

A. I. N.º - 278868.0058/07-8
AUTUADO - ITÃO SUPERMERCADOS IMP. E EXP. S.A.
AUTUANTE - JOSÉ MARCELO PONTES
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 19. 02. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0033-01/08

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Autuado não atendeu a intimação no prazo regulamentar para apresentação dos arquivos magnéticos, sujeitando-se a multa no percentual de 1%, sobre o total das operações de saídas ocorridas no período, prevista no artigo 42 XIII-A “g” da Lei 7.014/96. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/09/2007, impõe multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 803.819,32, correspondente a 1% sobre o valor das operações de saídas do contribuinte, em decorrência de irregularidade cometida pelo autuado quando deixou de fornecer arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Consta que, conforme Convênio ICMS 57/95 c/c os artigos 686 e 708 do RICMS/BA, o contribuinte foi devidamente intimado a apresentar informações em meio magnético (SINTEGRA) de acordo com as duas intimações anexadas aos autos, respeitando o prazo legal. Consta, ainda, que a inadimplência das intimações suscitou a lavratura do presente Auto de Infração, que tomou como base as saídas do período objeto da fiscalização escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS apresentado pelo contribuinte, cujas cópias estão anexadas aos autos.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 69 a 83, discorrendo inicialmente sobre a infração imputada. Diz que existe no Auto de Infração lavrado pelo autuante identidade de fatos que já determinaram a efetivação de outros lançamentos e flagrante agressão à chamada coisa julgada administrativa; 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), prevista na alínea “g” do inciso XIII-A do artigo 42 da mencionada lei e a previsão da alínea “i” do mesmo inciso e artigo. Manifesta o entendimento que a penalidade cabível, no caso em comento é a contemplada na retro referida alínea “i”, por ser ela a menos severa, haja vista o disposto no Art. 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional. Salienta ainda que a alínea “g” do inciso “XIII-A” do artigo 42 da Lei 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 que figura como tipo de duas penalidades diferentes na Lei Estadual. Cita os artigos 42- XIII-A, “g” e “i” da mencionada lei, sendo a prescrita pela alínea “i” supra transcrita a menos severa, e que o enfoque deve ser o fato antijurídico contemplado pela norma, e como este diz respeito apenas ao não cumprimento de uma mesma obrigação tributária acessória, a medida de sua relevância é a mesma com ou sem intimação do sujeito passivo para efetivá-la.

Assevera que se algum prejuízo a não entrega dos arquivos trouxe à Fazenda Pública, este é o mesmo antes ou depois da notificação, e 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.

Alega que se tem de jurídico para uma adequada aplicação da lei à espécie é o rigor dos princípios tributários, verdadeiros alicerces de segurança dos contribuintes, que retiram do aplicador da norma de tributação qualquer propensão à discricionariedade na aplicação da mesma, e que, assim sendo, o CTN manda aplicar a penalidade menos severa, transcrevendo o artigo 106, II do citado código.

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, portanto, um poder-dever de se pronunciar sobre todas as matérias de defesa, inclusive no pertinente a ilegalidades de normas editadas pelo Poder Executivo.

Cita o artigo 2º caput, do citado Regulamento, para fortalecer suas alegações, e afirma que mesmo assim, costuma este Egrégio Tribunal Administrativo 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 primarismo de que não cabe a ele julgar em desacordo com a legislação estadual vigente. Entende que isso contradiz até mesmo sua existência como órgão de controle da legalidade, sendo 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.

Ressalta que a legalidade no quadro do Sistema Constitucional Tributário Brasileiro é uma legalidade que significa legalidade em termos de conformidade com a Constituição; toda ordem tributária deve ser conforme com a Constituição, por isso, também a aplicação de cada norma jurídica, mesmo da viciadíssima norma jurídica de uma medida provisória, tem que estar encontrando reflexo na ordem constitucional tributária, porque se interpenetram esses fenômenos dentro da completude da ordem jurídica.

Acrescenta que dentro desse sistema existe uma função administrativa, e uma parte da função administrativa é a função administrativa de controle que o Estado exerce na ordem tributária, desde o início do procedimento de apuração do fato impositivo para a incidência e que todo o procedimento é regrado, todo ele é controlado com base na diretriz da legalidade.

Argui que o processo administrativo foi erigido à categoria constitucional, conforme se observa no artigo 5º da Lei Maior, e discorre longamente sobre o estudo do processo administrativo em análise à luz da Constituição Federal, ressaltando que a atividade judicante administrativa pode apreciar questões sobre a constitucionalidade, citando ensinamentos doutrinários dentre outros de Wagner Balera.

Prossegue dizendo que repugna ao Direito o Estado se satisfazer com a penalidade prevista na alínea “i” do artigo 42, XIII-A da Lei 7.014/96 e porque intima o contribuinte a entregá-los passa a impor uma multa equivalente a 1%, sobre o total das saídas de mercadorias e da prestação de serviços no período, exacerbando de modo injustificável o valor monetário da pena.

Evoca o princípio constitucional do não confisco e da proporcionalidade, além de ensinamentos do Professor Helenilson Cunha Pontes e Celso Antônio Bandeira de Melo. Saliencia que o STF reduziu multas previstas nos dispositivos da legislação estadual a patamares condizentes com os fatos injurídicos praticados (RE- 90.770-0 e RE- 90.948-6).

Finaliza requerendo que seja aplicada a multa prevista no art 42, XIII-A, “i”, da Lei 7.014/96, e a desconstituição do crédito tributário excedente lançado.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 97 a 99, afirmando que a defesa está alicerçada na premissa da existência de defeito na norma jurídica invocada para não aplicação da multa, à

medida que atribui, segundo alega o autuado, duas penalidades cabíveis para uma mesma infração.

Diz que no entendimento do autuado a infração por ele cometida, objeto do Auto de Infração em lide, a não entrega do arquivo magnético, está tipificada tanto na alínea "g" quanto na "i" do dispositivo legal acima transcrito e, sendo assim, requer que seja infligida a penalidade menos severa, ou seja, aquela prevista na alínea "i".

Assevera que as alíneas "g" e "i" do art. 42 da Lei nº 7014/96 tipificam infrações díspares, e que o legislador elaborou a alínea "i" focando aqueles casos afeitos à Notificação Fiscal, quando o Contribuinte deixa de entregar o arquivo magnético dentro dos prazos previstos na legislação. Aduz que a obrigação da entrega já está formalizada em lei, não sendo necessária nenhuma ação específica para tanto, e que a alínea "g" daquele dispositivo legal prevê uma ação específica, a intimação, formalizando a obrigação de entrega do arquivo magnético.

Afirma que o autuado foi intimado em quatro oportunidades e deliberadamente não forneceu os arquivos solicitados por este preposto, e que não há dúvida que a alínea "g" tipifica a infração cometida, pois o não fornecimento descumpriu intimação específica para tanto.

Acrescenta que resta claro que os dois incisos tipificam o não cumprimento de obrigação acessória, mas o inciso "i" dispõe sobre a não entrega do arquivo magnético nos prazos previstos na legislação, já o inc. "g" tipifica o descumprimento de intimação fiscal para a entrega do arquivo magnético.

Destaca que, quanto à dimensão do prejuízo que causa à Fazenda Pública, a não entrega do arquivo descumprindo uma intimação fiscal é mais grave, merecendo assim penalidade mais gravosa. Afirma que, quando ocorre um ato volitivo da Fazenda Pública, requerendo que o contribuinte apresente o arquivo, ela evidencia interesse naquelas informações e a omissão das mesmas configura alto prejuízo para a Fazenda e a lavratura do Auto de Infração em lide decorre dessa circunstância.

Aduz que o preposto da Fazenda Pública, diante da omissão da entrega dos arquivos, ficou impossibilitado de realizar os trabalhos solicitados em Ordem de Serviço emitida pela Inspeção da Fazenda e que o fato ficou evidenciado no encerramento da referida Ordem de Serviço sem a respectiva homologação do período fiscalizado.

Registra a sua surpresa quando o autuado questiona o montante da penalidade aplicada, pois como já fora apenado pelo cometimento do mesmo delito, conhecendo a dimensão do corretivo, era de se supor que não incorreria novamente na mesma infração, entretanto, o defendente não disponibilizou a Fazenda Pública um arquivo magnético sequer, preterindo todos os dispositivos legais.

Tece comentário sobre o comportamento do contribuinte relativo à não entrega dos arquivos magnéticos, e registra que todos os estabelecimentos do contribuinte têm a mesma prática, o que vem gerando autuações, culminando com decisões favoráveis à cominação da penalidade aplicada na forma do presente Auto de Infração.

Conclui mantendo integralmente a autuação.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide, sobre a imposição de penalidade por descumprimento de obrigação acessória pela falta de fornecimento de arquivos magnéticos, mediante intimação.

Do exame das peças processuais constato que o autuante lavrou duas intimações datadas de 17/05/2007 e 10/07/2007 (fls. 06/07), concedendo, em cada intimação, o prazo de 30 dias, para que o autuado fornecesse os arquivos magnéticos validados pelo SINTEGRA, do período compreendido entre janeiro de 2005 a abril de 2007, havendo o registro nas intimações acima referidas que o não atendimento no prazo estabelecido ou sua entrega com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais, sujeitaria o autuado às penalidades previstas no artigo 42, da Lei 7.014/96. Verifico que o autuado não atendeu às intimações, aliás, registre-se, fato por ele reconhecido na peça defensiva.

Vejo, ainda, que o autuante elaborou demonstrativo à folha 09, para apurar a base de cálculo relativa à aplicação da penalidade prevista no artigo 42, XIII-A, “g”, da Lei 7.014/96.

No presente caso, não resta nenhuma dúvida sobre o cometimento da infração pelo contribuinte que, na realidade, se insurge apenas contra a multa imposta, manifestando o entendimento de que deve ser aplicada a multa prevista no artigo 42, XIII-A, “i”, da Lei 7.014/96, e não a indicada no Auto de Infração em exame.

Certamente, labora em erro o autuado ao apresentar tal alegação, haja vista que nos termos do artigo 42, XIII-A, “g”, da Lei nº. 7.014/96, quando o contribuinte não fornece, mediante intimação, o respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços tomadas e realizadas, ou entrega os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura, está passível de aplicação da penalidade prevista nesse dispositivo legal, como acertadamente indicou o autuante no Auto de Infração em exame.

Assim dispõe o referido artigo 42, XIII-A, “g”, da Lei nº. 7.014/96:

“Art. 42

(...)

XIII-A - nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e 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;”*

Vale observar que, a pretensão do autuado para que seja aplicada a multa prevista no art 42, XIII-A, “i”, da Lei 7.014/96, por ser mais benigna, abandonando-se aquela prevista na alínea “g” do mesmo Diploma legal, não pode prosperar, haja vista que são penalidades previstas na lei estadual que se destinam a ilícitos diferentes. A falta de entrega dos arquivos magnéticos exigidos mediante intimação está prevista no artigo 42- XIII-A, “g” da Lei 7.014/96, já a multa prevista na alínea “i”, se refere a falta de encaminhamento dos referidos arquivos nos prazos previstos na legislação, quando não houver a lavratura da aludida intimação fiscal.

Relativamente à arguição de apreciação pelo CONSEF de questões ligadas à inconstitucionalidade, não há como este órgão julgador se manifestar a esse respeito, considerando a existência de vedação expressa no artigo 167, I, do RPAF/99, que afasta da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

Parece-me conveniente consignar que, o contribuinte figurou no pólo passivo em diversos lançamentos de ofício envolvendo a mesma matéria de que cuida o Auto de Infração em tela, trazendo sempre os mesmos argumentos, tendo a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº. 0318-11/07, decidido, por unanimidade, pela procedência da autuação, conforme voto proferido pela ilustre Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade, transcrito parcialmente abaixo:

“VOTO

(...)

“Frise-se, por último, que em nenhum momento, nem neste processo e nem nos lançamentos anteriores, o sujeito passivo sequer tenta justificar a não entrega dos arquivos, o que denota uma conduta intencional de prejudicar as fiscalizações sobre a sua atividade, provocando evidente e contumaz embaraço à ação fiscal, o que merece repúdio por parte deste Conselho de

Fazenda, sob pena de estarmos concedendo, como bem colocou a Procuradoria, um salvo-conduto liberatório para que o contribuinte continue descumprindo a legislação ao seu bel-prazer.

No que toca ao argumento de que lhe deve ser aplicada a multa da alínea “i” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014 – multa fixa de R\$1.380,00 - e não a que lhe foi imputada – descrita na alínea “g” do mesmo dispositivo, 1% - melhor sorte não assiste ao recorrente. Como destacou a Decisão recorrida ao apreciar este argumento, apresentado também na Impugnação, tratam de penalidades que se destinam a ilícitos diferentes. A falta de entrega dos arquivos magnéticos exigidos mediante intimação está prevista no artigo 42- XIII-A, “g” da Lei nº 7.014/96, já a multa prevista na alínea “i”, se refere a falta de encaminhamento dos referidos arquivos nos prazos previstos na legislação, quando não houver a lavratura da aludida intimação fiscal.

Quis o legislador imputar penalidade maior àquele contribuinte que, embora intimado, não cumpriu a obrigação da entrega do arquivo magnético, por entender que tal descumprimento se reveste de maior gravidade, posto que de fato tem potencial mais lesivo o não atendimento voluntário a um ato administrativo persecutório que é a intimação, que visou verificar a regularidade das operações realizadas pelo contribuinte, verificação esta que foi frustrada pelo seu não atendimento.

Do exposto, não merece acolhida a tese de que as duas normas têm fatos antijurídicos iguais – quais sejam a não entrega do arquivo magnético, e sim que elas trazem como pontos diferenciadores, e que resultou na modulação diferenciada da penalidade, condutas com potenciais de lesividade distintas.

Outro ponto que merece ser rechaçado refere-se à tese de que caberia ao órgão julgador declarar a ilegalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo em comento. Primeiramente, ainda que, em tese, cabe-nos consignar que pelo nosso ordenamento jurídico apenas cabe ao Poder Judiciário declarar a ilegalidade ou inconstitucionalidade da norma, esta última quer por via do controle difuso, através dos tribunais inferiores, ou pela via do controle concentrado, através do Supremo Tribunal Federal, e esta pecha não pende sobre o dispositivo em referência até este momento.”

Diante do exposto, a autuação é integralmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278868.0058/07-8**, lavrado contra **ITÃO SUPERMERCADOS IMP. E EXP. S.A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$ 803.819,32**, prevista no artigo 42, inciso XII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o estabelecido pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de janeiro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR