “g”) e outra no valor fixo de R\$1.380,00 (alínea “i”). Disse que, nessa situação, deveria ser aplicada a pena de menor valor, conforme previsto no art. 106, II, “c”, do CTN. Também alegou que a pena prevista na citada alínea “g” é inaplicável, uma vez que é ilegal perante os princípios constitucionais tributários. Frisou que pode e deve o órgão julgador administrativo enfrentar as questões pertinentes à inconstitucionalidade.

Na informação fiscal, fls. 97 a 99, o autuante manteve a autuação em sua totalidade.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0033-01/08, fls. 102 a 106, o Auto de Infração foi julgado Procedente, tendo o ilustre relator fundamentado o seu voto sob a alegação de que a multa cabível para a infração apurada era a prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96, uma vez que os arquivos magnéticos foram exigidos mediante intimação. Mencionou o relator que, ao teor do disposto no art. 167, inc. I, do RPAF/99, não cabia ao CONSEF apreciar questões ligadas a constitucionalidade da legislação tributária estadual. Aduziu o relator que o autuado já tinha figurado no pólo passivo em diversos lançamentos de ofício envolvendo essa matéria e, como exemplo, transcreveu trecho do voto proferido no Acórdão CJE Nº 0318-11/07, que manteve inalterada a Decisão recorrida que julgou procedente o Auto de Infração nº 278868.0007/06-6.

Inconformado com a Decisão proferida pela 1ª JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada.

O recorrente afirma que, para a não apresentação de arquivos magnéticos, o inc. XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 prevê duas penalidades: multa equivalente a 1% sobre o valor das operações de saídas (alínea “g”) e multa no valor de R\$ 1.380,00 (alínea “i”). Diz que a primeira instância, ao

enfrentar essa matéria, não alcançou o cerne da questão, uma vez que deixou de analisar a figura jurídica do fato típico tributário, para centrar a Decisão na exacerbação das penalidades.

Destaca que não há como se alegar que o fato de ter sido intimado a entregar os referidos arquivos não justifica a aplicação da multa de 1%, prevista na citada alínea “g”. Diz que, se a não entrega dos arquivos trouxe algum prejuízo ao fisco, esse prejuízo é o mesmo antes ou depois da notificação. Sustenta que a fiscalização tinha à sua disposição todos os meios necessários à verificação da situação fiscal do contribuinte.

Assinala que no caso em tela deveria ter sido aplicada a multa prevista na alínea “i”, uma vez que essa pena era menos severa. Enfatiza o recorrente que o Código Tributário Nacional, no seu art. 106, II, “c”, determina que deverá ser aplicada a penalidade menos gravosa ao contribuinte, 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.

Prosseguindo em seu arrazoado, o recorrente alega que a multa prevista na alínea “g” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 é inaplicável em qualquer hipótese, pois está maculada por vício material. Destaca que ao Conselho Fazendário foi atribuída a prerrogativa de exercer o controle da legalidade de lei ou ato normativo, em comunhão com o disposto no artigo 168 do RPAF e, desse modo, este órgão julgador tem o poder-dever de se pronunciar sobre todas as matérias de defesa, inclusive no que tange à ilegalidades de normas editadas pelo Poder Executivo, devendo ser declarada a inaplicabilidade da norma do artigo 42, inciso XIII-A, alínea “g” da Lei nº 7.014/96, já que a aplicação do referido dispositivo fere os princípios do não confisco e da proporcionalidade. Para corroborar as suas alegações, transcreve dispositivos legais e cita doutrina e jurisprudência.

Ao finalizar, o recorrente pede que seja aplicada a multa prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96, e a desconstituição do crédito tributário excedente lançado.

Ao exarar o Parecer de fls. 138 a 144, o ilustre representante da PGE/PROFIS, referindo-se à alegação recursal pertinente à existência de duas multas para a infração que foi apurada, diz que o critério da intimação consiste em fator crucial para distinguir os propósitos dos dispositivos legais a serem aplicados. Salienta que, uma vez tendo sido o recorrente intimado a apresentar arquivos magnéticos e não o fazendo, deverá ser aplicada a multa de 1%, prevista na referida alínea “g”, pois está explicitada a intenção do recorrente de não colaborar e nem facilitar o esforço da fiscalização, fato que diz configurar ato ilícito, o qual deve ser punido de forma mais gravosa. Frisa que não se trata de uma discricionariedade, uma vez que a penalidade é cominada de forma expressamente objetiva.

Esclarece o ilustre procurador que o CONSEF se limita a analisar as questões constitucionais decorrentes de direitos fundamentais estabelecidos no artigo 5º da Constituição Federal, e não de toda e qualquer matéria constitucional. Frisa não cabe ao órgão julgador administrativo suscitar desconfiança sobre o caráter constitucional das normas, cabendo esse dever ao Poder Judiciário.

O procurador afirma que o pedido para a aplicação de penalidade diversa não merece ser acolhido, que todos os argumentos trazidos na fase recursal já foram apreciados em primeira instância e que não há razão para a modificação da Decisão recorrida. Diz que o pedido de aplicação de penalidade diversa tem a finalidade de tumultuar o feito e procrastinar o processo.

Ao finalizar seu Parecer, o ilustre procurador 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, o qual foi lavrado para aplicar multa, no valor de R\$803.819,32, equivalente

a 1% sobre as operações de saídas, prevista no art. 42, inc. XIII-A, al. “g”, da Lei nº 7.014/96, em razão da falta de apresentação de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação.

As intimações acostadas às fls. 6 e 7 comprovam o cometimento da infração que foi imputada ao sujeito passivo. Por seu turno, o demonstrativo de fl. 9 e as fotocópias do livro Registro de Apuração de ICMS acostadas ao processo atestam a correção dos valores empregados na apuração do montante da multa.

Na Defesa e no Recurso Voluntário, o recorrente admitiu o cometimento da infração que lhe foi imputada, porém questionou a multa que foi indicada no Auto de Infração.

Para um melhor entendimento da questão, transcrevo a seguir o disposto no artigo 42, inciso XIII-A, alíneas “g” e “i”, da Lei nº 7.014/96, com a redação vigente à época dos fatos geradores:

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) 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.

Ao contrário do alegado pelo recorrente em Primeira e Segunda instâncias, não há no dispositivo legal acima transcrito duas penas para a mesma infração. Apesar de resultarem em falta de entrega de arquivos magnéticos, as infrações capituladas nas alíneas “g” e “i” são diferentes e não se confundem. A pena indicada na alínea “i”, no valor de R\$ 1.380,00, é aplicada quando o contribuinte deixar de entregar os arquivos magnéticos no prazo previsto. Todavia, quando está em curso uma ação fiscal e o contribuinte não fornece os arquivos magnéticos solicitados mediante intimação regulamentar, a pena cabível é a prevista na alínea “g” (equivalente a 1% do valor das operações de saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas no período).

Não há como atender o pleito recursal para que se aplique a pena prevista na alínea “i”, menos gravosa, uma vez que, para o ilícito fiscal apurado, a lei prevê a multa capitulada na alínea “g”. Não vislumbro como se aplicar ao caso o disposto no art. 106, II, “c”, do CTN, pois o previsto no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96 deixa claro qual a multa que deve ser aplicada.

Discordo do recorrente quando ele afirma que a falta de entrega dos arquivos magnéticos não causou prejuízos à fiscalização. Considerando que o recorrente é um estabelecimento do ramo de supermercado e que trabalha com milhares de espécies de mercadorias, a apresentação dos arquivos magnéticos solicitados era fundamental para a execução de diversos roteiros de auditoria fiscal. Esse prejuízo fica patente quando se observa que a ordem de serviço foi encerrada sem que qualquer outro roteiro de fiscalização fosse aplicado ao recorrente.

Ressalto que o recorrente já é reincidente na falta de entrega de arquivos magnéticos, conforme se pode constatar pelos Acórdãos nºs 0042-11/04 e 0505-12/06.

Apesar da rica argumentação trazida aos autos pelo recorrente, não há como este colegiado acolher o pleito recursal e adentrar na apreciação de aspectos pertinentes à inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, uma vez que o disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99, expressamente, exclui tal matéria da competência deste órgão julgador administrativo.

Pelo acima exposto, a infração está caracterizada, a multa indicada no Auto de Infração está correta e, portanto, foi acertada a Decisão proferida pela Primeira Instância.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **278868.0058/07-8**, lavrado contra **ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$803.819,32**, prevista no art. 42, XII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios de acordo com o estabelecido pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões CONSEF, 19 de maio de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ANA PAULA TOMAZ MARTINS – REPR. DA PGE/PROFIS