

A. I. Nº - 206766.0009/04-0
AUTUADO - MAX SUPERMERCADO LTDA.
AUTUANTE - URBANO FERRAZ SANTOS
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 25. 11. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0454-04/04

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM OMISSÃO DOS REGISTROS TIPO 54 E 60R. MULTA. A legislação estabelece multa sobre o valor das operações realizadas pelo contribuinte pela não entrega dos arquivos magnéticos quando regularmente intimado. Refeito os cálculos em face da aplicação da retroatividade benéfica da lei que comina penalidade mais branda. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitados a preliminar de nulidade e o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 10/05/2004, impôs multa no valor de R\$19.198,30, em razão de o autuado deixar de fornecer arquivos magnéticos com informações de operações ou prestações realizadas, ou entregou os arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram a sua leitura. Em complemento a acusação, o autuante consignou que o contribuinte foi novamente intimado em 30/03/2004 a apresentar os arquivos magnéticos com os registros 54 e 60R que estava obrigado a manter no prazo decadencial, conforme arts. 686 e 708-B, relativo ao período de 20/08/2002 a 31/03/2003, no entanto, não atendeu a referida intimação.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal, fls. 141 a 142 dos autos, transcreveu, inicialmente, os termos da acusação fiscal, bem como citou os dispositivos do RICMS/97 tidos como infringidos pela autuante.

Em seguida, aduziu que a PROFAZ determinou feito que não poderia ter sido realizado mediante revisão fiscal, posto que o RPAF em seu art. 156, assim prescreve:

“Art. 156 - Ocorrendo evidência de agravamento da infração ou necessidade de lavratura de outro Auto de Infração, deverá o órgão representar a autoridade competente para que se instaure um novo procedimento fiscal.”

Argumenta, com base no dispositivo acima, que o órgão julgador, e por analogia a própria PROFAZ, deverá representar a autoridade competente para que se instaure um novo procedimento fiscal, cujo procedimento só pode ser realizado via Auto de Infração, que é única forma de lançamento de tributos e multas, nunca em revisão fiscal.

Ressalta que os arquivos magnéticos estão sendo regularmente entregues, conforme se vê das cópias anexas, no entanto, o que foi solicitado pelo autuante foram os arquivos que contém informações sobre itens de mercadorias, os quais, o RICMS até 22/11/2002 não obrigava a sua entrega, oportunidade em que transcreveu o teor do § 2º, do art. 708-A, em apoio ao seu argumento.

Salienta que a revisão fiscal procedida alcançou fatos geradores ocorridos em setembro/02, o que a torna inócua, sem nenhuma serventia ao quanto se pretendeu.

Ao finalizar, diz que por ter a revisão desatendida aos preceitos do RPAF, assim como ao RICMS, deve ser a mesma tornada nula e determinada a improcedência da autuação.

Em nova manifestação às fls. 174 a 188, o autuado alegou que a renovação do procedimento fiscal jamais poderia ser efetivada, em face da manifesta impossibilidade jurídica, pelo fato do Auto de Infração anteriormente lavrado, em razão do pagamento efetuado, ter sido homologado o seu lançamento pela autoridade competente, conforme se constata às fls. 159 a 160 do referido processo.

Segundo o autuado, com tal procedimento, extinguiu-se o crédito tributário, não cabendo mais qualquer revisão fiscal em derredor da mesma matéria objeto da autuação.

Argumenta que só se poderia falar em revisão ou deflagração de novo procedimento fiscal, se não tivesse havido homologação do Auto de Infração anterior. Como justificativa, esclarece que os tributos cujo lançamento se dá por homologação (como é o caso do ICMS), a autoridade administrativa tem a faculdade de homologar ou não o lançamento, caso concorde com o pagamento efetuado e, em caso contrário, deverá expressamente se manifestar e determinar a devida revisão fiscal, oportunidade em que transcreveu o teor dos arts. 150 e 149, seus incisos I e II, do CTN, em apoio ao seu argumento.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 191 a 195 dos autos, acerca da alegação defensiva, em que foi invocado o princípio da coisa julgada administrativamente, disse que em relação ao Auto de Infração nº 206766.0007/03-9, datado de 07/05/2003, foi lavrado Termo de Revelia em 01/07/2003, cujo processo foi encaminhado a PGE para inscrição em dívida ativa, tendo o Sr. Procurador do Estado Álvaro Torres da Silva, em despacho à fl. 22, solicitado a revisão do enquadramento da multa aplicada, com vista a efetivação da legalidade, para posterior inscrição do débito.

Segundo o autuante, depois de realizada a revisão fiscal acima solicitada, o autuado dela tomou conhecimento e não concordando com a mesma, protocolou defesa em 08/12/2003 (fls. 140/55 dos autos), porém, em 26/01/2004, decidiu reconhecer e pagar a multa exigida no lançamento anterior, na tentativa de que a revisão fiscal não fosse levada a efeito e julgada por este CONSEF, fato que efetivamente ocorreu, já que o PAF foi devolvido para arquivamento e homologação. Aduz que por ter sido efetuada a homologação, tal fato não impede a realização de um novo procedimento fiscal complementar, visto que o lançamento anterior se deu com erro, conforme determina o art. 149 e seu parágrafo único, do CTN. Diz que a revisão do lançamento pode ser iniciada, enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública, conforme previsto no art. 150, § 3º, do CTN, cujo procedimento fiscal considerou o pagamento já antecipado pelo contribuinte, mediante a dedução do montante da multa aplicada na presente autuação do recolhimento efetuado no valor de R\$90,00, motivo pelo qual não procede a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo.

Quanto ao mérito, em que o autuado alega que até 27/11/02, o RICMS no seu art. 708-A, não obrigava a entrega dos arquivos do SINTEGRA com dados referentes aos itens de mercadorias constantes dos fiscais, diz que o mesmo esquece ou desconhece a obrigatoriedade do disposto no art. 686, cujo teor transcreveu, além dos seus incisos I e IV e sua alínea “a”, em apoio ao seu argumento.

Continuando em sua informação, o autuante disse que o autuado em momento algum de sua defesa conseguiu elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, já que não apresentou os arquivos magnéticos solicitados pelo fisco, os quais deveriam ser mantidos em consonância com o Manual de Orientação para Usuários de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados (Anexo 64, do RICMS/97).

Ao finalizar, transcreve o teor do Acórdão JJF nº 0412-0/03, o qual trata de idêntica matéria a ora questionada no presente lançamento, que julgou subsistente ação fiscal lavrada e solicita o julgamento procedente do Auto de Infração.

Foi anexada aos autos às fls. 204 a 221, uma defesa protocolada em nome de Supermercados Irmãos Rondelli Ltda., onde alega que a imputação de responsabilidade a impugnante, por suposta infração a legislação tributária cometida por outra empresa não pode prevalecer, uma vez que inexistentes os pressupostos legais para tanto, a qual foi realizada em completa afronta aos princípios elementares do Direito.

O autuante tomou ciência da impugnação acima em 12/08/2004, conforme fl. 255 dos autos, no entanto, apenas consignou um despacho dirigido ao CONSEF para as providências cabíveis.

Ao analisar o presente PAF, objetivando a sua instrução e diante das várias intervenções nele efetuadas, decidi propor a 4ª JJF a sua conversão em diligência a PGE/PROFIS, para que fosse atendido o solicitado às fls. 258/260 dos autos.

Em atendimento a solicitação acima, a PGE/PROFAZ, mediante o Parecer à fl. 262, de autoria da Procurado do Estado, Dra. Maria José R. Coelho Sento Sé, disse que após analisar os autos, verificou que restou comprovado que Auto de Infração foi anteriormente lavrado para exigência da mesma infração, o que caracteriza duplicidade na exação fiscal, o que é vedada pela CF/88.

Segundo a parecerista, o presente Auto de Infração deve ser considerado um novo procedimento fiscal, no entanto, o mesmo não é correto, uma vez que é repetição de lançamento fiscal anterior, o qual foi instaurado para exigência do mesmo fato, o que impossibilita a sua renovação, salvo se houvesse sido declarado nulo, o que não é o caso.

Argumenta não ser razoável imaginar-se que a fiscalização possa repetidas vezes intimar o contribuinte a cumprir obrigações acessórias, diante da negativa por parte deste em cumprir, já tendo sido lavrado Auto de Infração, situação que atenta contra o princípio da segurança jurídica, uma vez que o mesmo ficaria, durante o prazo decadencial, sujeito a repetidas fiscalizações e autuações.

Quanto às questões relativas a outro procedimento administrativo, diz que deve ser ali respondidos, pois em nada interferem no resultado desse.

Ao concluir, recomenda o reconhecimento da improcedência da autuação.

VOTO

O fulcro da autuação foi em razão do autuado, a despeito de regularmente intimado em 30/03/2004, não haver fornecido os arquivos magnéticos sem as informações relativas aos registros 54 e 60R, pelo que foi aplicada a multa no valor de R\$19.198,30.

Preliminarmente, deixo de acatar o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, com base no disposto no art. 147, I, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos pelo autuante são suficientes para decidir acerca da presente lide.

Sobre a autuação e antes de dar o meu veredicto a respeito, entendo oportuno prestar os seguintes esclarecimentos, bem como o meu posicionamento acerca do Parecer da PROFIS-PGE:

I - Com referência ao Auto de Infração de nº 206766.0007/03-2 lavrado anteriormente, cuja cópia encontra-se acostada aos autos às fls. 9 a 12, observei que foi aplicada a multa no valor de R\$90,00, prevista no art. 42, XX, da Lei nº 7.014/96, que tem a seguinte redação:

“Art. 42 -

XX - àquele que, dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exibir livro ou documento, arquivo magnético ou similar (exceto os arquivos contendo o valor das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas), ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado”.

II - Verifiquei, ainda, que o lançamento acima foi fundamentado nas intimações expedidas em 10/03/03 e 10/04/03 (fls. 13 a 16) e que o presente Auto de Infração tem como embasamento a intimação lavrada pelo autuante em 30/03/04 (fl. 6 dos autos), a qual também não foi atendida pelo sujeito passivo;

III – Que por não ter a empresa apresentado impugnação ao lançamento fiscal anterior, o PAF foi encaminhado a PGE/PROFIS para inscrição em dívida ativa, que, por sua vez, entendeu que a penalidade aplicada não era a correta para a irregularidade apurada. Em razão deste fato, o PAF foi devolvido à Inspeção de origem para “revisão da autuação” e aplicação da multa, prevista no artigo 915, inciso XIII-A, alínea “g”, do RICMS/97;

IV - Em cumprimento a solicitação supra, o autuante efetuou a “revisão fiscal”, que culminou com a lavratura do presente Auto de Infração, o qual foi objeto de impugnação pelo sujeito passivo;

V - Que embora a penalidade aplicada no Auto de Infração anterior não tenha sido a adequada para a irregularidade praticada, ressalto, no entanto, que o fulcro da autuação foi pela falta de atendimento, pelo contribuinte, à intimação feita pela fiscalização, já que o dispositivo ali indicado como infringido foi o artigo 42, inciso XX, da Lei nº 7.014/96, cujo teor encontra-se acima transcrito, descabendo, a meu ver, a “revisão fiscal” então solicitada pela DOUTA PGE/PROFIS. É que da forma como foi solicitada a diligência, o órgão jurídico pretendeu alterar o fulcro do lançamento, procedimento vedado pela legislação tributária, ao invés de determinar a adequação da penalidade ao ilícito fiscal apontado.

VI - Acerca do Parecer da PGE/PROFIS à fl. 179, quando afirma que este “auto de infração deve ser considerado um novo procedimento fiscal” e, como tal, é autônomo e não possui correlação com a autuação anterior, também comungo com tal entendimento, tal não ocorrendo com os demais posicionamentos esposados, pelos seguintes motivos:

a) Entendo que o presente Auto de Infração não se enquadra como “duplicidade de ação fiscal” ou “repetição de outro procedimento da fiscalização que foi instaurado para exigência do mesmo fato”, já que, conforme dito acima, os dois lançamentos foram realizados para aplicar penalidades diferentes, com base em dispositivos legais distintos e com fulcro em ilícitos tributários também diversos;

b) - Ora, se for adotada a posição da PGE/PROFIS, de que “não é razoável imaginar-se que a fiscalização possa repetidas vezes intimar o contribuinte a cumprir obrigações acessórias, diante da negativa por parte desse em cumprir, já tendo sido lavrado auto de infração”, teríamos uma situação em que o Fisco ficaria impossibilitado de exigir o cumprimento de obrigações acessórias por parte dos contribuintes. Esclareço que o objetivo de existir na lei a previsão para aplicação de penalidades ditas formais, é justamente para obrigar os contribuintes a cumprir determinadas obrigações acessórias que são importantes até mesmo para a fiscalização do cumprimento da obrigação principal (pagamento do tributo);

c) Com referência a afirmativa da PGE/PROFIS de que “essa possibilidade atenta contra o princípio da segurança jurídica, já que o contribuinte ficaria, durante o prazo decadencial, sujeito a repetidas fiscalizações e autuações”, entendo que no referido prazo, o Estado pode e deve exigir o cumprimento das obrigações acessórias previstas legalmente. Portanto, o princípio da segurança jurídica fica perfeitamente assegurado justamente pela existência do instituto da decadência, que impede tal cobrança depois de decorrido determinado prazo previsto na lei.

Prestados os esclarecimentos acima, bem como a minha posição em relação ao Parecer da PGE/PROFIS e sobre a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, sob o argumento de “coisa julgada administrativa”, já que o lançamento anterior foi extinto por homologação em função do pagamento efetuado, entendo não prosperar, pois, o presente Auto de Infração, como explanado anteriormente, se constitui num procedimento fiscal completamente independente do lançamento anterior, com fulcro e tipificação diferentes.

Com base no acima exposto, não acato a preliminar de nulidade.

Adentrando no mérito da autuação, observei que o contribuinte em sua defesa reconheceu que apresentou os arquivos magnéticos sem a discriminação dos itens das mercadorias constantes nos documentos fiscais, já que o § 2º, do art. 708-A, do RICMS/97, em sua redação vigente até 22/11/02, o desobrigava de tal exigência, oportunidade em que transcreveu o voto proferido pelo relator no Acórdão nº 0898/01, sobre a impossibilidade de aplicação retroativa da multa prevista no artigo 42,

inciso XIII-A, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, introduzida pela Lei nº 7.667/00, a fatos geradores ocorridos nos exercícios de 1998 e 1999.

Sobre a matéria acima e de acordo com a legislação vigente, a empresa usuária de sistema eletrônico de processamento de dados deverá fornecer, quando solicitada, a documentação minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição, gabarito de registro (“*layout*”) dos arquivos, listagem dos programas e as alterações ocorridas no exercício de apuração, relativamente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias ou das prestações realizadas (artigo 685 combinado com os arts. 708-A e 708-B, do RICMS/97).

Após examinar os elementos que instruem o PAF, constatei que o contribuinte foi intimado no dia 30/03/04, a apresentar os arquivos em meio magnético das operações realizadas (entradas e saídas) nos períodos de 20/08/02 a 31/10/02 e de 01/11/2002 a 31/03/2003, os quais deveriam ser gerados conforme o Anexo 64 do RICMS/97 e entregues criptografados pelo Programa Validador, versão 2.31 ou superior, contendo o Registro 54 (descrição das notas fiscais por item) e o Registro 60 completo (referente às operações realizadas pelo ECF), ou seja, com o Registro 60 – Mestre, o Registro 60 – Analítico e o Registro 60 – Resumo de Itens por Mês. Observei, ainda, que na intimação foi consignado que o seu não atendimento sujeitaria o contribuinte à multa prevista nas alíneas “f” e “g” do inciso XIII-A, do art. 915, do RICMS/97.

Como o contribuinte não cumpriu as determinações legais acima transcritas, especialmente o previsto no § 2º do art. 708-A do RICMS/97, entendo que é legítima a aplicação da penalidade indicada neste Auto de Infração, conforme o disposto no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “f”, da Lei 7.014/96. Entretanto, por ter sido o dispositivo mencionado alterado, em 09/07/04, pela Lei nº 9.159/04 (vigência a partir de 11/07/04), o mesmo passou a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 42 - Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

g) 1% (um por cento) do valor das saídas do estabelecimento 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 efetuadas e tomadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura”;

Assim, como se trata de aplicação de penalidade, deve-se atentar para a disposição contida no artigo 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I – ...

II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a)

b)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Diante do acima explanado, entendo que a multa a ser aplicada no presente lançamento, é a que está atualmente em vigor, ou seja, de 1% sobre o valor das saídas do estabelecimento em cada período de apuração, em razão da retroatividade benigna, que corresponde a importância de R\$10.395,22 (1% de R\$1.039.522,32), conforme apurado pelo autuante no demonstrativo à fl. 7 dos autos.

Acerca da dedução do valor da multa aplicada pelo autuante no valor de R\$90,00 no Auto de Infração

anteriormente lavrado da que foi apurada no presente lançamento, entendo descaber tal dedução, já que se trata de autuação completamente independente, devendo apenas ser alterada a data de ocorrência para 31/03/03, a qual corresponde ao último mês do período a que se refere à irregularidade detectada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, para exigir o pagamento da multa no valor de R\$10.395,22.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **nº 206766.0009/04-0**, lavrado contra **MAX SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$10.395,22**, prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2004

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA