

PROCESSO - A. I. Nº 206951.0008/04-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ATLANTA VEÍCULOS LTDA.
RECORRIDOS - ATLANTA VEÍCULOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0128/02-05
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 18/08/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0279-12/05

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Multa proposta em desacordo com as provas dos autos. Não foi provado que os arquivos magnéticos tivessem sido entregues fora do padrão estabelecido pela legislação. O que consta nos autos é que a empresa foi intimada para apresentar elementos que justificassem ou esclarecessem problemas relativos a códigos de mercadorias e não atendeu à intimação. Redução da multa proposta em primeira instância. Infração tipificada no inciso XXII, do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Decisão unânime. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recursos Voluntário e de Ofício, interpostos, respectivamente, pelo autuado e pela 2ª JJF, contra a referida Decisão prolatada pela referida Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JJF 0128/02-05, que julgou pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao contribuinte a prática de infração fiscal concernente à falta de entrega de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, ou de ter entregues os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura, sendo aplicada multa de R\$339.517,20.

O contribuinte defendeu-se destacando, inicialmente, seu histórico do ponto de vista fiscal, acentuando que sua empresa nunca sofreu autuação do fisco estadual e não tem qualquer demanda com o Estado da Bahia. A título de preliminar, alegou cerceamento de defesa, por ter a infração sido capitulada de forma ampla, abrangendo três tipos de infrações alternativas, sem ser especificada qual delas se subsume na situação dos autos. Protestou que a descrição do fato dessa forma contraria os princípios da tipicidade (ou do “*numerus clausus*”) e da especificidade, estatuídos no art. 150, inc. I, da Constituição, afrontando, ainda, os princípios da ampla defesa e do contraditório. Como segunda preliminar, argumentou que há neste caso ofensa ao princípio da legalidade, por não haver lei em sentido formal e material do Estado da Bahia que exija que o arquivo magnético seja previamente consistido por programa validador fornecido pelo fisco estadual, haja vista que tal previsão é feita na cláusula vinte e sete do Convênio ICMS 57/95, sendo que a descrição da exigência é feita de forma condicional, haja vista o verbo “poderá”, indicando a necessidade de o Estado-membro criar a obrigação através de lei local. Citou comentário de Aliomar Baleeiro acerca do princípio da legalidade. Transcreveu ementa de acórdão do TRF da 3ª Região. Frisou que o art. 59 da Constituição explicita de forma taxativa quais os diplomas com poderes normativos autônomos, ou seja, dotados de aptidão para fazer nascer regras de ação

positiva, negativa e combinação de penalidades, percebendo-se, daí, que o referido dispositivo não contemplou o decreto entre os instrumentos normativos autônomos, até mesmo porque o STF terminou por acolher a prevalência da regra contida no citado artigo, combinada com o art. 99 do CTN, para que o decreto passasse a ter espectro de ação exclusivamente regulamentar. Prossegui dizendo que, de acordo com os princípios implícitos e explícitos do CTN e da Constituição, o decreto não pode inovar no mundo jurídico, uma vez que lhe falta o poder normativo autônomo, entendimento este que não encontra dissonância, quer na doutrina, quer na jurisprudência, a exemplo da Decisão proferida pelo STF na ADI 1282/SP, conforme ementa que foi transcrita.

Feitos esses registros, a defesa chama a atenção para o fato de que, no que concerne ao caso em exame, a obrigação de o arquivo magnético ser previamente consistido por programa validador fornecido pela fazenda estadual não foi criada ou determinada em lei. Volta a lembrar que no Convênio ICMS nº 57/95 a norma foi descrita de forma condicional – “poderá” –, indicando a necessidade de o Estado-membro, caso opte por instituir tal exigência ou obrigação, normatizar a questão através de lei.

O autuado argüiu como terceira preliminar a inexistência de lei que tenha homologado o programa validador de registros fiscais utilizado pelo fisco baiano, como apto a exercer um juízo prévio de que as informações gravadas nos meios magnéticos divergem dos elementos contidos nos documentos fiscais. Observou que a cláusula dezessete do Convênio ICMS 57/95 estabelece uma presunção “*juris tantum*”, ao prever que o registro fiscal, com informações gravadas em meio magnético, corresponde aos elementos contidos nos documentos fiscais, porém, não obstante isso, a auditora, sem qualquer exame prévio dos documentos fiscais ou qualquer outra verificação da escrituração fiscal, acatou a informação preliminar emitida pelo programa validador de que os registros fiscais divergem dos elementos contidos nos documentos fiscais. Assinalou que os registros fiscais já haviam sido entregues, mês a mês, e a auditora não apresentou, juntamente com as intimações que precederam o Auto de Infração, qualquer listagem ou diagnóstico indicativo das irregularidades encontradas, de que trata o item 26 do Manual de Orientação aprovado pelo Convênio ICMS nº 57/95, ou outro instrumento atinente a qualquer exame prévio.

Como quarta preliminar, a defesa salientou que o contribuinte foi intimado para apresentar os diversos documentos fiscais e os arquivos em meio magnético contendo as informações de todas as operações realizadas nos exercícios de 2000 e 2001, porém já haviam sido entregues os arquivos em questão, mês a mês, através da internet. Disse que, conforme consta à fl. 9, a auditora devolveu à empresa o arquivo magnético em um CD desacompanhado da “listagem diagnóstico” indicativa das irregularidades encontradas. Frisou que o procedimento de devolução do arquivo magnético e sua correção é previsto no item 26 do Manual de Orientação aprovado pelo Convênio ICMS 57/95. Protestou que o descumprimento daquele procedimento, por parte da fiscalização, inviabiliza o cumprimento da obrigação imposta à empresa e ocasiona a nulidade da autuação. Observou que a própria autuante admite na intimação constante à fl. 9 e na descrição dos fatos feita no Auto de Infração, à fl. 2, que procedeu à devolução à empresa do arquivo magnético em um CD, porém não o fez acompanhar da “Listagem Diagnóstico” indicativa das irregularidades encontradas, conforme estabelece o item 26.2 do Manual de Orientação aprovado pelo Convênio ICMS 57/95. Insistiu em que, na devolução do arquivo magnético, para correção, como prevê o item 26 do Manual de Orientação, a auditora não cumpriu a sua obrigação de fornecer à empresa, naquele momento, a citada “Listagem Diagnóstico”, para que tornasse possível a correção de supostas irregularidades que nunca foram apontadas. Aduziu que o contribuinte ficou impedido de saber quais informações específicas foram consideradas inconsistentes, inviabilizando-se assim o cumprimento da obrigação imposta. Alegou que tal vício não pode ser suprido com a anexação, pela autuante, das listagens às fls. 14 e 15, uma vez que tais documentos não podem ser considerados como uma “Listagem Diagnóstico”, à luz do Convênio ICMS 57/95, pois não apontam as “críticas” ou irregularidades especificamente

encontradas nos arquivos magnéticos que possibilitem ao contribuinte realizar possível correção das informações para posteriormente devolver o arquivo ao fisco. Por considerar insanável o vício apontado, uma vez que, sem o fisco cumprir a sua obrigação resta inviabilizada a exigida do contribuinte, pediu que a autuação seja anulada.

Quanto ao mérito, o autuado faz o registro de que a auditora se expressou inadequadamente no Parecer à fl. 13, ao confundir registros com arquivos, haja vista que o que são rejeitados são os registros de um arquivo, e não os arquivos. Impugnou também os documentos às fls. 14 e 15, porque não foram fornecidos à empresa tempestivamente ou antes da autuação, de modo que possibilitassem ao contribuinte realizar as alegadas correções do arquivo antes da autuação. Ressaltou que a empresa é uma concessionária de veículos, e quase 100% do imposto é pago antecipadamente, de modo que nunca haveria a possibilidade de lançamento de ICMS num montante tão avolumado quanto ao alcançado pela multa aplicada nesta autuação.

O autuado negou o cometimento da infração. Retomou o argumento sustentado na preliminar, de que no Auto de Infração foram apontadas três infrações alternativas. Considerou que a autuante, na verdade, pretendeu acusar a empresa de deixar de fornecer arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura. Protestou que, ao contrário do que acusa a fiscalização, a empresa forneceu o arquivo magnético exigido, contendo todas as operações de entradas e saídas realizadas, e tanto isto é verdade que, juntamente com a petição às fls. 11 e 12, foi entregue um CD com os arquivos solicitados, como admitiu o descriptivo contido no Auto de Infração, à fl. 2, no qual consta que o citado CD fora aberto na repartição fiscal pela autuante, sendo ainda este fato mencionado também na fl. 13. Disse que os arquivos foram entregues dentro do padrão previsto pelo Convênio ICMS 57/95, em condições que possibilitavam a sua leitura. Aduziu que o padrão a que se refere o convênio é aquele no qual o arquivo é composto de registro e este é desdobrado em campos, consoante a estrutura de arquivo previamente definida pelo Manual de Orientação aprovado pelo mesmo convênio.

A defesa afirmou que duas cópias do CD que foram entregues à fiscalização foram submetidas a exame das duas únicas empresas especializadas que atuam no mercado baiano realizando consultoria e auditoria eletrônica sobre arquivos do Sintegra, sendo que, após examinar detalhadamente os arquivos, as citadas empresas responderam quesitos formulados pelo subscritor da defesa através de laudos técnicos que estão anexos aos autos. Comentou o teor dos quesitos e das respostas, no que diz respeito à obediência dos arquivos examinados relativamente ao padrão previsto no Convênio ICMS nº 57/95, sendo atestado que o conteúdo dos arquivos gerados após o processo de descompactação obedece ao padrão definido no convênio. Pediu que se atente não apenas para as respostas nos laudos, mas também para os anexos I e II do laudo elaborado pela SoftFisco, no qual constam impressão da estrutura dos arquivos examinados sob o formato texto, evidenciando que o mesmo não diverge do padrão previsto no Manual de Orientação aprovado pelo Convênio ICMS nº 57/95.

A seguir, a defesa teceu considerações acerca do entendimento do CONSEF a respeito do que se considera “padrão”. Observou que questão semelhante foi decidida através do Acórdão CJF 0380-11/04, da 1ª Câmara. Chamou a atenção para o fato de que não houve impedimento de fiscalização, e tanto isto seria verdade que a autuante comparou os dados dos registros dos tipos 50 e 54, conforme descriptivo no Auto de Infração, à fl. 2. Assinalou que, no Acórdão CJF 0380-11/04, um dos fundamentos da Decisão foi a circunstância de a fiscalização poder ser realizada, uma vez que o autuante comparou os dados dos registros tipos 50 e 54 (fl. 122). Frisou que, ao contrário do que alegou a autuante, os arquivos em questão não estão em situação que impossibilite a sua leitura, uma vez que as informações geradas ficam disponíveis em formato de texto e podem ser acessadas por editores de texto que estejam orientados a adotar a estrutura de arquivos estabelecida no Manual de Orientação.

Voltou a falar dos laudos técnicos juntados aos autos, nos quais consta ser possível a leitura dos arquivos em questão.

A defesa passou então a impugnar a multa de 1%, com fundamento no princípio da proporcionalidade, por considerar que ela implica uma espécie de confisco, o que é proibido pela Constituição. Argumentou que não houve dolo, fraude ou simulação. Pediu que a multa seja cancelada, com base no art. 158 do RPAF. Considerou que a auditora enquadrou a multa em desacordo com a legislação estadual, haja vista que, como não há penalidade específica para a hipótese de mera divergência de dados, a penalidade aplicável seria a prevista no inciso XXII do art. 42 da Lei nº 7.014/96, conforme já decidiu o CONSEF no Acórdão CJF 0422-11/04 e no Acórdão CJF 0380-11/04.

Pediu que o Auto de Infração fosse julgado Nulo ou Improcedente.

Posteriormente, foi dada entrada em nova petição pelo autuado, a pretexto de informar a existência de fatos supervenientes. Assinalou que no item 6º da impugnação já havia chamado a atenção para a existência de grave vício que, a seu ver, ocasionaria a nulidade do Auto de Infração, pois comprovou nos autos que enviou pela internet, todos os meses, seus arquivos magnéticos para a SEFAZ, mas a autuante havia intimado a empresa a apresentar novamente os mesmos arquivos magnéticos, sem fazer com que a referida intimação fosse acompanhada da Listagem Diagnóstico de que trata o item 26 do Manual de Orientação aprovado pelo Convênio ICMS nº 57/95.

Destacou que, recentemente, surgiu um fato que tem repercussão neste caso, uma vez que foi publicado o Decreto nº 9.332, de 14/2/05, determinando que nas situações em que o contribuinte seja intimado a apresentar os arquivos magnéticos com seus registros corrigidos a intimação deverá ser acompanhada de uma Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas. Argumentou que esse decreto vem reforçar o ponto de vista defendido na impugnação, haja vista a necessidade de a fiscalização apresentar, junto com a intimação, uma Listagem Diagnóstico, como inclusive já estava previsto no item 26 do Manual de Orientação aprovado pelo Convênio ICMS nº 57/95.

Disse que ocorreu outro fato superveniente que reforça a tese da falta de proporcionalidade na aplicação da multa de R\$339.517,20, pois posteriormente ao presente Auto de Infração a empresa recebeu o Auto nº 206951.0009/04-0, através do qual a fiscalização pretendia cobrar uma obrigação principal no valor de R\$5.737,98. Ponderou que, se houve a lavratura do Auto de Infração nº 206951.0009/04-0, é porque a fiscalização não foi embaralhada pela alegada falta dos arquivos magnéticos. Considerou que salta aos olhos a grande desproporção existente entre a quantia de R\$339,517,20 e a de R\$5.737,98, a primeira cobrada no presente Auto de infração, por descumprimento de obrigação acessória, e a segunda no outro Auto, relativamente à obrigação principal.

Pediu que no julgamento sejam levados em conta os fatos supervenientes apontados, e que o procedimento fiscal seja julgado nulo ou improcedente.

Através do Acórdão JJF Nº 0128/02-05, a 2.^a JJF julgou procedente em parte, em Decisão não unanime, o Auto de Infração sob o entendimento de que:

- a) quanto à preliminar suscitada de que a infração foi capitulada de forma ampla, abrangendo três tipos de infrações alternativas, sem ser especificada qual delas se subsume na situação dos autos, o que redundaria na contrariedade aos princípios da tipicidade, da ampla defesa e do contraditório, ficou demonstrado que, de fato, o contribuinte foi acusado de três coisas, conectadas pela conjunção alternativa “ou”, o que significa dizer que o fato imputado ou é uma coisa, ou outra, ou uma terceira, restando saber qual das três; por se tratarem de três acusações distintas e, por sua natureza, auto-excludentes, pois é impossível “entregar” arquivos em padrão diferente do previsto na legislação se a empresa “deixou de

entregar” tais arquivos; e, do mesmo modo, não há como os arquivos “serem entregues” em condições que impossibilitem sua leitura, se o contribuinte “deixou de entregá-los”; rejeitou-se o pedido de nulidade, tendo em vista que as explicações acrescentadas à descrição-padrão, transcritas integralmente no voto, esclarecem a natureza da imputação;

- b) quanto às outras três preliminares suscitadas, por se confundirem com o *meritum causae*, devem ser analisadas juntamente com o mérito;
- c) no âmbito meritório, concluiu que o fato foi mal tipificado, não tendo havido entrega de arquivos magnéticos fora do padrão, e, ainda que houvesse, ao ser detectado o fato, ao ser feita a intimação do contribuinte para corrigir as inconsistências do arquivo magnético, deveria ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicando as irregularidades encontradas, e isso não foi feito, conforme prevê o § 3º do art. 708-B do RICMS/97, acrescentado pelo Decreto nº 9.332/05, cujo teor transcreveu; esse dispositivo, embora seja posterior aos fatos em discussão, deixa de considerá-los infração, e por isso tem efeito retroativo, nos termos do art. 106, II, do CTN, não se tratando, a rigor, de atribuir efeitos “retroativos” ao § 3º do art. 708-B, pois a regra nele veiculada já estava no item 25.2 do Manual de Orientação aprovado pelo Convênio ICMS 57/95, tendo o § 3º, do art. 708-B, dito o que já devia constar no RICMS, desde o início da exigência dos arquivos magnéticos, sendo que os relatórios de fls. 14 e 15, não preenchem os requisitos da aludida Listagem Diagnóstico;
- d) pelo que consta na descrição do fato, no Auto de Infração, à fl. 2, e pelo teor da intimação à fl. 9, está claro que a empresa entregou os arquivos magnéticos, mensalmente, como manda a legislação, não restando provado que os arquivos tivessem sido entregues fora do padrão, e, mesmo que tivessem sido entregues fora do padrão, teria de ter sido dada oportunidade para que a empresa os corrigisse, com indicação precisa dos pontos a serem corrigidos, mediante o instrumento próprio, que é a Listagem Diagnóstico; uma coisa é um arquivo magnético ser entregue “fora do padrão”, outra coisa é ele ser entregue “com erros”, como, neste caso, erros nos códigos das mercadorias, conforme consta no instrumento à fl. 9;
- e) esse tem sido o entendimento predominante das Câmaras de Julgamento Fiscal, a exemplo do voto vencedor proferido pelo ilustre conselheiro Ciro Seifert no Acórdão CJF 0422-11/04, que destacou que divergências entre as informações contidas no registro tipo 50 e as informações contidas no registro tipo 54, em razão de omissão de dados neste último, não significam que o arquivo magnético foi entregue em padrão diferente do previsto na legislação, assinalando que o padrão para feitura e entrega dos arquivos magnéticos, conforme preceitua o § 4º do art. 708-A do RICMS/97 é aquele previsto no Convênio ICMS 57/95; logo, se o arquivo é entregue de acordo com o referido convênio, tanto assim que pode ser “lido”, embora haja erros nas informações, não se pode dizer que foi apresentado “fora do padrão”, podendo a fiscalização ser realizada, tanto assim que o autuante comparou os dados dos registros tipos 50 e 54;
- f) aplica-se ao caso vertente, dois dos acórdãos – Acórdão CJF 0380-11/04 e Acórdão CJF 0422-11/04 juntados pela defesa;
- g) o que se verificou, no caso em exame, foi que a empresa foi intimada para apresentar elementos que justificassem ou esclarecessem problemas relativos a códigos de mercadorias e não atendeu à intimação, constituindo-se tal fato em infração tipificada no inciso XX, do art. 42 da Lei nº 7.014/96;
- h) buscou-se subsídios para o convencimento no julgamento do Processo nº 269141.0008/03-9, através do Acórdão CJF 0004-12/04, da lavra da 2ª Câmara, tendo o eminentíssimo relator, Conselheiro César Fonseca, concluído que não devia subsistir a multa proposta na autuação fiscal, fundada no inciso XIII-A, “g”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, votando pela substituição daquela pena pelas multas de R\$90,00 e R\$180,00, previstas nas alíneas “a” e “b”

do inciso XX do mesmo dispositivo legal, aplicadas cumulativamente; em virtude disso, naquele julgamento, o ilustre conselheiro Tolstoi Seara Nolasco registrou seu voto por escrito, o qual restou como o voto vencedor, relativamente ao item em questão, concordando com o relator quanto à inaplicabilidade, naquele caso, da multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, "g", da Lei 7.014/96, acatando a tese de que a pena cabível seria a prevista no inciso XX, porém divergindo quanto à cumulação das multas de R\$90,00 e R\$180,00, por considerar que ambas decorreram da mesma conduta, absorvendo a segunda multa a primeira;

- i) não há como decidir de modo contrário, sem ofensa ao princípio da igualdade, concordando, a princípio, com o entendimento manifestado pela 2^a Câmara no julgamento Fiscal aludido linhas acima, através do Acórdão CJF 0004-12/04, de que a multa aplicável neste caso seja a prevista no inciso XX do art. 42 da Lei n° 7.014/96; no que concerne ao valor da multa – se seria de R\$90,00 ou de R\$90,00 mais R\$180,00 –, ousa-se discordar do critério adotado no voto vencedor do julgamento tomado por paradigma, posto que a multa da alínea "a" era cabível pelo não atendimento do primeiro pedido, a da alínea "b", pelo não atendimento do segundo pedido, e a da alínea "c" pelo não atendimento de cada uma das intimações subsequentes; se o legislador pretendesse que a multa seguinte absorvesse a anterior, teria adotado fórmula diversa da que consta na alínea "c", todavia, ao estipular, na alínea "c", que a multa ali estipulada se aplica pelo não atendimento de "cada uma" das intimações subsequentes, fica evidenciado que as multas aplicadas nas hipóteses das alíneas "b" e "c" não absorvem as anteriores, razão pela qual as multas das alíneas "a", "b" e "c" são cumulativas, propondo-se que a infração seja punida com as multas de R\$90,00 e R\$180,00, previstas nas alíneas "a" e "b" do inciso XX do art. 42 da Lei n° 7.014/96;

Fora prolatado voto divergente (vencido), em separado, consignado, nos seguintes termos:

"Acompanho o voto do relator, no sentido de que não restou caracterizada a entrega dos arquivos magnéticos fora do padrão estabelecido na legislação. Verifica-se no presente caso, que ocorreu divergência nos dados constantes nos registros, em razão de erros nos códigos das mercadorias, conforme consta no instrumento à fl. 09. Portanto, permanece o descumprimento à obrigação acessória e deve ser aplicada a penalidade correspondente. Neste caso, não há previsão específica na Lei n° 7.014/96, razão porque cai-se na regra genérica do inciso XXII, do art. 42 da Lei n° 7.014/96, a saber R\$50,00 (cinquenta reais).

Assim, meu voto é para a aplicação da multa de R\$50,00, pois os arquivos magnéticos foram entregues, embora com erros, tendo o contribuinte fornecido-os, mesmo porque a fiscalização não aplicou as multas, no momento adequado, decorrente da suposta, falta de atendimento às intimações.

Resta mencionar que este posicionamento já foi adotado pelo ilustre Conselheiro, Sr. Ciro Roberto Seifert, no Acórdão CJF n° 380-11/04, em voto vencedor."

A Corte de primeira instância recorreu de ofício da Decisão por ela prolatada, à luz do quanto insculpido no art. 169, I, "a", 1, do RPAF/99, alterado pelo Decreto n° 7.851/00.

Inconformado com a Decisão prolatada pela 2^a JJF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, fazendo, inicialmente, um histórico do presente PAF, inclusive quanto ao julgamento recorrendo e transcrevendo, quase que integralmente, os termos de sua peça defensiva, inclusive quanto às preliminares suscitadas. Ao final, salienta que acaso vencidas as preliminares e prejudicadas as questões de mérito ventiladas, pugna a este CONSEF que reforme o Acórdão e aplique a multa de R\$50,00, de acordo com o que determina o inciso XXII, do art. 42, da Lei n° 7.014/96, como já vem fazendo em outros casos semelhantes.

Em seu Parecer, a representante da PGE/PROFIS entende que o autuado não consegue negar o cometimento da infração, que restou claramente tipificada pelo julgador de 1^a instância, qual seja,

a de que o recorrente não atendeu às intimações para prestar esclarecimentos em relação a informações contidas em seus arquivos magnéticos, estando perfeito o julgamento de primeira instância, em que afastada corretamente a preliminar de nulidade do presente Auto de Infração por errada capitulação dos fatos, vez que a descrição da infração contida nos autos fez a correta adequação da infração à previsão normativa, o que permite-se na nossa legislação processual, não havendo que se falar em nulidade se o exercício da ampla defesa ocorreu. Ao final, entendendo correta a nova capitulação da multa aplicada pelo julgador, sendo incapazes os argumentos recursais de alterar o julgamento realizado, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Através de Despacho prolatado à fl. 272, o eminent Procurador, Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho, ratificou o Parecer exarado pela ilustre procuradora, ressaltando que, apenas por equívoco, constou da ementa do referido Parecer referência ao Provimento do Recurso de Ofício, o que não se coaduna com a conclusão do pronunciamento da Douta procuradora.

VOTO

Inicialmente, faz-se mister enfrentar as preliminares de nulidade reiteradas pelo recorrente em sua peça recursal.

Nesse sentido, entendo, no particular, que reparo algum merece o *decisum* de primeira instância ao analisar tão-somente a preliminar de nulidade concernente à falta de indicação de qual das três imputações, prescritas em lei, se subsume àquela constante dos autos, deixando de apreciar as demais argüições de nulidade em sede de preliminar, em face de se tratarem de matérias que se confundem com o *meritum causae*, notadamente porque, a despeito da eventual existência de nulidade, no mérito, a Decisão prolatada beneficia o contribuinte, sendo possível ao julgador, por tal razão, agir dessa forma.

Quanto à preliminar de nulidade propriamente dita, é inquestionável que o recorrente foi acusado de três fatos distintos, conectados pela conjunção alternativa “ou”, o que significa dizer que o fato imputado ou é uma coisa, ou outra, ou uma terceira.

Por se tratarem de três acusações distintas e, por sua natureza, auto-excludentes, tendo em vista que se trata de descrição com padrão genérico existente no sistema de informatização do Auto de Infração, a infração propriamente dita encontra-se discriminada nos “adendos” consignados em seguida à descrição-padrão, o que efetivamente ocorreu.

Pari passu, ao procedermos a leitura dos adendos constantes após a descrição-padrão, verifica-se que a natureza da infração está claramente indicada, tendo o recorrente não só entendido qual a infração que se lhe estava sendo imputada, como também dela se defendido, qual seja, arquivos magnéticos entregues com distorções, inclusive com argumentos de ordem meritória que resultaram no reenquadramento legal da multa aplicável, por parte do julgamento de primeira instância.

Assim, pelas razões supra expendidas, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente.

Ultrapassada a fase preliminar, cura ingressarmos na seara de análise do Recurso de Ofício interposto pela Douta 2.^a JJF, à luz do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00.

Reparo algum merece, no particular, a Decisão de primeira instância, quanto à redução do valor relativo à multa. Senão, vejamos.

Restou demonstrado, no curso da instrução probatória, que a tipificação do fato tido como violado foi feita de forma equivocada. Em verdade, não ocorreu a entrega de arquivos fora da padrão. Ademais, ainda que tivesse ocorrido, detectando-se o fato, deveria o recorrente ter sido intimado para corrigir as inconsistências detectadas no arquivo magnético, fornecendo-se ao

mesmo uma Listagem Diagnóstico, em que indicadas as irregularidades encontradas, o que efetivamente não aconteceu, conforme preceitua o § 3º, do art. 708-B, do RICMS/97, acrescentado pelo Decreto nº 9.332/05, *ad litteram verbis*:

“Art. 708-B.

.....
§ 3º. Tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas.”

Mister se faz esclarecer que o citado dispositivo de lei, a despeito de ser posterior aos fatos objeto da presente autuação, deixa de imputá-los como infração, tendo, por isso, efeito retroativo, nos termos do art. 106, II, do CTN.

Além disso, a regra consignada no referido dispositivo legal já estava albergada, expressamente, no item 25.2 do Manual de Orientação, aprovado pelo Convênio ICMS nº 57/95, não podendo os relatórios jungidos às fls. 14 e 15, ser considerados como suficientes ao preenchimento dos requisitos necessários à Listagem Diagnóstico.

Ficou comprovado nos autos que a empresa entregou os arquivos magnéticos (descrição do fato de fl. 2), de forma mensal, à luz da legislação vigente. Outrossim, compulsando-se os autos, verifica-se que não está provado que os arquivos foram entregues fora do padrão, e, ainda que tivessem sido entregues fora do padrão, não foi dada, como determina a legislação, oportunidade para que a empresa os corrigisse, com indicação precisa dos pontos a serem corrigidos, através da Listagem Diagnóstico, como aludido alhures.

Pari passu, ainda nesse envolver, há que analisar que uma coisa é um arquivo magnético ser entregue “fora do padrão”, ao passo que outra coisa é ele ser entregue “com erros”, como, *in casu*, erros nos códigos das mercadorias, conforme consta no instrumento à fl. 9. Nesse sentido, como brilhantemente ressaltado no Voto do Relator de primeira instância, restou demonstrado no Acórdão CJF 0422-11/04 - Voto Vencedor - que divergências entre as informações contidas no registro tipo 50 e as informações contidas no registro tipo 54, em razão de omissão de dados neste último, não significam que o arquivo magnético foi entregue em padrão diferente do previsto na legislação. Isso porque o padrão para feitura e entrega dos arquivos magnéticos, conforme preceitua o § 4º do art. 708-A do RICMS/97 é aquele previsto no Convênio ICMS nº 57/95, ou seja, se o arquivo é entregue de acordo com o referido convênio, tanto assim que pode ser “lido”, embora haja erros nas informações, não se pode dizer que foi apresentado “fora do padrão”.

É o que sói ocorrer no caso vertente. Inexistiu qualquer impedimento à fiscalização, tanto que a autuante comparou os dados dos registros dos tipos 50 e 54, conforme descritivo no Auto de Infração, à fl. 2, sem prejuízo do fato de que, ao contrário do que alegou a autuante, os arquivos em questão não estão em situação que impossibilite a sua leitura, uma vez que as informações geradas ficam disponíveis em formato de texto e podem ser acessadas por editores de texto que estejam orientados a adotar a estrutura de arquivos estabelecida no Manual de Orientação. Nesse sentido, a defesa colacionou aos autos laudos técnicos em que duas empresas especializadas asseguraram que os arquivos magnéticos em questão obedecem ao padrão previsto no Convênio ICMS nº 57/95 e, portanto, podem ser lidos.

Destarte, por tudo quanto acima exposto, em que evidenciado que a infração tipificada no Auto de Infração não restou caracterizada, com espeque nos fundamentos elencados na brilhante Decisão de primeira instância, como se aqui estivessem literalmente transcritos, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício interposto, mantendo-se a redução determinada no Acórdão recorrido.

Insta, agora, analisarmos o Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a referida Decisão de Primeira Instância.

Reiterando que as preliminares de nulidade suscitadas já foram objeto do seu devido enfrentamento, cinge-se a *vexata quaestio* à alegação de improcedência do Auto de Infração.

Razão alguma assiste ao recorrente quando objetiva a improcedência total do Auto de Infração. No caso vertente, evidenciado o equívoco quanto ao enquadramento legal da multa aplicável ao recorrente, não significa afirmar que o mesmo deixou de praticar qualquer infração fiscal, passível de penalidade.

Entendo, na verdade, que a empresa foi intimada a apresentar elementos que justificassem ou esclarecessem problemas relativos a códigos de mercadorias, tendo deixado de fazê-lo, constituindo-se a sua omissão em infração outra e não aquela constante da autuação.

Todavia, com a devida vênia, no que se refere ao valor da multa a ser aplicável ao recorrente, discordo, no particular, do *decisum* proferido em primeira instância, posto que entendo que a conduta praticada pelo mesmo não se subsume a qualquer dos tipos infracionais elencados nas alíneas "a" ou "b", do inciso XX, do citado art. 42, da Lei nº 7.014/96,

Comungo da tese sustentada no Voto Divergente (Vencido) de primeira instância, de que não há previsão específica na Lei nº 7.014/96, razão por que há que se aplicar a regra genérica prescrita no inciso XXII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, aplicando-se a multa de R\$50,00.

Traz-se à colação, como se aqui estivesse literalmente transcrito, o posicionamento que tem sido firmado nessa diretiva por esse Egrégio Conselho de Fazenda, a exemplo do Acórdão CJF nº 0380-11/04, da lavra do insigne Conselheiro Ciro Roberto Seifert.

Destarte, por tudo quanto acima exposto, evidenciada a existência de infração por parte do recorrente consubstanciada no não-atendimento de seguidas intimações, não havendo, porém, previsão específica quanto ao valor da penalidade por descumprimento de obrigação acessória, voto no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário interposto, reduzindo-se o montante da multa para o valor de R\$ 50,00, à luz do art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96.

VOTO DISCORDANTE (Quanto ao Recurso Voluntário – Redução da Multa)

Quanto ao Recurso Voluntário, entendo que a Decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal (2ª JJF) está correta, pois não restou comprovada a entrega dos arquivos magnéticos fora do padrão estabelecido na legislação. Como bem afirmou a 2ª JJF, está demonstrado nos autos que o recorrente não atendeu às intimações para apresentar elementos que justificassem ou esclarecessem dados relativos a códigos de mercadorias. Nessa situação, é cabível a multa prevista no art. 42, inciso XX, alíneas "a" e "b", da Lei nº 7014/96. Contudo, divirjo do modo como essa pena foi aplicada pela 2ª JJF, conforme passo a me pronunciar.

Na condição de membro de Juntas de Julgamento Fiscal deste CONSEF, tive a oportunidade de proferir votos, posicionando-me pela cumulatividade das penas previstas nas alíneas do inciso XX do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Nessa mesma condição, acompanhei diversos votos, em que diferentes relatores acolheram a tese da cumulatividade da multa em questão.

Ao passar a integrar esta Câmara de Julgamento Fiscal, observei que entre os seus membros vige o entendimento de que as multas previstas nas alíneas do inciso XX do art. 42 da Lei nº 7.014/96 não devem ser aplicadas cumulativamente. Corroborando esse entendimento desta Câmara de Julgamento Fiscal, a ilustre representante da PGE/PROFIS, Dra. Maria Dulce Hasselman Rodrigues Baleeiro Costa, ao se pronunciar na sessão de julgamento do presente processo, esposou a tese da não cumulatividade dessas multas.

Considerando o entendimento dos membros desta Câmara, bem como o pronunciamento da representante da PGE/PROFIS – órgão encarregado do exercício do controle da legalidade, nos termos do art. 113 do RPAF/99 –, modifico o meu entendimento e passo a considerar que as multas

previstas nas alíneas do inciso XX do art. 42 da Lei nº 7014/96 não devem ser aplicadas cumulativamente.

Em face desse meu novo entendimento sobre a forma da aplicação da multa em questão, considero que a Decisão recorrida está correta quanto à tipificação legal, contudo o valor deve ser retificado para R\$ 180,00.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, porém retificando o valor da multa aplicada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206951.0008/04-4, lavrado contra ATLANTA VEÍCULOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa no valor de R\$50,00, prevista no inciso XXII, da Lei nº 7.014/96.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Nelson Antonio Daiha Filho, Fauze Midlej, José Hilton de Souza Cruz, José Carlos Barros Rodeiro e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO DISCORDANTE (Recurso Voluntário – Quanto à Redução da Multa): Conselheiro Álvaro Barreto Vieira.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO DISCORDANTE (Recurso Voluntário – Quanto à Redução da Multa)

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