

PROCESSO - A. I. Nº 206766.0007/04-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SUPERMERCADOS IRMÃOS RONDELLI LTDA.
RECORRIDOS - SUPERMERCADOS IRMÃOS RONDELLI LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO– Acórdão 3ª JJF nº 0461-03/04
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 13/07/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0233-12/05

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM OMISSÃO DO REGISTRO TIPO 60R, MESMO APÓS INTIMADO. MULTA. Restou comprovado na instrução do presente processo administrativo fiscal que fora lavrado, anteriormente, Auto de Infração em razão do mesmo fato gerador da obrigação acessória, o que configura *bis in idem* ou duplicidade de exação fiscal, vedada expressamente pela Constituição Federal e pacificamente confirmada pela doutrina e jurisprudência pátrias. Infração não caracterizada. Não acatado o pedido de diligência. Acolhida a preliminar de mérito, referente à duplicidade de exação fiscal. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se o presente de Recurso Voluntário e de Ofício, interpostos, respectivamente, pelo autuado e pela 3ª JJF, contra a referida Decisão prolatada pela referida Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JJF 0461-03/04, que julgou pela procedência em parte do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir a multa no valor de R\$252.035,27, em decorrência da falta de fornecimento dos arquivos magnéticos com as informações referentes às operações ou prestações realizadas, ou a sua entrega em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram a sua leitura. Consta na descrição da irregularidade que “*o contribuinte foi intimado novamente em 30/03/2004 a apresentar os arquivos magnéticos com os registros 54 e 60R que estava obrigado a manter pelo prazo decadencial conforme Arts. 686 e 708-B, referente ao período de 01/01/2001 a 31/03/2003, não atendeu a referida intimação*”, tendo o autuante, ainda, descrito os fatos ocorridos no presente lançamento da seguinte forma:

“O contribuinte foi autuado em 07/05/2003 através do Auto de Infração nº 206766.0006/03-2, pela falta de apresentação, a esta fiscalização, dos arquivos magnéticos referentes às informações de todas as operações realizadas (entradas e saídas) durante o período de apuração de 01/01/2001 a 31/03/2003, conforme disposto no artigo 708-B e anexo 64 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97, sendo regularmente intimado a apresentá-los, conforme cópias de todo o PAF, anexas às fls. 08-149.

Em 14/07/2003, depois de transcorrido o prazo para apresentação da sua defesa ou pagamento do débito apurado no auto, foi lavrado o Termo de Revelia (fls. 21), com remessa para a Procuradoria Geral do Estado – Procuradoria Fiscal para inscrição do débito na Dívida Ativa.

A Procuradoria Fiscal, em seu despacho de 09/09/2003 às (fls. 22) remeteu o presente PAF a INFAZ de Vitória da Conquista, em diligência, visando sanear a aplicação do dispositivo legal

de enquadramento da multa, passando a ser aplicado o previsto no art. 915, inciso XIII-A, alínea “g”, providência esta, necessária para regularizar a efetivação da legalidade do ato com vista a sua inscrição na Dívida Ativa.

Em atendimento a solicitação, e ratificando a recomendação da PROFAZ, foi procedida a Revisão Fiscal às (fls. 23-99) para correção do enquadramento da infração e do dispositivo da penalidade aplicável a infração cometida pelo contribuinte. Passando a considerar como enquadramento o Art. 708-B do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97, e a multa aplicável à prevista no Art. 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96 alterada pela Lei nº 8.534/02.

Em 11/11/2002, o autuado tomou conhecimento da Revisão Fiscal e não concordando com a mesma entrou com defesa administrativa 11/12/2002, fls. 102-132.

Em 05/01/2002 foi reaberto o prazo de defesa para o contribuinte se manifestar tendo em vista fato novo, o mesmo efetuou o pagamento em 19/01/2002 do Auto de Infração acima referido em seguida o processo foi encaminhado à PROFAZ para julgamento.

Em 03/02/2004, o CONSEF retornou o referido PAF à INFAZ Vitória da Conquista, para homologação e arquivamento se fosse o caso.

Como o CONSEF não APRECIOU em julgamento a Revisão Fiscal e defesa do autuado, foi instaurado novo procedimento fiscal. Tendo sido o autuado intimada novamente em 30/03/2004 a apresentar os referidos arquivos magnéticos (às fls. 06).

Não tendo o autuado atendido também a esta intimação e em virtude da necessidade da correção do enquadramento e tipificação da infração, acima indicada foi lavrado Auto de Infração complementar com a aplicação da penalidade correta, prevista no Art. 915, Inc. XIII-A, alínea g) do RICMS aprovado pelo decreto nº 6.284/97 de 14/03/1997, no valor de R\$252.035,27 (Demonstrativo à fl. 7), já deduzindo-se o valor de R\$90,00 recolhido pelo autuado em 19/01/2002.”

O recorrente, em sua defesa, contestou a autuação, suscitando, preliminarmente, a nulidade do lançamento, em razão da “coisa julgada administrativa”, tendo em vista que o presente Auto de Infração foi lavrado em decorrência de revisão fiscal procedida em face de autuação anteriormente lavrada (Auto de Infração nº 206766.0005/03-6), mas argumenta que a renovação do procedimento fiscal e, portanto, esta autuação, jamais poderia ter sido efetivada “em face de manifesta impossibilidade jurídica”, haja vista que o lançamento anterior foi extinto por homologação, pela autoridade competente, do lançamento e do pagamento efetuado, conforme se verifica às fls. 85 e 86 do PAF. Asseverou que “só se poderia falar em revisão ou deflagração de novo procedimento fiscal, se não tivesse havido homologação do Auto de Infração anterior”. Transcreveu os artigos 145 e 150, do Código Tributário Nacional e afirmou que o artigo 149 “somente permite a revisão do lançamento já homologado, em casos de evidente erro, dolo ou simulação, já que sendo expressamente homologado não há mais possibilidade de alteração daquilo que já foi decidido”. Discorreu sobre o processo administrativo fiscal, citando algumas ementas de decisões judiciais, bem como doutrina, concluindo que “a Decisão proferida pela autoridade fiscal faz coisa julgada formal, ou seja, não é mais atacável no mesmo processo em que é proferida”, bem assim que “ao irressignado com a Decisão definitiva no processo administrativo fiscal cabe intentar novo julgamento através de ação anulatória, só que perante o Judiciário, haja vista, que a matéria anteriormente julgada, poderá ser objeto de outro processo e de novo julgamento, somente na via judicial”.

Ingressando no âmbito do *meritum causae*, afirmou que foram apresentados os arquivos magnéticos na forma prevista no § 2º, do artigo 708-A, do RICMS/97, com a redação vigente até 22/11/02, isto é, sem a discriminação dos itens das mercadorias constantes nos documentos fiscais. Aduziu que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei, e entende que a autuação é absurda e ilegal, pois o autuante não poderia exigir penalidade sobre o

valor das entradas e saídas de mercadorias, *“posto que os arquivos regularmente entregues, mensalmente, continham todas as informações exigidas em Regulamento”*. Transcreveu o voto proferido pelo Julgador, Sr. José Bezerra Lima Irmão 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, à ocorrência de divergências entre os dados existentes em arquivos magnéticos e os documentos fiscais correspondentes, relativos aos exercícios de 1998 e 1999. Concluiu argumentando que a situação é similar e que *“no caso da contestante não existia a obrigação de gerar os arquivos que o Auditor lhes exigiu quando da ação fiscal (art. 708, § 2º do RICMS)”*, sendo, portanto, inaplicável a penalidade apontada. Admitiu que, no máximo, poderia ser imposta a multa prevista no artigo 42, inciso XX, da Lei nº 7.014/96, a qual já foi exigida por meio de outra ação fiscal já devidamente homologada pela autoridade competente. Por fim, requereu a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, pedindo a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal, o autuante contestou as razões defensivas sob o entendimento de que, quanto às preliminares de nulidade suscitadas, o lançamento foi realizado em decorrência de um despacho, exarado pelo Procurador do Estado Dr. Álvaro Torres da Silva, no sentido de que fosse revisto o enquadramento da multa aplicada no Auto de Infração nº 206766.0006/03-2 (lavrado em 01/07/03), que havia sido encaminhado à PGE/PROFIS para inscrição em dívida ativa. Acrescentou que, uma vez efetuada a revisão solicitada pela PGE/PROFIS, o autuado ingressou com defesa em 08/12/03, mas resolveu pagar o débito em 19/01/04, *“na tentativa de que a Revisão Fiscal não fosse levada a efeito e julgada por este EGRÉGIO CONSELHO, fato este que realmente ocorreu, visto ter sido devolvido o PAF para arquivamento e homologação, SE FOSSE O CASO”*. Ressaltou que a homologação foi efetuada, mas entende que isso *“não impede que se proceda a um novo procedimento fiscal complementar visto que o lançamento homologado se deu com erro conforme determina o art. 149 do CTN e conforme Parágrafo Único do mesmo art.”* Aduziu, ainda, que *“a revisão do lançamento pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública e conforme art. 150 § 3º do CTN este novo procedimento fiscal está considerando o pagamento já antecipado pelo contribuinte deduzindo-se do montante da multa ora aplicada o recolhimento efetuado de R\$90,00, portanto, não procede a preliminar de nulidade requerida pelo autuado em sua defesa”*.

No mérito, alegou que o contribuinte não atendeu à intimação de fl. 6, à luz do que determina o artigo 708-B, do RICMS/97. Transcreveu o artigo 686, do RICMS/97, para demonstrar que o autuado estava obrigado a manter e a fornecer, quando intimado, os arquivos magnéticos, por totais de documentos fiscais e por item de mercadoria (classificação fiscal), quando se tratar de notas fiscais, e por total diário, por equipamento, e por resumo mensal por item de mercadorias (classificação fiscal), quando se tratar de cupom fiscal ECF. Destacou que o sujeito passivo, em nenhum momento, consegue elidir a autuação, haja vista que não apresentou os arquivos magnéticos em consonância com o Manual de Orientação para Usuários de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados (Anexo 64, do RICMS/97), devendo, assim, ser aplicada a regra do artigo 143, do RPAF/99. Por fim, transcreveu a ementa do Acórdão JF nº 0412-02/03, proferida no Auto de Infração nº 206969.00006/03-7, lavrado contra uma empresa do Grupo Rondelli, e que julgou procedente a multa então aplicada. Conclui pedindo a procedência deste Auto de Infração, pois se trata de um complemento da aplicação da penalidade a qual o autuado está sujeito em virtude do descumprimento da legislação vigente.

A referida 3ª JF, converteu, inicialmente, o PAF em diligência à PGE/PROFIS para que fosse emitido Parecer jurídico respondendo a diversas indagações (fls. 175 a 177).

A Douta representante da PGE/PROFIS, Dr.^a Maria Dulce, apresentou seu Parecer nos seguintes termos:

“Os autos foram remetidos à PGE/PROFIS para análise e Parecer acerca dos questionamentos feitos pela d JF.”

Da análise dos autos, verifico que restou comprovado que Auto de Infração foi anteriormente lavrado para exigência da mesma infração, o que caracteriza duplicidade de exação fiscal, vedada pela CF/88.

Esse Auto de Infração deve ser considerado um novo procedimento fiscal. Porém, esse procedimento fiscal não é correto, uma vez que é a repetição de outro procedimento de fiscalização que foi instaurado para exigência do mesmo fato, o que impossibilita a renovação do procedimento, salvo se houvesse sido declarado nulo, o que não foi o caso.

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.

Essa possibilidade atenta contra o princípio da segurança jurídica, já que o contribuinte ficaria, durante o prazo decadencial, sujeito a repetidas fiscalizações e autuações.

Questões relativas ao outro processo administrativo devem ser ali respondidas, pois em nada interferem no resultado desse.

Em sendo assim, recomendo o reconhecimento da improcedência da autuação”.

Através do Acórdão JFJ Nº 0461/03-04, a 3ª JFJ julgou procedente em parte o Auto de Infração sob o entendimento de que:

- a) não há como prosperar o pedido de diligência por parte de fiscal estranho ao feito formulado, posto que já se encontram presentes no processo todos os elementos formadores da convicção, de acordo com o artigo 147, inciso I, do RPAF/99, sem prejuízo do fato de que, em consonância com o art. 145, do RPAF/99, “o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade”, o que não foi feito pelo contribuinte em sua peça defensiva;
- b) da análise dos documentos e peças que instruem o presente PAF, conclui-se que o lançamento anterior foi fundamentado nas intimações expedidas em 26/12/02 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, convindo salientar que, não obstante se possa afirmar que a penalidade imposta no Auto de Infração anterior não tenha sido a mais adequada, considerando que o fulcro daquela autuação foi a mera falta de atendimento, pelo contribuinte, à intimação feita pela fiscalização, inclusive porque o dispositivo ali indicado como infringido foi o artigo 42, inciso XX, da Lei nº 7.014/96, acima transcrito, descabe, no entender da 3.ª JFJ, a “revisão fiscal” determinada pela Douta PGE/PROFIS; isso porque, do modo como foi solicitada a diligência, o órgão jurídico pretendeu alterar o fulcro do lançamento - procedimento vedado pela legislação tributária - e não adequar a penalidade ao ilícito fiscal apontado;
- c) verifica-se que o autuante emitiu nova intimação para que o contribuinte apresentasse os arquivos magnéticos incluindo os Registros 54 e 60R (descrição das notas e cupons fiscais por item de mercadoria), relativos ao período de 01/01/01 a 31/03/03 e, como não foi atendido, lavrou este Auto de Infração para cobrança da multa de 1% sobre o valor das entradas e saídas realizadas no período mencionado, razão pela qual concorda com o entendimento da Douta PGE/PROFIS, ao afirmar que este “Auto de Infração deve ser considerado um novo procedimento fiscal”, e, como tal, é autônomo, não possuindo correlação com a autuação anterior;
- d) outrossim, não há como concordar com os demais aspectos ventilados no Parecer emitido pelo referido órgão julgador, vez que, primeiramente, este Auto de Infração não configura “duplicidade de exação fiscal” ou “repetição de outro procedimento da fiscalização que

foi instaurado para exigência do mesmo fato”, tendo em vista que os dois lançamentos foram realizados para exigir penalidades diferentes, com base em dispositivos legais diversos e com fulcro em ilícitos tributários também diferentes;

- e) ademais, 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 a situação em que o Fisco ficaria impossibilitado de exigir o cumprimento de obrigações acessórias por parte dos contribuintes, fazendo-se mister salientar 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); em sendo adotada a posição da PGE/PROFIS, o Estado estaria “trocando”, por assim dizer, uma obrigação de fazer por uma obrigação de pagar, isto é, bastaria ao contribuinte recolher a penalidade formal imposta por meio de lançamento de ofício e estaria dispensado do cumprimento da obrigação acessória, já que não haveria nenhum instrumento legal de que o Fisco poderia se valer para obrigá-lo;
- f) quanto à afirmação 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”*, não há como aquiescer com a mesma, tendo em vista que o Estado pode e deve exigir o cumprimento das obrigações acessórias previstas legalmente, e o princípio da segurança jurídica está perfeitamente assegurado justamente pela existência do instituto da decadência, que impede tal cobrança após decorrido determinado prazo previsto na lei;
- g) não é razoável esperar que o Estado manifestado e que lhe sejam retirados os instrumentos legais de coerção, a fim de forçar os contribuintes a cumprir as obrigações acessórias estabelecidas legalmente, sob pena de se transformar em letra morta a previsão de aplicação de penalidades, razão pela qual rejeita a preliminar de nulidade, quanto à alegação de duplicidade de exação;
- h) não há como prosperar a preliminar de nulidade do lançamento em razão da existência de *“coisa julgada administrativa”*, posto que o presente Auto de Infração, como acima explicitado, constitui-se em procedimento fiscal completamente independente do lançamento anterior, com fulcro e tipificação distintos;
- i) quanto ao mérito, o contribuinte reconheceu que apresentou os arquivos magnéticos sem a discriminação dos itens das mercadorias constantes nos documentos fiscais, conduta albergada, no seu entendimento, pelo § 2º, do artigo 708-A, do RICMS/97, com a redação vigente até 22/11/02; todavia, de acordo com a legislação vigente, o contribuinte usuário 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 c/c os artigos 708-A e 708-B, do RICMS/97);
- j) da análise dos documentos que instruem o presente feito administrativo, verifica-se que o contribuinte foi intimado, no dia 30/03/04, a apresentar os arquivos em meio magnético das operações realizadas (entradas e saídas) no período de 01/01/01 a 31/03/03, 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,

observando, ainda, que a intimação ressalta que o seu não atendimento sujeitaria o contribuinte à multa prevista nas alíneas “f” e “g” do inciso XIII-A do artigo 915 do RICMS/97;

- k) aplica-se, *mutatis mutandis*, ao caso vertente, o Voto Vencedor proferido pelo Conselheiro Sr. Ciro Roberto Seifert, no Acórdão CJF nº 0028-11/04, o qual reflete a posição atualmente dominante neste CONSEF, conforme pode se constatar por meio dos Acórdãos CJF nºs 30-12/04, 31-11/04, 33-11/04, 34-11/04, 38-11/04, 39-11/04, 41-11/04, 43-11/04, 44-11/04 e 47-11/04, cujo teor foi literalmente transcrito no *decisum recorrendo*;
- l) legítima se apresenta 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, vez que o contribuinte não cumpriu as determinações legais acima transcritas, especialmente o quanto previsto no § 2º, do artigo 708-A do RICMS/97, convindo observar, porém, que o dispositivo acima mencionado foi alterado, em 09/07/04, pela Lei nº 9.159/04 (vigência a partir de 11/07/04), e, como se trata de aplicação de penalidade, deve-se atentar para a disposição contida no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional;
- m) aplica-se a multa que está atualmente em vigor, qual seja, de 1% do valor apenas das saídas do estabelecimento em cada período de apuração, em razão da retroatividade benigna, o que resulta na redução do valor devido para R\$ 138.360,74, não cabendo a dedução do valor de R\$90,00, pago pelo autuante, por se tratar de autuação completamente independente da anteriormente realizada;

Por ter havido prejuízo para o Fisco Estadual em montante superior a R\$50.000,00, a referida 3ª JFJ recorreu de ofício da Decisão, à luz do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Inconformado com a Decisão prolatada pela 3ª JFJ, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, ratificando todos os argumentos expendidos em sua peça defensiva, bem como reiterando os pedidos anteriormente formulados para que, *“considerando que a imposição contida no referido Auto de Infração, foi injustificada e até ilegal, posto que baseando-se a exigência tributária, como já demonstrado, em fatos não susceptíveis de imposição e ainda em elementos precários e inseguros, é de ser a autuação tornada NULA em face de já haver sido promovida, pela autoridade competente, a homologação do lançamento e do pagamento efetuado, referente a mesma infração, no mérito, seja julgado o auto totalmente IMPROCEDENTE em face das argumentações já apresentadas”*.

Em seu minucioso Parecer, a Ilustre representante da PGE/PROFIS, após informar que o presente PAF tem sua origem no Auto de Infração anteriormente lavrado para exigir multa consistente na falta de apresentação à fiscalização de arquivos magnéticos e discorrer acerca dos fatos e documentos que instruem o feito ora debatido, manifestando o seu entendimento, destacando-se os seguintes aspectos:

- a) acertadamente agiu o membro da PGE ao requerer a correção da multa aplicada, tendo em vista a possibilidade da realização de tal conduta, tendo em vista a ocorrência de revelia no processo anteriormente lavrado, à luz do art. 116, do RPAF/99;
- b) atendendo à solicitação do ilustre procurador, o fiscal autuante promoveu a revisão do Auto conforme se vê às fls. 23 e 24 do processo, alterando a multa aplicada com conseqüente elevação do seu valor de R\$90,00 para R\$252.125,27, em decorrência do erro no enquadramento e tipificação da infração, por ele admitidos (fl. 24), do que resultou em mudança do dispositivo legal aplicado relativo à multa – art. 42, XX, para art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96;
- c) pode-se afirmar, sem sombra de dúvidas, que as duas autuações tratam da mesma infração, qual seja, falta de apresentação de arquivos magnéticos à fiscalização, e que a multa

- correta a ser aplicada é a que foi indicada pela PGE, o que, aliás, antes de proceder a revisão fiscal, já era de conhecimento do auditor, que muito embora tivesse feito referência a esta penalidade em sua segunda intimação ao autuado, por equívoco, não fez constar na tipificação da infração, ao lavrar o Auto de Infração em comento;
- d) o processo tombado sob o nº 206766.0006/03-2, ainda em fase de revisão fiscal, foi baixado por pagamento, homologado e arquivado, consoante se observa à fl. 149 dos autos;
 - e) a preliminar de duplicidade da exação fiscal, suscitada pelo recorrente, deve ser acolhida, visto que o *bis in idem* é vedado pela Constituição Federal, tendo restado comprovado, da análise dos autos, que o Auto de Infração tombado sob o nº 206766.0006/03-2 foi anteriormente lavrado para exigência da mesma infração cobrada na presente autuação, o que certamente caracteriza a duplicidade da exação tributária;
 - f) o fato gerador da obrigação tributária acessória descumprida, do qual originou o PAF acima referido, foi a falta de apresentação de arquivos magnéticos à fiscalização estadual, exatamente o mesmo da segunda autuação, o que pode ser facilmente comprovado no bojo dos autos ao serem verificadas as intimações emitidas pelo Fisco ao contribuinte, para exibição dos referidos arquivos, inclusive no que se refere ao período pertinente aos documentos magnéticos solicitados;
 - g) deveria o órgão julgador (CONSEF), à luz do art. 156, do RPAF/99, ocorrendo evidência de agravamento da infração, o que sói ocorrer no caso vertente, representar à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, tendo em vista que após a revisão procedida nos termos do art. 116, do RPAF, o auditor, ao corrigir o enquadramento da penalidade, obteve variação do valor da multa de R\$ 90,00 para R\$ 252.035,27, o que não foi efetivado, haja vista que a alteração realizada não fora apreciada pelo CONSEF e o Auto de Infração original quitado pelo contribuinte em 19/01/04, portanto, antes da intimação e lavratura do segundo auto (vide fls. 01 e 06), foi expressamente homologado e arquivado pelo competente Inspetor Fazendário, da circunscrição do sujeito passivo (fls. 149);
 - h) a homologação é o ato vinculado pelo qual a Administração concorda com o ato jurídico já praticado e, quando realizada, impossibilita a renovação do procedimento fiscal, salvo se anteriormente declarado nulo, o que não foi o caso;
 - i) não é razoável imaginar que a fiscalização possa repetidas vezes intimar o contribuinte a cumprir obrigações acessórias, diante da negativa por parte desse em cumprir tal mister, já tendo sido lavrado Auto de Infração pelo descumprimento, conduta que atenta ao princípio da segurança jurídica, posto que o contribuinte ficaria durante o prazo decadencial sujeito a repetidas fiscalizações e autuações;
 - j) é compreensível que a administração fazendária queira cobrar o crédito tributário ora discutido, afinal de contas o valor correto que deveria ter sido exigido do contribuinte vai muito além de noventa reais, todavia, não pode o Estado desprezar a lei, mormente a Constituição Federal, que veda a duplicidade de exação fiscal;
 - k) o Fisco, ao homologar o pagamento do Auto de Infração lavrado em 07.05.03, fez nascer uma situação jurídica extinguindo situação anterior, ou seja, a extinção por pagamento do referido crédito tributário, tornando assim impossível a repetição de sua cobrança, fato que configuraria *bis in idem*;
 - l) assim, em face do expendido, com amparo na melhor doutrina e jurisprudência que transcreve no corpo de seu Parecer, opina pelo conhecimento e PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto;

O Parecer emitido foi submetido à apreciação do Procurador assistente da PROFIS, que, nos termos do art. 46, II, da Lei nº 8.207/02 e da designação contida na Portaria nº PGE 048/2003,

publicada no Diário Oficial de 04 de junho de 2003, ratificou o Parecer exarado que opina pelo provimento do Recurso Voluntário interposto. Outrossim, ao revés do que consta no Parecer da ilustre Procuradora, entende que a hipótese é de nulidade do Auto de Infração, nos termos do artigo 18, do Decreto nº 7.629/99, e não de improcedência.

VOTO

Merece reforma o *decisum* prolatado no âmbito de Primeira Instância. Senão, vejamos.

Restou comprovado no minucioso e brilhante Parecer emitido pela ilustre procuradora, que uso como paradigma para prolação do meu voto como se aqui estivesse literalmente transcrito, o Fisco, após homologar o pagamento do Auto de Infração lavrado em 07.05.03, fez nascer uma nova situação jurídica, extinguindo a anterior e o crédito tributário, em razão do pagamento, tornando, desta forma, impossível a repetição de sua cobrança, fato que configuraria *bis in idem* ou duplicidade de exação, vedada, explicitamente, pela Constituição Federal.

Destarte, com esquite, como já dito, no Parecer emitido pela Douta Procuradoria, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto para reformar a Decisão de Primeira Instância, julgando IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração.

Outrossim, em face das razões acima expendidas e diante do acolhimento da improcedência de toda a autuação, fica PREJUDICADO o exame do Recurso de Ofício apresentado.

Por outro lado, sugere-se que seja recomendado o desarquivamento do Auto de Infração original, a fim de que seja submetida a apreciação e o julgamento por parte do CONSEF.

VOTO DIVERGENTE

Peço vênia para discordar do ilustre relator deste processo, Consº Nelson Daiha Filho, pois entendo que as conclusões contidas no voto da Decisão recorrida apresentam a solução juridicamente mais adequada para a presente lide fiscal.

Pela análise das peças processuais verifico que o presente Auto de Infração contém no campo “Descrição dos Fatos”, que o mesmo se referia de lançamento “complementar” de outro Auto de Infração, através do qual foi aplicada a multa de R\$90,00, capitulada no art. 42, inc. XX, da Lei nº 7.014/96. Este último Auto de Infração foi quitado pelo sujeito passivo e tinha por motivação a falta de atendimento das intimações lavradas pela fiscalização nas datas de 26/12/02 e 10/04/03. Já em relação ao lançamento de ofício em discussão, encontra-se o mesmo embasado na intimação lavrada pelo autuante em 30/03/2004.

O fulcro da primeira autuação foi a falta de atendimento de intimações envolvendo a solicitação de livros, documentos e arquivos magnéticos. Descabia a revisão da penalidade solicitada pela PGE/PROFIS, pois não poderia haver revisão do procedimento anterior, fato que implicaria em alterar a motivação jurídica do lançamento administrativo. Em nova ação fiscal, aproximadamente 1 (um) ano após a anterior, o fisco solicitou ao contribuinte, através de intimação específica, a entrega dos arquivos magnéticos com os registros 54 e 60R, relativos ao período de 01/01/01 a 31/03/03, e como não foi atendido, foi lavrado o presente Auto de Infração, que, no meu entendimento, constitui procedimento autônomo do antecedente. O contribuinte, em nenhum momento, conseguiu elidir o cometimento da infração de falta de entrega dos arquivos magnéticos com os registros solicitados, cabendo ressaltar que o feito teve início com a formalização pelo autuante de intimação específica. Deve ser aplicado ao sujeito passivo, nessa situação, a multa prevista no art. 42, XIII-A, “g” da Lei nº 7.014/96, correspondente a 1% sobre o valor das saídas do estabelecimento em cada período de apuração.

Com a fundamentação acima, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e do Recurso de Ofício, ficando inalterada Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, que condenou o sujeito

passivo ao pagamento de multa no valor de R\$138.360,74. Em relação ao Recurso de Ofício é cabível a adequação da penalidade, nos termos alteração promovida pela Lei nº 9.159/04, com vigência a partir de 11/04/04, que limitou a multa ao valor de 1% das saídas promovidas pelo estabelecimento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, considerar **PREJUDICADO** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206766.0007/04-7, lavrado contra **SUPERMERCADOS IRMÃOS RONDELLI LTDA.**

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Nelson Antonio Daiha Filho, Álvaro Barreto Vieira, Fauze Midlej, José Carlos Barros Rodeiro e José Hilton de Souza Cruz.

VOTO DIVERGENTE: Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/VOTO DIVERGENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIERO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS